



HAL
open science

L'intermédiaire contractuel

Marie-Julie Loyer-Lemercier

► **To cite this version:**

Marie-Julie Loyer-Lemercier. L'intermédiaire contractuel. Droit. Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2006. Français. NNT: . tel-03558484

HAL Id: tel-03558484

<https://univ-lemans.hal.science/tel-03558484v1>

Submitted on 4 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

Droit-économie-sciences sociales

L'INTERMEDIAIRE CONTRACTUEL

Pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
(Loi du 26 janvier 1984- arrêté du 25 avril 2002)
présentée et soutenue publiquement
par

Marie-Julie LOYER-LEMERCIER

*Directeur de recherche : Monsieur Denis MAZEAUD,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (PARIS II)*

Jury :

Monsieur Denis MAZEAUD, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*
Monsieur Hervé LECUYER, *Professeur à l'Université Panthéon –Assas (Paris II)*
Monsieur Daniel MAINGUY, *Professeur à l'Université de Montpellier*
Monsieur Dimitri HOUTCIEFF, *Professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne (rapporteur)*
Monsieur Philippe DUPICHOT, *Professeur à l'Université du Maine (rapporteur)*

Date de soutenance : Mardi 12 décembre 2006.

Thèse actualisée en 2009

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

Droit-économie-sciences sociales

L'INTERMEDIAIRE CONTRACTUEL

Pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
(Loi du 26 janvier 1984- arrêté du 25 avril 2002)
présentée et soutenue publiquement
par

Marie-Julie LOYER-LEMERCIER

*Directeur de recherche : Monsieur Denis MAZEAUD,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (PARIS II)*

Jury :

Monsieur Denis MAZEAUD, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*
Monsieur Hervé LECUYER, *Professeur à l'Université Panthéon –Assas (Paris II)*
Monsieur Daniel MAINGUY, *Professeur à l'Université de Montpellier*
Monsieur Dimitri HOUTCIEFF, *Professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne (rapporteur)*
Monsieur Philippe DUPICHOT, *Professeur à l'Université du Maine (rapporteur)*

Date de soutenance : Mardi 12 décembre 2006.

Thèse actualisée en 2009

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-économie-sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements :

Au Professeur Denis Mazeaud, pour sa
disponibilité et ses précieux conseils,

à ma famille, mon mari et mes amis
pour leur soutien sans faille,
à mes parents.

Table des principales abréviations

<i>ALD</i>	<i>Actualité législative Dalloz</i>
<i>AJ</i>	<i>Actualité jurisprudentielle (au Dalloz)</i>
<i>AJDI</i>	<i>Revue L'Actualité juridique droit immobilier</i>
<i>Banque</i>	<i>Revue Banque</i>
<i>BOCCRF</i>	<i>Bulletin officielle de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes</i>
<i>BTL</i>	<i>Bulletin des transports et de la logistique</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambres civiles (civ. avec indication du n° de la chambre, IV pour la chambre commerciale et financière, V pour sociale).</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : chambre criminelle</i>
<i>Bull. Joly Bourse et produits financiers</i>	<i>Bulletin Joly Bourse et produits financiers (Bulletin Joly Bourse)</i>
<i>Cah. Dr. entr.</i>	<i>Les Cahiers de droit de l'entreprise</i>
<i>CE</i>	<i>Arrêt du Conseil d'Etat</i>
<i>CJCE</i>	<i>Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes</i>
<i>Cons. conc.</i>	<i>Décision du Conseil de la concurrence</i>
<i>Cons. const.</i>	<i>Décision du Conseil constitutionnel</i>
<i>Comm.com.électr.</i>	<i>Revue Communication, commerce électronique</i>
<i>Contrats Conc. Consom.</i>	<i>Revue Contrats, concurrence, consommation</i>
<i>D.(D.S)</i>	<i>Le Recueil Dalloz (Recueil Dalloz-Sirey)</i>
<i>D.Affaires</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Le Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>Infra</i>	<i>ci-dessous</i>
<i>IR</i>	<i>informations rapides (au Dalloz)</i>
<i>JCP, G (E ou N)</i>	<i>Juris-classeur périodique (Semaine juridique) : édition générale (entreprise ou notariale)</i>
<i>Juris-class. civ. (com.,...)</i>	<i>Juris-classeur de droit civil (de droit commercial, ...)</i>
<i>Obs. (crit.)</i>	<i>observations (critiques)</i>
<i>op.cit.</i>	<i>ouvrage précédemment cité</i>
<i>Préc.</i>	<i>précité(e)</i>
<i>QJ</i>	<i>Le Quotidien juridique</i>
<i>RCA</i>	<i>Revue Responsabilité civile et assurances</i>
<i>RDC</i>	<i>La Revue des Contrats</i>
<i>Rép.civ.(com.)</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit civil (de droit commercial)</i>
<i>Rev. Droit bancaire</i>	<i>Revue de Droit bancaire</i>
<i>Rev. Droit imm.</i>	<i>Revue de Droit immobilier</i>
<i>Rev. Dr. et Patrimoine</i>	<i>Revue Droit & patrimoine</i>
<i>RGAT</i>	<i>Revue générale des Assurances terrestres</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revue générale du Droit des Assurances</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de Droit comparé</i>
<i>RJcom</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue juridique de Droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit des contrats</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy Droit de l'immatériel</i>
<i>RTDciv.</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit civil</i>
<i>RTDcom.</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit commercial</i>
<i>Som.(Som.com.)</i>	<i>Sommaire (Sommaire commenté)</i>
<i>Spéc.</i>	<i>spécialement</i>
<i>Supra</i>	<i>ci-dessus</i>
<i>V°</i>	<i>Verbo (mot)</i>

Sommaire (les chiffres renvoient aux pages)

Première partie :

Le contrat d'intermédiaire, contrat de confiance précaire, conclu *intuitu personae*

Titre 1. L'<i>intuitu personae</i> dans la formation du contrat	29
Chapitre 1. Les conditions de formation	30
Section 1. L'obligation d'information dans les pourparlers	30
Section 2. La rencontre de volontés	36
Section 3. Le formalisme de protection de l'intermédiaire	42
Chapitre 2. Les conditions de validité	54
Section 1. L'absence de vices du consentement	54
Section 2. La capacité	67
Section 3. Le pouvoir de l'intermédiaire	94
Section 4. Le contrôle des clauses abusives	98
Titre 2. Les effets du contrat de confiance	104
Chapitre 1. Les obligations communes	104
Section 1. Les obligations de l'intermédiaire	104
Section 2. Les obligations de l'intermédiaire	141
Chapitre 2. Les obligations modulables	168
Section 1. Les marques d'une confiance renforcée	168
Section 2. Les marques d'une confiance surveillée	178
Titre 3 : La précarité du contrat d'intermédiaire	190
Chapitre 1. La clause tacite de rupture du contrat liée à la mort d'une des parties	190
Section 1. La mort d'une des parties, cause d'extinction du contrat	190
Section 2. La mort de l'intermédiaire et le maintien exceptionnel du contrat	192
Chapitre 2. La précarité du mandat entre vifs	195
Section 1. La rupture du contrat provoquée par l'intermédiaire	195
Section 2. La rupture du contrat subie par l'intermédiaire	198
Deuxième partie :	
La variété de mise en œuvre du pouvoir de l'intermédiaire	229
Titre 1. La déclinaison des liens issus de l'intermédiation	229
Chapitre 1. L'intermédiation transparente	230
Section 1. Le pouvoir de l'intermédiaire, support juridique du lien contractuel entre l'intermédiaire et l'intermédiaire	230
Section 2. Les limites aux effets de la représentation	244
Chapitre 2. L'intermédiation opaque	256
Section 1. L'intermédiaire opaque, partie à la formation du contrat	256
Section 2. L'intermédiaire opaque, partie apparente à l'exécution du contrat	268
Titre 2. Les multiples responsabilités de l'intermédiaire	283
Chapitre 1. La responsabilité contractuelle de l'intermédiaire envers l'intermédiaire	283
Section 1. Les différents régimes de responsabilité contractuelle de l'intermédiaire	283
Section 2. Les incertitudes liées à la réparation du préjudice	318
Chapitre 2. La déclinaison des responsabilités de l'intermédiaire envers l'intermédiaire	344
Section 1. La responsabilité civile délictuelle de l'intermédiaire transparent	344
Section 2. La responsabilité civile contractuelle de l'intermédiaire opaque	366

Introduction

« Il y a des hommes n'ayant pour mission parmi les autres que de servir d'intermédiaires ; on les franchit comme des ponts, et l'on va plus loin ».

Gustave Flaubert¹

1. L'étude de l'intermédiaire contractuel répond à un paradoxe qui résulte de l'abondance de son évocation en comparaison de la rareté des développements qui lui sont consacrés. En somme, il apparaît aujourd'hui que l'intermédiaire est une notion qui est familière sans être connue et qui est assurément polymorphe (I). Le présent propos préliminaire est l'occasion idéale d'en dégager les critères (II).

I. Une notion diffuse

2. Les intermédiaires sont des acteurs du commerce qu'on décrit apparus dès l'aube de la civilisation². Se soumettre à leur étude et tenter d'identifier leurs critères pourrait donc passer pour un travail rendu vain par la multitude d'ouvrages qui auraient pu leur être consacrés. Mais, curieusement, le temps semble avoir coulé sur l'un des plus vieux métiers du monde et rares sont les juristes à lui avoir prêté une attention particulière³. La question aurait ainsi pu paraître vierge, si les références à l'intermédiaire ne s'étaient pas multipliées çà et là, rendant la tâche un peu plus épineuse. Définir une notion nécessite de combattre certaines idées reçues. Un rapide état des lieux de la profession d'intermédiaire témoigne de son essor constant, qui signe sa popularité mais qui ne s'accompagne à l'évidence pas de la cohérence juridique méritée.

¹ G.Flaubert, *L'Education sentimentale*, Pocket Classiques, n°6014, 1989, p.300.

² Ph.Devésa, *L'opération de courtage*, Litec, Bibl. de Droit de l'entreprise, tome 30, n°1.

³ J.Boulanger, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933 ; G. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris 1950 ; P.Cousi et G.Marion, *Les intermédiaires du commerce*, Paris, LGDJ, 1963 ; Ph. Imbert, *Les contrats d'intermédiaires du commerce international : contribution à leur étude en droit français*, Toulouse, 1996. Plus récemment, N.Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Lille 2, 2006.

3. A l'origine de toute étude, une délimitation du sujet est attendue. Afin de ne pas dérouter le lecteur, on cèdera aux usages en reproduisant la définition suivante du mot « intermédiaire », issue d'un dictionnaire bien connu du juriste : « *se dit de celui qui fait profession de mettre en relations deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'une convention* »⁴. A ce stade, il n'est pas question de mandat. Tout au plus, on peut affirmer que l'intermédiaire est une personne physique ou morale, qui agit à titre de professionnel, ce qui exclut l'amateurisme et permet de déduire de ce constat que l'activité en cause est source de rémunération. Il est encore possible d'ajouter que l'intermédiaire a une fonction principale d'entremise, de catalyseur de la conclusion d'actes juridiques. Mais, ces évidences ne permettent pas vraiment d'identifier les composantes du sujet. L'étude de l'intermédiaire contractuel engendre une délimitation du périmètre à un double niveau. D'une part, la source de l'intermédiation doit être nécessairement contractuelle. D'autre part, la fonction de l'intermédiation se distingue de qualifications juridiques voisines, dont le louage d'ouvrage, par son objet : à la différence du contrat d'entreprise, qui peut couvrir toute activité par laquelle une personne s'engage envers autrui à exécuter un travail indépendant et rémunéré, sans représentation⁵, le contrat d'intermédiaire consiste à aider à la conclusion d'un contrat qui ne profite pas directement à l'intermédiaire⁶. C'est parce que l'intermédiaire n'a pas vocation à assumer ni profiter du contrat auquel il peut avoir participé que l'intermédiation se distingue également de la vente. Les espèces recensées dans le genre qu'on se propose de bâtir sont les suivantes : courtiers de toutes sortes, agents en tout genre, commissionnaires, commandés, prête-nom et mandataires de source conventionnelle. Sont donc exclus : les concessionnaires, les distributeurs, les revendeurs, les VRP, les mandataires légaux ou judiciaires et de manière générale, tous ceux qui interviennent à un certain moment dans une chaîne économique en qualité de maillon intermédiaire sans être des intermédiaires juridiques⁷. Les exclusions auxquelles nous procédons risquent de provoquer la critique mais sont pourtant nécessaires car l'objet de cette thèse est de s'intéresser à ceux qui s'entremettent entre une offre et une demande, en vue de permettre aux intéressés de réaliser un contrat. Pour cette raison principale, les agences de mannequins, dont l'activité est définie par l'article

⁴ *Vocabulaire juridique*, G.Cornu, Association H.Capitant, PUF 2004, v° intermédiaire.

⁵ Ph.Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2006-2007, Dalloz, 2006, n°3923.

⁶ Lire notamment, Ch.Paulin, « Réflexions sur la distinction entre contrat de transport et contrat de commission », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p.325 et s.

⁷ Les critères de définition qui seront dégagés en seconde partie de cette introduction justifieront ces exclusions que la clarté du propos rendait dès à présent nécessaires.

- L'intermédiaire contractuel -

L.7123-12 du Code du travail comme « *le contrat de mise à disposition provisoire de l'utilisateur à titre onéreux des mannequins qu'elle embauche et rémunère à cet effet* », n'ont pas lieu d'être intégrées au domaine d'étude, puisqu'elles ne participent pas à la conclusion d'un contrat entre le mannequin et le client. Elles sont elles-mêmes employeurs et assument seules, comme les agences d'intérim, les charges de l'embauche du mannequin et les conséquences du contrat de travail. Le client n'est lié qu'à l'agence. De la même manière, ne seront ici étudiées que les agences de voyages qui sont mandataires de leurs clients, ce qui exclut l'étude de celles qui se comportent en transporteurs, en vendeurs ou en entrepreneurs⁸. A ce titre et pour les besoins de l'exposé, il importe de clarifier quelles sont les centrales qui seront étudiées. Les auteurs distinguent souvent entre la centrale d'achat et la centrale de référencement. Une centrale d'achat⁹ serait un regroupement de distributeurs destiné à augmenter leur force de négociation et permettant ainsi des conditions d'achat plus avantageuses. La centrale de référencement se définirait en revanche comme une formule de regroupement à l'achat consistant pour un groupement à rechercher des fournisseurs pour négocier avec eux des prix et conditions avantageux par rapport à la concurrence et qui bénéficieront aux membres du groupement. Mais au fond, plutôt que de rechercher une nuance de dénomination, il semble plus utile d'étudier les différentes qualifications juridiques dépendant de leur rôle en pratique : mandataire, acheteur-revendeur, courtier ou commissionnaire. De manière simple, trois grandes catégories relèveront du domaine de l'intermédiation : si la centrale (de référencement) se contente de mettre en relation fournisseurs répertoriés et distributeurs affiliés, alors le régime juridique qui lui sera applicable sera celui du courtage. En revanche, si la centrale (d'achat) achète en son propre nom et pour le compte des distributeurs affiliés, alors son statut sera celui d'un commissionnaire. Mais il convient de distinguer ce dernier cas¹⁰ – c'est à dire l'hypothèse du groupement qui fusionne les commandes sans que le fournisseur connaisse les destinataires finaux - de celui où le groupement agit au nom et pour le compte de ses membres : dans cette hypothèse, il ne s'agit alors que d'une application des règles du mandat traditionnel. Enfin, certains groupements d'achats achètent eux-mêmes la marchandise pour la revendre ensuite à leurs adhérents ; ils deviennent alors propriétaires des produits. Au sens large, l'intermédiation pourrait être réelle car elle porte sur une chose, un bien. Elle est assurément

⁸ Sur cette question, voir A.Chemel, *Juris-class.civ.*, v° Agences de voyages, Art. 1382 à 1386, Fasc. 312-1, 1995.

⁹ F.Delbarre et C.Lavabre, « Centrales d'achat et de services », *D.*1985, 165.

¹⁰ Cette distinction a clairement été exprimée par D.Rambure-Barathon in *Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe*, Thèse Paris I, 1981.

- L'intermédiaire contractuel -

économique puisque la centrale devient maillon intermédiaire de la distribution. Or, précisément, à l'instar du concessionnaire automobile ou du distributeur sélectif, la centrale qui achète pour revendre exerce une activité principalement fondée sur la vente, ce qui exclut la qualification d'intermédiaire au sens juridique du terme. Ces différents régimes exposés, il n'en reste pas moins qu'il est délicat de pouvoir dégager avec certitude une qualification juridique sur laquelle les parties se seraient accordées. Par conséquent, pour établir la distinction, qui est loin d'être évidente en pratique¹¹, les juges pourront par exemple vérifier si le bon de commande a été établi au nom de la centrale, ou au nom de chacun des distributeurs.

4. Identifiés, les intermédiaires représentent une place de premier ordre dans l'économie nationale. La présente étude n'a pas pour objet d'étudier la notion en droit comparé, ni en même en droit international. Toutefois, il faut noter qu'une profession voisine est connue des pays anglo-saxons sous le terme général d'« *agency* »¹². Dans la *common law*, cette notion vise à la fois les rapports entre l'intermédiaire (*agent*) et le donneur d'ordre (*principal*) qui lui a donné pouvoir (*authority*), et les rapports aux tiers (*third parties*). Mais plus large que la notion d'intermédiaire qu'on se propose d'étudier en droit français, la notion d'*agency* inclut le processus de distribution puisque le droit britannique qualifie indifféremment de *distributor* ou d'*agent* le concessionnaire de vente. Or précisément, on a pris soin d'exclure la distribution du sujet étudié, parce que le concessionnaire achète en son nom et pour son compte des marchandises à son concédant. Il se chargera ensuite de les revendre en profitant ou du prestige de la marque ou du savoir-faire de l'enseigne. Il ne s'agit donc que d'un maillon « intermédiaire » dans le processus de vente ; il n'y a pas cet objectif commun aux intermédiaires de mettre en relation deux personnes. Aussi, ce parallèle avec le droit anglais s'achèvera-t-il ici, la remarque étant faite qu'à l'instar du droit français, le droit anglais n'a pas réglementé dans son ensemble l'*agency*, encadrée seulement par la jurisprudence et le droit communautaire mais qu'à sa différence, le mécanisme est reconnu en tant que tel.

5. Historiquement, les intermédiaires du commerce se positionnent comme les plus anciens représentants de la profession. Mais, si les courtiers continuent de négocier comme par le passé les vins, denrées périssables, tissus et matières premières, leur activité se densifie et se développe de manière exponentielle. Il faut dire que la commission de certains d'entre eux

¹¹ Voir Cass.com. , 23 octobre 1990 : *JCP*, E, 1991, II, n°212, obs. G. Heidsieck.

¹² Pour une vision d'ensemble de la question, voir O. Moréteau, *Droit anglais des affaires*, Précis Dalloz 1^{ère} édition, 2000, notamment n°169 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

laisse rêveur, notamment dans le domaine du sport. L'agent sportif a pour fonction de « *mettre en relation un sportif et un club ou un organisateur en vue de la conclusion d'un engagement rémunéré* »¹³. Leur métier s'apparente donc à celui d'un imprésario dans le domaine artistique¹⁴. L'intermédiaire du sport s'occupe notamment de négocier les transferts d'un joueur d'un club à un autre et sa commission est fonction du montant du transfert. Son poids économique s'est donc considérablement accru dans le sillage de l'intense professionnalisation des sportifs – nul n'ignore plus aujourd'hui le montant astronomique des droits de transfert versés notamment aux footballeurs professionnels. Mais les nouvelles technologies ne sont pas en reste¹⁵. Elles ont su également tirer profit du contrat de courtage et contribuer à sa modernité. Il existe en effet sur le réseau Internet des sites qui proposent de regrouper des offres et des demandes¹⁶. Ainsi, le site e-bay.fr par exemple n'a-t-il d'autre but que de mettre en relation des vendeurs de biens quelconques et des acheteurs potentiels qui visitent une boutique virtuelle. Ce rôle du commerçant auteur du site n'est rien d'autre que celui d'un courtier, non pas virtuel, mais bien réel. Un système de commission à la charge de l'acheteur le rémunère et se double de la rémunération provenant de la publicité apparaissant à l'écran. Ce genre de site fonctionne souvent sous la dénomination attractive de ventes dites « aux enchères en ligne ». En ce cas, qu'on ne s'y trompe pas : il n'y a pas d'adjudication au sens propre. Chaque internaute intéressé propose un prix et ce n'est pas le courtier qui adjuge au plus offrant. Le vendeur est libre de choisir l'acquéreur de son bien parmi les plus offrants et entre eux se liera une vente classique, une vente de gré à gré. Ainsi, dans tous les cas¹⁷, l'intermédiaire n'est pas un commissaire-priseur et on ne peut lui reprocher d'avoir violé le monopole des sociétés de vente volontaire¹⁸. Il y a d'ailleurs « *courtage aux enchères* », selon les termes mêmes de l'article L.321-3, alinéa 2, du Code de commerce, en « *l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties* ». Il n'y a vente aux enchères publiques en ligne, donc atteinte au monopole des

¹³ Définition proposée par le Laboratoire de droit du sport de l'Université de Bourgogne dans ses travaux *Statut de l'intermédiaire sportif en Europe : étude comparée et proposition d'unification*, sous la direction de G.Simon. Centre de Recherche de Droit Public et Economique- Juillet 2000, page 5

¹⁴ F.Rizzo, « Les contrats d'agent sportif (aspects de droit interne) », *D.*2005, 2594, qui qualifie clairement les agents sportifs de courtiers.

¹⁵ E.Michaud et J-P Desbiolles, « Vers de nouvelles formes d'intermédiation », *Banque*, n°603, 1999, 34 sur la banque et Internet.

¹⁶ Estimant que le référencement de portail est un intermédiaire qui a un rôle de courtier, voir A.Van Eeckhout, F-X Farasse « Le contrat de référencement, un gage de sécurité pour le portail ? », *RDC* 2004, n°2, 502.

¹⁷ Ceci sous réserve de l'hypothèse particulière des opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels réalisés à distance par voie électronique expressément visée par l'article L 321-3 al. 3 du Code de commerce.

¹⁸ En sens contraire, peu avant la loi du 10 juillet 2000, TGI Paris, 3 mai 2000, *D.*2000, 640, note critique L.Mauger-Vielpeau, l'arrêt considérant qu'il y a eu atteinte au monopole.

- L'intermédiaire contractuel -

sociétés de ventes volontaires, que s'il y a mandat et attribution au plus offrant (article L.321-3, alinéa 1^{er}, du Code de commerce)¹⁹.

6. Au stade de cette présentation, il apparaît nécessaire d'opérer un détour sur le terrain de la cause pour comprendre comment l'évolution des mœurs a pu participer aux développements de certaines formes d'intermédiation. En effet, on s'aperçoit que la profession d'intermédiaire est en perpétuelle mutation, au gré des siècles, selon les besoins de la société mais que son exercice est parfois jugé incompatible avec l'appréciation que les magistrats peuvent avoir de la cause immorale. La licéité de l'opération varie et variera encore selon l'époque.

7. Le cas du courtage matrimonial en est l'exemple le plus marquant. En effet, le célibat n'étant pas qu'un phénomène de la société contemporaine, il a depuis longtemps déjà été la cible privilégiée de personnes désireuses, moyennant rémunération, de contribuer à sa raréfaction. Le droit romain connaissait du courtage en général²⁰ comme du courtage matrimonial en particulier. La licéité des agences matrimoniales, tout comme leur moralité d'ailleurs, peut aujourd'hui sembler acquise, mais les conceptions anciennes des notions de bonnes mœurs et d'ordre public ont longtemps conduit à l'adoption d'une solution inverse. Le parlement de Paris, rompant avec la tradition héritée du droit romain²¹, avait estimé en 1591 qu'étaient nuls les pactes contractés pour faire réussir un mariage²². Cependant, suite à la promulgation du Code civil, les juges du fond semblaient pourtant assez ouverts à ce genre d'activité et refusaient d'en prononcer la nullité sur le fondement de la cause illicite ou immorale²³ lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation déclara nul le contrat de courtage matrimonial²⁴. La position de la Cour de cassation a été suivie par la plupart des juridictions et par la doctrine de l'époque²⁵.

¹⁹ Voir TGI Paris, 2 juillet 2008, *Dr.pénal* 2008, chr.10, n°48, obs. A.Lepage.

²⁰ Ulpien au Digeste, Livre 1, titre XIV, *De proxenetis.*, loi 1.

²¹ La constitution de Justinien avait en effet fini par admettre la licéité du courtage matrimonial, tout en réglementant la commission des proxénètes (ne nous trompons pas sur le terme employé, il s'agit bien de simples courtiers matrimoniaux rien de plus) : ceux-ci ne pouvaient exiger plus du vingtième de la dot et de la donation *propter nuptias*, et en tout cas pas plus de dix livres sous peine d'amende ainsi que le rapporte A.Wahl dans son article de doctrine « Le courtage matrimonial », *RTDciv.* 1904, 474.

²² Arrêt du 29 janvier 1591 du Parlement de Paris, cité par Rousseaud de Lacombe, *Recueil de jurisprudence civile*, v° proxénète, 4^{ème} édition 1769 p.533.

²³ Notamment un jugement du tribunal du Mans du 28 août 1850 : *S.* 1855,1, 342.

²⁴ Cass.civ. 1^{er} mai 1855 : *S.*1855, 1, 337.

²⁵ Voir notamment Ch.Demolombe, in *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome 1, n°335, éd. Durand et Pédone Lauriel, Paris 1868 ; F.Laurent, *Principes de droit civil français*, Tome XVI, n°51, 4^e édition, E.Bruylant 1887.

8. Mais au début du XX^{ème}, certains auteurs, s'appuyant sur un jugement du tribunal de Lisieux²⁶, ont commencé à combattre l'hostilité de la Cour de cassation. On peut lire en 1904 que « de sérieux indices permettent de penser que la doctrine, affirmée par la Chambre civile de la Cour de cassation en 1855 [...] ne tardera pas à être ébranlée »²⁷, l'auteur poursuivant un peu plus loin « un changement peut être d'autant plus espéré qu'aujourd'hui les arguments qui, en 1855, ont séduit la Cour de cassation apparaissent comme étant singulièrement faux et puérils »²⁸. A cette époque, d'une part les jurisprudences belge et italienne commençaient à se prononcer en faveur de la validité du courtage matrimonial, mais d'autre part, la doctrine parvenait à démontrer que le recours à un intermédiaire pour se marier ne viciait pas le consentement des époux, et ne remettait en question ni l'idée sacro-sainte de liberté d'union, ni l'importance de la licéité de la cause fondée sur l'article 1133 du Code civil. La conviction que le courtier matrimonial a spéculé sur la personne, non pas sur un bien, perdait peu à peu ses plus vifs partisans. On attendait alors avec beaucoup d'impatience la décision de principe qui aurait permis de conclure à un abandon d'une jurisprudence considérée comme désuète. L'occasion rêvée aurait dû résulter d'un arrêt de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Toulouse ayant refusé l'action du courtier, sa créance ayant une cause illicite. Mais les juges suprêmes avaient résisté à la vague libérale en rejetant le pourvoi²⁹. Guettant un signe favorable de la Cour de cassation ou de toute juridiction, un illustre chroniqueur s'est fait régulièrement l'écho de la jurisprudence relative aux agences matrimoniales³⁰. Ses attentes furent vaines, car ce n'est qu'en 1944 que la Cour de cassation finit par admettre la licéité du contrat de courtage matrimonial³¹. Dès lors, et parce que l'activité de courtier matrimonial devenait licite aux yeux de la jurisprudence, la cession du fonds de commerce de cet intermédiaire a logiquement été validée³². Néanmoins, l'activité de courtier matrimonial est très peu réglementée³³ et peut aujourd'hui encore et de manière ponctuelle tomber sous le coup d'une cause illicite, notamment si la présentation opérée par l'intermédiaire du courtier a pour effet de conclure un « mariage blanc », c'est à dire un

²⁶ Tribunal de Lisieux, 21 janvier 1903 : *S.* 1903,2,182.

²⁷ A. Wahl, « Le courtage matrimonial », article préc., n°1.

²⁸ A. Wahl, préc., n°5 p.475.

²⁹ Cass.civ., 20 avril 1904 : *D.*1904, 1,420.

³⁰ R. Demogue, voir notamment obs. sous Cass.civ., 20 avril 1904 : *RTDciv.* 1904, 853 ; obs. sous Pau, 9 août 1904 : *RTDciv.* 1905, 133 ; Caen, 23 février 1904 : *RTDciv.* 1906, 163 ; Trib. de Toulouse, 15 juin 1906 : *RTDciv.* 1907, 101.

³¹ Req. 27 décembre 1944 : *D.*1945, 121. D'où les vaines attentes de René Demogue, décédé en 1937.

³² Notamment voir Cass.com. 3 avril 1984 : *Gaz.Pal.* 1984, 2, 708, note J. Dupichot

³³ L'activité des agences matrimoniales est régie, en quelques lignes qui témoignent d'une certaine méfiance du législateur, par l'article 6 de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques générales.

- L'intermédiaire contractuel -

mariage simulé par les époux en vue de faire obtenir à l'un d'eux la nationalité française. On ne saurait tolérer qu'un intermédiaire s'entremette en vue de la réalisation d'un but illicite et la cause illicite révèle sa modernité³⁴.

9. On peut relever que si la jurisprudence rendue à propos du courtage matrimonial faisait souvent référence à l'illicéité de la cause, il n'y a pourtant pas d'obstacle dirimant à que la cause du contrat soit également jugée immorale. En effet, partant de la nuance communément admise entre cause illicite et cause immorale, il semble que, ni la loi ni le règlement ne prohibant expressément le recours à un intermédiaire pour contracter mariage, la cause immorale fonde utilement la nullité. Il y aurait ainsi trace, dans la jurisprudence ancienne, de quelque chose de contraire à l'idée que le juge se fait des bonnes mœurs. Cependant, on peut tout aussi bien admettre que le droit au mariage étant un droit individuel d'ordre public, toute convention qui y porterait atteinte serait nulle sur le fondement de l'article 6 du Code civil. La distinction doctrinale classique ne saurait donc être mise en œuvre ici que de manière artificielle ; aussi préférons-nous poursuivre les développements en mêlant les deux notions, l'objectif principal de la démonstration étant seulement de révéler l'utilité de la cause dans l'historique des métiers fondés sur l'intermédiation.

10. A ce titre, le cas de l'agence matrimoniale n'est pas la seule illustration de l'influence d'une cause illicite ou immorale sur le sort du contrat d'intermédiaire et son évolution dans le temps. Au contraire, on s'aperçoit que la référence à la cause du contrat continue d'être un garde-fou nécessaire contre un certain nombre d'opérations tendancieuses. Ainsi, elle empêche aux courtiers de faire commerce d'organes humains. Evidemment, la convention peut tomber sous le coup de l'article 16-5 du Code civil, dont la rédaction résulte de la loi du 29 juillet 1994 relative à la bioéthique, et qui dispose que «*les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles*». Le courtage en question aurait donc une cause illicite. Mais, le juge peut tout autant estimer que la convention est contraire aux bonnes mœurs, parce qu'il n'est pas moral de tirer profit de l'état de désarroi des malades en attente d'une greffe. En d'autres termes, le courtage ici visé serait nul pour une double raison.

³⁴ Pour une illustration récente, voir Paris, 1^{er} décembre 1999 : D.2000, som.415, obs. J-J Lemouland, arrêt qui prononce l'annulation du mandat de courtage donné par une femme mariée à une agence matrimoniale.

- L'intermédiaire contractuel -

11. Les exemples peuvent se multiplier et témoignent de l'utilité patente de l'examen de la cause du contrat d'intermédiaire : soit une agence chargée de monnayer les services de mères porteuses qui seraient ici des donneuses d'ordres – en effet, elles louent leur corps et chargent un intermédiaire de leur trouver des clients intéressés à l'opération -. L'activité est d'une part déclarée nulle sur le fondement de l'article 16-7 du Code civil. Cette disposition entraîne notamment deux conséquences importantes. Premièrement, l'agent n'a aucun recours pour obtenir le paiement de la commission qui lui est due car s'il intente une action à cette fin, le tribunal pourra soulever d'office la cause de nullité du contrat. Deuxièmement, si la mère porteuse refuse, une fois l'enfant mis au monde, de l'abandonner, ni l'intermédiaire ni les cocontractants ne pourront la contraindre à s'exécuter. Mais, en outre, il est évident que les juges condamnent la maternité de substitution sur le fondement de la cause immorale. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre l'attendu de principe d'un célèbre arrêt rendu par l'Assemblée plénière, saisie par le procureur d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. La procédure était d'ailleurs suffisamment exceptionnelle pour qu'on la signale. Suite à la demande d'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse, les magistrats, au visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil ont décidé que « *cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »³⁵. Cette idée d'un détournement de l'adoption témoigne d'une contrariété de l'opération à la moralité, quand bien même aucun texte spécifique ne l'avait spécialement envisagé. Le processus dans son ensemble est immoral. Il semble que ce soit d'ailleurs la cause immorale de l'opération qui soit au cœur de la solution, quand bien même l'arrêt ne vise pas l'article 1131 du Code civil, pas plus que l'article 1133 du même code. En effet, la Cour de cassation avait déjà jugé que celui qui a servi d'intermédiaire en vue de proposer un enfant à l'adoption ne peut exiger le paiement de sa commission puisque le contrat qui prévoit sa rémunération a une cause illicite³⁶.

³⁵ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *D.*1991, 417 rapp. Y.Chartier, note D.Thouvenin ; *JCP*, G, 1991, II, 21752, communic. J.Bernard, note F.Terré ; *RTDciv.* 1991, 517, obs. D.Huet-Weiller ; *Deffrénois* 1991, 948 obs. J. Massip.

³⁶ Cass.civ.1^{ère} 22 juillet 1987 : *D.*1988, 172, note J.Massip ; *JCP*, G, 1987, IV, 350 ; *Deffrénois* 1988, 317, note J.Massip. Sur la question également voir : V. J.Hauser, « L'adoption à tout faire », *D.*1987, chr.205.

12. Pour finir d'illustrer le lien intime qui existe entre l'intermédiation en général et la notion de cause illicite ou immorale, quoique les tribunaux n'aient pas encore connu de contentieux sur ce point, on peut imaginer quel serait le sort de ces intermédiaires d'un nouveau genre, ces agences qui louent les services de personnes pour la soirée. Parce que le proxénétisme est très sévèrement puni, nul ne peut aujourd'hui publiquement avouer qu'il s'entremet entre un client et une prostituée. Cependant, il existe, principalement sur le réseau Internet, des intermédiaires qui se proposent de fournir des hommes ou des femmes pour une soirée ou plus. Le terme officialisé en la matière est celui d'agence d'escorte³⁷ et les tarifs sont parfois même consultables en lignes. Officiellement, l'activité est licite puisque rien n'interdit de proposer une présence payante pour animer un dîner officiel ou une soirée en charmante compagnie. Pour l'instant, l'institution n'a pas paru contraire aux bonnes mœurs et n'encourt dès lors pas le grief d'être fondé sur une cause immorale. Mais *quid* de la profession d'agence d'*escort girls* ou d'*escort boys* s'il s'avère que les protagonistes ont des relations sexuelles dans le cadre de la prestation contractuelle ? Indéniablement, l'agent deviendrait proxénète et les contrats le liant à chacun de ses escorteurs seraient civilement sanctionnés par la nullité. La cause en serait là encore illicite autant qu'immorale.

13. Hormis ces quelques cas de courtage, qui témoignent des limites que le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs peut porter à la liberté d'entreprendre, l'activité d'intermédiaire offre une grande souplesse, qu'il s'agisse de la forme d'exploitation (liberté de la forme sociale, possible exercice libérale, etc...), comme de l'objet sur lequel elle porte (vente, location, transport, assurances, services ou personnes notamment). Jusque récemment demeurait une restriction relative au placement de personnes. Un monopole était en effet conféré à l'Agence Nationale pour l'emploi. Mais, la loi du 18 janvier 2005³⁸ y a mis fin, en son article premier³⁹, ce qui a eu pour conséquence principale de légitimer la profession de chasseurs de tête, en tant qu'intermédiaires, qui agissent selon un mandant confiés par des entreprises qui recherchent un salarié ou un collaborateur, sans qu'il soit besoin de les déguiser en consultants, seulement censés fournir un service de conseil. L'extrême diversité d'intermédiaires contractuels contribue probablement à leur succès auquel le droit s'adapte au coup par coup. Les règles juridiques applicables à l'intermédiation ne révèlent pas l'homogénéité que la notion mérite.

³⁷ Telle est la traduction francisée car le procédé est connu et répandu dans les pays anglophones sous l'expression *Escort Service* ou *Escort Agency*.

³⁸ Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

³⁹ Devenu l'article L.312-1 du Code du travail.

- L'intermédiaire contractuel -

14. En effet, chacun des intermédiaires qu'on se propose d'étudier répond à un dispositif législatif ou réglementaire distinct. Les agents immobiliers sont régis actuellement par la loi la loi n°70-9, dite loi Hoguet, du 2 janvier 1970⁴⁰, les agents commerciaux par la loi n°91-593 du 25 juin 1991, aujourd'hui codifiée aux articles L. 134-1 et s. du Code commerce, les commissionnaires par les articles L. 132-1 et s. du Code de commerce, les agents de voyages par des dispositifs successifs de modernisation de l'activité⁴¹. D'autres intermédiaires - dont les agents artistiques, visés par l'article L.7121-10 du Code du travail⁴², les promoteurs, par quelques dispositions de la loi Spinetta, loi n°78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, les agences matrimoniales par l'article 6 de la loi n°89-421 du 23 juin 1989⁴³, relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques générales et les agences de publicité, par les articles 20 à 29 de la loi Sapin, n°93-122 du 29 juin 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques – sont moins bien lotis. Pour ces derniers, en effet, la théorie générale des obligations cohabite avec quelques mesures sporadiques que des lois « fourre-tout » ont apportées. Mais, le but n'est pas d'en dresser un inventaire précis : il s'agit au travers de ces exemples de constater que ces règles, toutes différentes et dispersées dans l'environnement juridique ne favorisent pas la cohérence d'un concept d'apparence un peu brouillonne. A l'examen, il apparaît que la doctrine n'a pas une vision tellement plus claire du contrat d'intermédiaire. Ainsi, dans une thèse, on a pu trouver cette formule : « le bailleur, l'acquéreur, le déposant, le nu-propriétaire, ces intermédiaires qui possèdent pour le compte d'autrui ne sont pas des représentants »⁴⁴ tandis qu'une autre admet que : « économiquement, la notion d'intermédiaire du commerce international représente une réalité. Juridiquement, ces intermédiaires dont l'activité consiste

⁴⁰ Complété par son décret d'application, décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, qui fait l'objet de toilettes réguliers, dont deux récents : le décret n°2008-355 du 15 avril 2008 modifie les conditions d'aptitude et au versement de certaines sommes avant la conclusion de l'opération et le décret n°2009-766 du 22 juin 2009 instaure de nouvelles conditions d'exercice de la profession d'agent immobilier par des ressortissants européens.

⁴¹ La loi n°92-645 du 13 juillet 1992 avait fait l'objet d'une codification éparpillée dans le Code du Tourisme et plusieurs articles en avaient été modifiés par l'ordonnance n°2005-174 du 24 février 2005 relative à l'organisation et à la vente de voyages et de séjours. Désormais, l'activité est encadrée par la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des activités touristiques qui a procédé à une refonte du régime juridique applicable aux agents de voyage et à la vente de voyages et de séjours. Voir le commentaire précurseur de L.Jégouzo, « La réforme des agences de voyages ou le voyage d'Ulysse », *Gaz.Pal.*2009, n°178, 6.

⁴² Venu remplacer l'ancien article L.762-3 du même code suite à l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail.

⁴³ G.Heidsieck, « Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial) », *JCP*, G, 1990, 3432.

⁴⁴ M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 172, 1982, n°270.

à conclure ou à permettre la conclusion de contrats internationaux sont rarement regroupés sous une seule qualification. La doctrine juridique traite séparément des concessionnaires, des agents commerciaux, des commissionnaires, des courtiers, des sociétés de gestion à l'exportation, ou encore des négociants »⁴⁵.

15. Outre les incertitudes de la doctrine, la jurisprudence ne semble pas non plus avoir contribué à éclaircir la notion. Un arrêt de la Cour de cassation énonce « *sauf dispositions contraires [...] l'imprésario ou agent artistique, qui a pour mission d'opérer le placement de l'artiste, agit non comme mandataire de ce dernier mais en qualité d'intermédiaire [...]* »⁴⁶. Ainsi, la qualité d'intermédiaire semble être exclusive de la qualification de mandataire. A l'évidence pourtant, cet arrêt prend le contre-pied, à l'époque, de l'article L.7121-10 du Code du travail⁴⁷, qui définit les agents artistiques comme « *ceux qui, sous l'appellation d'imprésario, de manager ou sous toute autre dénomination, reçoivent, au cours d'une même année civile, mandat de plus de deux artistes du spectacle de leur procurer des engagements* ». On pourrait donc ne pas être mandataire quand bien même la loi viserait celui qui a reçu mandat. La découverte de cet arrêt peut laisser le Candidat lecteur un peu perplexe et l'autoriser à s'interroger : les intermédiaires sont-ils des mandataires ? Les mandataires sont-ils des intermédiaires ? Pour répondre à cette question, qui frôle l'aporie, il importe de dégager les critères qui permettent de définir l'intermédiaire.

II. Les critères de l'intermédiaire

16. Une fois dressée la liste des membres du sujet, qui n'est d'ailleurs pas forcément limitative, on a choisi de retenir la méthode expérimentale proposée par Claude Bernard et retenue par l'auteur d'une thèse consacrée à la représentation, selon lequel « l'étude de cas particuliers permet d'émettre une hypothèse qui est analysée par décomposition de ses éléments constitutifs, puis fait l'objet d'une synthèse par regroupement de ce qui a été dissocié »⁴⁸. Une constante est alors apparue : chacun d'eux est un mandataire, choisi en

⁴⁵ Résumé de la thèse de Ph. Imbert, *Les contrats d'intermédiaires du commerce international : contribution à leur étude en droit français*, op.cit.

⁴⁶ Cass.com., 22 mai 1991 : *JCP*, G, 1992, II, 191, note Y.Saint-Jours ; *RTDciv.*1992, 86, note J.Mestre, l'arrêt s'interrogeant sur la qualité de l'agent qui avait passé commande d'un certain nombre de disques à une société fabricante, l'artiste refusant de les payer.

⁴⁷ Anciennement, l'article L.762-3 du Code du travail, donnait une définition quasi identique des impresarios comme ceux qui « *reçoivent au cours d'une même année civile, mandat de deux ou plusieurs artistes de spectacle de leur procurer des engagements* ».

⁴⁸ M.Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op.cit., introduction § VII.

- L'intermédiaire contractuel -

fonction de sa renommée ou de ses compétences, voire des deux, qui agit pour le compte d'autrui sans lui être subordonné. Ainsi formulé, le concept d'intermédiaire peut se résumer à la devise : mandat, *intuitus personae* et indépendance. Ces trois points seront donc successivement mis en avant. En premier lieu, c'est l'affirmation qu'existe un mandat à l'origine de toute intermédiation qu'il faut démontrer. Les développements qui précèdent montrent que ce critère ne fait manifestement pas l'unanimité et qu'en tout état de cause, si l'on se propose de considérer que tout intermédiaire est un mandataire, il importe de démentir une proposition réciproque. Spécialement, il paraît opportun de relever que les intermédiaires trouvent la source de leur action au profit d'autrui dans un pouvoir, dans la volonté émise par un individu de se voir présenter un cocontractant. Il s'agit en conséquence d'un pouvoir d'origine conventionnelle, conféré principalement, mais pas seulement, pour les besoins des affaires, non pas d'un pouvoir que la loi ou les juges accordent à un individu qu'ils estiment raisonnables. L'intermédiaire contractuel trouve exclusivement la source de son entremise dans un contrat, quelle qu'en soit d'ailleurs la nature, passé avec un client, qu'on désignera sous le néologisme d'« intermédiant », pour la clarté du propos : les mandataires légaux ou judiciaires ne rentrent donc pas dans le moule des intermédiaires. On sait dorénavant que tous les mandataires ne sont pas des intermédiaires. Pour autant, si le commissionnaire ainsi que l'agent immobilier disposent initialement d'un pouvoir qui les incite à agir pour autrui, légitimant leur fonction, il faut bien admettre que ce pouvoir n'est pas dans tous les cas de même nature. Il oblige l'intermédiaire, dans le premier cas, à s'impliquer personnellement dans la relation qu'il tisse avec le tiers, que par souci de clarté là encore, on désignera dorénavant sous le terme d'« intermédié ». Dans le second, rien de tel : l'agent immobilier se contente de rechercher un acquéreur ou un vendeur. Il n'a pas en principe à aller au-delà. A mi-chemin, il y a encore des mandataires, *stricto sensu*, chargés par leurs clients, d'accomplir des actes juridiques en leur nom et pour leur compte.

17. Cependant, s'en tenir à la définition de l'article 1984 du Code civil que « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » ne permet pas de considérer que tous les intermédiaires sont des mandataires, puisque précisément, certains d'entre eux, dont les commissionnaires, s'engagent en leur nom⁴⁹. Mais, si la notion de représentation est de l'essence du mandat dans ce texte originaire du Code civil, ce dont certains auteurs sont

⁴⁹ M. Tilche et A. Chao, « Le commissionnaire est-il mandataire ? », *BTL* 1993, 745.

- L'intermédiaire contractuel -

encore pleinement convaincus⁵⁰, une autre partie de la doctrine admet, depuis un certain temps déjà que « la représentation, règle habituelle du mandat civil, en peut être écartée, sans qu'il cesse d'y avoir mandat : ainsi dans le prête-nom. En matière commerciale, le contrat de commission est aussi un mandat, bien que le commissionnaire ne représente pas son commettant, mais s'engage personnellement »⁵¹ et consacre de plus en plus volontiers l'existence de « mandats sans représentation »⁵². C'est cette conception du mandat⁵³ que l'on a choisi de retenir et dont on débattrait un peu plus tard dans cette thèse⁵⁴. C'est d'ailleurs historiquement la première forme connue du mandat en droit romain. Tant que l'obligation avait une coloration strictement personnelle, il n'était pas envisageable de considérer que le débiteur put être différent de la personne avec laquelle le créancier s'était engagé. L'intermédiaire était donc tenu par l'engagement pris pour le compte d'autrui et ce n'est qu'au XVII^{ème} siècle que la représentation, telle qu'on la connaît, a été admise. Il n'est donc pas si choquant de considérer qu'existent des mandataires imparfaits, dont les commissionnaires⁵⁵, prête-nom⁵⁶ et commandés, en considérant que dans leurs relations à l'intermédiaire, les règles qui gouvernent le contrat sont pour l'essentiel tirées du mandat⁵⁷, bien que le pouvoir de représentation fasse défaut.

18. Il a semblé plus difficile encore d'intégrer les courtiers à l'étude des intermédiaires, envisagés d'abord en tant que mandataires, que les intermédiaires qu'on peut qualifier d'« opaques », en ce qu'ils ne représentent pas leur client mais agissent pour leur compte. En effet, admettre que le mandat n'induit pas nécessairement représentation est une chose, tolérer

⁵⁰ Ph.Le Tourneau, *Rép.civil*, V^o Mandat, 2006, n°64 et M.Storck, *op.cit.*, n°320, qui indique « le commissionnaire est un intermédiaire qui agit dans l'intérêt du commettant sans représenter celui-ci. Il n'y a pas dans cette hypothèse représentation parfaite, imparfaite ou indirecte, ni mandat sans représentation, mais action exercée en son propre nom ». Egalement I.Najjar, « Mandat et irrévocabilité », *D.2003*, 708 et s., spéc. 709, où l'auteur indique « la représentation est l'objet du contrat de mandat, même entre les parties ; elle ne peut être déformée par l'irruption d'un mandataire opaque [...] ».

⁵¹ M.Planiol et G.Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI, 2^{ème} éd. par A.Rouast, R.Savatier, J.Lepargneur et A.Besson, LGDJ, 1954.

⁵² A.Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8^{ème} éd. 2008, n°911 et n°s 951 et s.

⁵³ C.Giverdon, *L'évolution du contrat de mandat*, Paris, 1947. F.Lasserre-Jeannin et Le Bars (B.), « Le modèle dans le contrat de mandat », in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la direction de Th.Revet), 2005, LGDJ, 333.

⁵⁴ Voir *infra* n°s 449 et s.

⁵⁵ En ce sens, J.Huet, *Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, n°31128, pour lequel le contrat de commission consiste en une représentation imparfaite.

⁵⁶ Voir toutefois J.Huet, *Les principaux contrats spéciaux, op.cit.*, n°31131, pour lequel dans le prête-nom il n'y aurait pas de représentation. Mais, cela n'exclut pourtant pas qu'*inter partes*, il y ait mandat.

⁵⁷ En ce sens, notamment, F.Derrida, « Les obligations du commissionnaires » in *Le contrat de commission*, Etudes sous la direction de J.Hamel, Dalloz, 1949, p.97 et s. F.Collard Dutilleul et Ph.Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2007, n°664 « le commissionnaire est un mandataire... » et n°666 «...mais un mandataire particulier ». Voir également D.Mainguay, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2008, n°488, qui vise les « mandat et autres formes d'intermédiation ».

- L'intermédiaire contractuel -

qu'il n'engendre pas nécessairement la réalisation d'un acte juridique pour autrui en est une autre. Il est vrai que *stricto sensu*, l'article 1994 du Code civil énonce « *faire quelque chose* », ce qui pourrait laisser croire que la simple recherche d'un partenaire contractuel suffise à rentrer dans la définition. Mais, tout le monde s'accorde à dire que ce « *quelque chose* » se résume à un acte juridique, ce qui fait précisément la différence entre le mandat et le louage d'ouvrage. La Cour de cassation considère qu'il y a « *mandat lorsque des personnes chargent une autre d'accomplir pour leur compte un acte juridique, et non des actes matériels, sans pouvoir de représentation, éléments qui caractérisent le contrat d'entreprise* »⁵⁸. Le courtage, qui en théorie n'implique ni la conclusion d'un acte pour le compte d'autrui, ni représentation, paraît difficilement pouvoir être assimilé à un mandat. Pourtant, on s'aperçoit que bon nombre de lois qui traitent de leur sort les ont qualifiés de mandataires. Ainsi par exemple, la loi Hoguet du 2 janvier 1970 indique, en son article 5, que les agents immobiliers sont des mandataires. La pratique a totalement intégré cette qualification et a recours aux mandats de vendre, aux mandats de recherche. Ces mandats d'entremise ne sont pas en réalité de véritables mandats, car le client doit donner son consentement à l'acte lors de la signature du compromis. De façon similaire, l'article L.7121-10 du Code du travail précise que les agents artistiques détiennent des mandats et la loi Sapin, du 29 janvier 1993, qui traite de l'intermédiaire en achat d'espace publicitaire, affirme, en son article 20, que ce dernier est mandataire de l'annonceur. Les courtiers sont donc l'exemple des mandataires-entrepreneurs. Mais, le rapprochement avec autrui auquel ils contribuent permet de se convaincre qu'ils sont essentiellement mandataires, accessoirement entrepreneurs. Le courtage va bien au-delà du louage d'ouvrage, car, bien qu'il consiste souvent en la seule fourniture d'un service, il a la finalité du mandat, c'est à dire la création d'un lien avec autrui. Comme l'a indiqué l'auteur d'une thèse consacrée entièrement au courtage, « le courtier est un médiateur au sein d'une opération de courtage où il sert d'intermédiaire entre un donneur d'ordres et un tiers en vue de la conclusion d'un contrat entre ces derniers »⁵⁹. Ainsi, l'objectif du courtier rejoint celui du mandataire mais leurs moyens ne sont pas les mêmes. L'un dispose d'un pouvoir de représentation, qui lui permet d'engager directement l'intermédiaire, l'autre ne détient qu'un simple pouvoir d'entremise, ce qui l'oblige à soumettre l'acte espéré au consentement de son donneur d'ordres. C'est probablement ce que la Cour de cassation entendait signifier dans un arrêt dont l'attendu a été précédemment reproduit pour dénoncer le caractère ambigu de la

⁵⁸ Cass.civ.1^{ère}, 19 février 1968 : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n°274.

⁵⁹ Ph.Devésa, *op.cit.*, n°59.

- L'intermédiaire contractuel -

notion d'intermédiaire : « *sauf dispositions contraires [...] l'imprésario ou agent artistique, qui a pour mission d'opérer le placement de l'artiste, agit non comme mandataire de ce dernier mais en qualité d'intermédiaire [...]* »⁶⁰. Le courtier, dont l'unique mission est de mettre en relation une offre et une demande, ne serait ainsi qu'un intermédiaire... et l'intermédiaire ne serait donc pas un mandataire... Il semble décidément bien délicat de justifier juridiquement cette jurisprudence et l'on renonce à l'approuver. La seule explication se situe peut-être sur le terrain du rapport considéré. L'arrêt portait sur un litige concernant la commande de disques par l'agent à un fabricant, disques que l'artiste refusait de payer. Or, finalement, le litige ne concernait pas les relations entre l'imprésario et l'interprète. Au contraire, il s'agissait de savoir qui de l'un ou de l'autre était engagé envers le tiers fabricant de disques. Et là, dans ce cas, on admet bien volontiers que l'agent n'a pas forcément le pouvoir d'engager l'artiste. *A fortiori*, s'il est simple courtier, il doit s'effacer une fois sa mission de rapprochement accomplie. Par conséquent, cette jurisprudence, en ce qu'elle ne distingue pas son affirmation péremptoire selon le rapport juridique considéré, est critiquable. En effet, alors que le mandat est le dénominateur commun de toute intermédiation dans les rapports entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, il n'en est pas de même dans les autres ordres de rapport. Cette opposition flagrante de régime juridique selon le rapport considéré ne doit pas être négligée et elle constitue, semble-t-il, une trame fondamentale d'un essai de théorie générale de l'intermédiaire. Tout l'attrait de la profession d'intermédiaire réside probablement dans cette aisance à pouvoir jongler avec les qualifications juridiques. Néanmoins, vis-à-vis de son intermédiaire, l'intermédiaire est toujours un mandataire. Le courtier est donc un mandataire de son client. Plus généralement, les liens entre l'intermédiaire et l'intermédiaire sont essentiellement régis par les règles du mandat, peu importe que l'intermédiaire réponde initialement à la dénomination de courtier, commissionnaire ou mandataire.

19. Si un pouvoir existe donc, en principe, à l'origine de toute intermédiation, il n'est toutefois pas possible d'exclure de l'étude les techniques qui pallient le défaut de pouvoir de l'intermédiaire. En effet, la gestion d'affaires permet d'abord de corriger la situation née de l'activité de l'intermédiaire dépourvu de pouvoirs. Elle permet ainsi de proposer une alternative mais elle est une technique risquée en ce qu'elle est liée à l'utilité que le géré retire de la gestion. La précarité de cette situation ne permet d'ailleurs pas d'envisager sérieusement qu'elle fonde l'activité des intermédiaires. Si ces derniers ont donc nécessairement besoin

⁶⁰ Cass.com., 22 mai 1991 : précité.

d'un pouvoir, il peut arriver que l'acte qu'ils ont conclu l'outrepasse, ce qui justifie que la gestion d'affaires soit incluse dans les développements qui suivront, au même titre que la promesse de porte-fort, également considérée comme une technique palliative de l'insuffisance des pouvoirs de l'intermédiaire.

20. L'idée que les relations entre l'intermédiaire et l'intermédiaire sont fondées sur un contrat de mandat étant entendue, un second aspect de ce lien doit être souligné : il est marqué d'*intuitus personae*⁶¹. Si l'on reprend l'étymologie de l'expression latine, l'*intuitus*, dans son sens premier, signifie le coup d'œil, le regard ou la vue⁶² et, par extension, l'égard ou la considération que l'on porte à quelque chose ou quelqu'un. La *persona* quant à elle fait initialement référence au masque de l'acteur, mais c'est son sens second de caractère, d'individualité ou de personnalité⁶³ qui prédomine en l'occurrence. Notion « insaisissable »⁶⁴, l'*intuitus personae* peut quand même se définir comme la considération particulière que l'on accorde à la personnalité du cocontractant⁶⁵. Rapprocher le mandat de la considération de la personne ne présente pas *a priori* d'originalité puisque le Code civil l'avait conçu comme un service d'ami, ce qui justifie la présomption de gratuité posée à l'article 1986. Cependant, on peut se demander si la professionnalisation des mandataires n'a pas entraîné une mutation de ces mandats en « opérations aveugles où nul ne s'intéresse à son partenaire »⁶⁶. En effet, on pourrait très bien prétendre qu'aujourd'hui, en raison des nombreuses réglementations qui encadrent les mandats spéciaux concernant la plupart des intermédiaires, la référence à la personne se paupérise. La généralisation de la substitution de mandataire dans de nombreuses agences ne semble pas vraiment démentir la tendance. On pourrait toutefois s'appuyer sur la distinction qu'a proposé un auteur entre l'*intuitus personae* « statique » et l'*intuitus personae* « dynamique »⁶⁷, pour justifier qu'un contrat d'intermédiaire qui comporte des modalités de transfert, répondant donc à cette deuxième qualification est encore un contrat conclu *intuitu personae*⁶⁸.

⁶¹ Sur cette question, plus largement, M.Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris II, 1973 ; G.Kostic, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, thèse Paris V 1997 ; D.Krajieski, *L'intuitus personae dans les contrats*, Imprimerie La Mouette 2001, Collection Doctorat et Notariat.

⁶² Dictionnaire illustré latin-français, F.Gaffiot, Librairie Hachette, 1934, v° *intuitus*.

⁶³ Dictionnaire illustré, *op.cit.*, v° *persona*.

⁶⁴ L.Aynès, *La cession de contrat*, thèse Economica, 1984, n°331.

⁶⁵ Voir J-F Renucci, « L'identité du cocontractant », *RTDcom*.1993, 441.

⁶⁶ M-E André, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *Mélanges Michel Cabrillac*, Précis Dalloz 1999, p.23 et s., n°1.

⁶⁷ Ph.Le Tourneau, « Contrat *intuitu personae* », *Juriscl.com*, contrats-distribution, 1994, Fasc.420, n°44.

⁶⁸ En revanche, un contrat marqué d'*intuitus personae* « statique » devrait s'éteindre dès lors qu'un événement affecte la personne de l'intermédiaire choisi, ce qui empêcherait toute forme de substitution utile.

21. Mais, à l'image de la standardisation des rapports entre le consommateur et le professionnel que le Droit de la consommation paraît établir⁶⁹, le contrat d'intermédiaire n'est-il pas un contrat « dépersonnalisé » ? Si la question peut se poser, c'est en particulier parce qu'un auteur a jadis auguré de « l'élimination de l'*intuitus personae* dans les contrats »⁷⁰ et que cette prophétie s'est en partie réalisée dans certains contrats, dont notamment le dépôt et le contrat d'assurance, que le développement du réseau Internet rend d'ailleurs accessibles en ligne. A ce propos, les courtiers en ligne dont on a fait précédemment état⁷¹ ne sont probablement pas choisis, ni par l'enchérisseur, ni par le vendeur. Pourtant, il apparaît assez nettement que le contrat d'intermédiaire ne peut s'apparenter à la fourniture d'une prestation en libre-service et que la personnalité des parties à l'intermédiation, dont spécialement celle de l'intermédiaire, est prépondérante. En effet, l'examen des mandats réglementés, qui sera ultérieurement détaillé⁷², prouve d'abord que le législateur, loin de s'extraire de la considération de la personne, l'a renforcée. Elle y est certes objectivée, puisqu'elle repose en premier lieu sur un certain nombre de critères tangibles comme la possession d'un titre, l'obtention d'un diplôme, l'octroi d'un agrément, mais elle demeure essentielle en ce qu'elle conditionne bien souvent la validité de l'engagement des parties. D'ailleurs, à ce sujet, il est difficile de mettre en œuvre la différence de qualification proposée par la doctrine entre l'*intuitus personae* « positif » (qui révélerait l'exigence, chez l'intermédiaire choisi, d'une qualité précise et définie) et l'*intuitus personae* « négatif »⁷³ (qui conduirait à exclure l'intermédiaire qui ne remplit pas une condition estimée indispensable). La nuance est ici trop faible pour être praticable⁷⁴. En revanche, un *intuitus personae* plus « affectif » s'observe assurément dans le contrat d'intermédiaire. Il est question de la confiance, de la renommée que suscite le professionnel⁷⁵. L'intermédié, le plus souvent, exerce un choix subjectif en s'adressant à tel intermédiaire plutôt qu'un autre. L'importance de la personnalité de l'intermédiaire s'illustre d'ailleurs au travers du mode de rémunération

⁶⁹ Sur cette question et en faveur de la survivance du droit des obligations, voir D.Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTDcom*. 1998, 95.

⁷⁰ M.Azoulai, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans les contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la direction de P.Durand, LGDJ, 1960, p.1, également cité par M-E André, préc.

⁷¹ Voir *supra*, n°5.

⁷² Voir *infra*, n°s 48 et s. et n°s 105 et s.

⁷³ Sur cette distinction, voir M.Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats*, *op.cit.*, n°s 29 et s.

⁷⁴ Renonçant également à utiliser la distinction, en la jugeant trop « ténue », C.Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan 2004, Collection Logiques juridiques, n°117.

⁷⁵ Par exemple, il a été jugé que la personnalité du mandataire choisi pour un contrat de gestion de portefeuille constituait un élément essentiel du contrat. Cass.com., 9 avril 1996, inédit, pourvoi n°94-11395 ; *D.Affaires* 1996, 671.

- L'intermédiaire contractuel -

qui doit lui revenir. Principalement payé à la commission, en fonction de sa réussite, l'intermédiaire met incontestablement en avant son savoir-faire et ses compétences spécifiques. Cela justifie alors que par exception⁷⁶, on puisse considérer que l'erreur sur la personne de l'intermédiaire entraîne la nullité du contrat puisque cette considération était la cause de l'engagement de l'intermédiaire. Pendant toute la vie du contrat, l'*intuitus personae* continue de se manifester : si la confiance du client est perdue, il peut mettre un terme au contrat. Affirmation remarquable d'un droit de résiliation unilatérale, la révocation du mandataire professionnel, y compris dans les contrats stipulés irrévocables, est encore le signe de l'importance de la personnalité du cocontractant⁷⁷.

22. Mais, le droit commun du mandat, qui a vocation à régir les rapports entre l'intermédiaire et l'intermédiaire toutes les fois qu'il n'est pas spécialement réglementé, indique que la mort de l'une des parties met fin au mandat (article 2003 du Code civil), ce qui signifie que l'*intuitus personae* est réciproque. En effet, la considération de la personne de l'intermédiaire n'est pas totalement étrangère à l'intermédiaire notamment parce que la bonne exécution de sa mission nécessite un véritable engagement de son client, une coopération. On pourrait aussi relever, en particulier parce que le degré d'information attendue du professionnel tend à se subjectiver puisque cette obligation est fonction de l'état des connaissances de son créancier, que la personne de ce créancier a une influence. Cependant, cette remarque valant pour tous les contrats d'entreprise et de vente, il semble qu'on atteigne là les limites de l'*intuitus personae*. Toute considération de la personne n'est pas un élément dirimant qui permette de qualifier le contrat comme étant conclu *intuitu personae* sous peine de généraliser la notion. En réalité, c'est principalement la précarité persistante du contrat d'intermédiaire qui suffit à se convaincre que ce contrat est marqué d'*intuitus personae*. Sans en dénier l'importance, une réflexion sur l'opportunité de modérer cette source d'instabilité n'est pourtant pas vaine. La loyauté réciproque qui s'affirme dans le contrat d'intermédiaire semble de plus en plus difficilement s'accommoder de la révocation *ad nutum*, quoique le maintien du contrat contre la volonté d'une des parties semble intolérable. Il est sans aucun doute pertinent de réfléchir à l'instauration d'un correctif.

23. Enfin, il est fondamental de justifier que l'intermédiaire n'est pas un subordonné, bien que le mandat et le contrat de travail puissent être parfois confondus, d'autant plus facilement

⁷⁶ Exception prévue à l'article 1110 du Code civil.

⁷⁷ Voir *infra* n° 336 notamment.

- L'intermédiaire contractuel -

qu'on évoque souvent le mandat salarié pour indiquer que le mandataire est rémunéré. En effet, la tâche de l'agent commercial qui représente, en tant que mandataire indépendant, et de façon régulière, une ou plusieurs entreprises pour opérer la vente de leurs produits, est voisine de celle d'un salarié qui démarché la clientèle pour le compte de son employeur, à titre de voyageur-représentant-placier (VRP)⁷⁸. Cependant, le principe est que le mandataire se distingue du salarié qu'est le VRP par l'indépendance dont il jouit dans ses relations avec la personne qui utilise ses services⁷⁹. Le critère de distinction est donc le même que celui qui permet de différencier le louage d'ouvrage du contrat de travail⁸⁰. La jurisprudence se fonde sur l'existence ou non d'un lien de subordination, qui se traduit pour le salarié par le fait que l'employeur peut modifier les conditions de travail de l'intéressé, comme tout ce qui touche au fonctionnement de son entreprise, sans que cela constitue une atteinte au contrat passé, alors que les rapports entre les parties au mandat sont plus étroitement tributaires de ce qu'elles ont convenu lors de la conclusion du contrat. Cependant, dans la mesure où l'intermédiaire est rémunéré, reçoit un ordre de son client et doit s'y soumettre autant que rendre compte de sa gestion tout au long du contrat⁸¹, son sort pourrait s'apparenter à celui d'un salarié d'une entreprise, amené à conclure un contrat au nom et pour le compte de son employeur : on peut imaginer aisément une commande de fournitures de bureau par exemple, et il est alors bien évident que le débiteur de la facture ne sera pas le salarié, mais l'entreprise elle-même. Or, ce type de contrats passés pour le compte d'autrui ne sera pas traité dans cette thèse parce qu'il ne correspond pas à la définition d'un intermédiaire, c'est-à-dire celui qui initie, à titre de profession, des contrats pour le compte d'autrui. Le mandat confié au salarié d'agir au nom et pour le compte de son entreprise n'est généralement utilisé que

⁷⁸ Sur cette grande similitude, voir R.Savatier, « *Agents commerciaux et VRP, problèmes de délimitation et de cumul* », *JCP*, G, 1959, I, 1512, à ceci près que pour cet auteur, tous deux sont des intermédiaires du commerce, point de vue qui n'est pas en accord avec le présent développement.

⁷⁹ Cass.soc., 20 octobre 1976 : *Bull. civ.* V, n° 503 ; R.Savatier, *op.cit.*, spéc. n°11 ; J.Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, n°31123, qui admet que « la distinction entre VRP et agent commercial peut être assez tenue même si le premier se voit généralement assigné une mission de prospection dans un secteur déterminé alors que le second bénéficie d'une plus grande liberté » ; Y.Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, Economica, 12^{ème} éd. 2003, n°811 : « à la différence des VRP, les agents commerciaux sont des *auxiliaires indépendants* qui négocient et concluent des contrats pour le compte d'un ou plusieurs mandants ».

⁸⁰ Cass.civ. 1^{ère}, 20 juin 1995 : *Bull.civ.I*, n°268, à propos de l'opposition de qualification qui résultait d'un contrat entre le Professeur Champaud et les Editions législatives et administratives, qui avait chargé ce dernier de la mise à jour du Dictionnaire permanent de Droit des affaires. La Cour de cassation énonce qu'« après avoir constaté que M. Champaud organisait librement ses travaux, qu'il n'était astreint à aucune obligation de présence dans l'entreprise, qu'il avait la maîtrise de la réalisation de ses prestations et que les seules contraintes qui lui étaient imposées résultaient des délais contractuels et de la nature même de l'ouvrage, la cour d'appel, [...] a pu décider, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la troisième branche du moyen, que l'intéressé ne se trouvait pas placé dans un état de subordination à l'égard des ELA et que les parties n'étaient donc pas liées par un contrat de travail ».

⁸¹ Voir l'article 1993 du Code civil.

- L'intermédiaire contractuel -

sporadiquement d'une part et accessoirement d'autre part. Par conséquent, le cas de ceux qui par le jeu d'un contrat de travail sont susceptibles de réaliser une intermédiation est exclu du domaine d'étude. Nous n'adhérons pas du tout à la qualification commode, mais juridiquement inexacte, d'« intermédiaire-salarié » parfois retenue⁸² pour désigner les VRP. Quoiqu'il y ait des similitudes, l'intermédiaire, qui est *inter partes* un mandataire, n'est pas, à ce titre⁸³, un salarié. En réalité, la spécialité de ses compétences exclut en principe la subordination et l'indépendance dont il profite a pour corollaire redoutable la précarité de sa situation. Le critère de dépendance, distinct du lien de subordination, justifie probablement que ne soit pas étudié ici le cas des gérants-mandataires visés par les articles L.146 et s. du Code de commerce. Probablement que la qualification de « mandataires » aurait milité en faveur de la solution inverse. Cependant, ces gérants, juridiquement indépendants en apparence, semblent en réalité bel et bien dépendants, alors même que c'est précisément l'écueil que la loi du 2 août 2005⁸⁴ tendait à éviter, en offrant aux gérants mandataires un vrai régime légal. Pourtant, les tribunaux n'hésitent pas à aller au-delà de la qualification donnée par les parties pour considérer que le contrat entraîne un lien de subordination⁸⁵. Ce mandat est donc exclu de l'étude présente pour deux raisons ; d'abord parce que le gérant-mandataire n'est pas indépendant. L'apparente indépendance juridique de ce dernier est en partie contredite par le fait qu'il soit économiquement lié au mandant par un contrat qui sera l'objet même de sa profession Le gérant-mandataire est conçu comme un intervenant permanent : or, cette permanence n'est pas un critère retenu pour la qualification d'intermédiaire. Ensuite parce qu'il est vraisemblable qu'il s'agisse surtout d'une technique de gestion d'un fonds de commerce. D'ailleurs, le mandataire est généralement astreint d'assurer en permanence l'exploitation du fonds de commerce. Il y a bien quelques troublants rapprochements à faire avec certains contrats d'intermédiaire, dont l'agence commerciale par exemple en ce que l'article L.146-4 du Code de commerce – qui prévoit, sauf faute grave de la part du gérant-mandataire, une indemnité à son profit en cas de résiliation du contrat sur l'initiative du mandant - rappelle étrangement les articles L.134-12 et L.134-13 du Code de commerce. Pour autant, en ce qu'il est un mandataire exclusivement attaché à la tenue du fonds, le mandataire-

⁸² J-B Blaise, *Droit des Affaires – Commerçants Concurrence Distribution*, LGDJ, 5^{ème} édition 2009, n°1014.

⁸³ Opposant aussi mandat et subordination, voir D.Mainguay, *Contrats spéciaux*, *op.cit.*, n°489.

⁸⁴ La loi n°2005-822 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a créé le régime de la gérance-mandat, aux articles L.146- 1 et s. du Code de commerce.

⁸⁵ Pour un exemple, voir les deux arrêts rendus par des pseudos gérants-mandataires d'hôtels sous l'enseigne Etap Hôtel : Cass.soc.16 janvier 2008, inédit, pourvoi n°07-40055 : Cass.soc.13 mai 2008, inédit, pourvoi n°07-40466.

- L'intermédiaire contractuel -

gérant n'est pas un intermédiaire, pas davantage d'ailleurs que ne l'est le franchisé⁸⁶ ou le commissionnaire affilié⁸⁷. Ces contrats de distribution, qu'on dit être des « contrats de dépendance », permettent à la tête de réseau de d'élaborer une stratégie de développement faisant appel à l'épargne privée de commerçants désireux d'entreprendre. En dépit de leur évident intérêt tant pratique qu'économique, ils sont en contradiction avec l'indépendance de principe des intermédiaires⁸⁸ et ne rentrent donc pas dans le domaine de l'intermédiation.

24. Ainsi, les intermédiaires sont des professionnels, mais pas nécessairement des commerçants, qui exercent leur mission à titre de profession habituelle et se distinguent par leur autonomie dans la réalisation de leur tâche, encore que cette autonomie ne soit pas totalement synonyme de liberté, puisqu'ils ont un certain nombre de consignes à suivre. L'exercice de leur activité est quant à lui totalement libre, la forme sociale (SA, SARL, EURL...) étant généralement permise tout autant que la forme « artisanale », les intermédiaires pouvant parfaitement travailler à leur compte. Il n'y a là aucun particularisme du fait de l'intermédiaire et il ne paraît dès lors pas utile d'insister sur ce sujet. La personnalité des intermédiaires, comme on l'a vu, est en revanche un critère déterminant, qui cependant se double d'une situation instable. Ces remarques conduisent d'abord à étudier le contrat d'intermédiaire sous l'angle strict de la relation entre l'intermédiaire et l'intermédiaire : il apparaît comme un mandat, contrat précaire conclu *intuitu personae* (première partie). Mais, la fonction commune des intermédiaires s'exerce par le biais de pouvoirs variés. C'est en les mettant en œuvre que l'intermédiaire s'adresse à l'intermédiaire sous différentes étiquettes. Tantôt représentant, tantôt contractant apparent, tantôt courtier, il prend alors une place modulable dans la relation contractuelle qu'il initie. Par l'exécution du contrat qui lui attribue un pouvoir, l'intermédiaire révèle diverses qualités, semblant parfois bousculer la théorie de l'autonomie de la volonté. Sa présence à la relation contractuelle, censée lier l'intermédiaire à l'intermédiaire, ouvre de formidables déclinaisons. La mise en œuvre de son pouvoir par l'intermédiaire révèle ainsi une incidence variable (deuxième partie) sur l'ensemble des protagonistes.

⁸⁶ Le contrat de franchise est menacé de requalification : voir F-L. Simon, « L'identification du contrat de franchise et des contrats voisins », *Les Petites Affiches* 2008, n°243, 11, cite notamment Cass.civ. 1^{re}, 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-15.551 ; Cass.soc., 13 mai 2008, pourvoi n° 07-40.466 ; Cass.soc., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-41.896 ; Cass. soc., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-12.102 ; Cass.com., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-40.055.

⁸⁷ Le commissionnaire affilié, au contraire du franchisé, n'est jamais propriétaire du stock. F. Auque, « La commission-affiliation », *AJDI* 2001, 1059 ; D.Mainguy et J-L. Respaud, « A propos du contrat de "commission-affiliation" », *Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz 2007, 705. Ce contrat subit aussi la menace d'une requalification en contrat de travail. Par ex : Cass.soc. 26 septembre 2006, inédit, pourvoi n°04-46794.

⁸⁸ Ne serait-ce que par l'obligation qui est imposée aux cocontractants de se soumettre à l'uniformité du réseau.

- L'intermédiaire contractuel -

PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT D'INTERMEDIAIRE, CONTRAT DE CONFIANCE PRECAIRE CONCLU *INTUITU PERSONAE*

25. L'existence d'un lien juridique entre l'intermédiaire et l'intermédiaire est une caractéristique de l'activité de l'intermédiaire. Précisément, comme cela a été démontré en introduction, le fondement juridique du lien entre l'intermédiaire et l'intermédiaire n'est pas le contrat de louage d'ouvrages, mais un contrat de mandat. Ce lien, chronologiquement le premier, est l'objet des développements qui vont suivre. Il sera envisagé de manière autonome pour les besoins de l'exposé. Initialement, les parties doivent avoir conclu un contrat qui témoigne de leur rapport privilégié : l'intermédiaire utilise les services de l'intermédiaire en raison de ses compétences, de sa renommée et de sa spécialité. Ce dernier a en effet des connaissances spécifiques qui peuvent servir l'intermédiaire dans sa recherche de nouveaux partenaires contractuels ou bien encore dispose d'un agrément nécessaire à l'activité en question. Ce fort *intuitus personae* qui plane sur la relation contractuelle s'illustre dès la formation du contrat (titre 1). Il imprime au contrat des effets qui sont le reflet de la confiance que les parties se sont mutuellement accordées (titre 2). Toutefois, l'intimité du lien qui unit les cocontractants s'oppose à la pérennité de leur relation et justifie que le pouvoir qui a été confié ne soit jamais irrévocable (titre 3).

Titre 1. L'*intuitus personae* dans la formation du contrat

26. Le contrat d'intermédiaire est un contrat spécial qui se soumet pour partie au droit commun des contrats. La formation de ce contrat ne déroge d'ailleurs en rien à l'article 1108 du Code civil. S'il est vrai que le contrat d'intermédiaire ne dévoile donc pas ses aspects les plus singuliers sur ce point, il a en revanche la particularité d'insister sur la personnalité des contractants. C'est dans cette perspective de montrer l'importance de l'*intuitus personae* que seront successivement étudiées les conditions de formation (chapitre 1) puis de vitalité (chapitre 2) du contrat.

Chapitre 1. Les conditions de formation

27. Le contrat d'intermédiaire prend sa source dans une rencontre de volontés, qui, par le développement de nouveaux moyens de communication peut ne plus être synonyme d'un rapprochement physique, pourvu que l'intermédiaire présente les qualités qu'on lui recherche et qu'il ait véritablement l'envie autant que les compétences pour remplir la mission qu'on lui propose. La personnalité de l'intermédiaire a donc une influence significative sur la formation du contrat. Une obligation d'information pèse sur lui dès la phase précontractuelle (section 1), avant même que ne se scelle l'engagement des parties par la rencontre de leurs volontés (section 2). Mais, si le principe du consensualisme permet au contrat oral, voire même tacite, de produire ses effets, un certain formalisme se développe au sein des contrats d'intermédiaire (section 3). Dès lors, l'intermédiaire est contraint de respecter une forme écrite pour la validité même du mandat, ce qui accentue le protocole informatif auquel il est tenu en vue de protéger l'intermédiaire.

Section 1. L'obligation d'information⁸⁹ dans les pourparlers

28. Mise à la charge des professionnels en général, l'obligation d'information qui pèse en particulier sur l'intermédiaire présente un particularisme en ce qu'elle se rattache à la protection de la confiance que l'intermédiaire est sur le point de lui accorder. Bien que le contrat envisagé soit synallagmatique, seul l'intermédiaire est débiteur, au stade des pourparlers, d'une obligation particulière d'information. (§1), dont il faut définir le contenu pour en déterminer le régime (§2).

§1. L'intermédiaire, débiteur de l'obligation d'information dans les pourparlers.

29. Il paraît à première vue évident qu'au moment des pourparlers, le débiteur naturel de l'obligation d'information en matière d'intermédiation soit l'intermédiaire tant il est communément admis par la jurisprudence que cette obligation particulière pèse sur le seul

⁸⁹ Certains auteurs préfèrent cependant distinguer l'obligation de renseignements, réservée à la période précontractuelle, du devoir contractuel de conseil. Voir notamment les auteurs cités par B.Starck, H.Roland et L.Boyer, *Droit civil, Obligations, Tome 2 : Le contrat*, Litec 6^{ème} édition, 1998, n°269-1. D'autres au contraire ont souhaité transcender les qualifications doctrinales s'appuyant sur le moment de la délivrance attendue de l'information pour s'appuyer sur une distinction fonctionnelle. Voir en ce sens M.Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 221, 1992, spéc. n°277 et s. Aussi, afin d'éviter toute ambiguïté, on se contentera dans les développements qui vont suivre d'utiliser le terme volontairement général d'obligation d'information.

- L'intermédiaire contractuel -

professionnel. Pourtant, on pourrait également s'interroger sur l'existence d'une telle obligation à la charge de l'intermédiaire. Le caractère synallagmatique du contrat à conclure suite aux pourparlers semblerait constituer un premier argument justifiant la réciprocité de cette obligation et le fort *intuitus personae* qui plane sur la relation contractuelle pourrait en constituer un second. Mais il faut se rendre à l'évidence. Quelle que soit la manifestation de cette obligation générale - mise en garde, conseil ou renseignement – elle protège le créancier contre les réticences du débiteur. On ne voit pas dès lors ce que pourrait craindre l'intermédiaire contre l'intermédiaire au stade des pourparlers. L'intermédiaire est un professionnel qui attend qu'on fasse appel à lui en raison de ses compétences ou de sa renommée. Il se pose en connaisseur et ne pourrait prétendre avoir conclu un contrat dans des conditions économiques défavorables, d'autant que si tel était le cas, il pourrait de toutes façons en être dédommagé sur le fondement de l'article 2000 du Code civil, à moins d'un forfait ayant exclu son application. Ce texte impose en effet à l'intermédiaire d'indemniser l'intermédiaire de toutes les pertes occasionnées à l'occasion de sa mission.

30. Si l'on suppose que l'intermédiaire est lui-même un professionnel, rien ne dispense pourtant l'intermédiaire de son obligation. Sans nier l'importance de la considération de la personnalité de l'intermédiaire, il faut admettre, selon l'expression consacrée autrefois par la doctrine, que le mandat est conclu *intuitu personae procuratoris*⁹⁰. C'est donc principalement le mandant qui doit avoir confiance en son mandataire, ce qui suppose que ce dernier lui livre, avant tout engagement contractuel, une information complète et sincère. Une loi récente, qui concerne les intermédiaires en assurance, contient une disposition intitulée « *informations à fournir par les intermédiaires* »⁹¹, ce qui prouve que cette démarche d'instruction de l'intermédiaire n'est pas si évidente. Bien sûr, il est possible de faire référence au concept de bonne foi ou de loyauté pour contrecarrer d'éventuelles réticences, mais ces exigences, qui pouvaient sembler naturelles aux rédacteurs du Code civil à l'heure où le mandat n'était encore qu'un petit contrat entre amis, ne sont nulle part inscrites. Il est peut-être temps, ainsi qu'en témoigne la loi du 15 décembre 2005, de généraliser le formalisme du conseil au travers d'un écrit et pas seulement de surveiller le processus informatif du consommateur dans les contrats conclus à distance⁹². L'obligation d'information présente en effet des contours

⁹⁰ E.Sallé de la Marnière, « Le mandat irrévocable », *RTDciv.*1937, 241 et s., spéc. n°13.

⁹¹ Disposition issue de la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005, intégrée au Code des assurances à l'article L.520-1.

⁹² Voir les articles L.121-18 et L.121-19 du Code de la consommation sur les informations nécessaires dans l'offre de contrat à distance et les articles L.121-20-10 (informations préalables à fournir) et L.121-20-11

imprécis, alors que la rencontre précontractuelle fixe le cadre de relations futures fondées sur la confiance. Il importe de clarifier ce que l'intermédiaire peut légitimement attendre de l'intermédiaire à ce stade.

§2. Le contenu de la notion d'obligation d'information dans les pourparlers

31. L'obligation d'information doit permettre à l'intermédiaire d'avoir une vision aussi précise que possible de l'utilité du contrat qu'il envisage de passer. L'intermédiaire apprécie alors *in concreto* la demande de l'intermédiaire car « le conseil correspond [...] à la mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information »⁹³. La loi sur les intermédiaires en assurance⁹⁴, laquelle vise notamment et sans distinction les agents généraux aussi bien que les courtiers, est la première à adopter cette appréciation globale de l'obligation précontractuelle d'information. Elle impose d'abord à l'intermédiaire en assurances, avant toute souscription, de fournir à son interlocuteur des informations relatives à son identité, à son immatriculation, à d'éventuels liens financiers avec une ou plusieurs entreprises d'assurance et aux procédures de réclamation (article L520-1 I du Code des assurances). Mais, elle l'oblige encore, avant la conclusion de tout contrat, d'en indiquer le contenu et de préciser s'il se prévaut d'une analyse objective ou s'il est lié à une entreprise d'assurance par une exclusivité (article L.520-1 II du Code des assurances). Dans la même veine, le nouvel article L.211-8 du Code du Tourisme résultant de la loi du 22 juillet 2009⁹⁵, reprenant l'essentiel de la formulation de l'ancien article L.211-9 du même code, impose aux agents de voyages de fournir aux « *intéressés, par écrit préalablement à la conclusion du contrat, du contenu des prestations proposées relatives au transport et au séjour, du prix et des modalités de paiement, des conditions d'annulation du contrat ainsi que des conditions de franchissement des frontières* ». Cela traduit sans aucun doute sinon la généralisation, du moins l'avancée considérable de l'obligation d'information

(nécessité de communiquer sur un support durable les conditions contractuelles avant tout engagement) du Code de la consommation pour le cas particulier des services financiers commercialisés à distance, qui résultent de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005 pour le second de ces textes et de la même ordonnance ainsi que de la loi n°2006-387 du 31 mars 2006 pour le premier. Voir également A. Penneau, « Contrat électronique et protection du cybercontractant, Du Code de la consommation au Code civil », *Les Petites Affiches*, 13 mai 2004, n° 96, p. 3 et s.; D.Fenouillet, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », *RDC* 2004, n°4, 955.

⁹³ M.Fabre-Magnan, *op.cit.* n°471, p.385.

⁹⁴ Loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance.

⁹⁵ Loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des activités touristiques, précitée.

- L'intermédiaire contractuel -

précontractuelle, sous l'impulsion patente de la Directive « Services »⁹⁶, due par certains intermédiaires quant au contrat à conclure, et dont on voit ici qu'elle est formalisée par le recours impératif à l'écrit.

32. La loyauté, le conseil technique et l'écoute des besoins du client apparaissent nettement comme les composantes de l'obligation précontractuelle d'information qui pèse sur chaque intermédiaire. Dans une hypothèse tout à fait extrême, l'intermédiaire qui remplit son devoir d'information peut même parvenir à dissuader l'intermédiaire de rechercher un partenaire économique s'il s'avère que cette démarche apparaît vaine aux yeux du professionnel qu'il est⁹⁷. L'objet de cette obligation d'information précontractuelle à la charge de l'intermédiaire est donc de garantir l'intégrité du consentement du mandant. En d'autres termes, l'intermédiaire doit s'assurer que l'intermédiaire a bien conscience de l'engagement qui sera le sien suite à l'intermédiation. En cela, elle constitue un important garde-fou contre les vices du consentement que sont le dol et l'erreur. Le devoir de loyauté en particulier doit « conduire l'opérateur à éviter les conflits d'intérêt de nature à tromper la confiance légitime que place en lui le destinataire »⁹⁸. Néanmoins, l'obligation mise à la charge de l'intermédiaire ne peut aucunement dispenser l'intermédiaire d'avoir un comportement actif et responsable, qu'il soit d'ailleurs professionnel ou non. A contre-courant des théories consuméristes se répand depuis quelques années déjà l'idée d'une implication du futur partenaire contractuel créancier de l'obligation d'information⁹⁹. En ce sens, la loi du 15 décembre 2005 marque encore une avancée importante. Elle prévoit d'inscrire les exigences et les besoins du souscripteur éventuel, ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni, tout en prenant soin de relever que ces précisions reposent notamment sur les éléments d'information fournis par le souscripteur éventuel. De la sorte, si l'intermédiaire est principalement tenu d'une obligation précontractuelle d'information, la loi place également l'intermédiaire face à ses responsabilités (article L.520-1 II). L'intérêt majeur de ce dispositif légal est de mettre en balance les

⁹⁶ Directive service n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 du Parlement et Conseil relative aux services dans le Marché intérieur, JOCE L 376/36 du 27 décembre 2006.

⁹⁷ En ce sens, voir Ph. Le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*1990, 21.

⁹⁸ L. Aynès, « Vers une déontologie du contrat ? », Cycle droit et technique de cassation, 6^{ème} conférence, 11 mai 2006, Grand'Chambre de la Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour de cassation, qui cite à l'appui de cette affirmation la jurisprudence Vilgrain (Cass.com., 27 février 1996 : *Bull.civ.I*, n°65 : *Deffrénois* 1996, 1205, obs. Y. Dagonne-Labbé ; *Les Petites affiches* 1997, n°21, p.7, note D-R Martin) rendue au visa de l'article 1116 du Code civil pour sanctionner la réticence dolosive dans la vente d'actions. Solution confirmée par Cass.com. 22 février 2005, inédit, pourvoi n°01-13642.

⁹⁹ En ce sens notamment, P. Jourdain, « L'obligation de se renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*1983, 139 ; B. Rudden, « Le juste et l'inefficace, pour un non-devoir de renseignement », *RTDciv.*1985, 91 ; Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.*1987, 101.

- L'intermédiaire contractuel -

informations fournies avec les informations sollicitées, sans que soit reportée sur le seul professionnel l'entière charge d'un conseil incomplet. La mise en œuvre de cette réforme n'est certainement pas aisée ; toutefois, on peut penser qu'en cas de litige, les magistrats disposent d'éléments objectifs écrits leur permettant d'apprécier *in concreto* si l'intermédiaire a, ou non, rempli son obligation précontractuelle. Dans le même sens, on peut rapidement évoquer l'article L.533-13 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction tirée de l'ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers¹⁰⁰, qui impose au point I alinéa 1^{er}, aux prestataires de services d'investissements de s'enquérir préalablement auprès des intéressés « *de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés* ». Ce qui est particulièrement intéressant dans ce texte récent, c'est que dans le même temps, une échappatoire est laissée à l'intermédiaire : l'alinéa 2 du texte prévoit en effet que l'intermédiaire puisse s'abstenir de recommander des instruments financiers ou de fournir des services de gestion quand « *les clients potentiels, ne communiquent pas les informations requises* ». Voilà donc un texte soucieux, sinon de bilatéraliser la bonne foi au stade précontractuel, du moins de mettre en mesure l'intermédiaire d'exécuter son obligation ou de s'y soustraire librement en raison du défaut de coopération de son client potentiel.

33. Toutes les fois que l'intermédiaire aura failli à son obligation précontractuelle d'information, il est envisageable de mettre en cause sa responsabilité sur le fondement des règles de la responsabilité civile délictuelle. En effet, s'agissant ici de la période des pourparlers, il n'y a pas de contrat, donc pas lieu d'engager les mécanismes de réparation propres au contrat : le créancier de l'obligation d'information, le plus souvent l'intermédiaire, pourra engager la responsabilité de l'intermédiaire sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Toutefois, si le manquement se révèle après la conclusion du contrat, alors on peut envisager de remettre en cause la convention sur le terrain de la nullité¹⁰¹, chaque fois que la rétention de l'information a eu une incidence manifeste sur le consentement de

¹⁰⁰ Résultant de la transposition en droit français de la Directive européenne sur les marchés d'instruments financiers 2004/39/CE du 21 avril 2004, dite « directive MIF ». De nouvelles dispositions en sont issues, dont l'article L.533-13 I du Code monétaire et financier, qui impose aux prestataires de services d'investissement de fournir un conseil personnalisé. L'entrée en vigueur de ce texte au 1^{er} novembre 2007 a conduit les banques notamment à évaluer les connaissances de chaque client grâce à un questionnaire rempli et signé par le client, l'interrogeant notamment sur les opérations financières qu'il a déjà réalisées. Ce questionnaire permet de distinguer différentes catégories de clients et d'assurer ainsi une protection graduelle et appropriée.

¹⁰¹ En ce sens voir M.Fabre-Magnan, *op.cit.*, n°590.

- L'intermédiaire contractuel -

l'intermédiaire¹⁰². Sinon, il est toujours envisageable de retenir la responsabilité de l'intermédiaire.

34. En résumé, hormis l'hypothèse d'une inexécution de l'obligation précontractuelle de conseil réparée sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, s'offre à l'intermédiaire la voie de la nullité du contrat souscrit, nullité relative fondée sur les vices du consentement et soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil. Il faut alors démontrer que l'inexécution de son obligation d'information par l'intermédiaire était intentionnelle et qu'elle a provoqué une erreur déterminante dans l'esprit de l'intermédiaire. La jurisprudence a déjà admis que le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'excluait pas l'exercice par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi¹⁰³. Cependant, parce que le droit français n'admet pas la théorie dite de la *culpa in contrahendo*, la victime ayant obtenu la nullité sera en outre tenue de prouver le préjudice or, il faut bien voir que la plupart du temps, la nullité suffira à rétablir l'équilibre et qu'il n'y aura pas de préjudice résiduel¹⁰⁴. Hors de ce cas particulier dans lequel le manquement à l'obligation d'information précontractuelle a provoqué un vice du consentement, la jurisprudence se montre assez logiquement hostile à la nullité, préférant l'attribution de dommages intérêts, ce qui fait que la clause pénale incluse dans le contrat conclu peut trouver à s'appliquer¹⁰⁵.

35. L'obligation d'information, ainsi définie, semble un préalable nécessaire au contrat d'intermédiaire dont la première caractéristique est d'être fondé sur la confiance. Un intermédiaire loyal ne doit pas craindre de dissuader un client éventuel de réaliser l'opération qu'il projetait. Au contraire, s'il pense parvenir à le satisfaire, une rencontre de volontés des deux parties doit s'opérer pour que le contrat, qui n'était alors qu'en germe, puisse se former.

¹⁰² Voir *infra* nos 84 et s.

¹⁰³ Cass.civ.1^{ère}, 4 février 1975 : *JCP*, G, 1975, II, 18100, note Ch.Larroumet et Cass.com., 18 octobre 1994 : *Deffrénois* 1995, 332, obs. D.Mazeaud.

¹⁰⁴ En ce sens Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, *Les obligations, Le Contrat*, 1^{ère} partie Conditions de formation, *Economica*, 6^{ème} édition, 2007, n°583.

¹⁰⁵ En ce sens, Cass. civ.1^{ère}, 31 octobre 2007 : *D.2008*, 522, note Y.Dagorne-Labbé, Arrêt dans lequel l'association du bureau des élèves d'une école de commerce s'était vue contrainte de renoncer au voyage qu'elle avait réservé par l'intermédiaire d'une agence, la direction de l'école estimant que ce séjour avait pour objet d'organiser un bizutage. L'association refusa d'honorer le paiement de l'intégralité du voyage, en dépit de ce que prévoyait pourtant la clause pénale en pareil cas. Assignée par le voyageur, elle invoqua deux moyens de défense : la nullité du contrat pour manquement de l'agence à son obligation d'information et la réduction de la clause pénale. La cour d'appel puis la Cour de cassation ont successivement donné gain de cause à l'agence.

Section 2. La rencontre de volontés

36. Suivant l'article 1984 du Code civil, « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ». De l'alinéa premier du texte, on peut déduire que le mandant a en théorie l'initiative de l'offre de mandat. Par le second alinéa, on pose l'acceptation du mandataire comme condition de la création de l'opération. Néanmoins, il faut admettre que l'intermédiaire est le plus souvent à l'origine de l'offre (§1). L'alinéa second de l'article 1985 du Code civil autorise un consentement du mandataire de la façon la plus large qui soit. On verra que rien ne s'oppose à ce que ce principe de libre expression du consentement de l'intermédiaire soit élargi au bénéfice de l'intermédiaire (§2). Enfin, il faut tenir compte du fait que de plus en plus fréquemment, les volontés sont émises de manière échelonnée. On se demandera si ce décalage a une incidence sur la formation du contrat (§3).

§1. L'initiateur du contrat

37. Si le mandat se forme apparemment par la rencontre de la volonté du mandant (offre) et de la volonté du mandataire (acceptation), en matière d'intermédiation l'auteur de l'offre importe peu. L'hypothèse prévue initialement par le code Napoléon, qui tend à considérer que l'offre de contrat est laissée à l'instigation du mandant, relève plutôt du cas d'école. En effet, du fait du développement des activités de services, caractéristique de la professionnalisation des mandataires, ce sont souvent ces derniers qui seront auteurs d'une offre quasi-permanente. Beaucoup d'intermédiaires « offrent » leurs services par voie publicitaire, utilisant tous les moyens de communication du monde moderne pour attirer de nouveaux clients. Aussi, l'intermédiaire est-il davantage celui qui accepte l'offre de l'intermédiaire que l'inverse. Pourtant, il ne s'agit pas le plus souvent d'une offre précise et déterminée à laquelle l'intermédiaire peut immédiatement adhérer. En réalité, il faut davantage y voir des propositions commerciales d'entrée en pourparlers.

38. On peut en effet considérer que les propositions de services d'un intermédiaire par affichage publicitaire, tracts ou tout autre support ne constituent pas réellement des offres fermes et définitives mais bien plutôt des invitations à entrer en pourparlers. En raison du fort caractère d'*intuitus personae* qui marque le contrat d'intermédiation, on ne peut qualifier

- L'intermédiaire contractuel -

d'offre ferme une proposition générale qui serait faite à personne indéterminée. Ainsi, toute personne qui y répondrait n'est pas sûre en effet de contracter avec l'intermédiaire en question : elle peut librement s'informer du coût des services de l'intermédiaire. A ce stade, l'intermédiaire peut, lui aussi, refuser de s'engager avec une personne désireuse d'utiliser ses services.

39. A l'inverse, quand l'offre de l'intermédiaire est suffisamment précise, notamment lorsqu'elle traduit l'exécution de son obligation précontractuelle d'information sur le contrat à conclure, comme c'est le cas au travers de l'article L.211-8 du Code du Tourisme, il faut bien reconnaître que cette proposition l'engage. D'ailleurs, pour ce qui concerne les agents de voyage, la règle est expressément prévue. L'article L.211-9, alinéa 1, du même code dispose en effet : « *L'information préalable prévue à l'article L.211-8 engage le vendeur* ». Mais, hormis ce cas, la circonstance n'est pas si fréquente, ce qui fait que la démarche de l'intermédiaire pourra rarement être assimilée à une offre de contrat ou une sollicitation. Dans cette mesure, il semble donc que ce soit la qualification d'offre d'entamer des négociations commerciales qu'il faille privilégier. Les propositions qui pourraient être faites de façon trop générales à des clients potentiels ne sont que la mise en œuvre de techniques de démarchage, de recrutement, de prospection. Il n'est alors généralement pas possible de considérer que les parties ont véritablement exprimé leur volonté de contracter lorsqu'un intéressé manifeste son intérêt à la proposition qui lui est faite. Il faut en conséquence aller plus loin dans l'analyse du consentement.

§2. La libre expression du consentement

40. L'article 1985 du Code civil, frère jumeau de l'article 1984, dispose, quant à la présentation de la procuration : « *le mandat peut être donné par acte authentique, ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement [...].*

L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ». On voit donc que, tant du point de vue de la procuration elle-même que du point de vue de son acceptation, le Code civil n'a pas montré d'exigence¹⁰⁶. A la limite, il

¹⁰⁶ Mais ce texte résulte d'une réforme récente (loi n°80-520 du 12 juillet 1980) tandis que les autres textes qui régissent le mandat datent du Code civil de 1804. Avant 1980, la doctrine dominante considérait, en s'appuyant sur l'ancienne formulation de l'article 1985 du Code civil, que ce texte ne prévoyait pas la possibilité d'un mandat tacite, puisqu'il n'était question que de l'acceptation tacite du mandataire, ce dont on pouvait déduire

- L'intermédiaire contractuel -

peut même ne pas y avoir de procuration : dans ce cas, la ratification de l'acte passé par gérant d'affaires entraînera application des règles du mandat. De la même façon, il peut ne pas y avoir d'acceptation expresse de la part du mandataire : on considère alors que l'exécution vaut acceptation. Enfin, ce libéralisme a pour conséquence qu'il est possible d'admettre la validité d'une procuration en blanc, aussi dite procuration au porteur. Le signataire de la procuration donne mandat à celui auquel il la confie de lui trouver un mandataire apte à le représenter pour accomplir l'acte projeté. En pratique, il faut convenir que ces hypothèses sont rares : principalement, elles se résument à la représentation des actionnaires en assemblée générale et la représentation d'une partie absente à un acte notarié. Autant dire que le contrat d'intermédiaire n'est pas concerné par le blanc-seing.

41. Ainsi, une fois que les parties sont entrées en pourparlers et se sont accordées sur les éléments principaux du contrat, le principe de liberté dans l'expression du consentement¹⁰⁷ demeure pour l'essentiel tel qu'il a été voulu par le législateur, pourvu que la réalité du consentement ne puisse pas être remise en question. Les modes d'expression du consentement évoluent avec le temps et l'acceptation orale qui renvoyait jadis à l'idée de liberté absolue est largement supplantée aujourd'hui. Il n'est d'ailleurs même plus nécessaire que les protagonistes soient physiquement présents pour que leurs consentements soient valables. On peut ainsi donner son consentement par téléphone, par texto ou par e-mail. L'intermédiaire peut avoir recours à ce mode commode d'expression pour s'assurer du consentement de son client, d'autant que la loi n°2000-230 du 13 mars 2000, au travers des articles 1316 à 1316-4 du Code civil, a tenu compte du support électronique comme preuve littérale sous certaines précautions¹⁰⁸. Mais, la conclusion d'un contrat électronique, y compris par un « cyberintermédiaire », n'est pas aussi libérale et l'oblige à se soumettre à un certain nombre de formalités, révélées notamment par les articles 1369-4 et 1369-5 du Code civil¹⁰⁹, principalement afin d'éviter que le client ne s'engage par sa maladresse et ne puisse corriger ses erreurs. Le système du double clic (un clic lors de la passation de la commande, un clic de confirmation) paraît satisfaire une partie de ces exigences du point de vue de l'expression du

que la volonté du mandant devait être, en revanche, expresse. En ce sens, Ch.Lazerges, « Les mandats tacites », *RTDciv.* 1975, 222, spéc. n°2. Cette interprétation n'a plus lieu d'être.

¹⁰⁷ Ce principe a certes été quelquefois mis à mal par des exigences de formalisme *ad validitatem* qui constituent une exception notable, particulièrement chez certains intermédiaires. Voir *infra* n°s 48 et s.

¹⁰⁸ L'article 1316-1 du Code civil évoque à juste titre la nécessité de pouvoir déterminer l'identité de l'émetteur du document électronique.

¹⁰⁹ Ces dispositions résultent de l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005.

- L'intermédiaire contractuel -

consentement de l'intermédiaire. L'évolution des moyens de communication facilite la conclusion du contrat entre l'intermédiaire et son donneur d'ordre.

42. Il nous reste à évoquer une hypothèse, heureusement peu fréquente et manifestement ignorée des préoccupations d'avancée technologique : le cas de l'illettrisme. Cette hypothèse où en apparence, le consentement des deux parties a été donné, mais ne sera pas considéré comme valable pour l'une des deux, relève le plus souvent du cas d'école. Néanmoins, si l'intermédiaire est illettré, circonstance qui ne devrait pas s'envisager du point de vue de l'intermédiaire défini par essence comme un professionnel, alors l'existence du contrat pourra être remise en cause non pour vice du consentement, mais pour absence totale de consentement. Tel pourrait être le cas si un intermédiaire illettré signait un contrat autorisant un agent immobilier à vendre un bien alors que le client ne souhaitait que le donner en location. Celui qui consent sans savoir ce à quoi il consent pourrait être considéré comme n'ayant jamais consenti. Selon certains, le contrat serait alors affecté d'une cause de nullité absolue du contrat¹¹⁰. En réalité, il n'y a pas d'argument solide qui fasse de l'absence de consentement un cas particulier quant à la nullité. Aussi peut-on admettre qu'il s'agisse d'un cas de nullité relative¹¹¹.

43. La liberté dans l'expression du consentement combinée avec de nouveaux moyens de communication entraîne de plus en plus souvent la conclusion du contrat sans rencontre physique des parties. Le caractère *intuitu personae* du contrat d'intermédiaire ne s'en trouve pas pour autant modifié. Ce n'est pas tant la présence physique de l'intermédiaire qui est recherchée que ses compétences professionnelles. Or, celles-ci peuvent souvent s'évaluer hors la présence du mandataire. Cette évolution entraîne nécessairement un décalage dans le temps entre l'offre et l'acceptation. On peut dès lors s'interroger sur le moment auquel les volontés peuvent encore s'exprimer.

¹¹⁰ Si l'absence de consentement devait être retenue, un des enjeux principaux était autrefois le délai pour agir (trente ans). Depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, le délai de prescription extinctive a été uniformisé à cinq ans. Aujourd'hui, ne demeure essentiellement qu'un enjeu, quant au débat sur la nature de la nullité, qui est la possibilité de confirmation de l'acte nul pour la seule hypothèse de nullité relative.

¹¹¹ En ce sens, Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.*, n°320.

§3. Le moment de la rencontre de volontés

44. On sait que la formation du contrat s'effectue dès la rencontre des volontés. Parfois, elles seront exprimées concomitamment, le plus souvent de façon décalée, mais leur juxtaposition scellera la formation du contrat. Néanmoins, une question demeure : le contrat peut-il valablement se former entre l'intermédiaire et l'intermédiaire quand bien même ce dernier n'aurait pas consenti sur-le-champ ? Cette hypothèse renvoie en premier lieu au quasi-contrat qu'est la gestion d'affaires¹¹². Or, la gestion d'affaires ne concerne l'intermédiaire que de manière exceptionnelle et n'appartient pas à la catégorie des contrats, justement parce qu'un consentement fait défaut au moment de l'exécution. Il n'y a donc pas de contrat, puisque l'intermédiaire n'a pas donné son consentement à l'acte. Le recours à la gestion d'affaires, si les conditions en sont remplies¹¹³, permet à l'intermédiaire de se soustraire à une action en responsabilité, voire d'obtenir un salaire¹¹⁴. Mais ce n'est qu'une technique palliative. En second lieu, l'intermédiaire peut avoir délibérément passé outre l'absence de consentement de son client, misant sur une ratification *a posteriori*. Si celle-ci a lieu, elle opère rétroactivement¹¹⁵, ce qui permette de considérer que le contrat s'est valablement formé bien que l'intermédiaire n'y ait pas immédiatement consenti. Cependant, celui qui fait profession de mettre en relation plusieurs personnes prend rarement le risque d'un refus de ratification qui aurait pour conséquence de l'engager personnellement. Au contraire, s'il est avisé, il a intérêt à recueillir, de préférence par écrit, le consentement de son donneur d'ordre et en outre s'assurer précisément du champ d'application dont il dispose.

45. En outre, il convient de souligner que l'intermédiaire, en tant que professionnel, s'expose, dans certains cas, à ce que l'intermédiaire puisse revenir sur son consentement. En effet, d'une part, dans l'hypothèse d'un démarchage à domicile, le professionnel doit se conformer notamment aux exigences de l'article L. 121-25 du Code de la consommation et permettre au client démarché de se rétracter¹¹⁶. La règle est la même pour tout intermédiaire usant du démarchage à domicile pour recruter de nouveaux clients. Plus spécialement, depuis la loi SRU du 13 décembre 2000¹¹⁷, l'agent immobilier est également tenu au titre de l'article

¹¹² M.Planiol et G.Ripert, *Traité pratique de droit civil français, op.cit.*, n°1440.

¹¹³ Voir *infra* n°592.

¹¹⁴ Voir *infra* n°177.

¹¹⁵ Voir *infra* n°599.

¹¹⁶ Cass.crim., 28 novembre 2000 : D.2001, 856, note Y.Rouquet, à propos d'un agent immobilier qui s'était affranchi des dispositions du Code de la consommation.

¹¹⁷ Loi relative à la Sécurité et au Renouvellement Urbain n°2000-1208 du 13 décembre 2000.

- L'intermédiaire contractuel -

L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation d'informer le non-professionnel, signataire d'une promesse de vente, qu'il dispose d'un délai de sept jours pour se rétracter. Cette nouvelle règle s'applique même en l'absence de démarchage à domicile. Quelques années avant, le législateur avait ouvert la voie, offrant au client d'une agence matrimoniale la possibilité de revenir sur son engagement dans un délai de sept jours¹¹⁸. D'autre part, le contrat d'intermédiaire conclu à distance entre un professionnel et un consommateur fait également l'objet d'une réglementation spécifique¹¹⁹ applicable à « *toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue sans la présence physique simultanée des parties* »¹²⁰. En effet, cette circonstance ouvre droit, au profit du consommateur, à un délai de rétractation de sept jours francs¹²¹. Enfin, dans le cas spécifiques de la fourniture à distance de services financiers à un consommateur, l'intermédiaire doit se soumettre aux dispositions des articles L.121-20-8 à L.121-20-14 du Code de la consommation qui résultent de la transposition de la directive n°2002/65/CE du 23 septembre 2002 « Commercialisation à distance de services financiers »¹²², dont en particulier l'article L.121-20-12, qui prévoit un délai de rétractation de 14 jours¹²³. Dans ces quatre cas (démarchage à domicile, courtage matrimonial, contrat à distance sur la vente d'un bien ou la fourniture d'un service, contrat à distance sur la fourniture de services financiers), le consentement de l'intermédiaire s'apparente à celui d'un consommateur ; il n'est donc pas définitif tant que le délai de rétractation ne s'est pas écoulé. Le moment de la rencontre des volontés, si l'intermédiaire n'a pas jugé opportun de se rétracter, est retardé à l'expiration de cette période de flottement contractuel.

46. Le dogme du consensualisme profite à l'heure actuelle à bon nombre d'intermédiaires qui proposent leurs services en ligne sans jamais rencontrer physiquement leur client. D'un point de vue théorique, comme on l'a vu, rien ne s'oppose à ce que le consentement des parties soit

¹¹⁸ Voir l'article 6 de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, modifié par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992, art.335.

¹¹⁹ Voir les articles L.121-16 à L.121-20-7 du Code de la consommation, issus de l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 prise en application de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, ainsi que de l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005.

¹²⁰ Article L.121-16 du Code de la consommation.

¹²¹ Article L.121-20 du Code de la consommation.

¹²² L.Costes, « Directive "Commercialisation à distance de services financiers" : renforcement de la protection des consommateurs », Bulletin d'actualité Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, novembre 2002, n°152, p.1 ; C.Perot-Reboul, « Commercialisation à distance des services financiers : champ d'application de la directive », *Revue Lamy Droit des affaires*, juin 2003, n°61, p.5.

¹²³ Sauf notamment, selon l'article L.121-20-12 II, si l'intermédiaire fournit des instruments financiers au sens de l'article L.211-1 du Code monétaire et financier ou se contente de réceptionner, transmettre et exécuter des ordres au sens de l'article L.321-1 du même code.

- L'intermédiaire contractuel -

donné en deux temps : juridiquement, le contrat est formé par la rencontre de volontés. Néanmoins, ce genre de pratiques n'est pas sans danger, notamment pour celui qui a contracté avec un intermédiaire virtuel, même si la loi lui accorde un délai de rétractation. En outre, la délégation d'un pouvoir présente dans certains cas, des risques patrimoniaux graves que la seule rencontre avec l'intermédiaire ne peut écarter. En conséquence, législateur et magistrats se relayent pour établir progressivement un formalisme visant principalement à protéger l'intermédiaire.

Section 3. Le formalisme de protection de l'intermédiaire

47. La protection de l'intermédiaire, sur le point de contracter avec un intermédiaire, qui est un professionnel, apparaît déjà au titre de l'obligation précontractuelle d'information. Cette mesure préventive pouvant apparaître insuffisante, le consensualisme cède peu à peu du terrain aux règles de forme qui se multiplient dans le droit positif des contrats d'intermédiaire. Si l'essor du droit de la consommation et l'idée qu'il faut protéger le faible contre le fort ne sont pas tout à fait étrangers à ce constat, il faut encore songer qu'indépendamment de la professionnalisation du mandat, celui qui prend un risque, c'est celui qui délègue. La loi tend d'abord naturellement à imposer un écrit *ad validitatem* dans le cadre du statut impératif d'un certain nombre d'intermédiaires (§1). Mais, quand bien même certains contrats échapperaient à cette exigence, la jurisprudence et la loi ont imposé un formalisme casuistique selon l'acte que l'intermédiaire a pour mission de passer (§2).

§1. Le formalisme légal du mandat de certains intermédiaires

48. On ne peut dégager de théorie générale en matière de formalisme du mandat donné aux intermédiaires. Cependant, au travers des exemples à suivre, se dégage l'idée selon laquelle les intermédiaires, soumis à un statut particulier, doivent obéir à l'exigence d'un écrit dans le cadre de l'exercice de leur profession.

49. Que l'intermédiaire soit un simple courtier ou qu'il soit un mandataire à part entière, la loi a prévu dans des hypothèses fréquentes de lui imposer un écrit pour que le contrat qui le lie avec l'intermédiaire soit valable. Il n'est pas toujours chose aisée de savoir si véritablement le législateur a entendu faire de l'écrit une condition de la validité même du contrat. Ainsi,

- L'intermédiaire contractuel -

l'article 20 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 exige que le mandat d'achat d'espace publicitaire par un intermédiaire pour un annonceur soit conclu par écrit. Pour autant, la seule sanction dont la loi fait état étant une amende¹²⁴, on ne peut affirmer qu'il s'agisse d'un formalisme de validité. De même, l'article L.211-10 du Code du Tourisme impose à l'agent de voyages de faire mention d'un certain nombre d'informations dans le contrat ; mais dans l'attente du décret d'application de ce texte pour en fixer les contours, un sérieux doute subsiste sur la portée de la sanction qui s'attache au non-respect de cette obligation.

50. Cependant, certaines dispositions, dès lors qu'elles envisagent expressément la nullité à titre de sanction de l'absence de mandat écrit, ne laissent aucune place au doute. Il en est ainsi du contrat de courtage matrimonial. L'article 6-1 de la loi n°89-421 du 23 juin 1989, qui régit l'activité des agences matrimoniales, précise que le contrat liant l'intermédiaire au client désireux de faire des rencontres doit mentionner le nom du professionnel, son adresse ou celle de son siège social, la nature des prestations promises, et les montant ainsi que les modalités de paiement du prix, ceci à peine de nullité. Certains promoteurs immobiliers sont également soumis à un formalisme de validité¹²⁵.

51. De la même manière, la loi n°70-9, dite loi Hoguet, du 2 janvier 1970, qui concerne en particulier les intermédiaires de la vente d'immeubles et de fonds de commerce, prévoit dans son article 6 que le mandat doit être passé par écrit.¹²⁶ Le décret d'application du 20 juillet 1972 précise les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans cet écrit. Il s'agit là d'un véritable formalisme à titre de validité. La pratique du *mandat de visite* ou du *bon de commission*, qui ne répondrait pas à ce formalisme, ne permettrait pas à l'agent immobilier d'obtenir sa commission¹²⁷. En outre, chaque mandat doit être consigné chronologiquement dans un registre spécial et sur l'exemplaire laissé entre les mains du client mandant doit figurer le numéro de l'enregistrement. C'est ce qui résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi Hoguet et de l'article 72 de son décret d'application. On aurait légitimement pu penser qu'une défaillance dans cette application particulière de la formalité du double pour les contrats synallagmatiques entraînait cette fois un échec du demandeur sur le seul terrain de la preuve. Mais la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler récemment que

¹²⁴ V. la loi précitée du 29 janvier 1993, article 25.

¹²⁵ V. l'article L.222-3 du Code de la construction et de l'habitation.

¹²⁶ Pour une application jurisprudentielle de cette exigence, voir Cass.civ.3^{ème}, 17 juillet 1980 : *JCP*, G, 1981, II, 19659 (1^{ère} espèce) note E-J Guillot.

¹²⁷ Par exemple Cass.civ.1^{ère}, 20 juillet 1982 : *Bull.civ.I*, n°265.

- L'intermédiaire contractuel -

la sanction du défaut de numéro d'enregistrement sur l'exemplaire du mandat était la nullité du mandat et par voie de conséquence, a considéré que la commission de l'agent immobilier n'était pas due¹²⁸. La Cour de cassation incite en outre très clairement la cour de renvoi à accorder des dommages et intérêts au client de l'intermédiaire immobilier pour pourvoi abusif. La sanction peut paraître toutefois bien sévère quant à l'omission d'un simple numéro d'enregistrement, alors que dans ce cas précis, la nullité pour vice de forme du contrat ne semblait pas évidente. Mais, cette décision est nécessaire pour renforcer un peu plus le formalisme impératif de la loi Hoguet, qu'on sait avoir pour fonction de « régler la profession d'intermédiaire immobilier afin d'éviter certains abus de leur part »¹²⁹. Dans ce domaine particulièrement, les rappels à l'ordre sont nombreux, ce qui prouve que près de 40 ans après la loi Hoguet, le formalisme est encore mal respecté¹³⁰.

52. On ne peut pas être aussi catégorique sur la valeur de la lettre de voiture du commissionnaire en transport par terre et par eau. En effet, par une formule originale résultant de la loi du 6 février 1998, l'article 101, devenu l'article L.132-8, du code de commerce dispose que « *la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier* ». L'article 102, aujourd'hui dénommé article L.132-9, du Code de commerce fait état de mentions à faire figurer sur la lettre de voiture, remplacée en fait par le récépissé. Aucune de ces mentions n'est *a priori* prescrite à peine de nullité, mais dès l'instant où, depuis fort longtemps, les tribunaux apprécient celles des mentions qui sont substantielles et à défaut desquelles il ne peut y avoir lettre de voiture¹³¹, on peut penser qu'il y a trace d'un formalisme *ad validitatem*. A l'inverse de cette solution qui semble s'imposer en droit interne, le droit international du contrat de transport souhaite maintenir en son giron les contrats qui ne respectent pas les conditions de forme de la lettre de voiture. L'article 14 de la Convention de Genève¹³² dispose en effet que « *l'absence, l'irrégularité ou la perte de la lettre de voiture n'affectent ni l'existence ni la validité du contrat de transport qui reste soumis aux*

¹²⁸ Cass.civ.1^{ère}, 16 octobre 2001 : *RTDcom* 2002, 361, obs.B.Bouloc. Dans le même sens, Cass.civ.3^{ème} 8 avril 2009, pourvoi 07-21610. Publié au bulletin, jugeant que le mandat n'ayant pas été porté sur le registre prévu à cet effet - en conséquence, aucun numéro de mandat n'avait été porté sur l'exemplaire remis au client - la cour d'appel a retenu « à bon droit » que le vendeur n'était pas engagé par l'offre formulée en son nom à l'agence en vertu d'un mandat irrégulier.

¹²⁹ En ce sens, D.Ferrier, « Le mandat de l'agent immobilier », *JCP*, G, I, 1976, 2795, spéc. n°10.

¹³⁰ Cass.civ.1^{ère}, 8 octobre 2009, inédit, pourvoi n° 08-14968, jugeant que le débiteur de la rémunération de l'agent immobilier devait être précisé dans le mandat sous peine de nullité par application des articles 1 à 6 de la loi du 2 janvier 1970, complétés des articles 72 et 73 du décret du 20 juillet 1972.

¹³¹ Civ., 30 janvier 1867 : *DP* 1867, 1, 72.

¹³² Convention relative au contrat de transport international de marchandises du 19 mai 1956, dite CMR.

- L'intermédiaire contractuel -

dispositions de la présente Convention ». Néanmoins, celle-ci n'est applicable que si la prise en charge de la marchandise et sa livraison concernent deux pays différents dont l'un au moins est signataire de la Convention¹³³. Cette circonstance est donc exclusive d'une intermédiation opérée sur le seul territoire français.

53. Sans doute est-ce en raison des détournements de fonds et des abus de pouvoirs auxquels elle pourrait facilement donner lieu que l'activité d'intermédiaire financier paraît devoir être particulièrement encadrée. On s'attend donc à l'exigence d'un écrit à titre de validité du contrat conclu entre l'intermédiaire et son client. L'article L.533-10 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, impose en son 5) une obligation de « *conserver un enregistrement de tout service qu'ils fournissent et de toute transaction qu'ils effectuent, permettant à l'Autorité des marchés financiers de contrôler le respect des obligations du prestataire de services d'investissement et, en particulier, de toutes ses obligations à l'égard des clients, notamment des clients potentiels* », ce qui est un premier pas. Pourtant, qu'il soit intermédiaire en opérations de banque ou gérant de portefeuilles de titres, le mandataire n'a pas toujours été soumis à un formalisme draconien qui garantirait la bonne formation du contrat. Il est vrai qu'en ce qui concerne l'intermédiaire financier tout d'abord, l'existence d'une convention écrite avec le client est depuis longtemps nécessaire à la gestion du portefeuille pour son compte. Le contrat de gestion de portefeuille est celui qui octroie le plus de pouvoirs à l'intermédiaire¹³⁴. La règle résultait expressément de l'article L. 533-10 du Code monétaire et financier. Cependant, la loi ne prévoyant pas de sanction particulièrement attachée au défaut de pouvoir écrit, la doctrine s'était majoritairement prononcée en faveur d'une nullité qui serait relative puisque destinée à protéger la clientèle¹³⁵. La jurisprudence,

¹³³ Voir article 1^{er} de la Convention CMR.

¹³⁴ Cette graduation de pouvoir parmi les intermédiaires financiers a clairement été exposée par un auteur, H. de Vauplane, dans « La responsabilité civile des intermédiaires », *Rev. Droit Bancaire* 1999, 228 et s, qui relève que différentes relations contractuelles peuvent exister entre un client et un intermédiaire financier (spécialement p.228):

- le contrat de tenue de compte - conservation : l'intermédiaire n'est alors pas investi d'une mission de gestion de portefeuille. Le client supporte seul le risque des pertes financières.
- le contrat de transmission - réception d'ordres : c'est un mandat, voire un contrat de commission lorsque l'intermédiaire appartient à un marché réglementé.
- le contrat de gestion de portefeuille : le client confie à l'intermédiaire le soin de gérer en son nom et pour son compte son portefeuille d'instruments financiers. Dès lors, il s'agit d'un mandat.

Egalement, lire la thèse de S.Bonfils, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, Droit & Economie, 2005.

¹³⁵ En faveur d'une nullité relative à titre de sanction du défaut d'écrit du contrat de gestion de portefeuille, voir M. Storck, « L'activité de gestion de portefeuille », *Rev. Droit Bancaire* 1990, 196, raisonnant certes sur le

- L'intermédiaire contractuel -

quant à elle, n'avait pas pris clairement position sur le sujet et semblait même confondre formalisme *ad validitatem* et *ad probationem*¹³⁶. Mais il faut reconnaître que les parties n'ont guère d'intérêt pratique à solliciter du juge qu'il se prononce sur cette sanction. En effet, soit l'intermédiaire a bénéficié d'une bonne opération grâce à l'activité de l'intermédiaire qui pourtant ne disposait pas d'un mandat, auquel cas il n'a aucun intérêt à solliciter la nullité pour vice de forme car il perdrait un avantage conséquent. L'intermédiaire n'est alors pas plus désireux de renoncer à sa commission. Soit l'opération s'est mal déroulée et face à la demande de remboursement du solde débiteur formulée par l'intermédiaire, le client tente par tous les moyens de soulever l'existence d'un mandat de fait de façon à enclencher un mécanisme de responsabilité de l'intermédiaire. Bref, il y a eu peu d'occasions pour les juges de se prononcer sur la sanction qui accompagnait l'ancienne formulation de l'article L.533-10 du Code monétaire et financier. Aujourd'hui, par l'article L.533-14, alinéa 1, du Code monétaire et financier, les prestataires de services d'investissement sont tous tenus de constituer un dossier incluant les documents approuvés par eux-mêmes et leurs clients ; on n'en sait pas davantage sur la sanction.

54. En ce qui concerne l'intermédiaire en opérations de banque, l'exigence d'un mandat écrit résulte de l'article 65 alinéa 2 de la loi bancaire n°84-46 du 24 janvier 1984, devenu l'article L 519-2 du Code monétaire et financier. L'ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009, relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création d'établissements de paiement en a très peu modifié la formulation. Il n'est toujours pas précisé quelle est la sanction encourue par l'intermédiaire qui agirait sans mandat écrit et au contraire, les sanctions attachées initialement à la violation d'une disposition de la loi bancaire sont purement pénales et le demeurent¹³⁷. Mais la finalité de ces sanctions est pour l'essentiel de prévenir l'exercice illégal de la profession de banquier que commettrait un

fondement de l'article 20 de la loi n°88-70 du 22 janvier 1988, mais dont le principe a été repris par l'article 64 I de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996, devenu l'article L.533-10 du Code monétaire et financier. En ce sens également, voir H. de Vauplane et J-P Bornet, *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} édition, 2001, n°949 et s. ainsi que S.Thomasset-Pierre, obs. sous Paris, 16 novembre 2001 : *D.2002*, 1668.

¹³⁶ Une juridiction du fond, après avoir rappelé que les règles qui imposent aux intermédiaires de rédiger un écrit avec leurs clients doivent être entendues comme des règles de forme et non de preuve, a néanmoins pu déduire l'existence d'un mandat de gestion tacite à partir d'éléments de fait. Voir Paris, 27 janvier 1998 : *Bull.Joly Bourse et produits financiers*, mai-juin 1998, 245, note J-J Essombe-Moussio, cité par H.de Vauplane, article précité, p.229.

¹³⁷ Voir les articles L.571-15 et L.571-16 du Code monétaire et financier. Il a en outre été jugé que l'interdiction d'exercer une activité d'intermédiaire en opérations de banque entre deux personnes dont l'une au moins n'est pas un établissement de crédit est sanctionnée par les peines de l'article 77 de la loi bancaire, aujourd'hui devenu l'article L.571-15 du Code monétaire et financier (Cass.com., 15 octobre 1996 : *Rev. Droit Bancaire* 1996, 233, obs.F. Crédot et Y.Gérard ; *RTDcom.1997*, 123, obs. M.Cabrillac).

- L'intermédiaire contractuel -

intermédiaire qui n'aurait pas reçu mandat d'un établissement de crédit mais d'un particulier ou d'une entreprise. En revanche, si l'intermédiaire est bel et bien un établissement de crédit, on doit pouvoir considérer que le mandat doit être écrit à peine de nullité du contrat, car il n'y a pas lieu d'estimer que le monopole des banquiers est menacé.

55. En conclusion, et face aux multiples exemples qui viennent d'être développés et qui ne sont pas exhaustifs, il semble qu'en matière de contrat d'intermédiaire, la règle du consensualisme cède de plus en plus de place au formalisme *ad validitatem*. Comme à contre-courant pourtant, la catégorie d'intermédiaires que sont les agents commerciaux a connu un processus inverse. Le mandat donné à un agent commercial est un mandat civil, en dépit de l'activité exercée par l'agent, qui s'apparente à une activité commerciale. La raison de cette qualification retenue par la jurisprudence¹³⁸ est que le mandataire ne participe pas directement à l'opération conclue. Cette qualification est contestable. Elle conduirait à affirmer que le courtier a une activité civile également puisqu'il participe encore moins que l'agent commercial à l'opération conclue. Or, on sait que la loi répute le courtage comme une activité commerciale¹³⁹. Mais dès lors que l'activité est civile¹⁴⁰ et que l'intermédiaire n'a pas non plus le statut de commerçant, la preuve de l'existence d'un contrat d'agence commerciale entre un mandataire et son mandant se soumet aux dispositions de l'article 1341 du Code civil. Cependant, des difficultés ont pu s'élever suite à l'adoption de la loi du 25 juin 1991¹⁴¹. Cette loi, qui transpose la directive communautaire de 1987¹⁴² sans toutefois abroger le décret du 23 mars 1958, renforce le statut protecteur accordé aux agents commerciaux. Pourtant, on peut continuer de s'interroger sur la nécessité d'établir un acte écrit *ad validitatem* pour bénéficier de ce statut particulièrement avantageux. On le comprend aisément, un intermédiaire peut avoir un intérêt pécuniaire certain à se prévaloir du statut d'agent commercial, surtout dans l'hypothèse d'une rupture de son contrat. La question majeure réside donc dans l'établissement du statut d'agent commercial. A ce sujet, on a pu lire que « lorsque ce statut n'est pas applicable (notamment pour défaut d'inscription au Registre spécial), c'est le droit

¹³⁸ Voir notamment Cass.com., 24 octobre 1995 : *Bull.civ.* IV, n°248 et Cass.com., 25 juin 2002 (pourvoi n°00-14326) : *D.*2002, AJ, 2529, note E.Chevrier, solution qualifiée de « regrettable » par Y.Guyon, *Droit des affaires*, op.cit., n°812.

¹³⁹ Voir l'article L.110-1 7° du Code de commerce.

¹⁴⁰ L'arrêt « Chattawak » Cass.com.26 février 2008 : notamment commenté par D.Mainguay et J-L Respaud *JCP*, E, 2008, n°20, p.38 rendu en matière de commission-affiliation, ce qui est un peu éloigné de notre sujet, a le grand mérite de rappeler néanmoins que l'agent commercial n'est pas un commerçant et n'a pas de fonds de commerce.

¹⁴¹ Loi n°91-593, préc.

¹⁴² J-M Leloup, « La directive européenne de 1987 sur les agents commerciaux », *JCP*, G, 1987, I, 3308.

- L'intermédiaire contractuel -

commun qui s'applique »¹⁴³. Une telle affirmation laisse à croire que l'inscription est obligatoire pour bénéficier du statut d'agent commercial.

56. De la jurisprudence rendue sur le fondement du décret de 1958, dont on sait qu'il n'a pas été abrogé par la loi de 1991, se dégage incontestablement une impression de contradiction. Notamment, la Cour de cassation s'est prononcée dans une affaire où le mandataire était inscrit au Registre spécial des agents commerciaux. Son mandant niait l'existence d'un contrat d'agence commerciale, afin d'éviter le versement de l'indemnité due à l'agent commercial en cas de rupture. Il prétextait également une faute du mandataire. Au visa de l'article 1^{er} du décret de 1958, la Chambre commerciale dans un arrêt de cassation en date du 19 janvier 1993 avait alors rappelé que : « *le contrat d'agent commercial est un contrat consensuel et qu'il peut être prouvé par tout écrit, dès lors qu'il est accepté par les cocontractants et qu'il indique la qualité de chacune des parties* ». Mais à l'inverse, la Cour de cassation a également entériné la décision des juges du fond qui, relevant qu'*à défaut de faire état de la qualité de M.X (l'intermédiaire), [le document] ne répond pas aux prescriptions du décret de 1958* », avaient écarté l'existence d'un contrat d'agent commercial¹⁴⁴.

57. Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes ayant jugé que la directive européenne du 18 décembre 1985 s'opposait à une réglementation nationale qui subordonnerait la validité d'un contrat d'agence à l'inscription de l'agent sur un registre¹⁴⁵, il est logique que la jurisprudence française estime à son tour que cet écrit n'est plus imposée par la loi de 1991 à titre de validité¹⁴⁶. Il demeure toutefois une règle probatoire. Ainsi, puisque l'application du statut légal n'est plus subordonnée à l'inscription de l'agent sur un registre spécial tenu par le tribunal de commerce¹⁴⁷, cette inscription n'est donc aujourd'hui

¹⁴³ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op.cit.*, n° 983.

¹⁴⁴ Cass.com., 14 mars 1995 : *Bull.civ.* IV, n° 83. Cependant, dans cette affaire, la Cour de cassation avait pourtant admis en l'espèce l'existence d'un mandat d'intérêt commun rompu pour une cause légitime exclusive de dommages et intérêts.

¹⁴⁵ CJCE, 30 avril 1998, aff. C-215/97, Barbara Bellone c/ Yokohama spa, *Rec. CJCE*, I, 2151 et s. Voir *infra* n°369.

¹⁴⁶ V. Cass.com., 25 juin 2002 : D.2002, AJ 2529, note précitée E.Chevrier ; cité par Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, n°558 pour affirmer l'absence de nécessité d'un écrit. Plus récemment encore, voir Cass.com., 7 juillet 2004 : *JCP*, E, 2004, n°768, note S.Rouquié.

¹⁴⁷ E.Putman, « L'obligation d'immatriculation après le décret du 10 juin 1992 », *RJcom*.1993, 1.

- L'intermédiaire contractuel -

qu'une mesure de « police professionnelle »¹⁴⁸. Néanmoins, un arrêt assez récent a fait l'objet d'une vive critique en ce qu'il autorise les parties à retarder la prise d'effet du statut d'agent commercial à la date d'immatriculation¹⁴⁹. Il serait en effet inquiétant que la volonté des parties, et notamment celle de l'intermédiaire, puisse faire échec à l'application d'un régime d'ordre public. Pour autant, cet arrêt ne remet pas en question l'absence d'obligation d'inscription au registre.

58. En somme, il s'agit là d'une faveur offerte à l'intermédiaire de pouvoir se prévaloir d'un statut qui le protège, notamment en cas de rupture, sans que le défaut d'inscription au Registre lui soit opposable. Pour le reste, on ne peut nier que les conditions qui président la conclusion du contrat défendent essentiellement les intérêts de l'intermédiaire. L'objectif de ces règles est de parvenir à une négociation équitable ; trop souvent l'intermédiaire risquerait sinon de prendre de l'ascendant. On ne peut pas dire que le cas de l'agent commercial, qui fait figure d'exception par rapport au mouvement général de formalisation des contrats d'intermédiaire, contrarie cette analyse. Au contraire, cette tendance s'accroît à propos de certains actes qui doivent être conclus par le fruit du travail de l'intermédiaire.

§2. Le formalisme légal ou jurisprudentiel de certains actes passés par des intermédiaires

59. Au stade de ce développement, il n'est plus temps d'envisager les contrats d'intermédiaire dans leur globalité mais de distinguer ceux des actes passés par l'intermédiaire pour lesquels un formalisme *ad validitatem* est requis. En effet, et quand bien même la profession de l'intermédiaire serait régie par le principe du consensualisme, certains actes devront revêtir une forme particulière. On voit donc que dans certains cas, l'intermédiaire est assujéti à un double formalisme. Un formalisme qui a vocation à s'appliquer à sa profession et un formalisme spécial relatif à l'acte en question. On distinguera donc successivement le formalisme spécial prescrit par la loi (A) du formalisme spécial mis à jour par la jurisprudence (B).

¹⁴⁸ La formule est celle de R. de Quenaudon, *Juris-class.civ.*, v°Mandat, Art. 1984 à 1990, Fasc.10, 1999, n°34, p. 10.

¹⁴⁹ Cass.com., 8 juillet 2003 : *RDC* 2004, 394, note M.Behar-Touchais. Voir également *infra* n°368.

A. Le formalisme spécial d'origine légale

60. En premier lieu, il convient de souligner que le droit de la consommation alimente le présent propos en ce qu'il a renforcé le formalisme d'un certain nombre de contrats. Le contrat d'intermédiaire qui résulte d'un démarchage n'y échappe pas : il doit être passé par écrit et contenir certaines mentions à peine de nullité¹⁵⁰. S'il s'agit d'un contrat portant sur la vente d'un bien ou la fourniture d'un service, conclu à distance, la règle est sensiblement la même, si ce n'est que l'écrit peut être remplacé par un support durable¹⁵¹ (comme un *e-mail*), alternative électronique que la loi pour la confiance en l'économie numérique¹⁵² a plus généralement entérinée au travers de l'article 1108-1 du Code civil, en considérant que l'écrit exigé à titre de validité d'un acte peut être établi et conservé sous forme électronique¹⁵³. En second lieu, il apparaît que parfois, et comme pour répondre à un parallélisme des formes¹⁵⁴, le législateur a prévu que le mandat devra être passé par acte authentique justement parce que l'acte à accomplir requiert également une telle forme. Tel est le cas pour les actes de l'état civil (article 36 du code civil qui autorise dans ce cas la représentation par un fondé de procuration spéciale et authentique), pour l'acceptation d'une donation (article 933, alinéa 2, du Code civil qui fait état d'une procuration passée devant notaires). En théorie, le consentement au mariage devrait pouvoir faire l'objet d'une procuration pourvu qu'elle soit passée en la forme authentique. En pratique, on le sait, cette possibilité n'existe pas. Il est sans effet de donner mandat à une agence matrimoniale, quand bien même la procuration serait spéciale et authentique.

61. Parfois, il est vrai, la loi n'exige pas un formalisme à l'identique pour la procuration et pour l'acte que l'intermédiaire doit accomplir. Pour autant, il est important de relever que, dans ce cas encore, le consensualisme n'est plus de rigueur. Ainsi, l'intermédiaire chargé par une société de constituer une hypothèque ou une autre sûreté réelle, doit justifier d'une procuration sous signatures privées (article 1844-2 du Code civil), alors que la constitution de

¹⁵⁰ Article L.121-23 du Code de la consommation.

¹⁵¹ Article L.121-19 du Code de la consommation.

¹⁵² Loi n°2004-575 du 21 juin 2004, dite LCEN.

¹⁵³ La LCEN, qui n'était pas suffisante pour mettre en adéquation le droit français avec l'article 9 de la Directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, a été ensuite complétée par l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. Sur cette évolution, voir V.Sédallian, « Actualités du commerce du droit de l'électronique », Lamy Droit de l'Immatériel, septembre 2005, 33.

¹⁵⁴ Sur cette question, voir S.Becqué, *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse Paris II, Editions Panthéon-Assas, 2004.

- L'intermédiaire contractuel -

l'hypothèque nécessite la forme authentique. Certains auteurs ont proposé à juste titre d'étendre le formalisme du mandat donné à l'intermédiaire pour obtenir la mainlevée de l'hypothèque¹⁵⁵, encore que la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, qui a instauré l'article 1844-2 du Code civil, ne le prévoit pas. L'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, relative aux sûretés, a créé un mode simplifié de mainlevée de l'hypothèque conventionnelle (nouvel article 2441 du Code civil), qui ne dispense pourtant pas de la production d'une copie authentique d'un acte notarié certifiant que le créancier a donné son accord à la radiation. En outre, bien que la purge notariale amiable ait été consacrée (article 2475), le nouveau droit des sûretés conserve un certain formalisme. Il n'y a donc pas lieu de penser que la généralisation du formalisme du mandat donné à l'intermédiaire pour obtenir la mainlevée de l'hypothèque n'est plus d'actualité. L'acte de constitution comme celui de la mainlevée de l'hypothèque ont une importance équivalente pour les intermédiaires et le formalisme de la procuration se justifie donc dans les deux cas.

62. A l'aune de ces principes, on peut s'étonner que la loi n'ait pas spécialement prévu de règles relatives à la forme du mandat de se porter caution. En effet, cet acte apparaît largement aussi dangereux que celui qui aboutit à constituer une hypothèque ou à en obtenir la main-levée. Ce vide législatif constitue donc une niche idéale à l'œuvre des juges.

B. Le formalisme spécial d'origine prétorienne

63. C'est en matière de mandat de se porter caution que la jurisprudence a particulièrement montré son pouvoir créateur en s'attachant à la gravité de l'acte à accomplir par l'intermédiaire pour imposer la forme écrite à la procuration¹⁵⁶. En effet, l'hypothèse serait la suivante : un intermédiaire reçoit une procuration en vertu de laquelle il s'engage à conclure, au nom et pour le compte du mandant, un contrat de cautionnement destiné à garantir un créancier. La caution, mandante, est alors engagée, alors même qu'elle n'a pas personnellement signé le cautionnement : c'est là l'intérêt majeur du mandat. Pour plus de simplicité, on envisagera successivement les deux formes que peut emprunter le cautionnement et les conséquences du formalisme sur la procuration de l'intermédiaire.

¹⁵⁵ En faveur de l'obligation de fournir un pouvoir par écrit pour désigner un mandataire de la mainlevée de l'hypothèque suite à un paiement, voir Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *op.cit.*, n° 563.

¹⁵⁶ Lire C.Albiges, « Le mandat de se porter caution », *D.*2002, 706.

- L'intermédiaire contractuel -

64. L'acte de cautionnement sous seing privé est soumis tout d'abord à un formalisme *ad validitatem* toutes les fois qu'il entre dans le cadre des lois n° 78-22 et 79-596, respectivement du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979, dites Lois Scrivener I et II¹⁵⁷. Ces lois n'ont pas vocation à protéger l'intermédiaire qui souhaiterait financer une activité professionnelle, encore que les parties peuvent manifester une volonté non équivoque de s'y soumettre¹⁵⁸. En dehors du strict domaine de ces lois, aucun texte ne régissait la forme de l'acte de cautionnement sous seing privé. La première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation, à propos de la portée de l'article 1326 du Code civil, ont surtout marqué les esprits par leurs divergences. Cependant, la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003¹⁵⁹ a procédé à une réforme du cautionnement en imposant à l'article L.341-2 nouveau du Code de la consommation¹⁶⁰ une formule identique à celle de l'article L.313-7 du même code. Mais, *quid* de la forme du mandat donné pour se porter caution ? Dans le silence des textes, la jurisprudence avait estimé que le mandat sous seing privé de se porter caution devait répondre aux exigences de l'article 1326 du Code civil¹⁶¹. Cette solution, dont certains ont pu dire à alors qu'elle constituait une « remarquable nouveauté »¹⁶², témoigne d'une volonté du juge d'appliquer au mandat de se porter caution un formalisme identique à celui de l'acte de cautionnement. Le droit commun du mandat aurait au contraire commandé une solution plus libérale. Aujourd'hui, on peut penser que les dispositions de l'article L.341-2 doivent être respectées à peine de nullité, tant de la procuration, que de l'acte de cautionnement lui-même. Si l'on entend protéger efficacement la caution, il convient d'appliquer la même rigueur au mandat qui serait donné à l'intermédiaire, qu'à l'acte de cautionnement lui-même, sous peine de manquer l'objectif de la réforme. La solution déjà dégagée par la jurisprudence doit donc être normalement reprise depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, soit le 5 février 2004.

¹⁵⁷ Le formalisme est imposé à l'article L.313-7 du Code de la Consommation qui reprend l'article 7-2 de la loi de 1978 et l'article 9-1 de la loi de 1979.

¹⁵⁸ V. Cass.civ.1^{ère}, 2 octobre 2002 : *Bull.civ.* I, n°227, décision dans laquelle la Cour d'appel a pu souverainement estimer que « *n'était pas établie la commune intention des parties de soumettre le contrat de prêt aux dispositions relatives au crédit immobilier* ».

¹⁵⁹ V. Loi pour l'initiative économique, JO du 5 août 2003 : *D.2003.2055*.

¹⁶⁰ Cette disposition s'applique toutes les fois qu'une personne physique s'engagera par acte sous seing privé en tant que caution d'un créancier professionnel.

¹⁶¹ V. pour la première fois, Cass.civ.1^{ère}, 31 mai 1988 : *JCP*, G, 1989, II, 21181, note Ph.Simler ; *D.1989*, Som. 289, obs. L.Aynès ; *RTDciv.1989*, 111, obs.M.Bandrac.

¹⁶² Ph.Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^{ème}éd., 2000, n°158 (nous soulignons, car ce n'est pas la l'édition la plus ancienne) .

65. En ce qui concerne à présent le cautionnement donné par acte authentique¹⁶³, on peut encore se demander si la procuration en la forme authentique est également nécessaire. La jurisprudence n'a semble-t-il jamais poussé aussi loin le parallélisme des formes. Au contraire, elle a même fait preuve d'un certain libéralisme¹⁶⁴. Par conséquent, il est loisible au mandant de donner procuration sous seing privé à l'intermédiaire de se porter caution, et ce même si le cautionnement a vocation à figurer dans un acte authentique. Nombreux sont les arrêts qui illustrent cette hypothèse - à ceci près que les mandataires en question sont rarement des intermédiaires et sont généralement des clerks ou des secrétaires de notaires - tout en soumettant le mandat sous seing privé de se porter caution par acte authentique au formalisme de l'article 1326 du Code civil¹⁶⁵. La forme authentique du cautionnement ne prive donc pas la procuration de son vice initial.

66. Par souci d'exhaustivité, on mentionnera une dernière situation : celle d'un intermédiaire qui a reçu mandat en la forme authentique de se porter caution. Dans ce cas, la jurisprudence a décidé que cette procuration n'avait pas à répondre au formalisme de l'article 1326 du Code civil. Elle peut même encore être donnée en blanc¹⁶⁶. Mais, que la procuration soit alors annexée à l'acte authentique de cautionnement ou déposée au rang des minutes du notaire ou encore mentionnée dans le répertoire des actes déposés à l'étude du notaire, elle demeure valable sauf à démontrer la preuve d'un faux¹⁶⁷. On doit toutefois préciser que la jurisprudence n'a jamais posé d'obligation de donner mandat par acte authentique. On atteint donc ici les limites de la démonstration.

67. A l'issue de ces quelques réflexions semble s'affirmer l'idée qu'un formalisme d'origines diverses vise aujourd'hui à supplanter le consensualisme du mandat. Cette tendance se justifie probablement par le caractère onéreux du service rendu par l'intermédiaire. Du mandat gratuit donné verbalement à un ami, il reste peu de choses en matière d'intermédiation.

¹⁶³ Là encore, par opposition au principe de consensualisme auquel obéit le cautionnement, le recours à la forme authentique peut être envisagé comme un moyen efficace pour la caution de s'enquérir des risques de son engagement grâce au devoir de conseil du notaire. En ce sens, Ph.Simler, *op.cit.*, n°54.

¹⁶⁴ La liberté contractuelle autorise le mandat en blanc, c'est-à-dire sans indication du nom du mandataire : V. F.Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, *op.cit.*, n°634.

¹⁶⁵ V. en ce sens, Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001 : *JCP*, E, 2001, 758, note D.Legeais ; Cass.civ.1^{ère}, 4 juin 2002 : *Bull.civ.I*, n°158.

¹⁶⁶ La Cour de cassation a ainsi admis une procuration en blanc dans un cas où la procuration était notariée : Cass.civ.1^{ère}, 28 février 1989 : *Defrénois* 1989, 34530, note M.Vion. Dans cet arrêt, la cour a admis la double qualité d'un emprunteur, celle de débiteur au contrat de prêt et celle de mandataire au contrat de caution pour garantir le prêt (le débiteur était en l'espèce intervenu au nom et pour le compte d'une caution tiers au lien de créance résultant du prêt mais qui acceptait d'en garantir le remboursement).

¹⁶⁷ V. Cass.civ.1^{ère}, 20 mai 2003, pourvoi n° 00-15940, inédit.

- L'intermédiaire contractuel -

L'intermédiaire est un professionnel auquel l'intermédiaire doit confier un pouvoir en toute confiance. Si ce dernier est un consommateur, il est certain qu'il faut rétablir le déséquilibre des forces en imposant à l'intermédiaire de rédiger par écrit le contrat fondateur. Cet écrit est alors une condition supplémentaire à respecter pour que le contrat avec l'intermédiaire soit valablement formé. Il oblige l'intermédiaire en particulier à consigner ses engagements. Malgré ce soin apporté à la préparation et à la signature du contrat, on peut toujours craindre que le protocole informatif n'ait pas été suffisamment bien rempli, ce qui peut avoir provoqué un vice dans le consentement de l'intermédiaire. On peut encore redouter un défaut de pouvoir ou de capacité d'une des parties ou l'insertion au contrat d'une clause abusive. Toutes ces hypothèses renvoient donc à l'examen nécessaire des conditions de vitalité du contrat d'intermédiaire.

Chapitre 2. Les conditions de vitalité

68. L'existence de deux consentements, qu'ils soient concomitants ou décalés dans le temps, ne suffit pas bien entendu à former valablement le contrat d'intermédiaire. Il faut encore s'assurer que les volontés ne sont pas atteintes de vices qui altéreraient la formation du contrat (section 1), que les parties ont la capacité de contracter (section 2) et que l'intermédiaire détient une procuration qui permet à l'intermédiaire de mesurer la portée de la délégation de pouvoir que contient le contrat (section 3).

Section 1. L'absence de vices du consentement

69. Les hypothèses de vices du consentement en matière d'intermédiation ne sont guère plus nombreuses que dans les autres domaines du droit. Leur démonstration dans le cadre d'un contentieux se révèle assez marginale car les conséquences nihilistes de la nullité rebutent probablement les demandeurs. Pourtant, cette voie leur restant ouverte sans autre restriction que celle de démontrer l'existence d'un consentement vicié, il paraît opportun d'illustrer successivement les circonstances de violence (§1), de dol (§2) et d'erreur (§3) en matière de contrat d'intermédiaire ; *l'intuitus personae* qui le caractérise laisse présumer que chaque partie a donné son consentement par référence à l'image qu'il a de l'autre. Cette opinion sur autrui peut avoir fait l'objet d'une tromperie, d'une erreur. Le consentement peut encore ne

pas s'être librement exprimé. Il est donc primordial de se pencher sur l'étude de ces divers cas et sur leurs sanctions.

§1. La violence, risque d'une confiance accordée sous la contrainte

70. La violence recouvre des hypothèses diverses mais dont l'illustration est rare en matière d'intermédiation. Bien que son étude se heurte à l'obstacle infranchissable de la casuistique, on peut illustrer les formes de violence contemporaine commise par l'intermédiaire à la conclusion du contrat (A) avant d'identifier les cas dans lesquels il peut la subir (B).

A. La violence commise par l'intermédiaire

71. La violence physique semble constituer, de prime abord, la forme la plus évidente de violence. Mais, parce que la manifestation de la violence est dans ce cas très patente, elle est peu usitée. En théorie, celle-ci consisterait pour un courtier, un agent commercial, un commissionnaire ou encore pour tout autre intermédiaire, à menacer physiquement, à brutaliser son client aux fins d'obtenir par la force et la menace son engagement. En pratique, il faut bien reconnaître que la jurisprudence consacrée aux intermédiaires auteurs de violences physiques est inexistante. C'est donc sur d'autres voies qu'il convient de réfléchir.

72. Puisque la violence physique paraît négligeable en matière d'intermédiation, on peut penser qu'une forme plus élaborée de violence mérite qu'on s'y attarde. Telle est précisément l'hypothèse de la violence morale, beaucoup plus intéressante, mais beaucoup plus pernicieuse aussi. Cette forme de violence n'est d'ailleurs pas seulement envisagée en droit des contrats. Le droit de la concurrence, et plus particulièrement les articles L.410-1 et s. du Code de commerce¹⁶⁸, n'ont pas négligé l'essor de cette forme nouvelle de contrainte morale en sanctionnant spécifiquement ce comportement par l'infraction d'abus de position dominante. L'idée dans les deux cas est la même : la violence n'est pas visible, physique mais morale, intellectuelle. En réalité, elle constitue même une forme de violence économique en ce qu'elle consiste, pour une partie, à profiter de son avantage, de son ascendant pour soutirer un consentement qu'elle n'aurait pu obtenir de manière loyale. Ce n'est pas tant la situation de position de force qui est réprimée que le mauvais usage qui en est fait. C'est donc bien la

¹⁶⁸ Ces articles résultent de la codification de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986.

- L'intermédiaire contractuel -

notion de menace illégitime, jumelle de l'abus, qui justifie la règle. Les lois du marché ont longtemps permis à certains groupements ou sociétés de se livrer impunément à une forme de violence économique. La loi Galland¹⁶⁹ puis la loi NRE¹⁷⁰ et finalement la LME¹⁷¹ ont manifestement entendu livrer un combat contre bon nombre de ces pratiques abusives.

73. La qualité de professionnel qui pèse sur l'intermédiaire justifie probablement qu'il soit particulièrement surveillé en ce qu'il pourrait être enclin dans certaines situations à user de son ascendant. S'il faut exclure tout lien de dépendance *a priori* de l'intermédiaire vis-à-vis de l'intermédiaire, on ne peut nier qu'il existe des intermédiaires dont la puissance économique est telle qu'on craigne qu'ils utilisent leur poids pour obtenir mandat de leurs clients dans des conditions qu'ils leur dictent. On songe tout spécialement aux centrales qui, sous la menace du déréférencement, soutirent de leurs fournisseurs-mandataires désireux de vendre, des conditions d'achat très favorables aux distributeurs. A n'en pas douter, dans le même temps qu'elles discutent des prix et des avantages qui seront proposés aux distributeurs, les centrales de référencement s'octroient des privilèges pour elles-mêmes. Si les producteurs refusent ces conditions, il n'y aura pas de contrat d'intermédiation donc ils ne seront pas référencés. S'ils acceptent, c'est parfois parce qu'ils n'ont d'autre choix. C'est dans ce cas qu'une pratique de contrainte économique peut être suspectée en tant que source d'un vice du consentement, dénommé violence économique.

74. Cependant, cette hypothèse, envisagée sous l'angle de la nullité pour violence, est un cas d'école. Il semble que la Cour de cassation n'ait jamais prononcé la nullité en de telles circonstances. La raison en est qu'il existe des fondements juridiques plus pertinents. En effet, en ce qu'elles sont susceptibles d'avoir des répercussions néfastes sur le jeu normal de la concurrence, ces menaces ou violences économiques sont sanctionnées par le Code de commerce. Le contrat liant une centrale à un intermédiaire-fournisseur peut donc être annulé spécifiquement sur le fondement de l'article L.420-3 du Code de commerce dès lors qu'une pratique anticoncurrentielle a été établie.

¹⁶⁹ Loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales du 1^{er} juillet 1996.

¹⁷⁰ Loi n°2001-420 de nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

¹⁷¹ Loi de Modernisation de l'Economie n°2008-476 du 4 août 2008, commentée notamment par P.Arhel, « Loi de Modernisation de l'Economie : une nouvelle réforme du droit de la concurrence », *Les Petites affiches* 2008, n°158, p.3 ; D.Ferrier et D.Ferré, « La réforme des pratiques commerciales (Loi n°2008-476 du 4 août 2008) », *D.*2008, 2234 ; M.Malaurie-Vignal, « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats Conc. Consom.*2008, chr.n°238.

75. Plus particulièrement, la notion d'abus de dépendance économique, visée par l'article L.420-2 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi NRE, paraît pertinente pour atteindre le comportement indélicat d'un intermédiaire, centrale d'achat. Toutefois, la réussite de l'action en nullité nécessite que l'intermédiaire apporte une double preuve, celle de la dépendance économique et celle de l'abus, ce qui continue d'être malaisé et incertain¹⁷². En réalité, la rédaction de l'article L.442-6 du Code de commerce, issue de la loi Galland puis de la loi NRE, a marqué une étape autrement plus conséquente en étendant le vice de violence économique au-delà de la nullité. Depuis 2001, il est clair, au travers de l'article L.442-6 I 1°, 2° et 3° du Code de commerce, que le législateur a souhaité engager la responsabilité¹⁷³ de celui qui se procure, de façon générale, un avantage sans contrepartie pour son cocontractant. Ce texte a élargi d'abord amplement la notion de violence économique, en permettant d'atteindre aussi bien l'intermédiaire-distributeur, adhérent d'une centrale, (au travers de l'article L.442-6 I 2°) que l'intermédiaire-fournisseur (par le biais de l'article L.442-6 I 1°, 2° et 3°). En outre, il avait simplifié considérablement la tâche de ces derniers qui pouvaient seulement arguer d'une discrimination, sans qu'une pratique anticoncurrentielle ne soit démontrée. Ainsi, le pouvoir de négociation des intermédiaires principalement visés, que sont les centrales, s'était amenuisé : la plupart de leurs pratiques habituelles, telles que les ristournes, les « cagnottes », les « corbeilles de mariée », s'y trouvaient dénoncées. Mais ce texte a été assez profondément remanié par la LME : on retiendra principalement que sous l'impulsion du rapport Hagelsteen¹⁷⁴, l'interdiction des discriminations *per se* a été abrogée, ce qui ne semble pas faciliter la tâche de l'intermédiaire, client d'une centrale. On pourrait en effet suspecter la libre négociabilité des conditions commerciales d'accentuer le déséquilibre des forces au moment de la conclusion du contrat, si, parallèlement la loi n'avait pas, de façon

¹⁷² Selon le droit commun, le vice du consentement ne peut être invoqué que par celui qui en a souffert. L'intermédiaire, qui peut toujours être en relation d'affaires avec le même intermédiaire pourrait avoir des réticences à agir contre lui. Aussi faut-il relever l'intérêt que présente l'ordonnance de 1986 en ouvrant l'action à un tiers, le Ministre de l'Economie.

Pour une illustration des conditions strictes dans lesquelles les centrales peuvent être sanctionnées au titre d'une violence économique exercée contre des fournisseurs, voir l'affaire Cora Cass.com., 10 décembre 1996 : *Bull.civ.IV*, n°310 ; *QJ*, 30 avril 1997, n°9 p.4, note J.L.

¹⁷³ Certains auteurs indiquent cependant que dans ce cas, la nullité peut quand même être prononcée. En ce sens, Cl.Lucas de Leyssac et G.Parléani, *Droit du marché*, Thémis, Droit privé, PUF, 2002, spéc. p.936, « les pratiques visées au point I ne sont apparemment sanctionnées que par une obligation de réparation, tandis que les clauses visées au point II le sont par la nullité. Mais cette distinction n'est qu'apparente. La nullité est toujours possible, ne serait-ce qu'en vertu de l'article 6 du Code civil ». Voir aussi, Cl.Lucas de Leyssac et G.Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, 601.

¹⁷⁴ Du nom de la présidente du groupe de travail, Marie-Dominique Hagelsteen, ancienne Présidente du Conseil de la concurrence. Pour un commentaire du rapport : M. Behar-Touchais, « Le séisme tranquille du "rapport Hagelsteen" », *RLC* 2008/15, n° 1073.

- L'intermédiaire contractuel -

opportune, augmenté le nombre des pratiques surveillées (dont le contrôle de la création ou de la tentative de création d'un déséquilibre significatif visé dans le nouvel article L.442-6 I 2° du Code de commerce, très clairement inspiré par l'article L.132-1 du Code de la consommation) . En outre, le nouvel article L.442-6 I 3° du Code de commerce réprime le fait d'obtenir un avantage en condition préalable de la passation d'une commande, ce qui permet de viser le chantage précontractuel, résultant de la violence morale exercée par l'intermédiaire. L'article L.442-6 I 4° du Code de commerce définit quant à lui l'abus non par ses modalités (comme la violence) mais par ses résultats (l'obtention de conditions anormales) : il sera évoqué plus tard¹⁷⁵, dans le contrôle des conditions de la rupture. En tout état de cause, on retiendra ici que la violence économique commise par l'intermédiaire continuera d'être sous le coup, non seulement de la mise en cause de sa responsabilité, mais encore de la nullité de certaines clauses visées à l'article L.442-6 II du Code de commerce.

76. Néanmoins, ces mesures prophylactiques ne vont certainement pas supprimer l'ensemble des pratiques critiquées, même si la LME a ajouté deux cas aux nullités énoncées par l'article L.442-6 II. Il suffira en effet que l'intermédiaire fasse état d'une contrepartie réelle pour que son comportement soit justifié. Or, un arrêt a dangereusement considéré que les avantages tarifaires importants qu'un fournisseur avait consentis trouvaient une justification dans « *l'importance du marché couvert par des distributeurs regroupés au sein d'un même réseau et bénéficiant des services de leurs puissantes centrales d'achat* »¹⁷⁶. Un tel raisonnement conduit à couvrir la plupart des agissements des centrales puisqu'on ne peut pas nier qu'elles offrent systématiquement à leurs partenaires une puissance de débouchés. Dans ce cas, il y a toujours une contrepartie, même si l'engagement a été pris sous la menace. En conséquence, si l'on souhaite que le nouveau dispositif législatif apporte un équilibre dans la négociation commerciale, il faut que les magistrats apprécient avec beaucoup de rigueur la notion de contrepartie réelle. A défaut, certains intermédiaires pourraient continuer d'exercer une violence économique en toute impunité. A l'image de la condamnation du groupement d'achat des centres Leclerc (Galec)¹⁷⁷ à restituer à 28 fournisseurs la somme de 23,3 millions d'euros pour défaut de contrepartie commerciale, il serait souhaitable que la toute puissance de certains intermédiaires soit réfrénée.

¹⁷⁵ Voir *infra* n°332.

¹⁷⁶ Nîmes, 13 juillet 2000 : *Contrats Conc. Consom.* 2000, n°162, obs.M.Malaurie-Vignal.

¹⁷⁷ Cour d'appel de Versailles, 29 octobre 2009 qui confirme le jugement de première instance lequel invalide les protocoles d'accord que la centrale avait fait signer à ses fournisseurs pour lui permettre de compenser des conditions de coopération commerciale moins bonnes que celles consenties à un autre distributeur et prononce une amende civile de 500 000 euros en faveur de l'Etat.

77. Les intermédiaires peuvent donc incontestablement se trouver en position de faiblesse au moment de consentir. Le droit de la concurrence, davantage que le droit commun, leur offre alors des solutions. Une pratique abusive est plus utilement sanctionnée au travers du droit de la responsabilité, par application de l'article L.442-6 I du Code de commerce, que par la sanction destructrice qu'est la nullité¹⁷⁸. Néanmoins, le domaine d'application relativement restreint de ce texte doit permettre de reconsidérer le droit commun. En effet, la notion de violence économique est aujourd'hui incontestable, mais la traiter sous l'angle d'un vice du consentement nécessite en principe une remise en cause du contrat. A l'aune des solutions admises en droit de la concurrence, on peut souhaiter que la violence économique, élément perturbateur à la formation du contrat, soit appréhendée au même titre que l'abus. Peu de contractants, même parmi ceux qui ont été contraints, ont intérêt à ce que le contrat tombe. En revanche, la décision d'une rescision raisonnable commandée par le juge serait certainement bienvenue. Mais, on en convient, une telle position revient finalement à soustraire la violence économique de la théorie des vices du consentement. Toutefois, un auteur en particulier, qui milite également en faveur d'un essor de cette notion, ne prétend-il pas l'affranchir de la nullité tout en saluant une « sanction [...] limitée à la réduction des avantages indus, l'anéantissement de l'ensemble du contrat dépassant souvent la gravité de la violence et n'étant pas souhaitée par la victime »¹⁷⁹. Or, si la nullité partielle présente le grand avantage de ne porter ombrage qu'à la partie déséquilibrée du contrat, elle n'est pourtant pas cohérente avec le droit commun des contrats, qui indique, au travers de l'article 1111 du Code civil que violence est cause de nullité, c'est à dire de nullité totale. D'un point de vue prospectif, elle n'est pourtant pas en opposition avec le Code européen des obligations qui se profile grâce aux travaux de la commission Lando¹⁸⁰. En effet, l'article 4.109 des Principes du droit européen des contrats prévoit le sauvetage d'un contrat déséquilibré par le recours au juge « salvateur » autant que « concepteur »¹⁸¹. Malheureusement, si les parties n'ont pas volontairement soumis leur contrat d'intermédiation à ces Principes, un tel pouvoir de rectification n'est pas aujourd'hui reconnu au juge français. Mais, de toutes façons, il faut

¹⁷⁸ En ce sens, et avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, v. C. Nourissat, « La violence économique : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, 369, spéc. n°12.

¹⁷⁹ B.Montels, « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTDcom.* 2002, 417, spéc. n°13.

¹⁸⁰ L'expression « Principes Lando » désigne les Principes du droit européen du contrat, conçus par la commission présidée par le Professeur Lando. Version française par I. de Lamberterie, et G.Rouhette, *Les Principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, 1997. Egalement I. de Lamberterie, G. Rouhette, D. Tallon et Cl. Witz, version française consolidée des *Principes du droit européen du contrat*, Société de Législation Comparée, 2004.

¹⁸¹ D.Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexion sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », *Mélanges M.Cabrillac*, Litec 1999, p.205.

bien reconnaître que les questions d'adaptation du contrat et de rectification pour cause de violence ne sont pas strictement assimilables, puisque l'œil du juge se pose sur des stades différents de la vie du contrat. Il s'agit, dans un cas, de corriger les déséquilibres du temps apparus en cours d'exécution du contrat, dans le second, si la nullité partielle devait être admise, de gommer les déséquilibres initiaux.

78. Pour l'heure, le juge français est donc impuissant à sauver la convention, ce qui l'oblige à en prononcer la nullité, à moins que le débat ne se situe dans le strict cadre de l'article L.442-6 I (responsabilité de l'auteur de la pratique) et II (nullité des clauses visées, éventuellement du contrat si la clause incriminée en est l'objet principal) du Code de commerce. Or, bon nombre d'intermédiaires ne sont pas visés par ce texte et demeurent soumis au droit commun des contrats, ce qui juxtapose deux types de sanction. L'étude de la violence économique commise par l'intermédiaire, qui n'entre pas dans le champ d'application des lois Galland, NRE et de la LME, paraît en revanche plus uniforme.

B. La violence commise par l'intermédiaire

79. Il faut considérer à présent qu'un intermédiaire, victime d'une dépendance économique, a délivré un consentement, vicié par la crainte des conséquences d'un refus. A supposer que tel cabinet de courtage travaille de manière quasi-exclusive avec une société particulière, il est certain que cette situation place *de facto* le courtier en position de dépendance économique. S'il contrarie le principal client de son entreprise, il risque en quelque sorte de perdre son « fonds de commerce ». Sur ce point, la jurisprudence rendue en matière de cession de droits d'auteurs est particulièrement éclairante. Dans un premier temps, la Cour d'appel de Paris¹⁸² a annulé un contrat de cession de droits d'auteur pour violence exercée par l'éditeur, employeur de l'auteur et donc en situation de force économique à l'égard de celui-ci, pouvant imposer ses conditions du fait d'un risque réel et sérieux de licenciement en cas de refus. Mais, la Cour de cassation n'a pas suivi les juges du fond à l'occasion du pourvoi dont elle était saisie¹⁸³ ; elle a estimé qu'en l'espèce, l'employeur ne s'était pas prévalu d'une compression de personnel pour convaincre son salarié de renoncer à ses droits d'auteur. Ainsi, on retient que le consentement n'est pas vicié par la seule dépendance économique inhérente au statut

¹⁸² V. Paris, 12 janvier 2000 : *JCP*, G, 2000, II, 10433, note Ph.Pierre ; *D.*2001, 2067, note P.Fadeuilhe.

¹⁸³ V.Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *D.*2002, som.2844, obs.D.Mazeaud ; *D.*2002, 1860, note J-P Gridel et 1862 note J-P Chazal ; *Contrats Conc. Consom.* 2002, n°121, note L.Leveneur ; *Comm.com.électr.*2002, n°89, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTDciv.* 2002, 502, obs. J.Mestre et B.Fages.

- L'intermédiaire contractuel -

salarial. Cette décision révèle la nécessité d'une double démonstration pour convaincre le juge de violence économique : celle d'une situation de dépendance économique, non contestée en l'espèce et semble-t-il déduite du lien de subordination, ainsi que celle d'un abus caractérisé. A plus forte raison, puisque l'intermédiaire n'est pas le subordonné du mandataire, la preuve de la dépendance économique de l'intermédiaire ne peut pas se déduire d'un lien de subordination et est en elle-même insuffisante.

80. Finalement, pour ce qui concerne l'intermédiaire qui souffre d'un état de dépendance économique, comme il semble que ce soit le cas lorsque la plus grande partie de son activité économique s'appuie sur un unique client, alors la nullité pour violence ne sera prononcée que s'il parvient à démontrer qu'il y a eu abus de force économique par le client. Cette solution est somme toute cohérente puisqu'elle aboutit à un traitement équivalent à ce que l'article L.420-2 du Code de commerce alinéa 2 prévoit en cas de risque d'atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence.

81. Mais, si la notion de violence connaît un regain d'intérêt, notamment parce que le législateur, en droit de la concurrence, a identifié et sanctionné spécialement la violence économique, on s'aperçoit que son essor en droit commun des contrats engendrerait un traitement différent. Cette circonstance est ennuyeuse car elle entraînerait une rupture de régime dont les intermédiaires pourraient bien faire les frais. Une centrale d'achat, directement visée par les lois LME, NRE et Galland, s'expose à des dommages et intérêts tandis qu'un agent d'affaire ou un commissionnaire, victime comme auteur, s'expose à une nullité totale. Aussi, il faut souhaiter, puisque les principes Lando insistent sur le devoir de loyauté, que la violence économique sorte du giron de la violence ; de la sorte, il faut admettre de donner au juge le pouvoir de contrôler le déséquilibre contractuel. Une telle mesure placerait tous les intermédiaires sur un pied d'égalité. Mais pour l'heure, on s'aperçoit qu'il n'est pas chose aisée de démontrer qu'un consentement a été extorqué parce que cette recherche induit une forme de subjectivité tandis que les juges du fond doivent s'appuyer sur des éléments objectifs¹⁸⁴. Voilà pourquoi, probablement, la violence économique ne reçoit que rarement grâce aux yeux des juges – car la nullité est une décision délicate - et que par

¹⁸⁴ En ce sens, voir Cass.civ.1^{ère}, 24 janvier 1990, inédit titré, pourvoi n°88-16689, dans lequel une mandante demandait l'annulation de la vente de son appartement en raison de la contrainte morale, constitutive de violence qu'elle aurait subie de la part de son mandataire, agent immobilier. La Cour a estimé que la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision de refuser l'annulation de la vente et a rejeté le pourvoi. Il faut juste remarquer en l'espèce que l'annulation de la vente n'était envisagée que comme conséquence d'un mandat vicié par la violence.

- L'intermédiaire contractuel -

voie de conséquence les plaideurs s'en détournent¹⁸⁵. Le dol, qui s'apparente à la violence en ce qu'il est à l'origine d'un vice du consentement, s'en distingue néanmoins, puisqu'il affecte la lucidité du consentement, non pas sa liberté. Il convient alors de se demander s'il présente une utilité contemporaine en matière d'intermédiation ou s'il souffre également de vices qui paralysent son efficacité.

§2. Le dol, source de manipulation déloyale de l'intermédiaire

82. Le dol présente une ambivalence en ce qu'il est constitué par un mensonge, par une mise en scène ou se suffit parfois d'une information suffisamment importante qui n'aurait pas été délivrée. Le dol en matière de contrat d'intermédiaire répond à la pratique dénoncée par l'article 1116 du Code civil, soit lorsque « *les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.* » De cette disposition, deux remarques s'imposent. D'abord, le dol doit émaner d'une des parties et consiste en une manœuvre illicite. Ensuite, le dol n'est cause de nullité que s'il a été déterminant du consentement du cocontractant.

83. Le dol a classiquement deux visages : celui de l'action et celui de l'inaction. Dans la première hypothèse, l'auteur du dol ment, enjolive la situation, présente des informations inexactes tendant à maintenir sa victime dans l'illusion. Cette illusion doit avoir convaincu la victime pour être cause de nullité. La manœuvre est parfois très proche d'une pression morale qui s'apparenterait à la violence. Ainsi, le tribunal de commerce de Marmande a déclaré comme nul sur le fondement d'un dol le mandat qui avait été obtenu par des manœuvres frauduleuses, notamment des actes réitérés constitutifs du délit de démarchage à domicile¹⁸⁶.

84. Dans la seconde hypothèse en revanche, le cocontractant doit avoir omis de mentionner des faits ou circonstances qui, s'ils avaient été connus de l'autre partie, l'auraient dissuadé de contracter. Précisément, la rétention d'information est plus souvent reprochée aux professionnels, raison pour laquelle on peut se demander dans quelles circonstances un intermédiaire pourrait s'en rendre coupable et sur quels fondements.

¹⁸⁵ Il est toutefois un domaine qui témoigne d'un regain d'intérêt de la notion de violence économique. L'essor du contrat de transaction montre une utilité de ce vice du consentement pour en obtenir la nullité. V. notamment Cass.civ.1^{ère}, 9 juillet 2003 : *Bull.civ.1*, n°174 ; *Rev. Droit Imm.* novembre-décembre 2003, 539, obs. G.Leguay et Cass.civ.1^{ère}, 30 mai 2000 : *Bull.civ. 1*, n°169 ; *D.2000*, 879 note J-P Chazal.

¹⁸⁶ T.Com. Marmande, 8 janvier 1947 : *D. 1947*, 219.

85. En l'occurrence, du point de vue des fondements, le droit du cautionnement a été précurseur de l'évolution actuelle dominante en ce qu'il a établi un parallèle entre la réticence dolosive et le manquement à l'obligation de bonne foi¹⁸⁷. Il semblerait en effet que l'intention des codificateurs de 1804 ait été de voir s'appliquer un principe de bonne foi tant dans la formation (l'article 1116 du Code civil sanctionne une forme de malhonnêteté, ce qui revient implicitement à instaurer une obligation de bonne foi) que dans l'exécution des conventions (par une référence explicite à l'article 1134, alinéa 3). Aujourd'hui, la jurisprudence n'hésite d'ailleurs pas à viser tant l'article 1116 que l'article 1134, alinéa 3, ce qui a pour principal mérite d'étendre de manière assez importante le champ d'application de la nullité¹⁸⁸. Il est vrai qu'un arrêt récent semble témoigner d'un recul de cette position pour admettre au contraire qu'il n'y aurait de réticence dolosive que lorsqu'une partie n'aurait pas rempli son obligation d'information, ce dont un auteur s'est félicité¹⁸⁹. Néanmoins, il semble souhaitable que la nullité pour réticence dolosive soit érigée en sanction de l'obligation de loyauté tout entière et pas seulement de l'obligation d'information, ce qui lui conférerait une aura autrement plus conséquente.

86. L'obligation de loyauté a donc de beaux jours devant elle, aussi bien sur le terrain de la formation du contrat que sur celui de son exécution¹⁹⁰. Mais, à s'en tenir à la jurisprudence qui précède, on ne saurait affirmer avec certitude que la réticence dolosive est constituée par un manquement à l'obligation de bonne foi au stade de la formation du contrat. En revanche, au minimum, l'inexécution d'une obligation d'information peut caractériser une rétention. Par conséquent, les intermédiaires, en tant que professionnels, sont tenus pour la plupart d'une obligation d'information dont l'inexécution est dès lors susceptible de constituer une réticence dolosive¹⁹¹. Si l'on considère le courtier d'assurance comme mandataire de l'assuré, il

¹⁸⁷ Pour des illustrations, voir Cass.com., 8 novembre 1983 : *Bull.civ.* IV, n°298 - Cass.civ.1^{ère}, 26 novembre 1991 : *Bull.civ.* I, n°331 - Cass.civ.1^{ère}, 16 mai 1995 : *JCP*, G, 1996, II, 22736, note X.Lucas - Cass.civ.1^{ère}, 18 février 1997 : *Bull.civ.* I, n°61 ; *Contrats Conc. Consom.* 1997, n°74, obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 1997, som.11, note S. Piedelièvre ; *JCP*, E, 1997, n°17, p.97, note D.Legeais - Cass.com. 17 juin 1997 (arrêt Macron) : *D.*1998, 208, note J.Casey ; *JCP*, E, 1997, n°44, p.235, note D.Legeais ; *Les Petites Affiches* 1998, n°63, p.33, note S.Piedelièvre ; *Defrénois* 1997, 1424, note crit. L.Aynès.

¹⁸⁸ V. Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1989 : *JCP*, G, 1989, II, 21363, note D.Legeais ; *Defrénois* 1989, 1049, obs. L.Aynès ; *Banque* 1989, 758, obs. J-L Rives-Lange. Cass.com., 15 février 2000 : *Les Petites affiches* 2000, n°247, p.21, note J-L Courtier.

¹⁸⁹ En ce sens voir D.Houtcieff, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTDciv.* 2003, p.3 et s., spéc. note 58 p.10 à propos de Cass.civ.1^{ère}, 3 mai 2000, arrêt dit des photos de Baldus.

¹⁹⁰ V.*infra* n°s 265 et s.

¹⁹¹ Voir *supra* n°32.

- L'intermédiaire contractuel -

convient d'admettre que ce courtier doit répondre avec loyauté et sincérité aux questions posées par le client potentiel quant au montant des garanties et quant aux causes précises d'exclusion¹⁹². A défaut, il y aurait incontestablement un dol. En outre, il doit spontanément livrer à l'intermédiaire toute information utile sous peine de réticence dolosive.

87. De même l'agent de voyages doit-il le plus sincèrement possible répondre aux interrogations de ses clients quant à la qualité des prestations qu'il leur propose. Il commettrait une réticence dolosive s'il leur dissimulait une information essentielle comme par exemple le fait que l'hôtel qu'ils envisagent de fréquenter n'est pas au calme mais dans un quartier en construction au moment du voyage ou qu'il est sans cesse survolé par les avions du fait de sa proximité avec l'aéroport. On peut en effet légitimement supposer que la recherche d'une destination calme en vacances est une condition déterminante du consentement des clients. Mais, de retour de leur voyage, les clients n'invoqueront pas forcément la nullité du contrat passé avec l'agence de voyages. D'ailleurs, la prestation ayant été consommée, la nullité n'est pas de la plus grande utilité. Dans ce cas notamment, le dol peut alors être invoqué pour conclure à une réduction de prix, par le biais d'une action en responsabilité¹⁹³.

88. En résumé, il apparaît que c'est principalement l'intermédiaire, en tant que professionnel soumis à une obligation d'information, qui peut provoquer un dol ou commettre une réticence dolosive. La notion de dol a donc une utilité certaine en matière d'intermédiation, encore qu'elle ne soit pas spécifique à ce mécanisme. *A priori*, le vice du consentement qu'est l'erreur souffre du même constat : il connaît des applications dans le contrat d'intermédiaire sans montrer de réelles originalités, à un détail près toutefois : l'erreur sur la personne est en la matière une cause de nullité.

¹⁹² Cette obligation est imposée à tous les intermédiaires en assurance depuis la loi du 15 décembre 2005, précitée, qui affirme en outre une obligation similaire dès le stade des pourparlers. Voir *supra* n°31.

¹⁹³ Cass.com., 14 mars 1972 : D.1972, 547 et 643, note J. Ghestin.

§3. La prise en compte de l'erreur sur la personne, marque d'un contrat conclu *intuitu personae*

89. Parce que le contrat d'intermédiaire est un contrat qui est fortement marqué du sceau de *l'intuitu personae*, l'erreur sur la personne peut, au contraire de ce qui est généralement admis en droit des contrats¹⁹⁴, constituer une cause de nullité. Dans ce cas précis en effet, la personne de l'intermédiaire est une condition substantielle qui justifie l'annulation du contrat en cas d'erreur¹⁹⁵. D'ailleurs, sa personne est à ce point prise en compte qu'on peut se demander s'il ne s'agit pas là de la seule erreur susceptible d'entraîner la nullité.

90. Hormis cette hypothèse, le contrat d'intermédiaire ne connaît apparemment pas de particularisme et l'on doit considérer que l'erreur n'est cause de nullité que si elle porte sur la substance de la chose qui en est l'objet conformément aux dispositions de l'article 1110 du Code civil. Autant dire que les cas de nullité pour erreur sont en la matière assez rares puisque le cocontractant victime d'une erreur ne peut en général s'en prendre qu'à lui-même¹⁹⁶. Il en va de la sécurité juridique des transactions, nécessité du droit des affaires, *a fortiori* lorsque le contrat initial conditionne les liens avec autrui comme en matière d'intermédiation. Donc, seule l'erreur excusable est cause de nullité car le contractant ne doit pas pouvoir se prévaloir de sa propre bêtise pour remettre en cause un contrat ce que résume l'adage *de non vigilantibus non curat praetor*. Concrètement, on peut s'interroger sur les hypothèses qui relèvent de l'erreur dans le contrat d'intermédiation.

91. A vrai dire, dans les rapports *inter partes*, les causes de nullité pour erreur seront bien peu fréquentes pour deux raisons principales. D'abord, parce que l'erreur sur les qualités substantielles de la chose, objet du contrat, est une erreur de l'une des parties sur la prestation

¹⁹⁴ L'article 1110 al.2 du Code civil exclut d'abord la nullité pour erreur sur la personne avant d'en considérer l'admission exceptionnelle.

¹⁹⁵ V. en ce sens, Saint-Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989 : *JCP*, G, 1990, II, 21504, note E.Putman. La Cour a décidé que la validité du contrat se trouvait affectée par une erreur sur la personne puisqu'il apparaissait que l'intention de l'une des parties était de contracter avec une agence commerciale d'expérience, non pas avec une personne physique, qualifiée trompeusement d'« agence » et n'ayant pas la qualité de commerçante.

¹⁹⁶ La participation du cocontractant à l'erreur de son partenaire n'est en effet pas spécialement visée par l'article 1110 du Code civil et relèverait au contraire du domaine du dol. Néanmoins, l'erreur provoquée par un dol sera toujours considérée comme excusable et permettra ainsi au cocontractant qui s'en plaint de solliciter la nullité du contrat : Cass.civ.3^{ème}, 21 février 2001 : *D.* 2001, IR 906.

- L'intermédiaire contractuel -

fournie par l'autre¹⁹⁷. Or, on ne voit pas très bien quelle illustration donner à cette proposition en matière d'intermédiation dès l'instant où l'objet de ce contrat est une prestation juridique. La seule erreur admissible serait peut-être celle qui porte sur l'étendue des pouvoirs de l'intermédiaire, soit une erreur sur la qualification juridique de l'intermédiaire. Par exemple, l'intermédiaire pense faire appel à un courtier et il contracte avec un commissionnaire ou désigne un représentant. Certains auteurs estiment qu'il s'agit dans ce cas d'une erreur-obstacle, car elle porte sur la nature du contrat¹⁹⁸. Mais là, bien souvent, le pouvoir ne sera pas valable et le contrat n'y survivra pas sauf exception. En outre, ce cas de figure relève aussi et surtout de l'erreur sur la personne.

92. Ensuite, on peut penser que l'erreur pourrait porter sur les compétences de l'intermédiaire, qualités substantielles attendues de l'intermédiaire. Mais l'erreur n'est cause de nullité que si elle est excusable et la partie qui l'invoque en matière d'intermédiation risque alors d'être facilement déboutée. Un intermédiaire qui sollicite les services d'un intermédiaire dans tel domaine précis de compétence et qui s'aperçoit un peu tard que son représentant a déjà commis un certain nombre de détournements au détriment de ses précédents clients ne mérite pas de pouvoir soulever la nullité. Parce qu'il eut été facile de s'assurer de l'honorabilité de cet intermédiaire - en particulier dans le domaine des affaires - et de l'opinion qu'il provoquait, l'intermédiaire ne pourra plaider l'erreur, ici inexcusable¹⁹⁹. Et quand bien même la renommée de l'intermédiaire n'accuserait pas de tels antécédents facilement vérifiables, ne faut-il pas là encore y voir une erreur sur la personne ?

93. A la suite de cette brève étude, une remarque s'impose : il semble qu'il n'y ait pas d'erreur admissible autrement que celle portant sur la personne de l'intermédiaire. Tout du moins, la seule erreur sur la personne suffit à faire le tour de la question. C'est là un fait assez remarquable. Il s'agit en réalité d'un grand particularisme qui tient exclusivement à l'*intuitus personae* dont est marqué le contrat d'intermédiaire.

¹⁹⁷ Selon certains, l'erreur sur les qualités substantielles est une erreur sur la cause du contrat donc elle suppose la démonstration d'une contrariété entre le but recherché et le résultat obtenu. Voir notamment en ce sens Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.* n° 485, qui n'y voit qu'un cas de nullité relative.

¹⁹⁸ En ce sens, voir notamment F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} édition 2009 n° 210. *Contra* Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.* n°346 qui n'admet pas le particularisme de cette notion : « il n'y aucune raison de voir ici une catégorie particulière d'erreur ».

¹⁹⁹ Comp. Cass.soc., 3 juillet 1990 : D.1991, 507, 2^{ème} espèce, note J.Mouly où a été affirmé le caractère inexcusable de l'erreur commise par l'employeur lors de l'embauche d'un directeur dont il était aisé de découvrir qu'il venait de déposer le bilan de la société qu'il dirigeait.

- L'intermédiaire contractuel -

94. Les vices du consentement qui viennent d'être étudiés sont des causes de nullité relative. Or, particulièrement en matière d'intermédiation, on peut se demander quelle est l'étendue d'une nullité prononcée pour vice du consentement. Le consentement vicié dans les relations intermédiaire-intermédiaire n'est pas en lui-même cause de nullité dans un autre rapport juridique, ce dont on aura l'occasion de débattre en seconde partie. Pour l'heure, il s'agit de mettre l'accent sur d'autres conditions de vitalité du contrat d'intermédiaire, dont l'une d'elle est essentielle. Nul ne peut en effet valablement contracter s'il n'en a pas la capacité.

Section 2. La capacité

95. La capacité juridique, qui se définit comme l'aptitude à exercer des droits, est une condition de validité de l'engagement de chacune des parties à l'intermédiation. Le contrat n'a d'existence, et donc d'effet, que dans la mesure où les protagonistes sont capables de contracter. Or, les règles de capacité qui gouvernent le droit commun des contrats sont à combiner, en matière d'intermédiation, avec des dispositions spéciales qui régissent en particulier les professionnels commerçants. En effet, certains intermédiaires sont des commerçants, d'autres non. Selon le cas, les solutions ne seront pas les mêmes. De la même façon, l'intermédiaire peut être commerçant ou non. En conséquence, il faut tour à tour étudier les règles de capacité du côté de l'intermédiaire (§1) puis du côté de l'intermédiaire (§2).

§1. Les règles de capacité du côté de l'intermédiaire

96. L'intermédiaire doit la plupart du temps se soumettre à une double exigence pour pouvoir s'engager contractuellement. Il doit certes être juridiquement capable, mais doit en outre répondre à des conditions précises qui sont exigées selon le domaine dans lequel il exerce sa profession. Ces deux séries de mesure sont importantes en ce qu'elles permettent à l'intermédiaire de pouvoir sereinement placer sa confiance en autrui. Aussi convient-il d'étudier les règles générales qui gouvernent la capacité de l'intermédiaire (A) puis les règles spécifiques à l'exercice de certaines activités d'intermédiaire (B).

A. Les règles générales de capacité juridique de l'intermédiaire

97. La question de la capacité générale de l'intermédiaire doit entraîner une réflexion sur certains points précis, puisque la qualité d'intermédiaire induit la notion de profession habituelle. Il ne s'agit donc pas d'étudier toutes les règles de capacité du droit français. Au contraire, il semble que seules deux hypothèses méritent qu'on s'y attarde : d'abord, il faut se demander si la minorité est un obstacle à la profession d'intermédiaire (1). Ensuite, on peut s'interroger sur la possibilité de contourner une incapacité par l'exercice de la profession d'intermédiaire sous la forme sociale (2).

1. L'incidence de la minorité sur la profession d'intermédiaire

98. L'intermédiaire peut être commerçant ou non-commerçant et la capacité requise dépendra de l'activité qu'il souhaite exercer. Si l'intermédiaire en cause est un mineur, qu'il soit émancipé ou non n'a pas d'incidence sur l'impossibilité dont il est frappé d'être commerçant²⁰⁰. Par conséquent, la pratique d'une activité d'intermédiaire à caractère commercial lui est refusée. L'article L.121-1 définit les commerçants comme étant « *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Le critère de la profession habituelle étant celui qu'on a déjà retenu pour établir la qualité intermédiaire, reste à délimiter la notion d'actes de commerce. Or ceux-ci sont énumérés aux articles L.110-1 et L.110-2 du Code de commerce.

99. Il apparaît qu'un mineur ne pourra pas, par principe, exercer l'activité de courtier, qui est une activité commerciale quand bien même les opérations effectuées sont civiles²⁰¹, pas plus que celle d'agent de voyages²⁰² ou encore d'agent immobilier²⁰³. En outre, du fait de la nature commerciale du mandat confié, la profession d'agent de change lui est refusée²⁰⁴. Au demeurant, le mineur ne peut pas être un intermédiaire prête-nom, même s'il pratique le commerce au nom d'autrui²⁰⁵. De manière générale, la profession d'agent d'affaires induit la qualité de commerçant.

²⁰⁰ La règle est très clairement établie à l'article L.121-2 du Code de commerce, et se retrouve en outre à l'article 487 du Code civil. On ne saurait davantage marteler la prohibition.

²⁰¹ Cass.com., 3 avril 1984 : *Bull.civ.IV*, n°122.

²⁰² Cass.com., 8 juillet 1969 : *JCP*, G, 1970, II, 16155 bis.

²⁰³ *Infra* n°101.

²⁰⁴ Civ., 25 juillet 1864 : *DP* 1864, 1, 489.

²⁰⁵ Cass.com., 9 décembre 1957 : *Bull.civ.* III, n°337.

100. *Quid* si l'intermédiaire mineur réalise exceptionnellement un acte de commerce isolé ? Il est de jurisprudence constante que l'on n'est pas commerçant en faisant isolément un acte de commerce²⁰⁶. Donc, l'acte en principe ne doit pas pouvoir être remis en cause sur le fondement de l'article L.121-2 du Code de commerce. Néanmoins, l'acte pourra être remis en question si sa validité nécessitait que le contractant soit majeur. Ainsi, un intermédiaire mineur émancipé peut exercer une activité civile mais ne peut pas, par exemple, s'engager cambiairement²⁰⁷. Toutefois, il est évident que si l'intermédiaire mineur accomplit un ou plusieurs des actes visés de manière régulière dans le cadre de sa profession, alors ces actes tomberont sous le coup d'une nullité relative prescrite dans les cinq années qui suivent sa majorité. Lui-même, ses ayants droit, ou ses représentants légaux comme ses parents pourront soulever cette nullité²⁰⁸ bien que l'on considère que le mineur demeure tenu de ses engagements dans la mesure où il a profité de l'acte²⁰⁹. Il est donc tout à fait envisageable que pour s'opposer à une action en responsabilité contractuelle pour mauvaise exécution de sa mission, l'intermédiaire mineur soulève la nullité du mandat en raison de son incapacité. L'intermédiaire ne pourra alors plus rechercher que sa responsabilité délictuelle et ne pourra le contraindre à rendre compte que dans la limite de son enrichissement. Les conséquences de cette nullité peuvent paraître tout à fait iniques. En effet, l'intermédiaire mineur profite alors d'une cause de nullité qu'il a lui-même provoquée pour s'opposer aux suites dommageables de l'exercice de son activité. Il utilise donc sa propre turpitude pour échapper à une sanction contractuelle en annihilant le contrat. Pourtant, il n'y a pas de règles juridiques qui puissent faire échec à ce constat gênant et surtout, il convient de garder à l'esprit que dans cette situation, l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* qui s'applique à la cause immorale, ne fait pas obstacle à l'action en nullité mais paralyse seulement les restitutions.

101. Si celui qui se propose d'exercer l'activité d'intermédiaire est mineur, toutes les portes de la profession ne lui sont pas en théorie fermées. L'article 1990 du Code civil permet en

²⁰⁶ Cass.com., 20 février 1996 : *Bull.civ.IV*, n°54 ; *RTDcom.* 1996, 443, obs. J.Derruppé ; *Defrénois* 1996, 653, obs.J.Honorat. Cet arrêt illustre l'insuffisance de la réalisation de quelques actes de commerce isolés (donner en location gérance d'un fonds de commerce au profit d'une société et se porter caution des dettes de cette société notamment) pour avoir la qualité de commerçant. Il paraît plus surprenant que l'inscription au registre du commerce n'ait pas emporté la conviction des juges, mais la Cour de cassation a indiqué qu'il ne s'agissait que d'une présomption de la qualité de commerçant, qui pouvait donc être exclue.

²⁰⁷ L'article L.511-5 du Code de commerce dispose en effet que « *les lettres de change souscrites par des mineurs sont nulles à leur égard [...]* ».

²⁰⁸ Civ., 7 mars 1922 : *DP* 1922, 1, 169 et Civ., 6 novembre 1950 : *JCP*, G, 1952, II, 6702.

²⁰⁹ Cass.civ.1^{ère}, 5 avril 1978 : *Bull.civ.* I, n°147.

- L'intermédiaire contractuel -

effet de donner mandat à un mineur non émancipé. La règle a vocation à s'étendre à tout incapable. Donc, dans l'absolu, le mineur peut embrasser toutes les professions d'intermédiaire fondées sur un mandat civil, comme par exemple l'activité d'agent général d'assurance ou d'agent commercial²¹⁰. Pour autant, cette qualification n'exclut pas qu'il s'agisse d'une activité commerciale. Mais il faut bien avouer qu'il est difficile de trouver un critère pertinent de répartition entre l'activité civile et l'activité commerciale. On pourrait croire que toutes les fois où l'intermédiaire agit pour le compte d'autrui, il n'est pas considéré comme pratiquant lui-même le commerce. Une certaine jurisprudence avait même cru bon, pour distinguer le commissionnaire du VRP, de fonder sa solution sur la notion de représentation : le représentant de commerce n'est pas un commerçant parce qu'il agit au nom d'autrui au contraire du commissionnaire qui agit en son nom propre²¹¹. Manifestement, ce critère n'est pourtant pas praticable. Il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple du courtier. Pour les juges, le courtier est un commerçant, même si l'acte est civil, alors qu'il peut agir en représentation d'autrui. De la même façon, l'agent immobilier est classiquement présenté comme un agent d'affaires, donc comme un commerçant. Pourtant, lui aussi agit au nom et pour le compte d'autrui et à supposer que le mandat confié soit celui de louer, la location d'immeuble est considérée comme une activité civile au contraire de la location de meubles²¹². Malgré tout, l'activité demeure commerciale dans tous les cas²¹³. On doit donc se rendre à l'évidence que la qualification du caractère civil ou commercial de tel ou tel intermédiaire relève souvent de la casuistique, à ceci près que dès l'instant où l'activité consiste majoritairement à réaliser des actes de commerce, la loi la répute comme activité commerciale.

102. Reste que si l'intermédiaire est un incapable, en raison de sa minorité ou pour une autre cause, il peut être tenté de se dissimuler derrière l'écran juridique d'une société. Dans cette hypothèse, on peut se demander si l'intermédiaire a les moyens de solliciter la nullité du contrat ou s'il demeure soumis aux mêmes restrictions que celles qui viennent d'être énoncées.

²¹⁰ Cass.com., 24 octobre 1995 : *Bull.civ.IV*, n°248 qui énonce que le mandat de l'agent commercial est civil, en dépit de l'activité commerciale qu'il exerce.

²¹¹ Cass.com., 2 novembre 1954 : *Gaz. Pal.* 1955, 1, 5.

²¹² Civ., 30 avril 1940 : *Gaz.Pal.* 1940, 2, 25.

²¹³ Req., 8 novembre 1876 : *DP* 1977, 1, 84.

2. Le sort de l'intermédiaire incapable associé

103. Un incapable peut toujours être tenté de devenir associé dans l'espoir de fonder son incapacité dans la capacité d'une personnalité morale distincte. Or, dans la mesure où la société est un contrat²¹⁴, l'article 1123 du Code civil s'applique. Il faut donc être capable pour pouvoir s'associer. Plus précisément, il est nécessaire d'avoir la capacité civile pour constituer une société civile et la capacité commerciale pour créer une société commerciale. Il y a par conséquent une forme de cohérence en ce sens qu'il ne peut être fait en commun que ce que chacun des membres peut seul réaliser. Mais le particularisme du droit des sociétés se situe au niveau de la mise en œuvre de la sanction. La nullité qui guette la société ou ses actes postérieurs en raison de l'incapacité d'un de ses associés peut être soulevée par toute personne intéressée. On peut donc imaginer que l'intermédiaire qui aurait agi avec une société intermédiaire, comme une entreprise de courtage par exemple, aurait dans l'absolu un intérêt à agir. Il pourrait donc mettre en demeure celui des associés incapables de soulever cette nullité et d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion. Probablement devrait-il souvent mettre en demeure le représentant légal de l'incapable et dans tous les cas dénoncer cette mise en demeure à la société. La loi permet ensuite à un associé ou à la société de soumettre au juge toute mesure destinée à faire cesser l'incapacité, y compris en sollicitant le rachat des parts de l'incapable. Cette procédure originale de l'article 1844-12 du Code civil fonctionne aussi bien pour les vices du consentement qui frappent la constitution de la société ou qui se sont réalisés plus tard lors d'actes ou de délibérations. Et on voit à ce propos que l'action en nullité est grandement facilitée par rapport au droit commun qui aurait conduit à n'offrir l'initiative de la nullité qu'à la personne intéressée agissant par l'intermédiaire de son représentant légal. On peut, en matière de sociétés, dénoncer une incapacité, pourvu qu'on ait un intérêt à agir, et provoquer la réaction de l'ensemble du groupe. Cette initiative est tout à fait originale et ne laisse pas le cocontractant dans l'incertitude d'une réaction du représentant de l'incapable. C'est là un atout non négligeable pour l'intermédiaire face à l'incapacité d'un intermédiaire qui exerce en société.

104. Les règles générales de capacité qui viennent d'être énoncées doivent être combinées avec des règles spécifiques propres à chaque intermédiaire. Il existe en effet des mesures particulières de police professionnelle qui conditionnent l'activité d'intermédiaire.

²¹⁴ Voir l'article 1832 du Code civil.

B. Les conditions particulières de capacité professionnelle de certains intermédiaires

105. L'activité des intermédiaires est souvent encadrée par des textes législatifs ou réglementaires qui tendent à protéger le client donneur d'ordre en lui assurant de différentes manières la qualification et la compétence de son intermédiaire. Il existe principalement deux façons de garantir à l'intermédiaire qu'il contractera avec un intermédiaire sérieux : soit en obligeant l'intermédiaire à faire appel à certains intermédiaires déterminés dans certains cas particuliers (1), soit en assignant aux intermédiaires des conditions d'accès spécifiques à l'activité qu'ils exercent (2).

1. Le respect des monopoles

106. La première façon de protéger un donneur d'ordre est de lui imposer de donner mandat à tel intermédiaire particulier en certaines circonstances. Il faut alors remarquer qu'à la différence des règles générales de capacité, les règles qui établissent un monopole le protègent par des dispositions pénales et par la nullité. Cependant, dans une certaine mesure, le monopole frappe donc d'une forme d'incapacité ceux des intermédiaires qui n'auraient pas la qualité requise autant qu'il empêche l'intermédiaire de réaliser seul l'opération. Si une personne souhaite vendre un bien aux enchères publiques, elle ne peut donner mandat de le faire à n'importe qui, ni organiser elle-même la vente, mais doit respecter le monopole conféré aux sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques en vertu de l'article L 321-4²¹⁵ du Code de commerce, qui a levé le monopole des commissaires-priseurs. On a eu l'occasion d'évoquer le fait que les sociétés en ligne qui proposent la vente de divers objets d'occasion à des particuliers organisent un simulacre de vente aux enchères²¹⁶, pour l'aspect divertissant que cette vente procure. Néanmoins, ces mêmes sociétés sont tout à fait conscientes du monopole des ventes aux enchères publiques et adoptent un objet social qui s'en éloigne et se rapproche du courtage puisque c'est le vendeur qui décide de l'adjudication²¹⁷. La réforme du 10 juillet 2000 n'a pas négligé cette évolution des modes de transaction et a envisagé l'hypothèse dans l'article L.321-3, alinéa 2 du Code de commerce.

²¹⁵ Issu de la réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, par la loi n°2000-642 du 10/07/2000, qui a toutefois laissé intact le monopole des commissaires-priseurs pour les ventes judiciaires.

²¹⁶ Voir *supra* n°5.

²¹⁷ La décision des juges du fond, qui ont considéré que les ventes aux enchères organisées sur le réseau Internet dans de telles conditions portaient atteinte au monopole des commissaires-priseurs, paraît donc contestable. V.TGI Paris, 3 mai 2000 : D. 2000, 640, note L. Mauger-Vielpeau qui critique la qualification donnée de vente aux enchères.

- L'intermédiaire contractuel -

107. Mais il existe d'autres monopoles. Ainsi, jadis, celui qui voulait vendre ses titres devait obligatoirement faire appel à un agent de change, ceci en vertu du décret du 7 octobre 1890, pris en exécution de la loi du 28 mars 1885. La loi du 22 janvier 1988 a remplacé ces agents de change par des sociétés de bourse, mais leur monopole demeure pour partie. La loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996²¹⁸, bien qu'ayant fondu l'activité des établissements d'investissement et celle des établissements de crédit en une seule, dénommée prestation de services d'investissement, a procédé en son article 4 à une énumération des différentes activités concernées. Il en résulte six facettes du métier d'intermédiaire financier. Néanmoins, dans tous les cas, l'article 21 de cette même loi, codifié à l'article L.531-10 du Code monétaire et financier et modifié par l'ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007 (laquelle a logiquement étendu le monopole aux établissements agréés sur le territoire d'un état partie à l'accord sur l'Espace Economique Européen exerçant en France) précise qu' *« il est interdit à toute personne autre qu'un prestataire de service d'investissement ou qu'une personne mentionnée à l'article L. 532-18 ou à l'article L. 532-18-1 de fournir à des tiers des services d'investissement à titre de profession habituelle »*. Ce nouveau monopole dépasse largement celui qui était octroyé aux anciens agents de change. Il ne concerne plus les seules cessions et négociations de valeurs mobilières ; il vise tout service d'investissement.

108. Quelques courtiers conservent encore un monopole, d'autres l'ont perdu. Ainsi, les courtiers privilégiés ont longtemps eu le monopole de la réalisation de certaines opérations sur une place de commerce. Officiers ministériels et commerçants, ils voyaient leur profession protégée contre un courtage clandestin. En pratique, cette catégorie se résumait aux seuls courtiers interprètes et conducteurs de navires visés à l'article 80 (ancien) du Code de commerce²¹⁹. Pour faire procéder aux opérations de conduite de ses navires en douane, il était donc nécessaire pour une compagnie maritime de faire appel aux services du courtier nommé par le gouvernement dans la ville déterminée. Cette activité est devenue libre car le monopole, datant de 1657, a été abrogé par la loi n°2001-43 du 16 janvier 2001. Néanmoins, cette nouvelle loi a pris soin de veiller à l'indemnisation des courtiers interprètes et conducteurs de navires, car la chute du monopole les a privés du droit de présenter un successeur à l'agrément

²¹⁸ Voir l'ouvrage collectif Th. Bonneau *et alii.*, *La modernisation des activités financières*, éd. Joly 1996 et notamment A.Couret, « Les entreprises d'investissement », p.57 ; P. Le Cannu, « Du monopole en matière financière », p.127.

²¹⁹ La violation de leur monopole se traduit au civil par une demande de dommages et intérêts. Pour une illustration, voir Cass.com., 6 octobre 1992, inédit titré, pourvoi n° 90-19674.

- L'intermédiaire contractuel -

du ministre chargé de la marine²²⁰. On ne peut nier qu'il y ait, dans ce cas précis, un lien étroit entre le titre et la finance.

109. A l'inverse, les courtiers assermentés, courtiers en marchandises sont toujours protégés par un monopole. Ils doivent prêter serment devant le tribunal et sont inscrits sur une liste tenue par la cour d'appel²²¹. La tenue de cette liste interdit à un client de faire appel à d'autres intermédiaires qu'eux-mêmes pour l'opération considérée. Ils ont, par conséquent, quelques attributions privilégiées, exercées sur l'ensemble du sol français, principalement dans la vente publique aux enchères et en gros²²². Mais, bien qu'ils aient prétendu détenir un monopole sur la vente publique annuelle des vins des hospices de Beaune, organisée pour des œuvres charitables chaque troisième dimanche de novembre, la Cour de cassation le leur a refusés²²³.

110. Sans être exhaustives, les illustrations qui précèdent permettent néanmoins de mettre l'accent sur les hypothèses plutôt nombreuses de compétences réservées à certains intermédiaires. Plutôt que de multiplier les exemples, il convient de s'interroger sur les motivations qui ont animé l'œuvre du législateur. D'abord, il est certain que la raison d'être des monopoles est de garantir à l'intermédiaire qu'il aura recours à un professionnel dont le métier est réglementé. La notion de monopole renvoie bien évidemment à l'examen minutieux d'une demande tendant à exercer la profession en cause. On n'achète pas une charge de commissaire-priseur comme on achète un fonds de commerce. A l'inverse, l'opération passée par l'entremise d'un intermédiaire qui aurait violé un monopole légal ou réglementaire serait sujette dans sa globalité à une nullité²²⁴. Ensuite, la seconde raison qui justifie l'octroi d'un monopole a trait aux garanties offertes aux intermédiaires. On leur assure, au travers du monopole, un certain nombre de clients, puisque certains contrats ne pourront être passés que par leur intermédiaire, sous peine de nullité doublée parfois de sanctions pénales. Le

²²⁰ Voir décret 2003-247 du 13 mars 2003.

²²¹ D'après l'article 1^{er} du décret n°64-399 du 29 avril 1964, modifié par le décret n°94-728 du 19 août 1994.

²²² Voir *Traité de Droit commercial* de G.Ripert et R.Roblot, Tome 2, 17^{ème} édition par Ph.Delebecque et M. Germain, LGDJ 2004 n° 2686 et s.

²²³ Cass. com., 21 avril 1976 : *JCP*, G, 1977, II, 18605, note Y.Chaput. Seules les ventes entre commerçants sont protégées par le monopole de ces courtiers. Or, il a été jugé que « *Les Hospices de Beaune, lorsqu'ils vendent leur vin, se comportent comme un propriétaire récoltant* », ce qui est considéré à un acte civil. Ainsi, la direction de l'institution a pu continuer d'ordonner une vente aux enchères, sans que le recours aux courtiers soit imposé et c'est Christie's, depuis 2005, qui anime la vente.

²²⁴ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de cassation, civ.1^{ère}, 27 février 1996 : *Bull. civ.* I, n° 104 p.71, dans lequel a été annulée une vente organisée par une GIE qui avait violé le monopole réservé par la loi du 1^{er} juin 1924 aux huissiers ou notaires des départements du Haut-Rhin, Bas-Rhin et Moselle dans les fonctions attribuées par les lois françaises aux commissaires-priseurs. On remarque que c'est l'opération dans son ensemble qui souffre d'un vice au stade de la formation.

- L'intermédiaire contractuel -

monopole a ainsi une justification bilatérale puisque l'intermédiaire comme l'intermédiaire y trouvent leur compte.

111. Néanmoins, et parce que tous les intermédiaires ne bénéficient pas chacun en leur domaine d'un monopole, il est nécessaire d'avoir recours à d'autres modes de contrôle des professions d'intermédiaire qui garantiront la validité de la formation du contrat passé avec l'intermédiaire.

2. Le respect des particularismes professionnels

112. Dans un souci de moralisation des professions d'intermédiaires qui conduisent le plus souvent à engager autrui, le législateur a mis en place des conditions d'accès particulières et, il faut bien le dire, relativement disparates. Parfois, ce sont des considérations d'ordre purement moral qui restreindront les vocations. D'autres fois, ce sont certains diplômes qui seront exigés et de plus en plus souvent, des garanties financières devront être présentées à l'intermédiaire. Aussi, malgré une certaine résistance de ces règles à un effort de systématisation, nous étudierons successivement les qualités principalement attendues de l'intermédiaire (a), avant de voir comment le législateur organise, par la procédure de l'agrément, un contrôle d'aptitude professionnelle (b).

a. Les qualités professionnelles attendues par le législateur

113. En théorie, à s'en tenir aux règles habituelles de capacité, il est loisible de donner mandat civil à un mandataire mineur. En pratique, l'hypothèse d'un intermédiaire mineur est irréalisable. En effet, il paraît normal que l'accès à la profession d'intermédiaire soit limité par l'exigence d'un certain niveau d'étude, d'un diplôme ou parfois d'une équivalence professionnelle, de même qu'il n'est pas choquant de s'assurer de la moralité du professionnel ou des garanties qu'il présente. En conséquence, trois conditions seront successivement étudiées : le diplôme ou l'expérience (α), l'honneur (β) et la solvabilité (χ).

α . Le titre (ou l'expérience)

114. Il est clair qu'en matière d'intermédiation, l'intermédiaire s'attend à un certain niveau de compétence du professionnel auquel il s'adresse : incontestablement, le diplôme est sans

- L'intermédiaire contractuel -

aucun doute un gage de sérieux qui participe à l'*intuitus personae* du contrat. En ce qui concerne l'exigence d'un certain niveau d'étude, le cas des commissaires-priseurs, spécialement sélectif, vient immédiatement à l'esprit. L'article 8 de la loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000, devenu article L 321-8 du Code de commerce, prévoit que les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques doivent comprendre en leur sein au moins une personne ayant la qualification requise pour diriger une vente ou un diplôme reconnu équivalent par décret en Conseil d'Etat. Plus précisément, le décret n° 2001-650 du 19 juillet 2001 détaille en son chapitre III aux articles 16 et suivants les conditions de diplôme nécessaires à l'obtention de la qualification : en substance, il s'agit pour le candidat d'être titulaire d'un double diplôme en droit d'une part, et en histoire de l'art, arts appliqués, archéologie ou arts plastiques d'autre part, puis d'être admis à l'examen d'accès au stage, que le décret n°2006-184 du 27 septembre 2006 (en vigueur au 01/07/2007) a en particulier alourdi, avant de l'accomplir. Il existe un certain nombre de dispenses, principalement offertes aux membres de professions juridiques et aux clercs justifiant de dix ans d'exercice (à compter du 1/01/2007, décret préc.). Quant aux commissaires-priseurs, l'article 54 de la loi précitée de 2000 leur fait grâce d'avoir à repasser les examens de qualification requise pour diriger une vente volontaire de meubles aux enchères publiques. L'équivalence est donc parfaite entre ces deux métiers d'intermédiaires.

115. De la même manière, l'accès à la profession d'agent de voyages a longtemps été encadré par quatre régimes distincts d'autorisation préalable, dont la licence, conditionnée par une aptitude professionnelle particulière visée à l'article 4 a) de la loi n°92-645 du 13 juillet 1992²²⁵. Plus précisément, le décret d'application de la loi offre au candidat à la licence une équivalence : soit avoir occupé pendant une durée suffisante un emploi dans une agence de voyages, soit être titulaire d'un diplôme²²⁶. Le législateur a donc dans ce cas particulier considéré que l'expérience professionnelle garantissait autant qu'un diplôme les capacités du candidat à la licence de voyages. Il est vrai que du point de vue de l'intermédiaire, il importe peu que l'agent de voyages ait des connaissances théoriques, pourvu qu'il ait l'aptitude requise. Le nouveau dispositif légal résultant de la loi du 22 juillet 2009 (précitée) dont l'application est retardée jusqu'à la publication du décret (prévue pour le mois de novembre 2009) devrait entraîner une simplification substantielle de l'ancien régime. Un nouveau

²²⁵ J.O du 13 juillet 1992. Cette disposition est aujourd'hui codifiée à l'article L212-2 du Code du Tourisme, modifié par l'ordonnance n°2005-174 du 24 février 2005.

²²⁶ Cette option résulte l'article 9 alinéas 1 et 2 du décret d'application n°94-490 du 15 juin 1994, JO du 17 juin 1994.

- L'intermédiaire contractuel -

dispositif déclaratif unique entrainera l'immatriculation de l'agent et continuera d'être conditionné, pour partie par des exigences d'aptitude professionnelle, pour l'heure indéterminées. Pour ce qui concerne les règles qui gouvernent la vente d'immeubles, on note là encore une récente évolution suite au décret n°2008-355 du 15 avril 2008. Mais en substance, l'agent immobilier doit justifier d'un diplôme²²⁷ ou d'une expérience professionnelle²²⁸ jugée équivalente par le décret d'application de la loi Hoguet. Dans la même veine, l'article R.512-9 du Code des assurances insiste lui aussi sur le diplôme obtenu du candidat agent général ou courtier et ne reconnaît l'équivalence qu'en cas d'expérience professionnelle significative.

116. On s'aperçoit, au travers de ces premières mesures, que par cette exigence d'un certain niveau d'étude, d'un diplôme, voire d'une expérience professionnelle, le législateur restreint l'accès à la profession considérée, ce qui tend à limiter des pratiques d'intermédiation douteuse. En imposant un certain niveau de compétences, le législateur entend moraliser la vie des affaires. Plus les enjeux financiers sont importants, plus il est en effet tentant de s'immiscer dans une relation contractuelle afin d'en tirer profit. Les transferts de sportifs, en particulier dans le milieu du football, ont suscité de vives convoitises. C'est en 2000 seulement qu'une loi s'en est inquiétée et a soumis le métier d'intermédiaire sportif à la délivrance d'une licence d'agent sportif par la fédération concernée, après réussite de l'examen par le candidat²²⁹. Auparavant, une simple déclaration administrative était jugée suffisante. Néanmoins, certains individus s'en dispensaient déjà, ce qui a conduit la Cour de cassation à condamner récemment une personne ayant favorisé le rapprochement d'un joueur de football sans y être agréé sur le fondement de l'exercice illégal de l'activité d'agent sportif²³⁰. Une proposition de loi relative au statut des agents sportifs, qui a été déposée à l'Assemblée Nationale le 9 février 2005, tend à renforcer encore le présent dispositif en ce qu'il souhaite instaurer un *numerus clausus*, calculé à partir d'un pourcentage du nombre de sportifs professionnels en activité²³¹. L'exposé des motifs de cette proposition de loi est assez

²²⁷ Voir l'article 11 du décret du 20 juillet 1972 n° 72-678 pris en application de la loi Hoguet du 2 janvier 1970.

²²⁸ Voir l'article 12 du décret du 20 juillet 1972 n° 72-678 pris en application de la loi Hoguet du 2 janvier 1970.

²²⁹ Voir la loi n°2000-627 du 6 juillet 2000, modifiant la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. Lire F.Taquet, « Brève approche sur une réforme timide, La loi n°2000-627 du 6 juillet 2000 », *Gaz.Pal.* 19-21 août 2001, p.2 ; F.Rizzo, « A propos de l'activité d'intermédiaire du sport », *Rev. Droit et Patr.*2001, n°91, p.40 ; F.Rizzo, « Les contrats d'agent sportif (aspects de droit interne) », *op.cit.*

²³⁰ Cass. crim. 24 janvier 2006 : *Bull.crim.* n°25.

²³¹ Article 4 de la proposition de loi présentée par F. Rochebloine et E.Landrain le 9 février 2005 à l'Assemblée Nationale.

éloquent. Il énonce que « la fonction d'agent sportif est souvent entachée d'une mauvaise réputation », que « les scandales qui ont concerné quelques agents peu scrupuleux ne doivent pas nuire à l'ensemble de la profession » et que « les mesures proposées doivent finalement permettre de réhabiliter l'image et la notoriété de la fonction d'agent sportif ». Cependant, le nouveau dispositif n'a pas, pour l'heure, été adopté.

117. Mais, ces remarques, qui visent exclusivement les agents sportifs, qu'on accuse de « manipuler les sportifs qui leur font confiance, d'en tirer profit et, au final, d'agir contre leurs intérêts »²³², ne sont-elles pas l'écho des suspicions qui pèsent sur la profession d'intermédiaire en son entier ? Les nombreux textes, d'origine législative ou réglementaire, qui mettent également l'accent sur des conditions d'honorabilité, autorisent à penser qu'un processus de rénovation de l'image des intermédiaires est en cours.

β. L'honneur

118. Sans trop de doutes, on peut de nouveau affirmer que l'exigence de moralité est encore un critère prépondérant dans le choix qu'exerce l'intermédiaire. Il est bien évident que l'honneur et la réputation de l'intermédiaire sont tout à fait essentiels, dès lors que le contrat se fonde sur la confiance. D'ailleurs, on s'aperçoit que pour certaines catégories d'intermédiaires, les critères d'expérience ou d'études sont passés sous silence au profit des conditions d'honorabilité. Tel est le cas de l'article L532-2 du Code monétaire et financier qui exige qu'une entreprise d'investissement soit « *dirigée effectivement par deux personnes au moins possédant l'honorabilité nécessaire et l'expérience adéquate à leur fonction, en vue de garantir sa gestion saine et prudente* », ce qui montre assez clairement que l'honneur l'emporte sur le diplôme, ici laissé de côté au profit de la notion, assez vague d'ailleurs, « d'expérience adéquate ». De même, la loi n°49-1652 du 31 décembre 1949²³³ régissant le métier de courtier en vins et spiritueux réserve exclusivement l'accès à la profession aux personnes pouvant démontrer la jouissance de leurs droits civiques et justifier de leur moralité par un certificat de bonnes mœurs, tout en n'ayant été frappé d'aucune condamnation, destitution ou mesure d'interdiction d'exercer consécutive à une procédure collective (article

²³² Exposé des motifs de la proposition de loi présentée par F. Rochebloine et E.Landrain le 9 février 2005 à l'Assemblée Nationale.

²³³ Loi du 31 décembre 1949, reproduite au *D.* 1950, 15, modifiée par la loi n° 51-1125 du 26 septembre 1951, reproduite au *D.* 1951, 356 et dont la mise en œuvre est précisée par le décret d'application n°51-372 du 27 mars 1951 reproduit au *D.* 1951, 91.

2). Ceci dit, la plupart du temps, les conditions de moralité s'ajoutent à d'autres conditions d'aptitude professionnelle. Par exemple, les agents immobiliers sont soumis, par l'effet de l'article 9 de la Loi Hoguet, à l'incompatibilité de la fonction avec un certain nombre de condamnations pénales, prononcées depuis moins de 10 ans et assorties d'au moins trois mois de prison ferme (banqueroute, prêt usuraire, trafic de stupéfiants, recel, fraude fiscale...). Au-delà de l'impressionnante énumération de ces délits, auxquels s'ajoutent les crimes - lesquels ne sont d'ailleurs pas tous en relation avec l'activité que le candidat à la carte d'agent immobilier souhaiterait exercer – il faut clairement y voir une défiance du législateur envers un profil d'individus. Les criminels ou ceux qui ont commis un important délit pourraient en effet être tentés de récidiver face au montant important des transactions auxquelles ils participent.

119. Lorsqu'elles constituent une condition d'accès isolée, ces mesures de contrôle de moralité sont souvent insuffisantes du point de vue de l'intermédiaire. Tout au plus permettent-elles de le rassurer et de dissuader un candidat indélicat à la profession visée. Il paraît donc primordial qu'elle s'accompagne d'autres mesures. Ainsi le candidat à la licence d'agents de sportifs doit-il réussir l'examen d'accès et ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale figurant au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour crime ou pour l'un des délits prévus²³⁴. De même, le candidat à la commission de transport doit-il justifier d'une aptitude professionnelle et satisfaire à la condition d'honorabilité définie par décret²³⁵. Mais, ces conditions de moralité, quoique nécessaires, sont insuffisantes. Il faut donc d'ores et déjà souligner l'essor de mécanismes tendant à rassurer les clients quant à la solvabilité des intermédiaires avec lesquels ils sont en affaires.

χ. La solvabilité

120. Les métiers de l'intermédiation amènent parfois l'intermédiaire à manipuler des sommes pouvant être importantes. Pour que l'intermédiaire n'assume pas, outre, le risque d'incompétence et d'indélicatesse de l'intermédiaire, le risque de son insolvabilité, la plupart des textes imposent à ce dernier de fournir des garanties financières et d'assurer sa responsabilité civile. A défaut d'exhaustivité, on se contentera de citer quelques-uns de ces

²³⁴ Hypothèse excluant expressément la délivrance de la licence selon l'article L.222-7 2° du Code du sport.

²³⁵ Voir l'article 6 du décret n°90-200 du 5 mars 1990 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire de transport.

- L'intermédiaire contractuel -

textes. D'abord, l'agent immobilier est sans aucun doute celui qui mérite une certaine surveillance, notamment parce que les sommes laissées en garantie de la réitération du consentement en la forme authentique (lesquelles s'élèvent généralement à 10% du prix de vente et sont versées à la signature du compromis, le plus souvent qualifiées en tant qu'indemnité d'immobilisation) transitent par ses soins sur un compte de séquestre. De la sorte, il n'est pas étonnant que l'article 3 de la loi Hoguet conditionne la délivrance de la carte professionnelle à la justification d'une garantie financière permettant le remboursement des fonds, effets ou valeurs déposés et à l'attestation d'une assurance contre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle. Pour les mêmes raisons, on comprend que l'entreprise qui désire se lancer dans le service d'investissement soit dotée, d'après l'article L.532-2, 2° et 6°, du Code monétaire et financier « *d'un capital initial suffisant déterminé par le ministre chargé de l'économie ainsi que des moyens financiers adaptés et suffisants* » et « *adhère à un mécanisme de garantie des titres géré par le Fonds de garantie des dépôts conformément aux articles L. 322-1 à L. 322-4* ». Pour ce qui concerne les agents de voyages, jusqu'à ce que la loi du 22 juillet 2009 abroge la disposition, en instaurant toutefois un mécanisme qui devrait être équivalent²³⁶, ces derniers étaient tenus, par l'article L.212-2, c) et d) du Code du tourisme de « *justifier, à l'égard des clients, d'une garantie financière suffisante, spécialement affectée au remboursement des fonds reçus au titre des forfaits touristiques* » et « *justifier d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle* »²³⁷. Ici, le mécanisme de garantie s'explique très bien par la nature de la responsabilité que les agences encourent à l'égard de leurs clients²³⁸. Au final, à défaut de pouvoir citer tous les intermédiaires, il faut souligner ici l'importance du développement tant de l'obligation d'assurance de responsabilité, que des mécanismes de garantie et s'en féliciter.

121. En l'absence de règles de portée générale garantissant à l'intermédiaire que les qualités attendues de l'intermédiaire sont remplies, il est tout de même rassurant de constater que bon nombre de textes ont établi un régime particulier d'octroi d'une carte professionnelle ou d'une licence d'exercice. A leur seule vue, l'intermédiaire doit pouvoir être rassuré quant aux

²³⁶ Le décret d'application de cette loi n'ayant pas été pris pour l'heure, il n'est donc pas possible de reproduire ici le nouveau dispositif.

²³⁷ Sur cette garantie, fournie par l'Association professionnelle de solidarité du tourisme (APS), lire, C.Gory, « La conception restrictive de l'APS concernant la garantie financière : revers et succès », *Gaz.Pal.* 23 septembre 2008, n°267, p.16.

²³⁸ Voir *infra*, n°s 603 et s.

compétences de l'intermédiaire, même si toutes les mesures de police professionnelles ne sont pas équivalentes.

b. Les qualités professionnelles contrôlées par des procédures d'agrément

122. L'agrément, parfois aussi nommé licence, est une formalité de contrôle laissée à l'appréciation d'organes divers, dont le rapprochement avec l'activité exercée par l'intermédiaire est d'ailleurs plus ou moins évident. Parfois, cette appréciation relève de prérogatives régaliennes, comme l'indiquent tant la loi Hoguet du 2 janvier 1970 relative agents immobiliers, que la loi du 13 juillet 1992 sur les agents de voyages²³⁹, qui font état d'une formalité nécessaire au commencement d'exploitation de l'activité d'intermédiation. La délivrance, par le Préfet, d'une carte professionnelle pour les agents immobiliers ou d'une licence de voyages pour les agents de voyages²⁴⁰ a une double fonction. En premier lieu, elle permet à l'autorité administrative de contrôler que l'intermédiaire a rempli les conditions d'accès à sa profession et que son exercice n'est pas illégal. Elle offre à l'intermédiaire une garantie globale de la capacité professionnelle de l'intermédiaire, qui le dispense d'avoir à exercer lui-même un contrôle élargi. Il lui suffit de demander la production de l'agrément ou de la licence. Dans la relation *intuitu personae* qui caractérise le contrat d'intermédiaire, il est évident que le degré de compétence du mandataire est une condition prépondérante. Il est donc normal que s'exerce un contrôle accru. L'accès à la profession d'agent sportif est en cela exemplaire - et c'est, avec le cas du commissaire-priseur, un des rares exemples de ce type parmi les intermédiaires semble-t-il - en ce qu'il nécessite la réussite d'un examen de passage²⁴¹. La délivrance de l'attestation de capacité professionnelle des commissionnaires en transport par le Préfet de région n'est quant à elle soumise à un examen qu'autant qu'une autre condition de niveau d'étude ou d'exercice professionnel n'est pas remplie²⁴². On notera que si la délivrance d'une licence est souvent laissée, par tradition probablement, aux bons

²³⁹ Cette formalité sera substantiellement modifiée par la loi du 22 juillet 2009 dont l'application est pour l'heure retardée jusqu'à la publication du décret y afférant et qui devrait être imminente. Parmi les changements notables à prévoir, on note l'apparition d'une sorte de guichet unique, créé sous forme de GIE, qui contrôlera, au lieu et place du Préfet de Région, que les conditions sont remplies.

²⁴⁰ Cette règle a toutefois été modifiée par la loi du 22 juillet 2009 qui a réformé et simplifié le régime de la vente de voyages et de séjours.

²⁴¹ Voir l'article R.222-1 du Code du sport, qui dispose que « dans chaque discipline sportive, la licence d'agent sportif est délivrée par l'instance dirigeante compétente de la fédération délégataire compétente aux personnes physiques ». A propos de la mise en œuvre de cette procédure, voir un arrêt du Conseil d'Etat (8 novembre 2006) qui a débouté un candidat ajourné, donc déçu, voir S.Dion, « Examen d'agent sportif : FIFA hors jeu », *D.2007*, 924.

²⁴² Voir l'article 4 du décret n°90-200 du 5 mars 1990 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire de transport.

- L'intermédiaire contractuel -

soins des Préfets, certains intermédiaires sont placés sous le contrôle d'autorités moins généralistes et plus spécialisées : à titre d'exemple, on constate que lorsqu'une entreprise souhaite fournir des services d'investissements, il lui incombe de solliciter un agrément auprès du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (article L.532-1 du Code monétaire et financier), tandis que si la demande porte spécifiquement sur l'activité de gestion de portefeuille, la société devra être agréée par l'Autorité des marchés financiers (article L.532-9 du Code monétaire et financier). On décèle le même souci de laisser aux instances en rapport avec l'activité de l'intermédiaire la compétence de la délivrance de la licence au travers de l'article L.222-6 du Code du sport. En effet, ce texte institue une véritable interdiction d'exercer la profession d'agent sportif sans licence, soumise à un examen laissé aux soins de chaque fédération.

123. Mais, pour que la mesure soit pleinement efficace du point de vue de l'intermédiaire, il est nécessaire que l'agrément ne soit pas délivré de manière définitive ; il doit pouvoir être retiré quand les conditions ne sont plus remplies²⁴³. Sur ce point, l'article L.532-10 *in fine* du Code monétaire et financier fait figure d'exemple en indiquant que « *les sociétés de gestion de portefeuille doivent satisfaire à tout moment aux conditions de leur agrément* ». La délivrance d'un agrément ne doit être que provisoire pour que la mesure de police professionnelle soit utile. En violant les dispositions légales concernant l'accès à la profession, l'intermédiaire risque de s'exposer, d'une part, à des sanctions pénales, d'autre part, à ce que l'intermédiaire sollicite la nullité du contrat pour incapacité professionnelle. Cette nullité peut se fonder soit sur la cause illicite, considérant que l'intermédiaire a violé une disposition légale, soit sur l'erreur sur la personne²⁴⁴. Mais le caractère provisoire de ces agréments n'engendre pas nécessairement la précarité du statut qui s'y rapporte. D'ailleurs, la plupart des dispositions prévoient une sorte de droit au renouvellement. Cela n'empêche que certaines démarches peuvent paraître contraignantes. A ce sujet, suite au *lobbying* marqué des professionnels de l'immobilier qui s'insurgeaient contre la réitération annuelle de la demande de carte professionnelle, un décret allège désormais, entre autres choses, la formalité : il en

²⁴³ Tel est le cas prévu notamment par l'article 7 du décret d'application de la loi Hoguet, lequel impose à l'agent immobilier, « *en cas de cessation de la garantie financière, de suspension, d'expiration ou de dénonciation du contrat d'assurance contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle, ainsi qu'en cas d'interdiction ou d'incapacité d'exercer* » de restituer la carte professionnelle immédiatement à la préfecture qui l'a délivrée.

²⁴⁴ La jurisprudence a ainsi décidé que le contrat est nul, pour erreur sur la personne, lorsqu'il apparaît que l'une des parties avait l'intention de contracter avec une agence commerciale d'expérience, non pas avec une personne physique. St Denis de la Réunion, 6 octobre 1989 : *JCP*, G, 1990, II, 21504, note E. Putman, précité.

- L'intermédiaire contractuel -

résulte que celle-ci est accordée pour dix années²⁴⁵. C'est incontestablement une faveur, car la durée de validité d'une licence est généralement comprise entre un an²⁴⁶ et trois ans²⁴⁷.

124. En second lieu – et c'est là la deuxième fonction de la procédure -, l'agrément contribue à une identification des membres composant la profession qui sont alors assujettis à certaines obligations : déclaration à l'URSSAF, obligation d'assurance, désignation d'un régime fiscal... Du reste, l'immatriculation au registre spécial des agents commerciaux tenu au greffe du tribunal de commerce compétent²⁴⁸, qui n'est pourtant pas une formalité impérative, révèle une utilité similaire. Cette double fonction de l'agrément justifie probablement que la procédure soit aussi répandue. La plupart des intermédiaires, pour ne pas dire tous, doivent s'y soumettre. Ainsi, la délivrance d'une carte professionnelle de courtier de campagne²⁴⁹ - l'expression est synonyme de courtier en vins et spiritueux- est nécessaire avant de commencer l'exercice de la profession et la décision relève du pouvoir discrétionnaire du Préfet de région. L'activité d'imprésario, qui est assez peu réglementée, nécessite d'être titulaire d'une licence annuelle d'agent, délivrée par arrêté ministériel (Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi) et après avis d'une commission consultative (elle est ensuite renouvelée tacitement chaque année, sauf décision contraire du ministre)²⁵⁰. Mais cette condition n'est requise qu'autant que l'agent a reçu mandat de plus de deux artistes au cours d'une année civile. Un groupe, composé de plusieurs artistes, ne compte que pour un mandat. Autant dire qu'il est un peu dommage qu'existe en la matière un seuil arbitraire déclenchant la détention d'une licence. Sans licence, mais en charge des intérêts de deux groupes, un agent peut valablement exercer sa profession, alors que dans les faits, plus de trois intermédiaires sont concernés. Quant au chasseur de tête, son activité d'intermédiaire en placement de personnel s'est légalisée depuis la levée du monopole de l'ANPE par la loi de

²⁴⁵ Décret n°2005-1315 du 20 octobre 2005, modifiant le décret n°72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi Hogue, réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce. Pour une illustration du soulagement ressenti par le syndicat national des professionnels de l'immobilier, consulter le site www.snpi.fr.

²⁴⁶ Telle est notamment la durée de validité de la licence d'agent artistique, renouvelable par tacite reconduction toutefois, selon l'article R.762-14 du Code du travail.

²⁴⁷ Telle est par exemple, selon l'article L.222-6 du Code du sport, la durée de validité d'une licence d'agent sportif, dont le détail précis de délivrance est donné dans les articles R.222-1 à -19 du Code du sport. C'est également la durée de validité de la licence d'agence de mannequins, selon l'article R.7123-8 du Code du travail, laquelle est délivrée pour une durée de trois ans par le préfet, après avis du directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Mais l'agence de mannequins n'est pas un intermédiaire car, à l'image de l'agence d'interim, elle emploie elle-même les mannequins et les refacture aux clients.

²⁴⁸ Cette immatriculation est prévue à l'article 4, alinéa 2, du décret n°58-1345 du 23 décembre 1958. La CJCE a jugé qu'un état-membre ne pouvait l'ériger en condition du statut d'agent commercial. Voir *supra* n°57.

²⁴⁹ Voir l'article 4 de la loi du 31 décembre 1949 précitée.

²⁵⁰ Voir les actuels articles L.7121-9 à L.7121-17 et R.7121-1 à R.7121-8 du Code du travail selon la nouvelle numérotation résultant de l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007.

- L'intermédiaire contractuel -

programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, fait l'objet d'un contrôle sommaire, l'article L.5323-1²⁵¹ du Code du travail disposant que : « *toute personne physique ou morale de droit privé dont l'activité principale consiste à fournir des services de placement est tenue d'en faire la déclaration préalable à l'autorité administrative* ». Il poursuit : « *la déclaration à l'autorité administrative doit mentionner les caractéristiques juridiques de l'entreprise, le nom de ses dirigeants ainsi que la nature de ses activités. Toute modification en la matière doit être portée à la connaissance de l'autorité administrative. L'agence de placement privée est également tenue d'adresser régulièrement à l'autorité administrative des renseignements d'ordre statistique sur son activité de placement* ».

125. Autrefois, bien que le courtage d'assurances soit libre, les courtiers en assurance ont eux-mêmes été soumis aux dispositions des décrets-lois des 14 juin 1938 et 16 août 1941 qui ont assaini la profession d'assureur-conseil en n'autorisant le courtage que pour une seule compagnie et en imposant l'octroi d'une carte. L'article L.530-2-2 du Code des assurances avait prévu la publication annuelle au Journal officiel de la liste des courtiers d'assurances dressée par le Ministère de la justice qui s'assure ainsi du respect des dispositions légales²⁵². Par ailleurs, la directive CE n°2002-92 sur l'intermédiation en assurance devait être transposée. Le projet de loi du 27 août 2003 envisageait cette transposition²⁵³ que la loi du 15 décembre 2005, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance²⁵⁴, a finalement réalisée. Il en résulte une nette accentuation des mesures de contrôle puisque l'ensemble des intermédiaires en assurance (dont les courtiers, les agents et les mandataires non agents généraux d'assurance) doit s'astreindre à une inscription sur un registre unique, formalité renouvelable chaque année après paiement de frais annuels s'élevant à 250 euros (article L.512-1 du Code des assurances). Le projet de loi imaginait la création d'un guichet unique destiné à permettre à l'assuré de s'assurer de l'aptitude de l'intermédiaire. Cela aurait été une nouveauté tout à fait louable, car pour l'instant, l'essentiel des contrôles d'aptitude repose en amont sur une autorité administrative sans qu'il soit ensuite vraiment possible pour l'intermédiaire de s'en assurer par lui-même. Elle n'a malheureusement pas été reprise dans la loi du 15 décembre 2005, qui cependant, conforte la protection des intermédiaires en obligeant les intermédiaires à transmettre un

²⁵¹ Ancien article L.312-1 du Code du travail, suite à la nouvelle codification opérée par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007.

²⁵² Ce texte a été abrogé par le titre III de la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005.

²⁵³ Sur ce projet de loi, *D.2003*, AJ.2102.

²⁵⁴ Loi n°2005-1564, précitée.

- L'intermédiaire contractuel -

certain nombre d'informations relatives leur identité et à leur immatriculation notamment²⁵⁵. Certes, le client peut à tout moment demander à vérifier la carte professionnelle d'un agent immobilier ou d'un autre intermédiaire. Mais probablement ne sait-il pas précisément quel est le contenu de ces cartes, et qu'elles ont souvent en outre une durée limitée. Il serait donc intéressant qu'en cette période de transparence, le législateur essaye de donner aux béotiens les moyens d'effectuer leurs vérifications.

126. Il serait vain de vouloir citer de manière exhaustive les conditions particulières d'exercice des professions d'intermédiaires. Ce qu'il convient de retenir, c'est que le législateur a souhaité lutter contre les risques d'abus par des mesures de contrôle *a priori*. Eu égard aux conditions de formation du contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, il est certain que de telles mesures ont un effet préventif. L'intermédiaire agréé peut aisément attester qu'il remplit les critères de compétence, d'honorabilité ou autre. Il garantit dans une certaine mesure à son mandataire que le contrat passé ne pourra pas être annulé pour cause de violation de monopole, d'incompétence ou de déshonneur. Ces mesures ne sont pas tout à fait originales par rapport à d'autres contrats spéciaux. Le droit de la vente connaît certes assez peu de réglementation quant aux conditions d'exercice de la profession de vendeurs, mais le contrat de prestation de services regorge en revanche de spécialités. Il faut par exemple disposer de la qualité d'artisan, du titre d'avocat ou de notaire. A l'examen de ces règles, le défaut d'homogénéité des conditions d'accès à la profession d'intermédiaire est un regrettable constat. Il apparaît en effet que la plupart des intermédiaires peuvent exercer sans qu'un diplôme soit particulièrement requis. Parfois, le contrôle de la moralité de l'intermédiaire n'est pas même exigé. On peut ainsi s'improviser courtier matrimonial, agent d'affaires, imprésario, chasseur de tête ou agent commercial sans avoir à justifier d'un quelconque niveau d'étude. Dans l'absolu, il serait nécessaire que le législateur se penche sur la question. A défaut de pouvoir envisager uniformément les conditions de niveau d'étude, il paraît possible qu'une loi impose à tout mandataire d'origine conventionnelle de devoir au moins justifier de ses droits civiques. Le contrat d'intermédiaire se définit *inter partes* comme un mandat professionnel et entraîne souvent représentation de l'intermédiaire par l'intermédiaire. Dès lors, il est parfaitement justifié que l'on s'assure en particulier de l'honorabilité de l'intermédiaire qui, aux yeux des tiers, sera le reflet de l'intermédiaire. Pour que ce reflet puisse produire effet, il est bien évident que l'intermédiaire doit lui-même être capable.

²⁵⁵ Voir le nouvel article L.520-1 du Code des assurances.

§2. Les règles de capacité relatives à l'intermédiaire

127. L'intermédiaire doit être naturellement capable pour s'engager seul. Mais, comme le recours à un intermédiaire constituera pour lui un acte isolé le plus souvent, la question relève de l'étude des régimes d'incapacité. Deux menaces pèsent alors sur le contrat d'intermédiation : les cas d'incapacité avérée de l'intermédiaire (A) et les risques d'une incapacité future (B).

A. Les cas d'incapacité avérée

128. En ayant recours aux services d'un intermédiaire, l'intermédiaire manifeste sa volonté d'accomplir un acte juridique. Il convient alors de se demander si l'intermédiaire a la capacité de s'engager de la sorte à titre personnel (1). En outre, si l'intermédiaire est dirigeant d'une personne morale, il est nécessaire de tenir compte des règles d'ordre public qui régissent les procédures collectives (2).

1. Les hypothèses classiques d'incapacité d'un intermédiaire

129. Les dispositions du Code civil sont muettes sur la question de la capacité de l'intermédiaire. Pourtant, du fait de l'activité de l'intermédiaire, le mandant sera sujet à un engagement juridique. La plupart du temps, c'est le mécanisme de représentation qui engagera l'intermédiaire puisque l'intermédiaire aura contracté au nom et pour le compte de celui-ci. Dans d'autres cas, et en dépit de l'absence de représentation, l'intermédiaire sera également tenu parce que les droits et obligations tirés du contrat conclu par l'intermédiaire pour le compte de l'intermédiaire lui seront transférés. Par conséquent, on doit apprécier la capacité de l'intermédiaire par rapport à l'acte qu'il demande à l'intermédiaire d'accomplir. Mais en outre, dans tous les cas et parce que l'intermédiaire est un professionnel rémunéré, l'intermédiaire doit avoir la capacité de s'obliger. Dans la mesure où l'intermédiaire entend percevoir une commission, il faudra toujours que l'intermédiaire soit juridiquement capable de s'engager à la lui procurer. La capacité s'apprécie dans tous les cas au jour de la conclusion du contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire.

130. Le donneur d'ordre qui utilise les services de l'intermédiaire peut être un commerçant ou un non-commerçant. L'intermédiaire a la capacité de contracter, sauf si la loi le répute

- L'intermédiaire contractuel -

incapable, ce qui n'est qu'une stricte application de l'article 1123 du Code civil qui dispose : « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Il n'y a là rien de bien étonnant. Toutefois, l'émancipation du mineur lui procure la capacité civile²⁵⁶, alors qu'elle ne lui confère pas la capacité commerciale²⁵⁷. On rappellera rapidement que si l'intermédiaire est un majeur placé sous sauvegarde de justice, il peut en principe librement contracter avec un intermédiaire de son choix puisqu'il conserve le plein exercice de ses droits ainsi que le prévoit l'article 491-2 du Code civil. Néanmoins, l'intermédiaire peut s'exposer à une rescision pour simple lésion et les engagements pris par l'intermédiaire pourraient être réduits en cas d'excès. Les magistrats apprécieront la bonne ou la mauvaise foi de l'intermédiaire, l'état de fortune de l'intermédiaire et l'utilité de l'opération sollicitée, ce qui relève bien entendu du pouvoir souverain des juges du fond.

131. Si l'intermédiaire est en revanche placé sous un régime de tutelle, l'article 502 du Code civil lui interdit de passer seul un quelconque acte et ce régime est bien entendu opposable aux tiers, dont l'intermédiaire, dans le délai de deux mois qui suit la mention portée en marge de l'acte de naissance de la personne protégée. Par conséquent, l'intermédiaire qui contracterait avec un intermédiaire sous tutelle s'exposerait à une nullité de droit de l'acte conclu. S'il s'avérait toutefois que la convention en cause entre dans la catégorie finalement assez ténue des actes de la vie courante²⁵⁸, alors elle échappera à cette nullité car l'usage valide ce type d'actes, même passés par le majeur incapable seul. Reste que le majeur en tutelle peut toutefois valablement utiliser les services d'un intermédiaire à condition que les règles destinées à protéger l'incapable aient été respectées, et notamment les principes de répartition dégagés aux articles 456 et 457 du Code civil : ainsi, si l'acte envisagé est un acte d'administration, le tuteur a pleine compétence pour l'autoriser. Il peut également seul décider de donner mandat à un agent immobilier de louer un bien appartenant au majeur, à condition cependant que le bail n'excède pas la durée de neuf années²⁵⁹. Par exemple, si les biens du majeur ont besoin d'être assurés, le tuteur peut de son propre chef, au nom et pour le compte de l'incapable, solliciter les services d'un courtier d'assurances ou d'un agent général. Il peut encore décider d'aliéner un meuble courant du majeur incapable et par exemple donner mandat de le vendre à un commissaire-priseur. Il lui est aussi possible de vendre « *les biens ayant le caractère de fruits* » selon la formule de l'article 456, alinéa 2, du Code civil. Il paraît

²⁵⁶ Voir l'article 1124, alinéa 2, du Code civil *a contrario*.

²⁵⁷ Voir l'article 487 du Code civil.

²⁵⁸ Cass.civ.1^{ère}, 3 juin 1980 : *Gaz..Pal.* 1981, 1, 172 note J.M.

²⁵⁹ TGI Nevers, 3 novembre 1971 : *D.*1972, 183, note G.A. Interprété *a contrario*.

- L'intermédiaire contractuel -

donc réalisable qu'il fasse appel à un courtier en vin pour que celui-ci le mette en relation avec un acheteur de raisins sur pieds.

132. Mais si l'acte en question relève de la catégorie des actes de disposition, non seulement le majeur incapable ne pourra pas faire appel seul à un intermédiaire, mais encore le tuteur devra lui-même requérir l'autorisation du conseil de famille. Ce sera le cas toutes les fois que le patrimoine de l'incapable pourrait être mis en péril. Ainsi, si le bail envisagé dépasse neuf ans, le tuteur doit solliciter l'accord du conseil de famille²⁶⁰ avant de donner mandat à un agent immobilier de le mettre en location. Bien évidemment, et à plus forte raison, il doit encore obtenir l'autorisation du conseil de famille s'il envisage de donner mandat de vendre à un agent immobilier, de la même façon qu'il ne peut confier seul à un intermédiaire financier la gestion des capitaux du majeur incapable.

133. Enfin, si le majeur est placé sous curatelle, l'article 510 du Code civil fait état d'une répartition entre les actes d'administration, que le majeur sous curatelle peut valablement accomplir seul cette fois, et les actes de disposition, pour lesquels l'assistance du curateur est requise. La notion d'assistance exclut au demeurant celle de représentation. Ainsi, si le majeur sous curatelle souhaite faire un voyage, il n'a pas besoin en principe d'être assisté par son curateur pour se rendre dans une agence de voyages et solliciter auprès d'elle la recherche de places disponibles pour telle ou telle destination. De même, on doit pouvoir considérer qu'il peut seul s'adresser à une agence de travail intérimaire pour embaucher une personne²⁶¹. En revanche, on peut s'interroger sur la possibilité offerte au majeur sous curatelle de s'adresser seul à une agence matrimoniale. En effet, à propos de l'union matrimoniale, la loi indique clairement que le majeur placé sous curatelle a besoin du consentement de son curateur. Si l'on considère l'agence matrimoniale comme l'intermédiaire qui a vocation à conduire ses clients au mariage, alors on pourrait prétendre qu'une inscription de l'incapable aux fichiers de l'agence nécessite l'agrément du curateur. Cependant, on le sait, une telle inscription n'équivaut pas à une promesse de mariage envers un bénéficiaire indéterminé. Il paraît donc raisonnable d'estimer que le majeur sous curatelle est libre d'adhérer seul à ce genre d'agence.

²⁶⁰ TGI Nevers, précité, interprété littéralement.

²⁶¹ La Cour d'appel de Dijon a en effet considéré qu'était valable l'engagement d'un garde-malade par une personne majeure pourtant placée sous le régime de la curatelle renforcée. Dijon, 7 mai 1996 : *RTDciv.*1997, 397, obs.J.Hauser.

- L'intermédiaire contractuel -

134. Les actes valablement accomplis seuls par le majeur incapable placé sous curatelle peuvent néanmoins faire l'objet d'une action en rescision ou en réduction, à l'image de ce qui est admis pour le majeur sous sauvegarde de justice²⁶². Dans le cas où l'acte a été passé sans l'assistance du curateur, alors que celle-ci était requise, la convention conclue avec l'intermédiaire souffre d'une cause de nullité relative facultative, mais non de droit comme ce serait le cas si l'incapable était placé sous tutelle.

135. De manière générale, s'il advenait que l'intermédiaire soit un incapable pour quelque cause que ce soit, l'intermédiaire ne pourrait pas soulever la nullité du contrat. L'article 1125 du Code civil interdit en effet au cocontractant capable de soulever l'incapacité de son partenaire, ce qui entraîne la survie d'un contrat dont la formation est pourtant entachée d'un vice. Si cette disposition est juridiquement conforme à l'idée que l'on se fait d'une cause de nullité relative, elle présente un lourd inconvénient : elle retarde le moment de la nullité et augmente ainsi les difficultés combinées d'un commencement d'exécution et d'une nécessaire restitution. Il est pour le moins gênant de constater que la loi impose le silence forcé au partenaire capable, comme s'il devait souffrir la continuation du contrat à défaut d'avoir pu éviter sa formation. Celui qui a manqué de vigilance à propos de la capacité de son partenaire doit en supporter les conséquences jusqu'à ce que les personnes titulaires de l'action en nullité se manifestent.

136. A ces causes classiques d'incapacité, sur lesquelles il n'est pas utile d'insister davantage, il faut à présent ajouter l'hypothèse d'une procédure collective qui frappe l'intermédiaire en tant que dirigeant.

2. Le cas particulier d'une procédure collective dirigée contre le débiteur intermédiaire

137. Si la nouvelle loi du 26 juillet 2005²⁶³, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, affirme que « *le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* »²⁶⁴, on peut continuer d'estimer que le débiteur en procédure collective est dessaisi de manière variable. Le cas échéant, un débiteur serait empêché de faire seul appel

²⁶² L'article 510-3 du Code civil renvoie expressément sur ce point à l'article 491-2 du Code civil.

²⁶³ Loi n°2005-847.

²⁶⁴ Voir l'article L.622-3, alinéa 1, du Code de commerce.

- L'intermédiaire contractuel -

aux services d'un intermédiaire sous peine d'inopposabilité de ce contrat à la procédure collective²⁶⁵.

138. Cette restriction des pouvoirs de l'intermédiaire n'est pas sans rappeler les mesures d'incapacité. Certes, un arrêt au moins a clairement affirmé que le débiteur dessaisi n'était frappé d'aucune incapacité d'accomplir des actes juridiques²⁶⁶. Mais il paraît pourtant difficile de nier que le débiteur est atteint dans sa liberté de contracter, à l'instar du majeur incapable placé sous une tutelle ou une curatelle. En effet, le dessaisissement porte tant sur les biens privés que professionnels et, en cela, la mesure est contraignante et générale. Alors, cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 18 octobre 1967 laisse perplexe, puisque son ancienneté ne l'oppose pas, bien au contraire, à l'esprit de la loi du 26 juillet 2005. En effet, cette loi prend le soin d'annoncer un principe de capacité résiduelle, comme en témoigne l'article L.622-3, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, ci-dessus reproduit, plutôt que d'insister sur le dessaisissement. En outre, elle s'applique à distinguer nettement le sort du dirigeant de celui de l'entreprise, ce qui n'incite pas à admettre qu'une entreprise en difficulté induise un contrôle total du dirigeant. Néanmoins, le débiteur, sur la décision du tribunal, peut être frappé par une forme d'incapacité de disposer, encore plus nette lorsqu'il fait l'objet d'une liquidation. Sur ce point, l'article L.641-9 I, alinéa 1, du Code de commerce, ne marque guère de changement. En revanche, son alinéa 3 apparaît plus surprenant en ce qu'il énonce, dans l'hypothèse d'une liquidation, une capacité résiduelle du débiteur qu'on a bien du mal à envisager. Certes, il lui reste la possibilité d'exercer les droits qu'on dit aussi être exclusivement attachés à la personne. Il peut donc mandater un avocat aux fins de le défendre dans ce cas et à condition que les honoraires en cause ne soient pas trop élevés sous peine de constituer un acte de disposition²⁶⁷ et l'article L.641-9 I, alinéa 2, l'autorise même en cas de liquidation à se constituer partie civile « *dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime* ». Reste que ces quelques parcelles

²⁶⁵ La loi de 1985 demeurant muette au sujet de la sanction frappant l'acte passé par le débiteur en procédure collective, la doctrine a pu s'interroger sur le sort de celui-ci. La disparition de la masse combinée à la généralisation de la nullité en tant que sanction frappant les actes passés par le débiteur en période suspecte aurait pu conduire à admettre la nullité de l'acte du débiteur sans pouvoir. Pourtant, la jurisprudence, à propos de la liquidation du débiteur, a pris position en faveur de l'inopposabilité des actes à la procédure, c'est-à-dire qu'elle a reconduit la sanction qui s'appliquait sous l'empire de la loi de 1967. Cass.com., 23 mai 1995 : *JCP*, E, 1995, I, 513 n°7 obs. M.Cabrillac ; *D.*1995, 413 note F.Derrida. Solution réaffirmée plusieurs fois, notamment dans un autre arrêt de la Chambre commerciale du 23 juin 1998 : *RJDA* 11/98, n°1273. Par analogie, on en déduit qu'un dessaisissement moindre du débiteur entraîne également l'inopposabilité de l'acte. En ce sens, voir Versailles, 9 avril 1998 : *RJDA* 11/98, n°1250.

²⁶⁶ Cass.com., 18 octobre 1967 : *Bull.civ.* IV, n°332 ; *D.S* 1968, 23, note M.P.

²⁶⁷ Cass.civ.1^{ère}, 13 novembre 1997 : *RJDA* 4/98, n°456.

- L'intermédiaire contractuel -

d'autonomie sont bien maigres au regard de tout ce qu'il ne peut plus faire seul. C'est pourquoi, une fois l'obstacle jurisprudentiel levé, il semble utile d'attirer l'attention sur ces règles de procédure collective qui pourraient placer l'intermédiaire, ignorant du jugement d'ouverture et des mesures restrictives qui s'y attachent à l'égard du débiteur, dans une bien mauvaise situation.

139. L'intermédiaire qui sollicite les services d'un intermédiaire, alors qu'il n'en a plus le pouvoir, s'expose à ce que ce contrat soit déclaré inopposable à la procédure. La conséquence de cette inopposabilité est assez déroutante, puisque le contrat demeurerait valable²⁶⁸ entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, mais il ne pourrait être opposé aux organes de la procédure. Toutefois, pour échapper à l'inopposabilité, l'intermédiaire placé en période d'observation ou l'intermédiaire, peuvent démontrer que l'acte en question est un acte de gestion courante. L'article L.622-3, alinéa 2, prévoit dans ce cas que l'acte sera réputé valable à l'égard des tiers de bonne foi. La bonne foi est présumée en faveur du tiers, dont l'intermédiaire, et c'est donc à celui qui serait tenté de solliciter l'inopposabilité – l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le créancier désigné comme contrôleur ayant un intérêt à agir – qu'incombera la démonstration de la connaissance, par le cocontractant, de l'incapacité qui frappait l'intermédiaire au moment de la conclusion du contrat. Cela revient à considérer qu'il faut prouver que l'intermédiaire a contracté avec l'intermédiaire au mépris du dessaisissement qu'il connaissait. Faute d'une telle démonstration, il est de jurisprudence constante que les ventes passées par un agent commercial au nom et pour le compte du débiteur en procédure collective sont valables²⁶⁹. Il semble que toutes les commandes banales pour l'entreprise considérée soient aussi des actes de gestion courante²⁷⁰. Mais, si d'aventure un débiteur donnait mandat à un agent immobilier d'acheter un local pour une valeur importante ou s'il donnait procuration à un recruteur pour engager un nouveau cadre en contrat à durée indéterminée, ces actes ne pourraient être couverts par l'article L.622-3 alinéa 2 du Code de commerce. Ils nécessiteront dans tous les cas l'accord du juge-commissaire. En outre,

²⁶⁸ Il faut préciser en outre que le contrat passé dans ces conditions ne serait pas un contrat « régulièrement formé » au sens de l'article L.622-17 du Code de commerce – autrefois connu sous le nom d'article 40 de la loi de 1985 - et ne bénéficierait donc pas de la préférence des paiements qu'il organise.

²⁶⁹ Cass.com., 9 juin 1992 : *RJDA* 10/92, n°950 et Versailles, 28 novembre 1996 : *D.Affaires* 1997, 222 ; *RJDA* 1997, 555.

²⁷⁰ Cass.com., 6 février 2001 : *RJDA* 6/01, n°708. La souscription d'un contrat d'assurance ayant été validée (Cass.civ.1^{ère}, 23 septembre 2003 : *Act.proc.coll.*2003, n°24), il n'y a aucune raison de ne pas admettre que l'opération puisse valablement s'opérer par les soins d'un courtier ou d'un agent général. De même, la conclusion d'un contrat de transport étant permise (Cass.com. 9 janvier 2001 : *Rev. Proc.coll.*2002, 90, obs.Ch.Lebel), il n'y a pas non plus d'obstacle à ce qu'un commissionnaire soit mandaté dans ce cas.

- L'intermédiaire contractuel -

l'intermédiaire frappé à titre professionnel d'un redressement judiciaire doit se méfier des conséquences de la procédure sur son patrimoine personnel. C'est une application logique de la théorie de l'unicité de patrimoine. La doctrine ne semble pas remettre en cause cette règle, en dépit de l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 et estime que « contrairement à la lettre de la loi, le tribunal pourrait confier à l'administrateur des pouvoirs sur les biens personnels étrangers à l'entreprise »²⁷¹. A titre personnel, il ne peut donc pas non plus seul solliciter les services d'un agent immobilier pour acheter une nouvelle habitation puisqu'il n'a plus la libre disposition de ses biens²⁷².

140. Au demeurant, cette échappatoire n'est pas non plus envisageable si le débiteur a fait l'objet d'une liquidation. L'article L.641-9 du Code de commerce énonce un dessaisissement général au profit du liquidateur. Les effets du dessaisissement se réalisent auquel cas même si le tiers est de bonne foi²⁷³. Cependant, le prononcé d'une procédure collective à l'encontre d'une société fera systématiquement l'objet d'une publication judiciaire. La vigilance de l'intermédiaire doit de la sorte être tenue en alerte.

141. En revanche, eu égard aux règles de publicité des mesures d'incapacité, qui s'apparentent finalement plutôt à des mesures de discrétion, la situation est plus délicate. On ne saurait donc trop conseiller aux intermédiaires de faire preuve de zèle. Mieux vaut consulter les cartes d'identité ou passeports de leurs clients pour s'assurer de leur majorité et demander des extraits récents de leurs actes de naissance pour attester de leur pleine capacité. Pour autant, l'intermédiaire ne sera garanti que d'une capacité de l'intermédiaire au moment de la conclusion du contrat. Le risque d'incapacité révélée par l'avenir menace en effet le contrat.

²⁷¹ En ce sens, J.Vallansan, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du livre IV du Code de commerce*, Litec, 2006, n°362.

²⁷² Cette solution peut se déduire d'un arrêt où une pharmacienne en redressement avait cru pouvoir seule exercer le droit de préemption dont elle disposait en tant que locataire d'un immeuble à usage d'habitation. La Cour a rejeté son pourvoi et a considéré que cet acte d'administration nécessitait l'autorisation du juge commissaire (Cass.com., 9 juin 1992, inédit titré, pourvoi n°90-15981). Ce que cette femme ne pouvait donc pas faire par elle-même ne serait pas non plus autorisé par le recours à un intermédiaire.

²⁷³ Cass.com., 2 avril 1996 : *JCP*, E, 1996, I, 584 n°5 obs. M.Cabrillac ; *D.*1996, som. 339, obs.A. Honorat.

B. Le risque d'incapacité future

142. Il est possible qu'un intermédiaire contracte avec un intermédiaire *a priori* capable puisque non placé sous un régime de protection au moment de la rencontre de volontés. Dans ce cas, l'intermédiaire semble ne pas redouter la nullité du contrat pour incapacité du donneur d'ordre, alors qu'il est important qu'il maintienne une certaine vigilance. Notamment parce qu'il est possible, sur le fondement de l'article 503 du Code civil, que la nullité soit sollicitée pour tout acte volontaire conclu par la personne qui finalement sera peu de temps après placée sous tutelle. Il est d'ailleurs tout à fait remarquable de voir que le législateur n'a pas négligé cet intervalle dangereux pendant lequel le majeur juridiquement capable ne l'est pratiquement plus. Il est vrai que déjà, dans les dispositions générales, l'article 489 du Code civil prévoit que celui qui agit en nullité du contrat pour cause d'insanité d'esprit doit démontrer l'existence du trouble mental, preuve qui paraît peu évidente même si les magistrats se suffisent que le demandeur établisse l'existence du trouble immédiatement avant et après la conclusion d'un acte, à moins que le défendeur ne prouve ensuite qu'il a contracté dans un intervalle lucide²⁷⁴. Mais la cause spéciale de nullité prévue par l'article 503 du Code civil répond à des considérations et à un régime différents de ceux de l'article 489 du même code. Il suffit que la cause qui a déterminé plus tard l'ouverture de la tutelle ait existé notoirement à l'époque où l'acte a été fait. L'application de ce texte a un domaine plus étroit puisqu'il ne s'applique qu'en cas d'ouverture *a posteriori* d'une tutelle. En tous les cas, l'intermédiaire doit se méfier de cette hypothèse. S'il a lui-même connaissance d'une cause possible d'ouverture d'une tutelle envers une personne, et même si cette cause n'est pas unanimement reconnue, il peut être sanctionné par la nullité du contrat souscrit. En la matière, le juge n'aura toutefois pas l'obligation de prononcer la nullité et exercera son pouvoir d'appréciation.

143. On a vu qu'existaient des règles de capacité nuancées relativement à l'intermédiaire et à l'intermédiaire. Néanmoins, il est certain que le professionnel qu'est l'intermédiaire doit répondre à un certain nombre de critères supplémentaires, destinés pour l'essentiel à protéger son client. En outre, et c'est là un point nouveau que l'on doit à présent développer, il est nécessaire que l'intermédiaire pose une limite au domaine d'action de l'intermédiaire car la confiance qu'il lui témoigne ne saurait être ni absolue, ni de portée générale.

²⁷⁴ Paris, 10 janvier 1969 : D.1969, 331.

Section 3. Le pouvoir de l'intermédiaire

144. L'intermédiaire doit avoir l'aptitude de négocier ou d'accomplir un acte pour autrui contre rémunération et il convient dès lors de connaître avec précision la nature de la mission sollicitée. On a précisé que les relations entre l'intermédiaire et l'intermédiaire s'analysent en un mandat. La remarque est vérifiée dans la mesure où la plupart des intermédiaires ont une procuration qui leur donne pouvoir d'accomplir un acte juridique pour l'intermédiaire (§1). Néanmoins, et c'est là un particularisme du contrat d'intermédiation par rapport au droit commun du mandat, il est des cas où la mission ne concernera pas à proprement parler un acte juridique. On peut néanmoins conserver l'idée d'un pouvoir en tant que support juridique de l'entremise (§2).

§1. Le pouvoir d'accomplir un acte juridique

145. La plupart des intermédiaires sont mandatés afin de passer un acte juridique dans l'intérêt de l'intermédiaire. Si l'article 1984 du Code civil précise que le mandat donne « *pouvoir de faire quelque chose* », il n'y a plus guère de débat aujourd'hui sur ce « *quelque chose* » et l'on admet sans trop de difficultés qu'il s'agit d'un acte juridique, non pas d'un fait juridique, par opposition justement au contrat de louage d'ouvrage²⁷⁵. Le mandat se définit donc comme le contrat par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques en son lieu et place²⁷⁶. Il est caractérisé par une nature ambivalente en ce qu'il concerne deux types de relations juridiques. Bien sûr, il conditionne la validité du contrat de mandat et relève à ce titre de la première partie de cette thèse. Mais il faut garder à l'esprit qu'il délimite également l'action de l'intermédiaire et concerne donc également les rapports envers les tiers. A leur égard, il constitue la limite de la théorie du dépassement de pouvoirs et son étude sera abordée dans la deuxième partie de cette thèse.

146. Il est clair que le pouvoir donné à l'intermédiaire ne peut être décrit de manière exhaustive. Il n'y a pas de limite à l'imagination des parties. C'est une nouvelle occasion de mettre en avant l'idée qu'il n'existe pas un mandat mais *des* mandats, dans le sens où la procuration confiée au mandataire est plus ou moins large selon les besoins du mandant, mais

²⁷⁵ Voir *supra* n°18.

²⁷⁶ Cette formulation s'inspire directement de la définition du mandat proposée dans le *Traité pratique de droit civil français*, de M.Planol et G.Ripert, *op.cit.*, n°1427.

également selon le degré de confiance qu'il place en l'intermédiaire. Néanmoins, il existe des typologies de pouvoirs dont on peut faire brièvement état. Le Code civil propose d'opposer le mandat spécial au mandat général qui concerne toutes les affaires du mandant²⁷⁷. Cette première classification concerne donc le domaine d'action matériel de l'intermédiaire. En outre, s'opposent traditionnellement le mandat conçu en termes généraux et le mandat exprès²⁷⁸. Cette fois, le texte impose une formulation particulière pour que le mandataire puisse valablement accomplir un acte de disposition pour le mandant. Il faut donc voir que sous une dénomination parfois trompeuse parce que très ressemblante – comme les expressions de mandat conçu en termes généraux et de mandat général – se cachent des réalités bien différentes²⁷⁹.

147. Le pouvoir, aussi appelée procuration, conditionne et détermine le champ d'intervention de l'intermédiaire. Sans mandat correspondant à l'acte juridique réalisé, par défaut de mandat ou par annulation de celui-ci, l'intermédiaire ne peut engager l'intermédiaire, à moins que ce dernier n'y consente expressément, par une nouvelle manifestation de volonté consistant soit en une ratification, soit en une confirmation (hypothèses évoquées à l'article 1338 du Code civil). La procuration vient délimiter les contours du consentement de l'intermédiaire. Quoiqu'il ait été possible de considérer qu'un abus de mandat constitue une cause de nullité de l'acte passé, il semble plus judicieux que ses effets soient rendus inopposables à l'intermédiaire²⁸⁰. Néanmoins, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de

²⁷⁷ La formule est celle de l'article 1987 du Code civil.

²⁷⁸ La formule est celle de l'article 1988 du Code civil.

²⁷⁹ Il est de jurisprudence constante que pour pouvoir vendre le bien de l'intermédiaire, l'intermédiaire doit disposer d'un mandat exprès. A propos d'un avocat, voir Cass.civ.1^{ère}, 12 mai 1993 : *D.*1993, 411, note Y.Chartier ; *JCP*, G, 1993, II, 22132 note R. Martin.

²⁸⁰ En ce sens, Cass.Ass.Plén, 28 mai 1982 : *D.*1983, 349, note E.Gaillard à propos de la vente d'un bien qu'un indivisaire contestait, considérant que la personne qui a consenti à l'aliénation n'avait pas le pouvoir de la représenter. Le particularisme des circonstances ne permet peut-être pas d'étendre la sanction à tout acte accompli par une personne, dont en particulier l'intermédiaire sans pouvoir, au point qu'il est soutenu que la nullité est une sanction préférable. En ce sens encore, E.Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, thèse Paris II, 1981, n^{os} 206 et s., spéc. n^o215 (également publiée, *Economica*, 1985). A.Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, 1989, n^{os}45 et s. En sens contraire, M.Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op.cit.*, n^o231 ; Ph.Didier, *De la représentation en droit privé*, thèse Paris II, 1997, n^o171, également publiée, LGDJ, *Bibl. de droit privé*, tome 339, 2000 ; D.Veaux, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *Travaux de l'Association Henri Capitant, L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Journées grecques, tome XXVIII, *Economica*, 1977, n^o7, qui justifie d'écarter la sanction de la nullité par l'idée que cet acte peut, dans certains cas, produire un effet entre le mandataire et le tiers, en ce qui concerne la responsabilité du premier envers le second. Voir aussi, Cass.civ.1^{ère}, 13 octobre 1998, inédit titré, pourvoi n^o96-13408, qui considère que le mandat de se porter caution ne permet pas l'engagement de garantie à première demande et qu'en conséquence, ce dernier doit être déclaré inopposable au mandant.

- L'intermédiaire contractuel -

la prescription, déposé au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005²⁸¹, prend position en faveur de la nullité. Le nouvel article 1119-3 du Code civil est rédigé de la sorte : « *L'acte accompli par un représentant hors de ses pouvoirs est nul. Le représenté peut toutefois le confirmer, s'il en a la capacité* ». Le souci lié à cette formulation est de mélanger intimement pouvoir et représentation. D'ailleurs, ce postulat apparaît de manière constante dans la réforme proposée. En effet, le paragraphe 3 de la section 2 du projet s'intitule « *Du pouvoir d'agir au nom d'autrui* ». Il débute par l'article 1119 nouveau du Code civil en vertu duquel « *Les conventions conclues par ceux qui ont reçu de la loi, du juge ou d'une convention mission de représenter une partie contractante obéissent à une condition complémentaire* ». Cela prouve, s'il fallait encore s'en convaincre, que le pouvoir est une condition de la représentation, notamment d'origine conventionnelle. Pour autant, tout pouvoir n'est pas source de représentation. S'il apparaît donc pertinent que la théorie des obligations s'intéresse à un concept, qui, jusqu'à présent, relevait de l'étude du contrat spécial qu'est le mandat, il ne faut pas non plus nier ses subtilités. Or, le pouvoir d'origine conventionnelle présente un intérêt majeur dans la mesure où, issu de l'imagination des parties, il est variable à l'infini : l'intermédiaire peut avoir le pouvoir d'agir, sans toutefois représenter. Il agit de la sorte en son nom mais pour le compte d'autrui. On atteint alors le paroxysme de l'entorse à l'autonomie de la volonté ; l'individu est engagé sans avoir personnellement consenti à l'acte. Mais l'autonomie de la volonté y est aussi finalement préservée ; un sujet de droit a donné son accord à la réalisation d'une fiction juridique, qu'il s'agisse d'un cas de représentation comme d'un mandat sans représentation.

148. En conséquence, l'intermédiaire doit avoir pris pleinement conscience de l'étendue de la délégation de pouvoirs qu'il concédait. On peut regretter cependant que l'avant-projet Catala n'ait pas pris le soin d'indiquer que le pouvoir de source conventionnelle n'entraîne pas systématiquement une représentation. L'intermédiation offre en effet une utilité particulière et précieuse dans le monde des affaires en ce qu'elle propose une variation de pouvoirs. Certains intermédiaires disposent d'ailleurs d'un pouvoir dit d'entremise : il ne s'agit pas pour eux d'engager leur client mais de procéder à toutes démarches utiles afin de leur proposer un cocontractant. Ce particularisme, qui concerne beaucoup d'intermédiaires, mérite une étude séparée.

²⁸¹ Cet avant-projet a été publié à *La Documentation française* 2006. Voir également la *RDC* 2006, n°1, qui lui est consacré. Dans un souci de simplifier la désignation de cet avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, rédigé sous la houlette de Pierre Catala, on utilisera dorénavant la formule « avant-projet Catala ».

§2. Le pouvoir d'entremettre

149. Il ne serait pas juste de dire que tous les intermédiaires ont un pouvoir d'accomplir un acte juridique au lieu et place de l'intermédiaire. Certains d'entre eux n'ont en effet qu'un pouvoir plus restreint, limité à la présentation d'un produit meuble ou immeuble, d'une marchandise, d'un talent artistique ou sportif, d'une prestation. Pour autant, ce sont des intermédiaires à part entière puisqu'ils mettent en relation l'intermédiaire avec une ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'un contrat. En réalité, les courtiers sont l'illustration du plus petit pouvoir confié à un intermédiaire. En effet, ils ne disposent que du pouvoir d'entremettre, c'est à dire d'une aptitude particulière à présenter autrui ou à négocier un contrat pour autrui. Mais, outre les courtiers, un certain nombre d'agents se distinguent par l'étroitesse de leur pouvoir. C'est le cas de la plupart des agences immobilières²⁸², des agences matrimoniales et des agences de publicité. On peut même inclure dans cette catégorie les agents artistiques, visés par l'article L.7121-10 du Code du travail comme ceux qui reçoivent mandat d'un ou plusieurs artistes de leur procurer des engagements, et par assimilation les agents des sportifs. Ces derniers sont certes des mandataires mais leur mandat se résume le plus souvent à un simple pouvoir d'entremettre, c'est à dire un pouvoir qui tend à rapprocher le demandeur de l'offrant. Ce n'est donc pas un véritable mandat, mais son sort ne nuit en rien à l'idée qui gouverne cet exposé : les relations entre l'intermédiaire et l'intermédiaire sont régies par les règles du mandat, à ceci près que le pouvoir donné à certains intermédiaires est plus restreint que ne l'est la procuration de droit commun. Il n'y a là guère de difficultés.

150. En somme, si les outils juridiques qui permettent de remettre en cause un consentement vicié ou ceux qui garantissent une certaine moralité et un niveau de compétence de l'intermédiaire semblent procurer une protection efficace à l'intermédiaire, la notion de pouvoir contribue, elle aussi, à la perfection de ce contrat. Elle en est même le cœur en ce sens qu'elle permet à l'intermédiaire de maîtriser les limites de la confiance qu'il accorde, tout du moins *inter partes*. Parallèlement, le législateur prend soin, par de multiples dispositions, de

²⁸² D.Ferrier, « Le mandat des agents immobiliers », *op.cit.* ; J.Ghestin, « La pratique abusive des mandats de recherche d'un acquéreur », *Rev. Dr. et Patrimoine* janvier 1993, p.68, qui distingue le mandat d'entremise du mandat de vendre et conteste le terme de mandat ; Dans le même sens, Ph.Le Tourneau, *Rép.civil*, v°mandat, précité, n°70 ; Ch. Atias, « Mandat de vendre et offre de vente [protection du client de l'agent immobilier et protection du vendeur] », *D.2003*, 1922, spéc.n°12, qui indique que l'agent immobilier se charge de transmettre une offre dont une personne peut « se saisir en l'acceptant ».

contraindre les parties à fixer leur engagement par écrit²⁸³. Il paraît en effet prudent que la délégation de pouvoir, déterminée par l'intermédiaire, demeure consignée, au moins à titre de preuve. Mais, ces mesures nécessaires ne sont pas suffisantes ; la législation sur les clauses abusives a pleine vocation à s'appliquer dans le contrat d'intermédiaire qui, fondé sur la confiance, peut malgré tout révéler un rapport de force inégal.

Section 4. Le contrôle des clauses abusives

151. Le régime juridique des clauses abusives²⁸⁴ relève d'une première loi du 10 janvier 1978 concernant la protection individuelle des consommateurs, modifiée le 1^{er} février 1995²⁸⁵ et aujourd'hui codifiée aux articles L.421-1 et s. du Code de la consommation ainsi que d'une seconde, en date du 5 janvier 1988.

152. *A priori*, on le concède, il n'y pas lieu d'envisager spécialement l'application de ces dispositions impératives au contrat d'intermédiaire. Pourtant, il n'est pas vain de considérer que le consumérisme peut dans certains cas affecter la liberté des parties dans la délimitation de l'objet du contrat.

²⁸³ Voir *supra* n^{os} 47 et s.

²⁸⁴ La question ayant connu un engouement certain, on ne peut citer tous les articles ou notes consacrés au sujet. Pour illustration, on signalera toutefois : J-P.Pizzio, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.*1982, 91 ; J.Huet, « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D.*1993, 331 ; J.Huet, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP*, E, 1994, I, 309 ; G.Paisant, « Propositions pour la réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP*, G, 1994, I, 3772 ; A.Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP*, G, 1994, I, 3804 ; J.Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTDciv.*1994, 223 ; B.Gelot, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Deffrénois.* 1995, 1201 ; G.Paisant, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1^{er} février 1995 », *D.*1995, 223 ; G.Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1^{er} février 1995 », *D.*1995, 99 ; J.Ghestin et I.Marchessaux Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1^{er} février 1995 », *JCP*, G, 1995, I, 3854 ; L.Leveneur, « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », *Contrats Conc. Consom.*1996, chr.n°4 ; D.Mazeaud, Ch.Jamin, *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998 ; J-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTDcom.*1998, 53 ; D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTDcom.* 1998, 95 ; J.Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTDcom.* 1998, 115.

²⁸⁵ « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? » *Rev.Dr. et Patrimoine*, juin 1995 p.42 commentaire de D.Mazeaud ; J.Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz 1999, p.677 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

153. En premier lieu, bon nombre d'intermédiaires utilisent des formulaires pré-imprimés qu'ils remettent à leurs clients, donneur d'ordres en théorie, mais finalement peu puissants. Ces contrats d'adhésion sont l'exemple même de ceux dont le législateur s'est méfié. Au demeurant, ils ne sont pas les seuls, car certains contrats apparemment librement négociés peuvent être la proie idéale du dirigisme contractuel. Il convient donc de savoir ce qu'est une clause abusive, afin que l'intermédiaire puisse connaître la sanction qui le guette. En effet, quant au domaine d'application de la loi de 1995, l'article L.132-1 du Code de la consommation fait état des contrats entre « *professionnels et non-professionnels ou consommateurs* ». Or, dans un certain nombre de cas d'intermédiation, le donneur d'ordres n'est pas un professionnel. La qualité de professionnel de l'intermédiaire ne faisant, quant à elle, aucun doute, puisque c'est même un critère de qualification, la réglementation sur les clauses abusives doit s'appliquer. Si toutefois le contrat est conclu entre deux professionnels, comme par exemple le contrat d'affiliation entre la centrale et les producteurs, la loi n'a pas vocation à s'appliquer. Des palliatifs demeurent néanmoins sur le terrain de la responsabilité tendant à indemniser le cocontractant des éventuels abus qu'il aurait commis ou encore sur celui des vices du consentement. Car, on ne doit pas s'y tromper, la protection des clauses abusives n'est qu'une forme particulière de protection du cocontractant qui paraît objectivement le plus faible, à savoir le non-professionnel, par rapport à celui qui serait tenté d'en abuser. Il est donc bien question du moment de la conclusion du contrat et plus spécialement de l'examen du contenu du contrat, donc de son objet.

154. A n'en pas douter, l'intermédiaire, par essence professionnel, ne pourra bénéficier des dispositions protectrices de la loi de 1995, pas plus que le professionnel qui contracte avec un intermédiaire. Un professionnel, même profane dans le contrat qu'il passe avec l'intermédiaire, demeure un professionnel, car en matière de protection des clauses abusives, le juge paraît se méfier de lui, sans égard pour le domaine dans lequel il exerce. Pourtant, il aurait semblé plus juste que l'on traite le professionnel comme un consommateur dès l'instant où il n'a pas de compétences particulières dans la matière dans laquelle il contracte. C'est d'ailleurs ce qui transparaît du rapport de la loi de 1995 à l'Assemblée Nationale relevant que « *l'appréciation est donc fonction de la technicité propre du professionnel* »²⁸⁶. Mais la jurisprudence n'a, dans son dernier état, que peu de clémence envers le professionnel éloigné de son domaine de spécialité. Bien que la Cour de cassation ait dans un premier temps admis

²⁸⁶ Rapport A.N n°1775 p.12 à propos de la loi du 1^{er} février 1995.

que la législation des clauses abusives s'appliquait dès lors que le professionnel en avait été victime, alors qu'il était dans le même état d'ignorance qu'un consommateur - en l'espèce un agent immobilier confronté à la technique pointue d'un système d'alarme²⁸⁷ -, elle semble depuis lors avoir pris fait et cause pour une position beaucoup plus drastique. La première Chambre civile a en effet refusé de prendre en considération l'incompétence relative au contenu du contrat conclu par un arboriculteur pour les besoins de son activité professionnelle²⁸⁸. Si certains s'en sont manifestement réjouis²⁸⁹, il semble difficile de souscrire à l'idée qu'un professionnel est présumé toujours averti. Néanmoins, le sort du professionnel, victime d'une clause qui ne pourrait être écartée sur le fondement des clauses abusives, trouvera de meilleurs auspices sur le terrain de l'abus qui permettra une juste indemnisation²⁹⁰.

155. Plus curieusement encore, pour la Cour de cassation, les clauses abusives, stipulées dans un contrat entre deux particuliers, sont exclues du domaine de la loi. Certes, l'hypothèse ne concernera pas l'intermédiaire qui est toujours un professionnel. Mais l'exclusion demeure même si l'acte juridique a été conclu par l'intermédiaire d'un professionnel, alors que le modèle a été proposé par un éditeur professionnel²⁹¹, ce qui paraît plus surprenant. En l'espèce, la Cour de cassation était saisie d'une demande de l'acheteur d'un appartement, qui, ayant signé un compromis selon un modèle type, fourni par l'agent immobilier, entendait se prévaloir des dispositions relatives aux clauses abusives. La Cour de cassation a estimé que le contrat n'avait pas été conclu entre un professionnel et un consommateur, ce qui est juste, pour écarter la demande de l'acheteur. On s'aperçoit que la présence de l'intermédiaire au contrat n'influe pas sur le domaine de l'application de la loi. Toutefois, si la décision paraît assez sévère pour l'acheteur qui avait à se plaindre d'une clause qu'un professionnel lui a, d'une certaine manière, imposée, il est malgré tout logique qu'une telle solution ait été rendue. En effet, la vente met en présence deux particuliers, puisque l'intermédiaire n'est pas

²⁸⁷ Voir Cass.civ.1^{ère}, 28 avril 1987 : *D.*1987, som.455, obs. J-L Aubert ; *D.*1988, 1, note Ph.Delebecque ; *JCP* G, II, 20893 note G.Paisant ; *RTDciv.* 1987, 537, obs. J.Mestre.

²⁸⁸ En ce sens voir Cass.civ.1^{ère}, 24 novembre 1993 : *Deffrénois* 1994, 818, obs.D.Mazeaud ; *Contrats Conc. Consom.* 1994, chr. n°3, « Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité », note L.Leveneur et Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1994 : *Deffrénois* 1995, 347, obs.D.Mazeaud ; *Contrats Conc. Consom.* 1994, n°155 par L.Leveneur.

²⁸⁹ Dont L.Leveneur, chronique n°3 et note n°155, précitées, en 1994.

²⁹⁰ Notamment Cass.com., 22 octobre 1996 : *RCA* 1997, comm.n°48, H. Groutel, « Abus en tous genres ».

²⁹¹ Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999, pourvoi n° 97-17559 à propos d'une promesse de vente conclue par l'intermédiaire d'un professionnel et dont l'une des clauses pouvait être considérée comme abusive, *JCP*, E, 1999, 1827, note Ch.Jamin ; *JCP*, G, 1999, II, 10205, note G.Paisant ; *Contrats Conc. Consom.* 1999, n°134, obs. G.Raymond ; *Deffrénois* 1999, 1004, obs. D.Mazeaud ; *Les Petites Affiches*, 2000, n° 60, p. 16, note L.Lawson-Body ; *JCP*, E, 2000, 266, obs. Ph.Grignon ; *RTDciv.*2000, 107, obs. J.Mestre.

- L'intermédiaire contractuel -

en l'espèce partie au contrat. La solution aurait probablement été différente si l'intermédiaire était intervenu en son nom à l'acte : sa qualité de professionnel aurait été prise en compte. En revanche, s'il avait eu un pouvoir de représentation, on aurait dû considérer que sa qualité s'effaçait. Cette solution se déduit d'un arrêt qui a appliqué la loi sur les clauses abusives à un comité d'entreprise ayant contracté en qualité de mandataire de ses membres avec un agent de voyages²⁹². Ici, bien qu'un comité d'entreprise ne soit pas un intermédiaire, on s'aperçoit malgré tout que le mécanisme de représentation permet de procéder à un raisonnement par analogie. La personne de l'intermédiaire s'efface lorsqu'il y a représentation ; restaient donc en présence les membres du comité d'entreprise d'une part, soit une pluralité de consommateurs et l'agence de voyages, le professionnel.

156. Dans les cas où l'intermédiaire aurait à se plaindre d'une clause abusive insérée au contrat par l'intermédiaire, il pourra solliciter du juge qu'elle lui soit déclarée inopposable. En effet, et c'est là une différence majeure avec les règles qui gouvernent l'objet du contrat, la clause abusive est considérée comme non écrite et le contrat subsiste pour l'essentiel, à moins que la clause visée du contrat n'en soit vraiment l'objet. Hormis ce cas donc, le contrat demeure, ce qui, à l'évidence constitue une différence profonde avec la nullité de la convention tout entière qui serait prononcée pour objet illicite ou immoral. En outre, la suppression ordonnée ne concernera que les contrats de l'intermédiaire partie à l'instance, et non ceux pratiqués par d'autres intermédiaires. La solution est juridiquement fondée par le principe de la relativité du jugement posé à l'article 1351 du Code civil et par la prohibition des arrêts de règlement édictée à l'article 5 du même code. Néanmoins, il est évident que les organisations professionnelles se font l'écho de clauses qui auraient été annulées. Il est alors simple pour les professionnels susceptibles d'être concernés de modifier les clauses suspectées. Ainsi, les agences de voyages ont-elles dû revenir sur la clause de prestation liée à un voyage proposé par leur intermédiaire. Il était en effet fréquent qu'à l'occasion du séjour, l'agence oblige le client à souscrire une assurance. La pratique ayant été dénoncée sur le fondement des clauses abusives²⁹³, la clause a aujourd'hui quasiment disparu des contrats entre l'agent et le client.

²⁹² Paris, 21 novembre 1996 : *RJDA* 1997/3, n°432.

²⁹³ La clause par laquelle l'agence de voyages impose lors de la conclusion d'un « contrat de voyage forfaitaire », la souscription d'une assurance garantissant les risques d'annulation du contrat et d'assistance aux personnes et aux biens est une clause abusive : Cass. crim., 12 juin 1995, pourvoi n° 94-82.984 : *D.* 1995, I.R., 203.

- L'intermédiaire contractuel -

157. Malgré cela, et en dépit de la précaution utile que prendraient les intermédiaires en s'informant régulièrement de la jurisprudence sur les clauses abusives, il n'est pas possible de prévoir avec certitude la dangerosité d'une clause figurant au contrat. Cet aspect contraignant est inéluctablement lié à la casuistique imposée par les juges. Il est d'ailleurs propre à la notion imprécise de clause abusive et pas vraiment spécifique au contrat d'intermédiaire. Cette réflexion achève en conséquence l'étude des règles de formation du contrat d'intermédiaire.

CONCLUSION DU TITRE 1

158. La formation et l'efficacité du contrat d'intermédiaire, qui semblaient à première vue répondre aux canons de la théorie générale des obligations, sont apparus originales, à plusieurs titres. D'abord, parce que l'intermédiaire est un professionnel, on remarque qu'initiateur de l'offre le plus souvent, il est aussi débiteur d'une obligation d'information particulière dès le stade des pourparlers. Ensuite, il est manifeste qu'un certain nombre de lois tendent à moraliser l'exercice de la profession d'intermédiaire autant qu'à prémunir les intermédiaires contre un risque d'incompétence. Sur ce point, et devant les similitudes qui transparaissent dans les textes, on ne peut s'empêcher de songer qu'une disposition, applicable globalement à tous ceux qui s'entremettent, serait certainement souhaitable. De la même manière, face aux entorses nombreuses au consensualisme, une réflexion d'ensemble sur les règles de forme du contrat d'intermédiaire paraît aujourd'hui nécessaire. On se plaît à espérer que s'affirmera un jour la règle selon laquelle l'intermédiaire doit rédiger par écrit le contrat qui le lie à l'intermédiaire non professionnel. L'étude du vice du consentement qu'est la violence a par ailleurs mis l'accent sur l'équilibre et la loyauté. On a pu ressentir cette foi dans le contrat lui-même, autant que dans le juge, au travers des lois successives sur la violence économique, qui, en cas de déséquilibre, envisage une régulation judiciaire plutôt qu'un sacrifice. En outre, le contrat d'intermédiaire, archétype du contrat de confiance, fait figure de modèle : l'erreur sur la personne est, par exception au droit commun des contrats, une cause de nullité de l'engagement de l'intermédiaire car *l'intuitus personae procuratoris* élève la personne de l'intermédiaire au rang d'élément déterminant du consentement.

159. Enfin, la formation du contrat d'intermédiaire, étudiée sous l'angle du mandat, s'est naturellement cristallisée sur la notion de pouvoir. Mais elle révèle encore un particularisme puisque le pouvoir d'entremettre, qui ne permet pas d'accomplir un acte juridique pour le compte de l'intermédiaire, est une nouvelle réalité juridique, créée pour les besoins de la pratique, et notamment du courtage. Assez logiquement, l'étude subséquente des effets du contrat s'appuie sur cette nouvelle distinction du pouvoir, qui demeure une notion empreinte de loyauté.

Titre 2. Les effets du contrat de confiance

160. Le contrat qui a pris naissance valablement entre l'intermédiaire et l'intermédiaire a un effet obligatoire. Il engendre naturellement des droits et des obligations réciproques tout au long sa durée. Indépendamment de sa qualification, le contrat d'intermédiaire engendre des obligations qui permettent de le caractériser et qu'on peut qualifier de communes (chapitre 1). En outre, et spécialement selon le domaine d'action de l'intermédiaire, l'exécution du contrat peut être personnalisée par référence à des stipulations conventionnelles, ce qui laisse une part belle aux parties dans la délimitation de leur rapport de confiance (chapitre 2).

Chapitre 1. Les obligations communes

161. Le contrat d'intermédiaire, entre les parties, prend l'aspect du mandat. Ainsi, c'est souvent par référence à ce contrat spécial que l'on doit envisager le contenu des obligations des parties, tant s'agissant du contenu des obligations de l'intermédiaire (section 1) que de la teneur des obligations de l'intermédiaire (section 2).

Section 1. Les obligations de l'intermédiaire

162. Du point de vue de l'intermédiaire, le contrat s'apparente à une demande de prestation de services. Empêché, indisponible, peu avisé pour agir seul ou insuffisamment qualifié, le client sollicite les services d'un professionnel afin qu'il le mette en rapport contractuel avec autrui. Par voie de conséquence, la principale obligation qui pèse sur l'intermédiaire est de rémunérer l'intermédiaire (§2). Ce n'est pourtant pas la seule obligation dont il est tenu. Même s'il « achète » les services d'un professionnel, il a le devoir de lui faciliter l'exercice de sa mission (§1).

§1. L'obligation de collaboration

163. Dans le cadre de l'exécution du contrat, l'obligation de collaboration ou de loyauté de l'intermédiaire est le pendant de l'obligation d'information qui pèse sur l'intermédiaire, dont on traitera un peu plus loin²⁹⁴. Principalement, elle consiste en la délivrance d'informations à l'intermédiaire, ceci pour lui permettre d'exécuter correctement sa mission. Au fond,

²⁹⁴ Voir *infra* nos 238 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

l'intermédiaire doit lui aussi faire preuve de bonne foi dans l'exécution du contrat, ceci conformément à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Il a donc l'obligation de livrer à l'intermédiaire toute information utile à la conclusion de l'acte projeté et de l'informer d'éventuelles difficultés. En matière de courtage en assurance par exemple, le donneur d'ordre doit donner au courtier les moyens nécessaires pour accomplir sa mission et permettre à la police d'assurance de remplir sa fonction, ce qui l'oblige à une véritable coopération²⁹⁵. Certains objecteront peut-être qu'il peut sembler curieux de faire état de l'obligation de collaboration parmi les devoirs de l'intermédiaire, tant il semble naturel que ce dernier ait la volonté d'aider l'intermédiaire à parvenir au but. Certes, et pourtant, la remarque n'est pas superflue. On aurait pu songer à accentuer encore les obligations de l'intermédiaire en exigeant qu'il procède, en tant que professionnel, aux recherches nécessaires sans attendre du client qu'il les lui livre spontanément. Mais, l'accroissement des obligations des professionnels a sans conteste un effet pervers sur l'intermédiaire qui, sans prendre de risques, pourrait confortablement attendre une inexécution de la part de l'intermédiaire pour se réfugier ensuite derrière un mécanisme de responsabilité. Certains arrêts récents ont montré que le consommateur d'aujourd'hui pouvait avoir quelques velléités procéduriales²⁹⁶. Aussi faut-il affirmer que l'intermédiaire a réciproquement une obligation de loyauté²⁹⁷ envers l'intermédiaire. Il ne peut à son égard procéder à une rétention d'informations, quand bien même le professionnel aurait pu être à même de les découvrir seul, ni au stade de la formation du contrat, ni pendant son exécution.

164. Au-delà de la seule délivrance d'informations utiles à la réalisation de sa mission par l'intermédiaire, il paraît difficile de mettre à la charge de l'intermédiaire des obligations

²⁹⁵ En ce sens, J.Bigot et D.Langé, *Traité de droit des assurances*, Tome 2, LGDJ, 1999, n°466, ce qui oblige notamment le donneur d'ordres à donner des indications sur le maintien ou l'augmentation des garanties ou des capitaux lors du renouvellement ou du déplacement du contrat, ne pas se désintéresser totalement de l'assurance en ne s'inquiétant pas qu'aucune prime ne lui soit réclamée, lire son contrat (Cass.civ.1^{ère}, 3 janvier 1985 : *RGAT* 1985, 375).

²⁹⁶ Pour une illustration, voir Cass.civ.1^{ère}, 9 novembre 2004 : *RDC* avril 2005, 403, obs. D.Houtcieff, arrêt dans lequel la caution entendait faire tomber son engagement, qui s'élevait à 2,3 millions de francs, en se prévalant de la non-conformité de la mention manuscrite de l'article L.313-7 du Code de la consommation puisqu'elle avait omis d'indiquer la conjonction de coordination « et » entre la formule définissant le montant du cautionnement et la durée de celui-ci. La Cour de cassation a heureusement su confirmer l'analyse des juges du fond qui ont admis que le sens de l'engagement n'en était pas pour autant modifié.

²⁹⁷ Un auteur se dit cependant « sceptique devant l'utilisation de la notion » d'obligation de loyauté en considérant qu'il ne s'agit pas d'un manquement à une obligation née du contrat mais une méconnaissance de la force obligatoire de celui-ci, en ce sens P.Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDciv.* 1999, 771 et s., spéc. p.796, qui s'appuie également sur la thèse de Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, Aix, 1999, n°145 et s., également publiée, LGDJ, *Bibl. de droit privé*, tome 337, 2000. Voir cependant la thèse de Y.Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, *Bibl. de droit privé*, tome 208, 1989.

- L'intermédiaire contractuel -

supplémentaires telles que celle de vouloir conclure des transactions à des conditions raisonnables. En effet, la plupart du temps, l'intermédiaire est libre d'accepter ou non la mission. Si celle-ci lui paraît impossible ou trop difficile, il peut toujours la refuser. Pourtant, il faut songer à l'hypothèse de relations suivies entre les parties. C'est en cette circonstance, qui ne relève pas de l'intermédiation à proprement parler mais s'y apparente, que la Cour de cassation a condamné une société pétrolière. Il a été jugé que cette dernière, en refusant de négocier avec un de ses distributeurs un accord de coopération commerciale, ne lui a pas permis de faire face à la concurrence et n'a pas exécuté son contrat de bonne foi²⁹⁸. Cet arrêt a marqué une première étape fort importante dans l'idée que le cocontractant doit permettre à son partenaire de s'exécuter convenablement sous peine d'engager sa responsabilité. Or, cette logique de partenariat, d'efforts réciproques à la réalisation d'un but commun trouve un terrain propice d'expansion dans le contrat d'intermédiaire.

165. Plus particulièrement, dans certains cas, une sorte d'exclusivité lie l'intermédiaire à son mandant. En dépit de l'indépendance de l'intermédiaire, son mandant conserverait alors des prérogatives dangereuses pour la pérennité de la profession de l'intermédiaire : certaines dispositions ont alors prévu spécifiquement que l'intermédiaire serait tenu d'une obligation de loyauté aux contours plus larges que la simple obligation de collaboration. Ainsi l'article L.134-4 du Code de commerce peut-il servir de fondement au comportement répréhensible d'un mandant qui n'a pas permis à son agent commercial de pratiquer des prix concurrentiels par rapport aux distributeurs parallèles, ce qui a entraîné un échec de sa mission. Un arrêt rendu en ce sens a retenu l'attention de la doctrine la plus autorisée²⁹⁹. Il s'agissait en l'espèce d'un agent commercial qui disposait d'un pouvoir de représentation exclusive de son client mais dont l'activité a été fortement contrariée en raison de ventes parallèles opérées par le truchement de centrales d'achat. En l'espèce, l'intérêt de constater une carence du mandant ne portait que sur les conséquences financières de la rupture initiée par l'agent commercial. On comprend fort bien que l'intermédiaire n'a pas permis à son intermédiaire d'exécuter normalement sa mission ; la coexistence de ce mandat exclusif avec un système parallèle de vente paraît illégitime autant que déloyale. La Cour de cassation a alors jugé que le mandant avait manqué à son obligation contractuelle de loyauté sous le visa de l'article 4 de la loi du

²⁹⁸ Cass. com., 3 novembre 1992 (arrêt Huard) : *JCP*, G, 1993, II, 22164, obs. G. Virassamy ; *RTD Civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre.

²⁹⁹ Cass. com., 24 novembre 1998 : *JCP*, E, 1999, 1242, note Ch. Jamin ; *Contrats conc. consom.* 1999, n°56, note M. Malaurie-Vignal ; *Deffrénois* 1999, 371, note D. Mazeaud ; *RTD Civ.* 1999, 98, note J. Mestre et 646, note P-Y Gautier ; *JCP*, G, 1999, II, 10210, note Y. Picod.

- L'intermédiaire contractuel -

25 juin 1991 marquant ici une « acceptation autrement plus offensive et dynamique de l'obligation de loyauté »³⁰⁰. En l'occurrence, lorsque la représentation est exclusive, comme c'est le cas souvent, les mandants doivent « *prendre des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels* »³⁰¹. Ils sont donc censés collaborer, *a fortiori* dans l'hypothèse de l'agence commerciale, qualifiée de mandat d'intérêt commun. La réussite de l'un entraînant nécessairement celle de l'autre, on prend toute la mesure de l'implication utile de l'intermédiaire dans le bon déroulement de l'opération. Sur ce point spécialement, la lecture de l'article 2, alinéa 2, du décret du 23 décembre 1958 modifié par le décret du 10 juin 1992³⁰² est édifiante. Il indique que le mandant « *doit communiquer à l'agent commercial les informations nécessaires à l'exécution du contrat. Il doit, notamment s'il prévoit que le volume des opérations sera sensiblement inférieur à celui auquel l'agent commercial aurait pu normalement s'attendre, l'en avertir dans un délai raisonnable* ». S'il s'agit, certes, d'une modalité d'exécution du devoir de loyauté que la loi lui impose (voir l'article L.134-4 en ses alinéas 2 et 3), on peut aussi être tenté de croire que ces dispositions sont à même d'inspirer un modèle de coopération contractuelle dont les intermédiaires seraient tenus.

166. Mais, le visa spécial qu'est l'article 4 de la loi du 25 juin 1991, devenu l'article L.134-2 du Code de commerce, restreint-t-il cette jurisprudence de la Chambre commerciale du 24 novembre 1998 au seul bénéfice de l'agent commercial ? La question n'est pas anodine, car ce texte, qui énonce en particulier que « *le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* », est impératif. L'article L.134-16 du Code de commerce interdit que les parties se soustraient à cette obligation. Or, il n'y a pas d'équivalent dans d'autres contrats d'intermédiaire, ce qui pourrait laisser croire que la solution est d'espèce. Toutefois, le contrat d'intermédiaire, contrat de confiance par nature, ne devrait pas souffrir de comportements contractuels incohérents – dénoncés nouvellement par la rédaction de l'article 1.8 des Principes Unidroit en 2004³⁰³, au travers de « *l'interdiction de se contredire* »³⁰⁴ - qui trahissent la confiance légitime que chacune des parties place en l'autre. Il n'est pas certain

³⁰⁰ D.Mazeaud, note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *Deffrénois* 1999, 371, préc.

³⁰¹ L'expression est issue de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 novembre 1998 (précité).

³⁰² Décret n°58-1345 du 23 décembre 1958 et décret n°92-506 du 10 juin 1992.

³⁰³ La formule « Principes Unidroit » est une abréviation, qui sera dorénavant utilisée pour viser les Principes relatifs aux contrats du commerce international de l'Institut international pour l'uniformisation du droit privé relatifs aux contrats du commerce international, Rome, 2004, adoptés par le Conseil de Direction d'UNIDROIT lors de la 83^{ème} session, en 2004, faisant suite aux mêmes principes dont la précédente version datait de 1994.

³⁰⁴ La version anglaise des Principes Unidroit vise *the inconsistent behavior*.

- L'intermédiaire contractuel -

que l'affirmation du concept de confiance légitime, qui se décline par le mécanisme d'*estoppel* consacré en droit international, provoque l'unanimité, en dépit de l'enthousiasme que certains auteurs lui manifestent³⁰⁵. Mais, dans la mesure où la décision de la Chambre commerciale du 24 novembre 1998 est juste, en ce qu'elle permet à l'intermédiaire d'attendre de son cocontractant une éthique cohérente par rapport au contrat qui les lie³⁰⁶ et qui est empreint d'*intuitus personae*, on peut souhaiter qu'elle se répande au-delà du seul contrat d'agence commerciale, par référence à l'un des principes généraux du droit des contrats. Précisément, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil permet en effet de motiver une décision de condamnation d'un intermédiaire sur le fondement de l'inexécution de son obligation de collaboration loyale avec l'intermédiaire. L'arrêt Huard³⁰⁷, a déjà ouvert une brèche en matière de distribution. Les Principes Unidroit (article 5.3) et Lando (1.202) montrent également l'exemple en énonçant un tel principe de collaboration contractuelle. Il faut donc espérer que le juge français sanctionne dorénavant le défaut de coopération de l'intermédiaire, par application de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, à même de fonder une règle de confiance légitime³⁰⁸, sinon dans l'entière sphère contractuelle, du moins dans les contrats d'intermédiaires. L'intérêt commun qui détermine le contrat d'agence commerciale n'est pas un particularisme suffisant pour limiter la portée de l'arrêt. L'*intuitus personae* et la confiance réciproques des parties, qui caractérisent le contrat d'intermédiaire, impliquent que la déloyauté contractuelle de l'intermédiaire soit sanctionnée.

167. Ainsi, s'il est possible que certains craignent de généraliser cette obligation de renégociation à l'ensemble des contractants³⁰⁹, il n'y a en revanche pas d'obstacle dirimant qui empêche de suggérer que le contrat d'intermédiaire soit spécialement le terrain propice à son expansion. D'une part, puisqu'il s'agit d'un contrat fondé sur l'*intuitus personae*, le respect de la confiance que l'intermédiaire a placée dans le choix de l'intermédiaire est essentiel. D'autre part, loin de remettre en cause la stabilité contractuelle, il s'agit de rendre le contrat réalisable, donc d'assurer sa pérennité. De là, il n'y a qu'un pas pour dire que celui qui œuvre dans l'intérêt d'autrui et qui en sera satisfait lui-même par l'obtention d'une

³⁰⁵ D.Mazeaud, « La confiance légitime et l'*estoppel* », *RIDC* 2006, 363 ; O.Moréteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Lyon, 1990 ; H.Muir-Watt, « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit français », *Mélanges Yves Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.303.

³⁰⁶ D.Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

³⁰⁷ Cass.com., 3 novembre 1992, précité.

³⁰⁸ En ce sens, D.Mazeaud, article précité, spéc. n°21.

³⁰⁹ Pour un plaidoyer convaincant et les objections qu'il réfute, voir D.Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges Terré*, 1999, p.603 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

commission, doit légitimement pouvoir s'attendre à ce que son intermédiaire soit un contractant solidaire. Le contrat d'intermédiaire interdit au créancier de faire obstacle aux obligations du débiteur mais lui impose en outre de mettre en mesure son cocontractant d'exécuter le contrat, ainsi qu'un auteur l'a démontré au travers du contrat de mandat, relevant que « si l'obligation de *fournir les moyens nécessaires* n'est pas directement prévue par le Code civil, elle s'impose avec la force de l'évidence et est généralement considérée comme un prolongement de la bonne foi »³¹⁰. En somme, l'obligation de collaboration qui pèse sur l'intermédiaire présente une double facette ; elle l'oblige à ne pas faire entrave à la mission de l'intermédiaire autant qu'elle lui impose d'y participer activement³¹¹.

168. Pour autant, la collaboration ne doit pas se confondre avec la subordination. Aider ne signifie pas diriger et l'intermédiaire doit être libre des moyens employés. Cette autonomie sert d'ailleurs de critère de distinction entre les intermédiaires et les subordonnés³¹². Elle se double, la plupart du temps, d'une liberté dans l'évaluation de la rémunération ; cette dernière, toujours négociable, caractérise l'activité professionnelle de l'intermédiaire.

§ 2. L'obligation de rémunération

169. La rémunération de l'intermédiaire, qui peut sembler acquise aujourd'hui, n'est pourtant pas de l'essence du mandat. Il paraît nécessaire de déterminer les contours de cette rétribution de l'intermédiaire. Aussi faut-il rappeler le principe d'onérosité du contrat d'intermédiaire (A), avant de définir le contour de l'obligation de rémunération qui pèse sur l'intermédiaire (B). On peut enfin s'interroger sur d'éventuelles modifications de rémunération, rendues nécessaires avec le temps (C).

³¹⁰ D.Houtcieff, *Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 2^{ème} éd., 2008, n°1240.

³¹¹ En ce sens, D. Houtcieff, *op.cit.* n°1253, à propos des seuls agents commerciaux, mais dont le raisonnement peut être généralisé à l'ensemble des intermédiaires.

³¹² Parmi les subordonnés, on compte les VRP, exclusivement soumis aux articles L.751-1 et s. du Code du travail. Pour un critère de distinction, voir notamment, Cass. soc., 21 novembre 1968 (affaire *Tupperware*) : *Bull.civ.V*, n°525. Il a été jugé à cette occasion que le contrat entre le fabricant de récipients *Tupperware* et les distributrices devait être qualifié de contrat d'agence commerciale notamment et principalement en raison de la liberté des honoraires pratiqués par ces dernières.

A. Le principe d'onérosité du contrat d'intermédiaire

170. Il faut certainement justifier l'affirmation relative au caractère payant du recours à un intermédiaire quel qu'il soit (1), avant d'en tirer les conséquences (2).

1. La genèse du principe

171. A l'origine, le contrat de mandat était qualifié de « contrat d'ami ». Utilisé en droit romain par le *Pater familias*, il était par essence gratuit. Durant l'Ancien Régime, l'idée d'un contrat de bienfaisance subsiste encore. Aussi, Pothier écrivait qu'« il est de son essence qu'il soit gratuit et que le mandant ne s'oblige point à payer une somme d'argent, autrement le contrat n'est pas un contrat de mandat ; c'est un contrat de louage »³¹³.

172. Le Code civil a largement modifié cette conception du mandat. La réflexion d'un auteur est à ce sujet éloquente: « A la veille de la Révolution, le mandat était donc un contrat essentiellement gratuit et susceptible d'emporter représentation du mandat ; pourquoi dans le code civil allait-il devenir essentiellement représentatif et susceptible d'être gratuit ? »³¹⁴. Sur le plan strict de la rémunération, il est certain que c'est la professionnalisation des mandataires qui justifie cette métamorphose. Une doctrine respectée avait autrefois indiqué que « le mandat ne doit pas être considéré comme gratuit, même en l'absence d'une rémunération stipulée, quand le mandataire agit dans un but intéressé »³¹⁵. Il importe donc d'admettre une présomption simple de mandat salarié pour les « personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui »³¹⁶. Ce principe souffre en apparence d'une exception notable, pour ce qui concerne l'intermédiation de l'emploi, puisque l'article L.5321-3 du Code du travail dispose : « *Aucune rétribution, directe ou indirecte, ne peut être exigée des personnes à la recherche d'un emploi en contrepartie de la fourniture de services de placement [...]* ». Toutefois, le même texte réserve le cas des agents sportifs d'une part, et des impresarios d'autre part, lesquels constituent précisément les deux seuls cas d'intermédiation mettant à la charge du client placé une obligation de commission. Pour le reste, ce sont les agences d'intérim qui, outre l'ANPE, peuvent proposer leurs services de placement.

³¹³ Pothier, *Traité du contrat de mandat*, Œuvres, Tome 6, n°20, éd. Bugnet, 1861.

³¹⁴ D. Rambure-Barathon *Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe*, Paris I, 1981, n°5.

³¹⁵ Aubry et Rau, *Droit civil théorique français*, Tome 6, 6^{ème} édition par P.Esmein, Librairies techniques, 1951, § 401, p.201.

³¹⁶ Ph.Le Tourneau, « De l'évolution du mandat », *D.*1992, 157 et s., spéc.p.158.

- L'intermédiaire contractuel -

Mais elles n'ont pas la qualité d'intermédiaire car, loin d'être mandataires, elles embauchent personnellement le salarié et refacturent le service à l'entreprise qui l'utilise ; elles sont donc rétribuées par l'employeur, ce qui fait qu'il n'est pas porté atteinte à l'interdiction de faire payer le demandeur d'emploi. En conséquence, il est fondé d'affirmer que l'intermédiaire exerçant un métier, son mandat est par essence salarié. D'ailleurs, il est des domaines, dont la commission de transport, où la règle est tellement évidente que la loi organise une garantie de paiement au profit du commissionnaire pour les prestations qu'il a accomplies (article L.132-8 du Code de commerce). Eu égard à la liberté qui caractérise la profession d'intermédiaire, il n'est donc pas surprenant de constater que, le plus souvent, ses honoraires sont libres. Deux intermédiaires peuvent ainsi pratiquer des taux de commission distincts pour un même service en apparence ; l'intermédiaire, dès l'instant où il exerce un choix fondé sur la personnalité de son mandataire, est libre d'accepter ou non un supplément de commission, d'autant que, le plus souvent, comme on s'appête à le voir, l'onérosité est souvent liée à la réussite de l'intermédiation.

2. La signification du principe d'onérosité

173. Le mandat prévu par le Code civil est l'archétype du service d'ami. Dès lors, cette mission est bénévole et si elle doit être rémunérée, c'est sans référence à l'idée d'efficience. Mais, le contrat d'intermédiaire témoigne d'une rupture avec cette perception : l'efficacité de l'intermédiaire conditionne le plus souvent son droit à rémunération (a), bien que dans certains cas pourtant, la référence au résultat paraisse indifférente en raison principalement d'une survivance de l'idée de service (b). La généralisation du mandat dit « salarié », suivant une terminologie captieuse, nécessite enfin qu'on s'interroge quant au statut des intermédiaires pour les exclure définitivement du régime des salariés (c).

a. L'onérosité souvent liée à la réussite

174. Le caractère onéreux du contrat d'intermédiaire est la plupart du temps lié à la réussite du professionnel. Cette généralisation se révèle par un examen attentif de dispositions spéciales relatives aux intermédiaires (α) ; elle se confirme par une étude du sort particulier réservé par la jurisprudence au gérant d'affaires professionnel (β).

α. L'étude des lois spéciales qui conditionnent la rémunération de l'intermédiaire

175. On s'accorde à dire qu'aujourd'hui, le mandat est principalement onéreux. Il l'est même d'ailleurs systématiquement lorsqu'il s'agit de mandataires professionnels. La jurisprudence l'a rappelé à plusieurs reprises pour les personnes qui exercent un mandat dans le cadre de leur profession habituelle³¹⁷. Si d'aventure, un contrat d'intermédiaire ne prévoyait pas de commission, le caractère onéreux étant présumé en ce cas, les juges pourront être saisis afin d'en fixer le montant³¹⁸. La commission pourrait également être calculée *a posteriori* par référence aux usages applicables sur le lieu d'exécution du contrat³¹⁹. Affirmer l'obligation de rémunération qui pèse sur l'intermédiaire tend à systématiser la rétribution du travail de l'intermédiaire. Pour autant, il serait faux d'admettre que l'intermédiaire a droit à un salaire indépendamment du résultat de sa mission. Précisément, en matière d'intermédiation, la rétribution est rarement étrangère à l'idée d'exécution du contrat. Il en est ainsi par exemple en matière de commission. La rémunération, qui était jadis payable d'avance et portait le nom de provision, n'est aujourd'hui due que si l'opération a été conclue par l'intermédiaire du commissionnaire³²⁰. De la même manière, les courtiers sont généralement rétribués en fonction du montant des contrats qui seront passés par leur intermédiaire³²¹. Le statut impératif des agents commerciaux ne se montre guère plus généreux. Certes, l'article 5, alinéa 3, de la loi n°91-593 du 25 juin 1991, devenu l'article L.134-5 al.3, prévoit que « *l'agent a droit à une rémunération raisonnable qui tient compte de tous les éléments ayant trait à l'opération* » mais la jurisprudence se fonde nécessairement sur les réussites de l'intermédiaire³²² et les parties prévoient souvent une garantie de bonne fin.

³¹⁷ Pour des exemples de présomption de mandat salarié, au sens de rémunéré, voir Cass.civ.1^{ère} 10 février 1981 : *Bull.civ.* I n°50, pour un décorateur. Cass.civ.1^{ère} 16 juin 1998 : *Bull.civ.* I, n°211, *Contrats Conc. Consom.* 1998 n°127, note L.Leveneur pour un expert en tableaux, mandataire d'un commissaire-priseur.

³¹⁸ Pour une illustration du rôle du juge pour attribuer une rémunération à l'intermédiaire, voir Cass.com., 16 janvier 1979 : *JCP*, G, 1979, IV, p.98.

³¹⁹ Cette règle, générale, est spécialement mentionnée pour les agents commerciaux à l'article L.134-5 al.3 du Code de commerce.

³²⁰ G.Ripert et R.Roblot, *Traité de Droit commercial*, Tome 2, *op.cit.*, n° 2659 à propos des commissionnaires. Ces auteurs soulèvent néanmoins qu'une convention peut permettre aux parties de s'accorder sur une rémunération minimale en cas d'échec. L'usage la fixe le plus souvent à la moitié de ce qui aurait été payé dans l'hypothèse d'un succès.

³²¹ Il y a cependant des courtiers dont les services seront payants indépendamment du résultat escompté : tel est le cas des clients d'agence matrimoniale qui s'acquittent de frais dits « d'inscription » ou de « dossier ». Ces sommes ne pourront être répétées par le candidat aux rencontres quand bien même il n'y aurait pas eu de contacts pertinents ou durables.

³²² Cass.com., 21 décembre 1981 : *Bull.civ.* IV, n°450. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a retenu que même en l'absence de faute du mandataire, la mission n'ayant pu être poursuivie pour des raisons extérieures aux parties, il y avait lieu de réduire la rémunération promise à la partie exécutée du contrat. Selon la Cour, il n'y aurait eu violation ni de l'article 1999 du Code civil, ni de l'article 1134 du même code.

176. Pour ce qui concerne les agents immobiliers, un doute a pu s'élever en dépit de l'apparente clarté de l'article 6 de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970, en vertu duquel la commission n'est exigible que si l'affaire a été conclue par les soins de l'intermédiaire³²³. Les magistrats ont été tentés d'être plus cléments à leur égard. Il a en effet été décidé que l'agent immobilier devait être payé dès lors qu'il a contribué à présenter les parties, même si celles-ci avaient traité l'affaire sans lui³²⁴. La première chambre civile de la Cour de cassation a d'abord affirmé cette solution en présence d'un mandat exclusif³²⁵ puis l'a étendue au mandat non exclusif³²⁶. Si la première décision doit être mise à l'écart, dans la mesure où la clause d'exclusivité conférée à l'intermédiaire explique ce particularisme de la survivance des effets du mandat, la seconde apparaît clairement en opposition avec la loi Hoguet. Parmi ses règles impératives, l'une d'elle interdit le mandat « perpétuel » et contrôle ses conditions de renouvellement (article 7 de la loi Hoguet du 2 janvier 1970). Or, la position de la Cour de cassation conduit à étendre l'effet du pouvoir bien au-delà de sa durée de vie et contredit incontestablement l'article 6 de la loi Hoguet. On peut donc, pour cette première raison, estimer que la solution de ce second arrêt est contestable. Au demeurant, cette jurisprudence n'est manifestement pas constante. Les juges ont depuis lors adopté une position nettement différente. Elle tend à considérer que « *lorsqu'une personne a donné à plusieurs agents immobiliers un mandat non exclusif de vendre le même bien, elle n'est tenue de payer une rémunération ou une commission qu'à celui par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue [...] et cela même si l'acquéreur lui avait été précédemment présenté par un autre agent immobilier, sauf à ce dernier à prétendre à l'attribution de dommages-intérêts en prouvant une faute du vendeur qui l'aurait privé de la réalisation de la vente* »³²⁷. Autrement dit, toujours selon la première Chambre civile, lorsque le mandat de vente confié à l'intermédiaire n'est pas exclusif, le droit à commission ne naît pas du seul fait de la présentation, par l'agent immobilier, de celui qui sera l'acquéreur³²⁸. La même solution a d'ailleurs été retenue le même jour dans l'hypothèse inverse d'un mandat de recherche d'un

³²³ La sanction pénale qui frappe cette règle a été récemment durcie par l'ordonnance 2004-634 du 1^{er} juillet 2004, qui, dans le nouvel article 16 de la loi Hoguet, porte la peine encourue à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, contre six mois d'emprisonnement et 4 500 euros d'amende dans l'ancien article 18.

³²⁴ Cette question, qui fait état de situations dans lesquelles les parties ont été présentées par un intermédiaire mais concluent l'acte sans lui, ne doit pas être confondue avec le problème d'un concours entre deux agents immobiliers, dont l'un des deux disposerait d'un mandat exclusif. Sur ce dernier point, voir *infra* n°305 sur la clause d'exclusivité.

³²⁵ Cass.civ.1^{ère}, 8 juillet 1994 : *Bull.civ.I*, n°234.

³²⁶ Cass.civ.1^{ère}, 14 novembre 2000 : *Bull.civ.I*, n°288 ; *Contrats Conc. Consom.* 2001, n°37, note L.Leveueur. Même solution contestable dans l'arrêt Cass.civ.1^{ère}, 15 mai 2002 : *Les Petites Affiches* 2003, n°114, p.4, obs. G. Teilliais.

³²⁷ Cass.civ.1^{ère}, 15 mai 2007, inédit, pourvoi n° 06-13988 : *AJDI* 2008, 143, obs. G.Kessler.

³²⁸ Cass.civ.1^{ère}, 25 juin 2009, inédit, pourvoi n°08-15523.

- L'intermédiaire contractuel -

fonds de commerce, l'acquéreur ayant finalement signé avec le vendeur du fonds que l'intermédiaire lui avait initialement présenté, sans que ce comportement ait été retenu comme abusif³²⁹. Ces solutions sont d'ailleurs plus conformes aux principes posés par la loi Hoguet. S'il souhaite obtenir un dédommagement, à défaut d'avoir touché sa commission, l'intermédiaire déçu n'a d'autre issue que de prouver une faute des vendeurs. En ce domaine, on se souvient de cet arrêt retentissant de 2008, qu'on savait promis à un bel avenir par la publicité qui lui a été conférée³³⁰. En l'espèce, un agent immobilier disposait d'un mandat non exclusif de vendre. Des clients potentiels avaient dissimulé leur identité pour la première visite, sans signer de bon de visite et s'étaient ensuite adressés directement au vendeur avant de conclure la vente quelques mois après. Dans ces conditions, il était inutile pour l'intermédiaire de demander paiement de sa commission au vendeur, débiteur originaire. Il a donc tenté de démontrer que les acquéreurs étaient délictuellement responsables de la perte de la commission. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné le couple intrigant à des dommages et intérêts mais la première chambre civile de la Cour de cassation n'a pas suivi son raisonnement. Saisie sur renvoi, la cour d'appel de Nîmes a de nouveau retenu la responsabilité du couple, qui s'est donc pourvu une seconde fois en cassation. La saisine de l'Assemblée plénière était alors indispensable et a conduit au rejet du pourvoi. La condamnation des acquéreurs par suite de leur stratagème est une donc une solution importante. Elle tranche implicitement les divergences qui demeuraient quant au point de savoir si le droit à commission de l'agent immobilier est conditionné à la participation effective de l'agent à la vente en répondant par l'affirmative³³¹. Il semble donc que la solution posée par la Cour de cassation dans un autre arrêt soit retenue : en cas de pluralité de mandats de vente non exclusifs, seul le mandataire qui mène à bien la mission jusqu'à la conclusion effective de l'affaire a droit à une rémunération, quand bien même l'acheteur aurait été trouvé et présenté au vendeur par un autre intermédiaire³³². Enfin, dans un autre domaine, l'article L.442-6 II b) du Code de commerce³³³ déclare nulle la clause par laquelle une centrale a droit

³²⁹ Cass.civ.1^{ère}, 25 juin 2009, inédit, pourvoi n°08-16491.

³³⁰ Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 (P+B+R+I) n°07-12 449 ; *Gaz.Pal.* 24 mai 2008, n°145, avis de R.de Gouttes, Premier avocat général ; *RTDciv.* 2008, 672, note B.Fages ; *RTDciv.* 2008, 498, note P-Y Gautier ; *RTDciv.* 2008, 485, note P.Jourdain ; *RTDcom.*2009, 202, note B.Bouloc ; *AJDI* 2008, 878, note M.Thioye ; *D.*2008, AJ.1412, obs. Y.Rouquet ; *D.*2008, 2328, note A-L.Thomat-Raynaud ; O.Deshayes, *L'essentiel Droit des contrats*, n°2, p.4.

³³¹ En ce sens, O.Deshayes, précité.

³³² Cass.civ.1^{ère}, 9 juillet 2002 (2 espèces) : *Bull.civ.I*, n°184. Ces deux décisions, l'une de rejet, l'autre prononçant une cassation, apportent une solution uniforme qui tranche avec les divergences manifestes entre deux arrêts rendus en seconde instance, pourtant par la même cour d'appel (Lyon, 20 janvier 2000 et 26 septembre 2000).

³³³ Ancien article 56-7° de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.

- L'intermédiaire contractuel -

au paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande. Indéniablement, ces hypothèses constituent une exception par rapport au droit commun du mandat que constitue la référence à l'article 1999, alinéa 2, du Code civil. A elles s'ajoutent quelques usages qui gouvernent certaines professions, dont les courtiers³³⁴ et spécialement les chasseurs de tête, inspirés du modèle américain de *head hunting*, qui généralisent la commission au résultat (*contingency*), ce qui, concernant le placement de personnes peut avoir la conséquence dramatique d'entraîner la présentation du candidat le plus cher, donc pas forcément le meilleur³³⁵. Mais, un dernier argument peut achever de convaincre que la rémunération de l'intermédiaire est liée souvent à l'idée de réussite : telle est l'hypothèse de la gestion d'affaires.

β. L'étude de la jurisprudence qui octroie une rémunération au gérant d'affaire professionnel

177. S'agissant du cas particulier des intermédiaires qui auraient agi sans pouvoir ou au-delà de leurs pouvoirs, on peut légitimement s'interroger sur l'éventualité d'une demande de salaire. La loi oblige à rembourser les avances opérées par le gérant et la jurisprudence témoigne de sa clémence en admettant, par application extensive de l'article 2001 du Code civil, que la somme produit intérêt au taux légal depuis le jour où elle a été déboursée³³⁶. Mais, l'intervention de l'intermédiaire aurait nécessairement été onéreuse, si elle avait eu lieu suite à un ordre. En conséquence, l'intervention sans ordre, mais utile, peut-elle donner lieu à une demande de rétribution ? Il semble qu'en général, les tribunaux soient hostiles à une telle revendication quand bien même le gérant serait un professionnel en relations d'affaires avec le maître³³⁷. A la vérité, les arrêts sont peu nombreux. Le recours à la gestion d'affaires est un moyen de défense qui permet aux intermédiaires de pallier l'absence partielle ou totale de pouvoirs. En tant que professionnels, ils ne peuvent ignorer les risques qu'ils encourent à défaut de procuration. En conséquence, ils s'en méfient. Rares sont donc les intermédiaires, qui, inquiétés par l'éventualité d'une action en responsabilité, songent à invoquer une demande de commission par la voie reconventionnelle. Néanmoins, ils ont tout intérêt à y

³³⁴ J.Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, *op.cit.*, n°31134.

³³⁵ Voir l'ouvrage critique de J-C Lasanté, qui a introduit en France, il y a quarante ans, le métier de recruteur par approche directe, et B. Lalanne, *Attention, chasseurs de têtes !*, éd.Bourin, 2004.

³³⁶ Cass.civ.1^{ère}, 12 juin 1979 : *Bull.civ.I*, n°173.

³³⁷ Cass.com., 15 décembre 1992 : *Bull.civ.IV*, n°415 ; *Defrénois* 1994, 50, note critique Y.Dagorne-Labbé. La Cour refuse d'accorder une rémunération à la société qui, chargée d'entreposer les marchandises d'un GIE et de les distribuer à ses adhérents, évoquait la gestion d'affaires pour obtenir dédommagement de son « action promotionnelle ».

- L'intermédiaire contractuel -

prétendre. En effet, s'il est démontré que le professionnel aurait eu droit à un salaire s'il avait disposé d'un pouvoir ou du consentement de son client, la jurisprudence admet qu'il soit rémunéré dans le cadre d'une gestion d'affaire³³⁸. L'intermédiaire n'a donc pas droit à rémunération dès l'instant où il a agi sans pouvoir, sauf s'il parvient à prouver que les règles de la gestion d'affaires trouvent à s'appliquer ; il doit en l'occurrence démontrer l'impossibilité d'agir du client ainsi que l'utilité de sa gestion. C'est dans cette logique que la Cour de cassation a refusé l'argument de la banque qui, ayant cédé des titres de son client en acceptant pour lui une offre publique d'échange, invoquait la gestion d'affaires pour justifier son acte³³⁹. A défaut de pouvoir démontrer l'impossibilité d'agir du client et la gravité des risques que le maintien de la situation pouvait lui faire encourir, la banque dépositaire des titres n'a pas pu agir en tant que gérant d'affaires. La solution serait bien entendu différente si l'intermédiaire financier avait disposé d'un mandat conçu en termes généraux de gestion des titres, car la cession de valeurs mobilières suivie de leur remplacement est analysée par la jurisprudence comme un acte de gestion normale et est donc assimilée à un acte d'administration³⁴⁰.

178. Cette marque de faveur des magistrats envers le professionnel, pris à défaut, a pu être critiquée³⁴¹, quoiqu'elle puisse encore s'expliquer. Un arrêt du 19 février 2002³⁴² permet de proposer une justification. En l'espèce, le généalogiste, contacté par un notaire, avait retrouvé les héritiers d'une succession. La cour d'appel avait condamné chacun d'eux à payer une somme importante, bien qu'ils aient refusé de signer le contrat de révélation de succession. L'arrêt est censuré par la Cour de cassation, quoi que la réunion des conditions de la gestion d'affaires ne soit pas douteuse. Au visa de l'article 1375 du Code civil, elle énonce que « *l'arrêt attaqué se borne à retenir, par motif adopté, que l'utilité de l'intervention de ce dernier [le généalogiste] étant établie, il convient de fixer sa rémunération eu égard aux diligences effectuées sur lesquelles le généalogiste ne s'explique pas véritablement ; que, par*

³³⁸ A propos de l'entremise réalisée par un agent immobilier contacté par un notaire, v. Cass.civ.1^{ère}, 2 juin 1970 : *Bull.civ.I*, n°188 ; *D.*1970, som.210 ; *RTDciv.* 1971, 137, obs. Y.Loussouarn ; *Deffrénois* 1971, 596, note J-L Aubert. Pour une décision qui admet plus nettement le droit à rémunération du professionnel, agissant sans contrat, v. Cass.civ.1^{ère}, 19 février 2002, inédit titré, pourvoi n°99-18223 et Cass.civ.1^{ère}, 16 mars 2004, inédit, pourvoi n°01-00186, rendus à propos de généalogistes dont les révélations ont permis de découvrir l'identité d'héritiers.

³³⁹ Voir Cass.com., 12 janvier 1999 : *JCP*, G, 1999, II, 10070, note B.Petit.

³⁴⁰ En ce sens, Cass.com., 2 juin 1993 : *D.*1993, 613, note D.R.Martin.

³⁴¹ Y.Dagorne-Labbé, note sous Cass.com., 15 décembre 1992, préc ; cite R.Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 1972, n°87, qui considère que l'attribution d'une rémunération au gérant est en soi critiquable et davantage encore si le traitement des professionnels n'est pas équitable.

³⁴² Cass.civ.1^{ère}, 19 février 2002, inédit titré, pourvoi n°99-18223, préc.

- L'intermédiaire contractuel -

ces motifs qui ne permettent pas de déterminer les diligences accomplies conduisant à leur évaluation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». En conséquence, la Cour de cassation entend contrôler la détermination, par les juges du fond, du montant de la rémunération accordée au titre de la gestion d'affaires. Il semble qu'en l'espèce, l'utilité de la démarche du généalogiste étant établie, il ne soit pas envisageable d'en exclure l'indemnisation. Néanmoins, la Cour de cassation marque ici sa volonté d'indiquer qu'en pareille circonstance, la rémunération n'est pas de droit, mais qu'elle doit avoir une contrepartie. Or, on s'aperçoit qu'il est difficile de quantifier le travail du gérant dans des cas où, si un contrat avait existé, il aurait dû recevoir un salaire. Pourtant, dans cette hypothèse, les magistrats peuvent faire référence à des grilles de tarifs, à des commissions habituellement pratiquées, voire au nombre d'heures qui ont été nécessaires au professionnel pour parvenir à reconstituer la généalogie.

179. Ainsi, la rémunération du gérant d'affaire professionnel paraît de droit en son principe, bien que son montant soit soumis à une évaluation détaillée par les juges du fond et soumise au contrôle de la Cour de cassation. En l'occurrence, l'intermédiaire est concerné au premier chef, l'application des règles de la gestion d'affaire pouvant lui permettre de tenter de pallier le défaut de mandat. Lorsque son entremise, même sans pouvoir, s'est révélée utile, la commission est due. Néanmoins, la règle qui lie la rémunération de l'intermédiaire à son succès n'est pas absolue.

b. L'onérosité parfois liée à l'idée de service

180. Si l'on a tenté de démontrer que la rémunération de l'intermédiaire était liée à sa réussite, les parties peuvent conventionnellement rétablir une règle inverse, à moins que la loi n'en dispose autrement. En particulier, la rétribution est indépendante de toute référence à l'exécution du contrat lorsque le salaire de l'intermédiaire a été forfaitairement déterminé et payé d'avance. Mais, cette hypothèse demeure plutôt marginale parmi les intermédiaires. L'on ne connaît guère que les agences matrimoniales qui s'octroient par avance une rémunération, en perspective des moyens qu'elles vont mettre en œuvre pour organiser des rendez-vous. En dehors de ce cas très précis, aucun client n'accepte de payer par avance un service dont le résultat est tout à fait aléatoire.

- L'intermédiaire contractuel -

181. De plus, la référence à un salaire fixe élevé a parfois été considérée par les magistrats comme le signe d'un lien de subordination. Elle est donc susceptible d'entraîner une disqualification du contrat ce qui rend la pratique dangereuse. En effet, si le montant fixe est très élevé et le pourcentage attribué en fonction de la réussite beaucoup plus faible, on peut légitimement penser que le mandataire est placé dans un lien de dépendance vis-à-vis du mandant et qu'il ne jouit pas de l'autonomie qui devrait être la sienne en tant que mandataire pur et simple³⁴³. Par conséquent, en dépit de l'apparence trompeuse de l'article 1999, alinéa 2, du Code civil, il faut bien voir que l'intermédiaire sera la plupart du temps privé de rémunération s'il échoue dans sa mission ce qui confère une certaine précarité à la profession. Cette règle met ainsi en œuvre une manière de sélection naturelle des intermédiaires en mal d'efficacité.

182. Néanmoins, la jurisprudence a ouvert une brèche en admettant que l'intermédiaire pouvait dans certains cas demander paiement de la commission même si l'opération avait échoué³⁴⁴. En outre, il a été jugé qu'un intermédiaire, rémunéré par une commission en nature représentant une part et demi de l'opération, peut conserver celle-ci même si la vente qu'il a permise en tant que courtier est résolue pour vice caché de la chose vendue. Mais l'intermédiaire n'ayant aucun intérêt en l'espèce à conserver cette commission en nature, la Cour de cassation a estimé qu'il pouvait lui aussi exercer une action rédhitoire pour vice caché de la chose reçue en paiement³⁴⁵. De la sorte, il a obtenu un paiement en numéraire.

183. Il semble donc que l'intermédiaire conserve sa rémunération si l'opération conclue sous condition résolutoire échoue³⁴⁶. A l'inverse, si une opération est manquée par le jeu d'une

³⁴³ Cass. soc., 9 novembre 1971 : *Bull. civ.*V, n°646. Dans cet arrêt, la Cour rejette le pourvoi et décide que le courtier en vins et armagnacs, qui n'était pourtant astreint à aucune heure de présence, mais qui était payé pour partie de manière fixe et régulière, devait être considéré comme étant placé dans un lien de dépendance vis-à-vis de son employeur et devait par conséquent être assujéti au régime général de la Sécurité sociale.

³⁴⁴ Cass.com., 17 juillet 2001, inédit, pourvoi n°96-21141. Dans cet arrêt, l'intermédiaire avait promis une commission de bonne fin, sans réellement informer l'intermédiaire que la réalisation de l'opération était soumise à l'accord d'un tiers. Le tiers ayant refusé, l'intermédiaire a malgré tout réclamé sa commission, qui lui a été en l'espèce accordée. Les magistrats, sans retenir pour autant la qualification –d'ailleurs contestée dans le pourvoi– de condition potestative relativement au paiement du salaire, ont estimé que la faute de l'intermédiaire était la cause de la perte d'une chance d'être payé pour l'intermédiaire.

³⁴⁵ Cass.civ.1^{ère}, 18 novembre 1997, inédit titré, pourvoi n°95-20471. L'opération confiée au courtier consistait pour lui à vendre des parts d'un cheval de course sous la condition résolutoire de fertilité de l'étalon. L'intermédiaire a correctement rempli sa mission et a obtenu une part et demi de cheval à titre de commission. Un expert a ensuite diagnostiqué une hypofertilité de l'animal, d'où l'action des acheteurs et la demande de l'intermédiaire tendant à transformer la dation en paiement par un versement monétaire équivalent.

³⁴⁶ Il faut assimiler à cette hypothèse de vente sous condition résolutoire celle d'une vente dont la résolution aurait été habilement négociée par l'intermédiaire. Dans ce cas, la vente ayant été parfaite puis résolue,

- L'intermédiaire contractuel -

condition suspensive, la commission n'est pas due. La première chambre civile de la Cour de cassation vient de rappeler aux visas des articles 6, alinéa 3, de la Loi Hoguet et 74 de son décret d'application qu'« *il résulte de ces textes d'ordre public qu'aucune commission, ni somme d'argent quelconque ne peut être exigée ou même acceptée par l'agent immobilier, ayant concouru à une opération qui n'est pas effectivement conclue et constatée dans un seul acte contenant l'engagement des parties* »³⁴⁷. La solution est tout à fait classique. En revanche, les circonstances dans lesquelles la vente a échoué le sont moins. En effet, l'agent immobilier reprochait ici aux candidats à l'acquisition d'avoir volontairement fait défaillir la condition suspensive, dans la mesure où le prêt qu'ils avaient sollicité n'était pas conforme aux caractéristiques définies dans la promesse de vente. Ainsi la rétribution des agents immobiliers est-elle le plus souvent suspendue à l'octroi d'un financement bancaire à l'acquéreur³⁴⁸ : tout versement d'une commission avant la complète réussite de l'opération est proscrite³⁴⁹. Il y a donc une différence de traitement selon que l'intermédiaire n'a pas rempli sa mission en raison d'une condition suspensive défaillie ou en conséquence d'une condition résolutoire remplie. On peut sûrement justifier cette opposition par les règles relatives au régime général des obligations : seule la condition résolutoire permet de considérer qu'à un moment donné, même très court, la mission a réussi. Aussi quand bien même l'article 1183 du Code civil prévoit que les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé, il faut tenir compte de ce bref intervalle durant lequel l'opération projetée est menée à bien.

184. En conséquence, il ne s'agit pas, contrairement aux apparences, d'une commission réellement due en cas d'échec, donc d'une exception au principe général qui domine la profession d'intermédiaire. Au contraire, cette jurisprudence ne fait que confirmer le lien intime qui s'est noué entre l'efficacité du professionnel et le droit à rémunération. Ce critère prédominant de l'efficace est en nette opposition avec les règles du salariat.

l'intermédiaire a droit à sa commission, qui ne peut être réduite dans la mesure où les parties avaient librement débattu d'une convention d'honoraires. En ce sens, voir Cass.com., 18 novembre 1975 : *Bull. civ.*IV, n°269.

³⁴⁷ Cass.civ.1^{ère}, 25 septembre 2009, inédit, pourvoi n°08-17244.

³⁴⁸ Par l'effet de la Loi Scrivener I n°79-596 du 13 juillet 1979 et dont les principes sont posés par les articles L.312-1 et s. du Code de la Consommation.

³⁴⁹ Voir *supra* n°176.

c. Le statut de l'intermédiaire, exclusif du régime des salariés

185. L'expression consacrée en matière de mandat à titre onéreux est celle de mandat salarié. Pour autant, il ne faut pas laisser le doute s'installer. Ceux des intermédiaires performants qui sont commissionnés sont évidemment exclus du régime des salariés : s'agissant de professionnels indépendants, les dispositions du Code du travail ne sont pas applicables : les règles relatives au salaire minimum (SMIC), aux indemnités de licenciement, aux 35 heures etc... n'ont pas en ce qui les concerne de caractère impératif. Plus douteuse est la question du droit de l'intermédiaire au bénéfice du régime d'affiliation obligatoire prévu à l'article L. 311-2 et -3 du Code de la Sécurité sociale.

186. En effet, l'article L 311-2 du Code de la Sécurité sociale envisage deux conditions à l'application de ce régime : d'une part, l'existence d'un travail accompli « *pour un ou plusieurs employeurs* », d'autre part la prévision d'une rémunération « *quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat* ». Comme il n'est nullement fait état du lien de subordination, il est légitime de se demander si un intermédiaire peut alors bénéficier de ce statut protecteur, bien que n'étant pas salarié. La jurisprudence a estimé que si un mandataire relevait du droit social parce que répondant aux conditions posées à l'article L 781-1 du Code du travail, il relevait également du régime de la Sécurité sociale³⁵⁰. Cependant, la jurisprudence vérifie l'existence d'un lien de subordination pour appliquer l'article L 311-2 du Code de la sécurité sociale³⁵¹. De la sorte, l'exigence de ce critère permet alors d'exclure les intermédiaires.

187. Au-delà des remarques générales qui précèdent, et qui tendent à asseoir l'idée qu'un intermédiaire est toujours rémunéré s'il accomplit sa mission, il convient de détailler la notion d'obligation pécuniaire qui pèse normalement sur l'intermédiaire.

³⁵⁰ Cass. soc., 24 février 1977 : D.1978, 75, note J.Guvenot.

³⁵¹ Cass. soc., 13 mars 1997, pourvoi n° 95-11.112 à propos d'une dentiste qui avait employé des remplaçantes étudiantes en chirurgie dentaire et n'avait pas cotisé au régime de la Sécurité sociale, ce qui ne pouvait lui être reproché selon la Cour de cassation.

B. Le contenu double de l'obligation pécuniaire

188. Le succès de l'intermédiaire est en principe synonyme de commission. Néanmoins, un échec lui autorise parfois quelques compensations. On peut ainsi s'interroger sur un éventuel remboursement de frais et se demander aussi si seul l'intermédiaire a la charge du paiement. Bref, il est utile d'approfondir ce qui constitue, au sens large, la rémunération du professionnel. Principalement, il s'agit de savoir qui paye et combien. Si l'on admet traditionnellement que c'est l'intermédiaire qui doit rétribuer l'intermédiaire, il est néanmoins loisible aux parties d'en transférer la charge (1). En outre, on peut brièvement faire état des modalités de la rémunération avant d'en déterminer *stricto sensu* l'étendue (2).

1. La charge de la rémunération

189. A la question de savoir qui doit payer l'intermédiaire, la réponse paraît évidente, tant il est naturel que cette charge pèse sur l'intermédiaire. Elle constitue même l'objet de son obligation. L'intermédiaire est tenu au paiement d'une rémunération parce qu'il s'y est contractuellement engagé et que cet engagement fait la loi des parties en vertu de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil. En outre, l'article 1999, alinéa 1^{er}, *in fine*, du même code reprend cette idée lorsqu'il énonce que le mandant doit payer les salaires du mandataire lorsqu'il en a été promis. Apparemment, il n'y a guère de doute sur le débiteur du salaire de l'intermédiaire³⁵².

190. Toutefois, il faut noter une certaine originalité parmi les usages qui se sont développés en la matière. On peut ici se borner à en énoncer trois : d'abord, il est habituellement admis que ce soit l'acquéreur d'un bien immobilier qui paye l'agent immobilier. Ensuite, il est fréquent que la commission de l'agent artistique soit versée par les producteurs. Enfin, la loi n°89-460 du 6 juillet 1989 prévoit qu'en cas de location d'un bien par l'intermédiaire d'un professionnel, les frais seront payés pour moitié par le locataire et le bailleur. Reste que si ces pratiques désignent l'intermédiaire en tant que *solvens*, elles n'ont peut-être pas pour effet de lui transférer la charge définitive du paiement. En effet, et quoi qu'il n'y ait assurément pas en la matière de recours de l'intermédiaire contre le débiteur naturel de l'obligation de rémunérer

³⁵² De façon plus catégorique encore, l'article 21 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993, interdit à l'agence publicitaire de recevoir un quelconque paiement à l'exception de la rémunération qui lui est versée par son mandant.

- L'intermédiaire contractuel -

l'intermédiaire qu'est l'intermédiaire, il semble que le paiement direct opéré par l'intermédiaire diminue d'autant sa dette vis-à-vis de l'intermédiaire. Autrement formulé, il apparaît qu'au lieu de recevoir le prix de la vente ou le prix de sa prestation artistique, dont il devrait ensuite nécessairement reverser un pourcentage à l'intermédiaire, l'intermédiaire reçoit une somme minorée. Cette somme est alors nette de toute commission. Le paiement opéré par l'intermédiaire au profit de l'intermédiaire a un effet libératoire pour l'intermédiaire. A l'appui de cette idée que l'intermédiaire n'assume pas une charge supplémentaire, il faut tenir compte de la pratique. L'acquéreur d'un immeuble sait qu'il devra rémunérer l'agent immobilier et ce prix du service est inclus dans la négociation : on parle de prix « FAI », frais d'agence inclus. En règle générale, le vendeur fait l'effort de diminuer son prix de vente³⁵³. Certes, on convient qu'il n'accepte principalement de baisser le prix demandé que pour parvenir à ses fins. Mais, il intègre vraisemblablement une autre dimension, liée au coût important des frais. S'il consent à vendre son bien moins cher, c'est aussi pour satisfaire l'acheteur dont il allège l'enveloppe globale. Le producteur est dans la même situation lorsqu'il négocie le cachet de l'artiste. L'un comme l'autre intègrent la commission de l'intermédiaire dans la discussion contractuelle. S'il est vrai que psychologiquement, le paiement du salaire de l'intermédiaire est parfois mal perçu par les acheteurs notamment, l'opération paraît en définitive indolore. Vis-à-vis de l'intermédiaire en revanche, la solution est source de satisfaction. Il ne risque pas de subir les conséquences de l'insolvabilité de l'intermédiaire et sera, en règle générale payé plus rapidement, souvent en même temps que l'intermédiaire.

191. Mais si le risque d'insolvabilité de l'intermédiaire apparaît un argument important qui justifie que parfois, la charge du paiement pèse sur l'intermédiaire, une récente proposition de loi relative aux statuts des agents sportifs³⁵⁴ met en évidence une autre réalité. En effet, une réalité économique a été avancée par les députés, qui ont à juste titre rappelé qu'« au plan mondial, ce ne sont pas les sportifs qui rémunèrent directement les agents, mais les formations dans lesquelles ils évoluent ». Ils ont ensuite avancé qu'« il apparaît socialement et fiscalement moins pénalisant que la formation sportive rémunère directement l'agent » et qu'enfin, « il est du devoir des pouvoirs publics d'encourager des relations transparentes entre les différents acteurs pour écarter les risques de pratiques frauduleuses ». En conséquence, il est prévu que les sommes dues à l'agent sportif puissent, « par accord entre l'agent et les

³⁵³ Plus rarement, l'agent immobilier accepte-t-il de négocier sa commission, mais si elle est en principe négociable...

³⁵⁴ Proposition de loi déposée à l'Assemblée Nationale le 9 février 2005 par F.Rochebloine et E.Landrain, préc., §6 de l'exposé des motifs.

- L'intermédiaire contractuel -

parties au contrat, être en tout ou partie mises à la charge de l'un ou l'autre des co-contractants »³⁵⁵. En somme, le soin serait laissé aux parties de s'accorder sur la charge du paiement de façon, notamment, à lever l'opacité qui règne dans certains transferts.

192. Le principe général selon lequel l'intermédiaire paye l'intermédiaire n'est, en définitive, que peu atténué par les usages et l'on s'aperçoit que l'accord des parties pour y contrevenir est prépondérant, hormis le cas où la loi l'impose. Quant au contenu de l'obligation pécuniaire, si la loi prévoit de manière générale son étendue, elle laisse généralement aux parties le soin d'en établir les modalités de calcul.

2. L'étendue de l'obligation pécuniaire

193. Il est difficile de se prononcer avec certitude sur l'étendue de la rémunération des intermédiaires tant la pratique est riche de diversités. Il paraît en conséquence plus opportun de proposer quelques systèmes de rétribution et de remboursement de frais parmi les plus connus (b), non sans avoir préalablement rappelé ce qu'est la double obligation pécuniaire de l'intermédiaire (a).

a. Le principe de la double obligation pécuniaire

194. L'obligation de rémunérer le mandataire présente un double aspect : le mandant doit lui verser le salaire promis et lui rembourser ses frais (α). Il s'engage en outre à lui rembourser les pertes essuyées dans le cadre du mandat (β).

α . Le paiement des frais et salaire

195. L'intermédiaire est un professionnel dont les services sont onéreux. En règle générale, il impose des tarifs, forfaitaires ou calculés en fonction d'un pourcentage. Il peut même, en dernier ressort, accepter d'être payé en nature, ce qui sera constitutif d'une dation en paiement³⁵⁶. En outre, il arrive parfois que l'intermédiaire, une fois l'opération accomplie, sollicite un remboursement des frais qu'il a engagés lors de sa mission. Il n'y a là qu'une

³⁵⁵ Proposition d'une nouvelle rédaction de l'article 15-2, III de la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

³⁵⁶ Pour une illustration, voir Cass.civ.1^{ère}, 18 novembre 1997, précité.

- L'intermédiaire contractuel -

stricte application de l'article 1999 du Code civil. Cependant, cette dernière disposition n'étant pas d'ordre public, certains professionnels englobent par avance leurs débours dans le montant de leur commission. Pour le reste, il y a toujours place à la liberté contractuelle puisque l'Etat français ne contrôle pas les tarifs pratiqués par les intermédiaires³⁵⁷. Par conséquent, la rémunération ainsi que l'éventualité d'un remboursement de frais peuvent toujours être discutés lors de la négociation contractuelle. De la sorte, l'intermédiaire diminuera d'autant plus facilement son pourcentage de commission que l'opération sera conséquente. Il est en effet d'usage que le pourcentage soit réduit en fonction de l'augmentation de la valeur du marché conclu. En outre, il est plus facile à l'intermédiaire d'obtenir une réduction de la commission lorsqu'il est en relation d'affaires suivies avec l'intermédiaire. La ristourne accordée tend à fidéliser le client et renforce l'idée que ce contrat est un contrat *intuitu personae* jusque dans la détermination du prix du service. Le principe est donc que les parties évaluent librement la prestation.

196. Les intermédiaires sportifs échappaient cependant à ces règles générales puisque le montant de leur commission était soumis au contrôle étatique. En effet, leur salaire était lié aux autorités nationales qui seules pouvaient déroger à la prohibition de principe des bureaux de placements payants. Selon la convention OIT n° 96 du 9 juillet 1948, modifiée le 1^{er} juillet 1949, le placement privé payant, et donc l'activité d'intermédiaire privé de placement est illicite, sauf dérogation particulière accordée par les autorités nationales compétentes, sous réserve des deux conditions posées par l'article 5-1 de la convention OIT :

- l'impossibilité, dans un domaine professionnel donné, pour l'établissement public chargé du placement – l'ANPE en France - de mettre en relation un demandeur d'emploi et un employeur. C'est le cas en France dans le domaine du spectacle, de la mode, du sport.
- la nécessité d'une autorisation prévue dans les dispositions étatiques.

³⁵⁷ Certes, la profession d'agent immobilier faisait l'objet d'un encadrement mais depuis 1987, leur commission est libre. Il en est de même d'ailleurs pour tous les autres intermédiaires et plus généralement pour l'ensemble des intervenants économiques depuis l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. D'autres pays continuent en revanche de contrôler certaines activités d'intermédiaires. Voir notamment, au Luxembourg, l'article 1^{er} du Règlement grand-ducal du 20 janvier 1972, Mém.1972, p.129 ; modifié par le Règl.g-d. du 1^{er} août 2001, Mém.2001, p.2449, en vertu duquel « *le maximum de la commission d'intermédiaires pour les ventes d'immeubles jusqu'à concurrence d'un prix de vente de 12.500 euros est fixé à 375 euros* ». L'alinéa second poursuit : « *pour les ventes dont le prix dépasse 12.500 euros, le maximum de commission est fixé à 3% du prix de vente réalisé* ».

- L'intermédiaire contractuel -

197. L'article 5-2 de la convention OIT précisait également que l'intermédiaire devait posséder une licence annuelle renouvelable et que sa commission était déterminée par la norme étatique ou approuvée par l'autorité nationale compétente. Ainsi, en raison des différentes appréciations des autorités nationales, il n'y a pas eu de statut européen de l'intermédiaire dans le domaine du sport. Par exemple, l'Allemagne a plafonné le montant de la commission à 12% du salaire issu du contrat de travail, tandis que la région Flamande a posé un taux maximum de 7% des revenus annuels bruts du joueur, payables par le club exclusivement, et que la France, depuis la loi du 22 juin 2000 modifiant l'article 15-2 de la loi du 16 juillet 1984, imposait un plafond de 10% du montant du contrat conclu³⁵⁸.

198. Néanmoins, la loi du 18 janvier 2005³⁵⁹, met fin, en son article premier, au monopole de placement qui était réservé à l'ANPE : on peut donc penser qu'il n'y a plus lieu de contrôler la rémunération des intermédiaires sportifs. En effet, ce contrôle, exorbitant du droit commun qui prône la liberté des prix et de la concurrence depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, n'apparaît plus justifié. L'activité de placement n'étant plus protégée, les intermédiaires qui en font leur profession devraient s'affranchir du joug étatique. Il n'y aurait d'ailleurs pas lieu de s'en inquiéter car le taux de commission se régule automatiquement par les lois du marché, comme c'est le cas parmi les agents immobiliers. Une « fourchette » de tarifs habituellement pratiqués pourrait prendre le relais du taux imposé : celui des intermédiaires qui s'y refuse s'extraierait d'office du marché concurrentiel. Toutefois, malgré la suppression du monopole de placement, on s'aperçoit que la rémunération des agents artistiques ne peut excéder 10%³⁶⁰ du contrat conclu et que la liberté de la commission des agents sportifs n'est pas dans l'air du temps. La récente proposition de loi relative au statut des agents sportifs énonce, en son article 5, que le montant de la rémunération « ne peut excéder 10% du montant du contrat conclu. Le montant de cette rémunération doit être inversement proportionnel au montant du contrat »³⁶¹. Ainsi se manifeste une certaine méfiance du législateur, qui entend maintenir un contrôle dans ces domaines particuliers tandis que la levée du monopole de placement aurait dû entraîner une libéralisation des tarifs, régulée par les lois du marché. Pour autant, il faut retenir que, pour l'essentiel, les lois en vigueur qui entendent surveiller certaines activités d'intermédiaire se contentent de fixer un plafond, en dessous duquel règne une certaine liberté.

³⁵⁸ Ces chiffres ont été communiqués par le Laboratoire de Droit du Sport de l'Université de Bourgogne, dans l'étude *Statut de l'intermédiaire sportif en Europe : étude comparée et propositions d'unification* sous la direction de G. Simon, Juillet 2000.

³⁵⁹ Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

³⁶⁰ Article R.7121-20 du Code du travail.

³⁶¹ Proposition de loi du 9 février 2005, préc.

199. En conclusion, il apparaît qu'un vent de libéralisme souffle sur le montant de la commission des intermédiaires, qui sont libres d'en fixer le montant, à charge pour l'intermédiaire d'utiliser un éventuel pouvoir de négociation contractuelle. Mais, pour ce qui concerne le remboursement des pertes, face à l'impossibilité d'en évaluer l'existence autant que le montant, il faut considérer la question *a posteriori*.

β. Le remboursement des pertes

200. Il est possible que l'accomplissement de sa mission par l'intermédiaire lui occasionne des pertes exceptionnelles et par définition imprévisibles au moment de la conclusion du contrat. Quand bien même il s'agit d'un professionnel, l'article 2000 du Code civil lui est applicable. Cette disposition prévoit une indemnisation des pertes essuyées par le mandataire s'il n'a pas commis de faute. Cependant, en raison de son caractère supplétif, l'application de ce texte peut être écartée par une stipulation contractuelle. La jurisprudence a néanmoins posé une limite à cette échappatoire conventionnelle : la clause par laquelle les parties ont exclu le remboursement des pertes subies par le mandataire doit être écartée lorsque celles-ci proviennent d'un élément d'exploitation dont seul le mandant aurait conservé la maîtrise³⁶². Il y a là un rapprochement très tentant à opérer avec la levée d'une clause évasive de responsabilité en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur de l'obligation³⁶³. Dans les deux cas, les magistrats ont habilement posé une limite à la liberté contractuelle. Il ne doit pas être permis à celui qui fait preuve d'impéritie d'invoquer une clause de non-responsabilité pas plus que d'exclure l'obligation légale que l'article 2000 du Code civil fait peser sur lui.

201. Si ces quelques remarques ont permis d'ébaucher le contour de l'obligation pécuniaire qui pèse sur l'intermédiaire, elles ne rendent pas compte cependant de la diversité des situations qui se rencontrent en pratique. Face à l'impossibilité de les énoncer de manière exhaustive, on peut seulement proposer d'exposer quelques cas particuliers.

³⁶² Cass.com., 26 octobre 1999 : *D.2000*, AJ.10, obs. J.F ; *Contrats Conc. Consum.* 2000, n°41, note L.Leveneur ; *RTDciv.* 2000, 136, obs. P-Y Gautier.

³⁶³ V.Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, *Les obligations, Le Contrat*, 2^{ème} parties Effets, Economica, 6^{ème} édition, 2007, n° 641.

b. Quelques hypothèses de remboursement de salaire et d'avances

202. L'obligation pécuniaire qu'assume l'intermédiaire présente un double aspect : elle se subdivise en salaires et frais, ainsi qu'en remboursement des pertes de gestion. Cette dernière hypothèse, bien qu'intéressante, ne fera pas l'objet du présent développement. Elle reste, en effet, marginale et pose des problèmes d'appréciation qui se révéleront après coup. Dans l'immédiat, la seule étude des salaires et avances sera abordée. Ces deux notions témoignent d'une différence de nature qui entraîne une différence de régime. Il faut analyser cette ambivalence en étudiant successivement le principe de paiement du salaire et le remboursement des frais en présence d'un forfait (α) puis en l'absence de forfait (β).

α La rémunération et le remboursement des frais en cas de forfait

203. Lorsque les parties ont prévu une rémunération qui englobe le salaire et le remboursement des frais, l'article 1134 du Code civil les oblige à s'exécuter en cas de réussite de l'opération (i). Si l'intermédiaire échoue en revanche, il convient de se demander s'il perd tout droit à contrepartie monétaire ou s'il peut encore espérer obtenir un dédommagement (ii).

i. L'hypothèse d'une mission réussie

204. En règle générale, les parties tentent d'inclure dans le champ contractuel les données nécessaires tant à l'évaluation de la mission de l'intermédiaire qu'au remboursement des frais. La plupart du temps en effet, le contrat prévoit une rémunération de l'intermédiaire, soit fixe, soit variable, par référence à des barèmes pratiqués dans un domaine professionnel déterminé ou par pourcentage attribué en fonction de l'opération à conclure. Il s'agit là d'un forfait. On considère généralement que cette rétribution couvre le travail de l'intermédiaire et ses débours. Ainsi, il est d'usage que l'acquéreur reverse à l'agent immobilier entre 8 et 11 % du prix de vente de l'immeuble, tout du moins lorsque le bien a une valeur inférieure à 7600 euros³⁶⁴. Au-delà, le pourcentage est dégressif. Cette somme dans l'esprit de tous correspond au salaire de l'intermédiaire et à ses frais. Jamais un acquéreur ne doit en outre rembourser les frais de stationnement, d'essence ou d'hébergement de l'agent. En cas de succès de

³⁶⁴ Source www.lemoneymag.fr, article intitulé « L'agent immobilier fait ses commissions ». La rémunération des intermédiaires de l'immobilier étant libre depuis 1987, chacun demeure maître de sa tarification qui doit normalement être clairement affichée auprès du public. En pratique cependant, la transparence n'est guère de rigueur.

- L'intermédiaire contractuel -

l'opération, la somme versée correspond à un forfait incluant commission et débours. L'intermédiaire reçoit la part qui lui était promise ou le prix qui était convenu.

205. Le régime du forfait présente indéniablement un aspect simplificateur. Le montant des frais à prévoir peut faire l'objet d'une évaluation par avance et la perspective de conditionner le paiement à la seule réussite facilite sans aucun doute la prise en charge de la rémunération parfois élevée de certains intermédiaires. Il est beaucoup moins contraignant de « reverser » une partie fixe des sommes acquises grâce au talent ou au carnet d'adresse d'un professionnel habile. En outre, rien n'empêche de négocier par avance la part d'honoraires, qu'il s'agisse d'une collaboration ponctuelle (par exemple un achat immobilier suffisamment important pour que l'agent accepte de réduire son taux de commission en deçà de 7%) ou habituelle (comme une relation durable nouée avec un agent commercial ou un courtier spécialisé qui incite à pratiquer une commission plus faible mais récurrente).

206. Le grand mérite du forfait est qu'il est sans surprise pour le client satisfait ; ce dernier est à l'abri d'une réclamation supplémentaire, notamment fondée sur des frais que la mission a occasionnés. Même si cette demande était justifiée, l'intermédiaire n'aurait pas à y répondre. On doit considérer que l'intermédiaire a mal évalué sa rémunération et qu'il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si sa tarification est insuffisante³⁶⁵. A l'inverse, en cas d'échec de l'opération, puisque la commission n'est pas versée, il paraît équitable de faire peser sur l'intermédiaire une obligation pécuniaire minimale en lui imposant de rembourser les frais réellement engagés.

ii. L'hypothèse d'une mission manquée

207. De manière générale, si l'opération échoue, la rémunération n'est pas due³⁶⁶ mais rien n'empêche l'intermédiaire de solliciter le remboursement de ses frais s'il n'est pas responsable de cet échec. L'article 1999, alinéa 2, du Code civil a même expressément prévu l'hypothèse. Le problème est que par définition, le forfait a mêlé la notion de salaire et de frais au point de les confondre. La part remboursable, en cas d'échec, que constituent les avances devient difficilement quantifiable. En pratique, pour mettre en œuvre cette

³⁶⁵ A moins que le déséquilibre soit manifestement inéquitable, ce qui laisserait au juge un pouvoir de réévaluation. Voir *infra* n^{os} 220 et s.

³⁶⁶ Sauf stipulation contractuelle précise acceptée par l'intermédiaire mais qui ne présenterait aucun intérêt pour lui.

- L'intermédiaire contractuel -

prérogative de remboursement des débours, il faut certainement prendre en considération les frais réellement engagés par l'intermédiaire sans se soucier de la commission qui était à l'origine prévue. Cela suppose que l'intermédiaire ait conservé la preuve de ces avances, c'est-à-dire des justificatifs ou des factures. Dans la limite de ses frais réels attachés à la mission non remplie, l'intermédiaire peut alors solliciter judiciairement un dédommagement. Cette prérogative est absolue, comme le démontre un arrêt, précédemment étudié, où les juges avaient annulé un contrat d'intermédiaire en adoption pour cause illicite³⁶⁷. En effet, la même décision avait autorisé l'intermédiaire à solliciter le remboursement de ses frais et débours, quoique la somme forfaitairement exigée, incluant la commission, n'ait pas à être payée. Il est vrai en l'espèce, s'agissant de démarches accomplies au Chili, que les dépenses engagées devaient être conséquentes. Mais la nullité du contrat, qui est à rapprocher de l'hypothèse d'une mission manquée, ne prive pas l'intermédiaire de ce droit consacré par le Code civil.

208. Il y a cependant au moins une catégorie d'intermédiaires qui ne peut se prévaloir de cette faculté. Il s'agit de ceux dont la profession est relative à « *certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce* »³⁶⁸. *Brevitatis causa*, on parlera d'agents immobiliers. Ces derniers ne peuvent utiliser la voie offerte par l'article 1999, alinéa 2, du Code civil parce que la loi Hoguet de 1970 le leur interdit en son article 6, alinéa 6³⁶⁹. La rédaction de cette disposition est d'ailleurs marquante en ce qu'elle prévoit une interdiction générale et minutieuse de tout dédommagement monétaire comme en nature, au cas où un intermédiaire ingénieux aurait tenté de détourner la prohibition d'un seul remboursement d'une somme d'argent. Ce texte dispose en effet qu' « *aucun bien, effet, valeur, somme d'argent, représentatif de commission, de frais de recherche, de démarche, de publicité ou d'entremise quelconque, n'est dû [...]* » avant la réalisation effective de l'opération. C'est dire si le législateur a su envisager les hypothèses fallacieuses qui, dépassant la qualification stricte de frais ou de commission, auraient permis à l'intermédiaire d'obtenir un dédommagement.

209. Néanmoins, ce texte fait figure d'exception et il faut garder à l'esprit que l'article 1999, alinéa 2, demeure le plus souvent applicable. Son usage permet ainsi aux intermédiaires dont les avances de frais sont réelles et conséquentes de solliciter un remboursement

³⁶⁷ Voir Cass.civ.1^{ère}, 22 juillet 1987, préc.

³⁶⁸ V. la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 dite Loi Hoguet.

³⁶⁹ En ce sens, Cass.civ.1^{ère}, 3 mai 1979 : *Bull. civ. I*, n° 126.

indépendamment du succès de l'opération. On songe notamment aux intermédiaires qui se déplacent à l'étranger pour les besoins de leur profession et dont les frais sont souvent élevés.

β. La rémunération et le remboursement des frais en l'absence de forfait

210. Certains intermédiaires ne pratiquent pas la commission forfaitaire telle qu'on vient de la décrire. Dès lors, le principe selon lequel ils auront droit au remboursement des frais réellement engagés prévaut, indépendamment de la réussite ou de l'échec de leur mission. Par conséquent, il n'y a cette fois pas lieu de distinguer les deux hypothèses. Il suffit de décrire les modes traditionnels d'évaluation de la rémunération et la nature des frais remboursables.

211. Si tous les intermédiaires n'ont pas recours au forfait, c'est qu'il existe des professions pour lesquels les frais sont très importants et par nature imprévisibles au moment de la conclusion du contrat. Tel est le cas notamment des commissionnaires qui font transiter des marchandises depuis l'étranger. Ce remboursement des frais est indépendant de l'obligation de rémunération. En effet, le montant des frais n'est pas prévisible à la conclusion du contrat. Il dépendra de la durée, des démarches et des déplacements qui seront nécessaires à la réalisation de sa mission par l'intermédiaire. Ces opérations complexes, souvent confiées aux mains d'un commissionnaire, entraînent naturellement une multitude d'actes juridiques à réaliser. La plupart du temps, la rémunération *stricto sensu* du commissionnaire correspond à un pourcentage de l'opération conclue, généralement entre 5 à 10 % du montant global. Il est en outre d'usage que ce pourcentage soit double lorsque l'intermédiaire se porte du croire, l'augmentation permettant de rémunérer la garantie offerte par l'intermédiaire. Pour autant, il ne faut pas s'y tromper ; il ne s'agit pas d'un forfait tel qu'il est communément pratiqué par la catégorie particulière d'intermédiaires que sont les agents. Une stipulation contractuelle claire et précise est prépondérante quant à l'étendue des sommes mises à la charge de l'intermédiaire. Il est important qu'il ait conscience que le paiement de la commission n'est pas exclusif d'une demande de prise en charge des différents frais engagés dans l'accomplissement de la mission.

212. Dans le domaine du contrat de commission, il s'agit donc d'une pratique courante. Très souvent, le commissionnaire sollicite de son client qu'il lui rembourse, outre le prix du service rendu, les frais engagés lors de sa mission en vertu de l'article 1999, alinéa 1^{er}, du Code civil. Cette obligation de remboursement des avances et des frais doit être précisée sans toutefois

- L'intermédiaire contractuel -

donner lieu à une énumération exhaustive. Ce peut être ainsi le prix du transport des marchandises, les frais de magasinage, les frais de déplacement de l'intermédiaire ainsi que ses frais d'hébergement, les droits de douanes ou encore le remboursement de toute formalité que l'intermédiaire aurait eu besoin de remplir pour l'exercice de sa mission³⁷⁰. On peut aussi faire état de la possibilité qu'a l'intermédiaire de pouvoir solliciter le remboursement du montant des primes d'assurance versées par lui. S'agissant des commissionnaires en marchandises, la doctrine a en effet posé un principe de remboursement, même si l'intermédiaire a agi de sa seule initiative³⁷¹. Il convient d'ajouter que la dépense doit rentrer dans le cadre du mandat, c'est à dire qu'elle ait été rendue nécessaire au déroulement des opérations.

213. La demande de remboursement présentée par l'intermédiaire doit correspondre à des dépenses effectivement engagées par lui et qui paraissaient utiles³⁷². Il est opportun de préciser qu'il doit présenter des justificatifs de ses débours. Ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter du jour où elles ont été payées par l'intermédiaire³⁷³. L'intermédiaire devra donc rembourser les frais engagés majorés des intérêts, quel que soit le résultat de l'opération. Toutefois, il a été jugé que le commissionnaire de transport ne peut exiger de son commettant, ainsi qu'un mandataire pourrait l'exiger de son mandant en application de l'article 1999 du Code civil, le remboursement des frais consécutifs à sa mission si l'affaire n'a pas réussi³⁷⁴. Cette solution n'a pas vocation à être généralisée et doit s'appliquer strictement au contrat de commission de transport, en raison de l'obligation de résultat qui pèse sur cet intermédiaire et qui l'expose à garantir la bonne fin du transport³⁷⁵.

214. Les règles qui régissent la rémunération et le remboursement des frais engagés par l'intermédiaire viennent d'être abordées dans l'hypothèse d'une mission ponctuelle. Les mêmes principes s'appliquent si la relation d'affaires s'échelonne dans le temps. Pour autant,

³⁷⁰ V.Cass.com., 1^{er} février 1961 : *Bull.civ.IV*, n°60. Dans cet arrêt, le courtier s'était comporté comme un commissionnaire à l'égard du transporteur qui lui adressa logiquement la facture correspondant aux frais d'assistance en douane et de vignettes d'exportation. La Cour a confirmé que l'intermédiaire était tenu à la dette. Pour autant, on peut penser que ce dernier n'est pas le débiteur final de cette somme. L'arrêt ne statue pas en ce sens mais le courtier peut certainement solliciter de son client qu'il lui rembourse ces frais, sous réserve qu'il n'ait pas fait l'objet d'une procédure collective qui rendrait ce recours illusoire.

³⁷¹ F. Derrida, « Les obligations du commissionnaires » in *Le contrat de commission*, Etudes sous la direction de J.Hamel, Dalloz, 1949, p.114

³⁷² Cass.com., 26 janvier 1965 : *Bull.civ IV*, n°72, rendu à propos d'un commissionnaire.

³⁷³ Voir l'article 2001 du Code civil et Req., 31 décembre 1845 : *DP* 1847, 4, p. 307, à propos d'un commissionnaire.

³⁷⁴ Cass.com.11 décembre 2007 : *D.* 2008, 82, obs.X.Delpech.

³⁷⁵ Voir *infra* n°s 546 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

l'issue favorable de l'opération peut être source d'un désaccord entre les parties quant au montant de la commission. Cette opposition d'intérêts se découvre nécessairement *a posteriori*.

C. La rémunération de l'intermédiaire à l'épreuve du temps

215. L'influence du temps sur la rémunération de l'intermédiaire amène à se poser deux questions. D'abord, il faut se demander dans quel cas une commission peut-elle être due alors que le contrat a cessé (1). Ensuite on peut s'interroger sur le rôle du juge face à une commission, dont le caractère excessif, voire dérisoire mais c'est plus rare, apparaît après coup (2).

1. Le droit à commission maintenu dans le temps

216. On ne peut évoquer la rémunération de l'intermédiaire sans faire référence à un particularisme : la plupart des intermédiaires ont en effet droit à une commission toutes les fois que l'opération a été conclue par leur truchement. En effet, le salaire, par opposition au remboursement des frais³⁷⁶, n'est en principe dû que si l'affaire est réalisée entre l'intermédiaire et l'intermédié présenté par l'intermédiaire³⁷⁷. Mais, *quid* de la commission si le marché est conclu une fois le mandat de l'intermédiaire expiré ?

217. Il a été jugé en matière de courtage que le courtier avait le droit à une partie de sa commission quand bien même l'affaire, qui n'avait pas abouti sur-le-champ, aurait été conclue postérieurement à des conditions différentes³⁷⁸. Pour tous ceux dont le rôle consiste à s'entremettre, la solution est logique et protectrice des intérêts du courtier : il serait trop simple d'éluder aussi facilement le problème de la rémunération. L'entremise se résume à divulguer des informations sur autrui : rien ne serait plus facile pour l'intermédiaire que d'en prendre note et d'attendre l'expiration du contrat. La jurisprudence précitée tient donc logiquement compte de la persistance du droit à commission lorsque son fait générateur est antérieur à la fin du contrat. Par exception, et en dépit d'une jurisprudence parfois incertaine

³⁷⁶ Voir *supra* n°207 .

³⁷⁷ A moins que l'intermédiaire ne bénéficie d'une clause d'exclusivité, auquel cas la commission sera due même si l'intermédiaire n'a pas personnellement mis les parties en contact. Sur ce point, voir *infra* n°305.

³⁷⁸ Paris, 3 août 1892 : *DP* 1893, 2, 87 et plus généralement sur ce sujet Ph.Devésa, *L'opération de courtage*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise n°30, 1993, n°531.

- L'intermédiaire contractuel -

quant à la notion de réussite de l'opération³⁷⁹, on doit exclure les agents immobiliers du bénéfice de cette règle³⁸⁰ en invoquant la sévérité de la loi du 2 janvier 1970 vis-à-vis d'eux. En effet, s'il est indéniable que le fait générateur de la vente peut être rattaché à la présentation opérée par l'intermédiaire à une époque où il disposait encore d'un pouvoir, le maintien du droit à commission pour l'agent qui a présenté le client n'est pas une solution cohérente au regard de la loi Hoguet lorsque la vente est conclue après l'expiration du mandat. Hormis ce cas particulier, les autres courtiers ont un droit à commission indistinctement maintenu : l'intermédiaire ne peut utilement espérer attendre l'expiration du mandat pour entrer directement en relation avec celui qu'un intermédiaire lui avait présenté, du moins tant que l'opération est traitée dans un délai raisonnable après l'expiration du mandat.

218. En ce qui concerne les intermédiaires dont la mission dépasse l'entremise, la solution est identique. D'abord, en matière d'agence commerciale, la loi n°91-593 du 25 juin 1991 prévoit expressément la commission dite de retour sur échantillonnage³⁸¹. Elle consiste à reconnaître le droit au paiement d'une commission lorsque l'affaire a été conclue dans un délai raisonnable à compter de la cessation du contrat, ce qui marque ici nettement la survivance des effets du contrat d'agence en raison de l'antériorité de l'élément qui génère la conclusion de l'opération – soit la rencontre avec le futur client pendant la durée du mandat-. Le régime de l'agence commerciale étant d'ordre public, il est interdit d'y déroger. Plus généralement, les juges ont affirmé que le mandataire a le droit à une rémunération lorsque l'affaire est conclue après expiration de son mandat mais grâce aux négociations et pourparlers qu'il avait enclenchés³⁸².

219. Au travers de ces solutions cohérentes en matière de droit à commission, il est clair que les juges valorisent l'activité de l'intermédiaire pendant la durée du contrat même si l'opération n'a pas été conclue immédiatement, à l'exception du cas de l'agent immobilier, par l'effet impératif de la Loi Hoguet. Le maintien de la rémunération à l'issue du contrat trouve alors sa cause dans les démarches opérées antérieurement. L'équilibre est donc maintenu. Reste à s'interroger sur les pouvoirs du juge lorsque justement, l'équilibre vient à se rompre.

³⁷⁹ Voir *supra* n°176.

³⁸⁰ Voir Ph.Devésa, *op.cit.*, n°532, qui cite Cass.civ.1^{ère} 13 octobre 1987 : *Bull.civ.I*, n°256.

³⁸¹ Voir l'article 7 de la loi du 25 juin 1991, codifié à l'article 134-7 du Code de commerce.

³⁸² Cass.civ.1^{ère}, 22 juin 1976 : *Bull.civ.I*, n°224, cité par Ph.Devésa, *op.cit.*, n°532.

2. Le rôle du juge face à une commission apparue inéquitable

220. Si une jurisprudence ancienne et bien établie permet d'affirmer sans trop de doute que le juge a le pouvoir de réviser une commission exorbitante ou démesurée (a), il apparaît que la théorie de la cause, qui pouvait asseoir cette prérogative, laisse aujourd'hui place à une réflexion d'ensemble sur la notion d'équilibre contractuel. Il est opportun, dans le cadre de l'étude de ce contrat fondé sur la confiance, que soient analysées les outils qui permettent de contrôler que les prestations réciproques des parties sont équitables (b).

a. Un pouvoir de révision judiciaire établi

221. Il est un principe général du droit confirmé par le Code civil en son article 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont faites* », en vertu duquel l'intangibilité est de rigueur. Ainsi, la commission que le mandant a convenu de verser au mandataire ne peut être ensuite modifiée, sauf l'hypothèse d'un *consensus mutuus*, nouvel accord emportant le consentement des protagonistes sur la modification de la rémunération. Hors de cette hypothèse, il aurait semblé qu'une partie seule pas plus que le juge ne puisse y faire exception. Pourtant, dès le XIX^e siècle, l'intangibilité de la rémunération des mandataires a été mise à mal par les juges. Il a en effet été décidé que : « *Il appartient aux tribunaux de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu* »³⁸³.

222. Ce pouvoir judiciaire de révision, exorbitant du droit commun, est bien évidemment un cas exceptionnel de contrôle dans les conventions. Il s'est cependant maintenu avec constance en droit positif et tend même à s'appliquer dans des hypothèses de mandat occasionnel³⁸⁴. On remarquera qu'il s'exerce, en théorie du moins, de manière bilatérale : le juge peut en effet réduire ou augmenter le salaire. En pratique, la révision s'opère généralement dans le sens de la réduction mais rien n'empêche un intermédiaire de solliciter du juge qu'il réévalue sa rémunération à la hausse.

³⁸³ Cass.civ., 29 janvier 1867 : *DP* 1867, 1, 53 ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit.* n°280. De la sorte les juges fixent un prix qui n'a pu être déterminé par avance dès lors que l'existence d'un prix déterminable n'est pas une condition de la validité du contrat en cause, ce qui concerne le mandat, mais également contrôlent la pertinence d'un prix fixé forfaitairement par avance, solution maintes fois renouvelée depuis et étendue à d'autres professionnels, ce contrôle pouvant s'exercer même si les émoluments étaient tarifés (Cass.civ.1^{ère}, 14 janvier 1976 : *JCP*, G, 1976, II, 18388).

³⁸⁴ Par exemple Cass.com., 11 juin 1981, pourvoi n°80-12980, décision dans laquelle les juges avaient réduit la commission en raison du *service* réellement rendu par un hôtelier, mandataire occasionnel.

223. Au demeurant, il a été admis que le juge exerce son pouvoir de révision quand bien même les parties auraient convenu d'une commission forfaitaire irréductible³⁸⁵. Rendue à propos de la commission d'un agent immobilier, payable en cas de vente de l'immeuble, cette décision marque une originalité en ce que la vente avait été réalisée directement par le mandant, à un prix inférieur à celui imposé à l'intermédiaire. La solution se justifie en partie par ces circonstances particulières. Mais, depuis que cette catégorie d'intermédiaires est régie par une règle d'ordre public, qu'est la Loi Hoguet, on doit se demander si le pouvoir du juge permet encore d'y passer outre. En réponse à cette interrogation, l'article 75 du décret du 20 juillet 1972 prévoit que si la rémunération qui a été convenue par les parties est forfaitaire, la révision est possible quand le prix de vente final du bien négocié est différent de celui qui avait été initialement prévu au contrat. *A contrario*, la révision semble être exclue si le prix de vente demeure inchangé. Du moins, s'agissant d'un ordre public de protection de l'intermédiaire, il semble que la révision ne puisse pas s'exercer en la défaveur de celui-ci, sauf si le prix de vente final du bien est supérieur à celui qui a été négocié, ce qui est une hypothèse assez peu probable.

224. Ainsi, l'obligation de rémunération dont est tenue l'intermédiaire peut faire l'objet d'un arbitrage judiciaire. Si d'aventure, l'intermédiaire avait un peu trop évalué le montant de ses services, *l'intuitus personae* ne s'oppose pas à ce que sa commission soit diminuée. La confiance qu'il a obtenue, sans doute à juste titre, ne doit pas avoir un prix déraisonnable. Mais il s'agit malgré tout d'un cas exceptionnel de contrôle des conventions sur le fondement duquel il convient de s'interroger.

b. Les fondements évolutifs du rééquilibrage judiciaire

225. D'abord, et pour justifier le regard du juge sur le caractère raisonnable de la commission demandée, il est possible de songer à utiliser la notion de cause de l'obligation. D'ordinaire, elle est avant tout soulignée en ce qu'elle constitue un important garde-fou contre un défaut absolu de prestation. L'interdépendance étant rompue, il faut anéantir le contrat. A la

³⁸⁵ En ce sens, Cass.civ.3^{ème}, 20 février 1973 : *Bull.civ.III*, n°145. *A contrario*, voir Cass.com., 18 novembre 1975, précité, dans lequel la Cour a jugé que : « *c'est à bon droit qu'une convention d'honoraires a force obligatoire lorsqu'elle a été librement débattue, après complète réussite de la mission confiée à un agent d'affaires par un client dont la Cour d'appel a souverainement estimé qu'il avait été capable d'apprécier la valeur du service rendu* ».

- L'intermédiaire contractuel -

différence, quand la contrepartie existe mais est dérisoire, la référence à la cause de l'obligation de l'autre partie cède le pas le plus souvent à la lésion, qui retrouve alors son domaine de prédilection. Or, la lésion n'est admise que de façon très exceptionnelle tandis qu'il paraît juste de pouvoir dans tous les cas modifier l'engagement souscrit sans contrepartie réelle. La lésion aurait eu vocation à s'appliquer toutes les fois qu'un intermédiaire aurait sollicité une hausse de sa rémunération, ou au contraire, qu'un intermédiaire en aurait exigé la baisse. Cette nécessité justifie l'usage prétorien récent de la théorie de la cause, qui doit définitivement convaincre de son utilité. En effet, au-delà de l'absence de cause, les magistrats ont corrigé le déséquilibre des prestations réciproques grâce à la théorie de la cause de l'obligation, devenue l'outil d'une justice commutative, qui vise à rétablir la proportionnalité. Sous cet angle, la notion de cause de l'obligation permet de sanctionner ce que la lésion, même dans sa conception la plus objective, avait du mal à contrôler, tant son domaine d'action est restreint par le Code civil. Le contrat d'intermédiaire, qui n'est pas surveillé en tant que convention susceptible d'entraîner une lésion réparable, est cependant à même d'être contrôlé au titre de la cause. Evidemment, l'extension du domaine de la cause de l'obligation n'est pas sans danger et il ne s'agit pas de porter atteinte à la sécurité juridique pas plus qu'à la force obligatoire du contrat. La nullité est une sanction lourde dont il convient d'user avec modération, même si la nullité absolue qui frappait initialement l'absence de cause de l'obligation tend à se transformer en nullité relative³⁸⁶.

226. Ainsi, et de manière encore plus libérale par rapport à la stricte appréciation de la notion de cause de l'obligation, les juges ont promu le concept de réfection du contrat sur un modèle similaire, mais avec une sanction différente. Plus clairement, au-delà d'une absence totale de cause de l'obligation souscrite par l'une des parties au contrat, les magistrats ont cherché à rétablir une forme d'équilibre contractuel. Il leur a donc fallu admettre une sorte de nullité sélective touchant la seule partie disproportionnée - cette partie même qui prive partiellement de cause l'obligation réciproque – ce qui a eu pour effet de reconstruire le contrat de manière équitable. Cette jurisprudence peut se traduire sous l'axiome suivant : la diminution de l'objet démesuré d'une obligation d'un contrat synallagmatique entraîne le rétablissement à due proportion de la cause réciproque. Voici le système des vases communicants appliqué au

³⁸⁶ C'est en effet la sanction qui a été dégagée dans un arrêt récent de la Cour de cassation (Cass.civ.1^{ère}, 9 novembre 1999 : *Defrénois* 2000, 250, obs.J-L Aubert) qui ont estimé que la nullité du contrat d'assurance pour défaut d'aléa était une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection. Un arrêt de la même chambre a confirmé cette position de principe en appliquant à cette nullité le régime de la prescription quinquennale (Cass.civ.1^{ère}, 20 février 2001 : *Bull.civ.I*, n°39) ce qui confirme le régime d'une nullité relative.

- L'intermédiaire contractuel -

contrat. Cette fois, les implications concernant les intermédiaires sont patentes. C'est en effet ce raisonnement qui a permis au client d'un agent immobilier de solliciter une diminution de la rémunération de l'intermédiaire lorsqu'il s'est avéré après coup que la commission était hors de proportion avec le service rendu³⁸⁷. Le contrat d'intermédiaire a fait figure de pionner au XIX^{ème} siècle, en ce qu'il a initié le rôle de la cause dans un domaine qui n'était pas traditionnellement le sien.

227. Evidemment, ce contrôle *a posteriori* induit un regard sur l'exécution du contrat, ce qui n'était pas de l'essence de la théorie de la cause de l'obligation. Aussi, le problème majeur de cette jurisprudence tient au fait qu'elle s'écarte du moment de la formation du contrat pour contrôler son exécution. Si certains auteurs s'en réjouissent et affirment que « la cause permet d'assurer l'équilibre contractuel dans un contrat synallagmatique non seulement au stade de sa formation mais encore à celui de son exécution »³⁸⁸, tout en relevant néanmoins que « n'importe quel déséquilibre ne saurait être ainsi sanctionné par l'appel à l'absence partielle de cause »³⁸⁹, d'autres en revanche s'en méfient estimant de la référence à la cause que « celle-ci prouve trop ; si elle était exacte, il conviendrait d'admettre cette solution de manière générale et pas seulement à propos de la réduction de certaines rémunérations »³⁹⁰.

228. En tous les cas, il apparaît que la référence à la cause permet, si l'on ne s'offusque pas de son empiètement sur le terrain de l'exécution du contrat, de contrôler assez efficacement la rémunération des intermédiaires³⁹¹. Pour ceux qui s'en choqueraient, un concept émergent permet de contrôler la proportionnalité des conventions, au stade de leur exécution. Spécialement, la doctrine s'interroge sur le rôle de l'article 1134 alinéa 3, voire de l'article 1135 du Code civil, en tant que fondement juridique à terme d'une révision judiciaire de tout contrat devenu déséquilibré avec le temps³⁹². La réflexion est d'actualité³⁹³ et se mêle au

³⁸⁷ Très tôt les tribunaux ont ainsi pu faire référence à la notion de cause de l'obligation pour motiver leur décision. Voir notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 avril 1873 (*DP* 1873, 2, 199) estimant que « la cause réelle de l'obligation prise par le mandant est postérieure à l'obligation elle-même, et le mandataire ne peut avoir droit à la rémunération qu'à la condition d'avoir rendu le service prévu et espéré, et dans la juste mesure de l'utilité de ce service et du travail qu'il lui a coûté. »

³⁸⁸ Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.*, n° 472.

³⁸⁹ Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.*, n°471, qui émet une réserve légitime au nom de la sécurité des transactions.

³⁹⁰ F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, *Les obligations*, *op.cit.*, n° 311.

³⁹¹ R.Libchaber, obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 21 février 2006 : *Defrénois* 2006, 1223, estime toutefois que « le recours à la cause apparaît davantage comme la technique présidant à la réduction que comme sa justification ».

³⁹² Voir D. Mazeaud, *Defrénois* 1994, 357, préc., et Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134 al. 1 du Code civil », *Rev. Dr. et Patrimoine*, mars 1998 p. 46 et s.

concept de « solidarisme contractuel »³⁹⁴ qui milite en faveur d'un civisme réciproque des cocontractants lorsque leur partenariat a vocation à durer. Il pourrait fonder la légitimité de l'intervention du juge tout en lui assignant une limite : seul le déséquilibre manifeste pourrait être en partie comblé³⁹⁵. Rien ne s'oppose à ce que cette théorie, à vocation générale, puisse, en particulier, autoriser la réévaluation de la commission des intermédiaires.

229. Toutefois, on ne peut pas considérer qu'il y ait une rupture entre ces deux fondements. Au contraire, il semble qu'il y ait, en dépit des apparences, un lien intime entre la cause de l'obligation et l'exécution du contrat, ce qui transparaît dans un arrêt rendu le 17 janvier 1995³⁹⁶, rendu à propos d'un agent immobilier qui avait manqué à ses obligations. La première chambre civile de la Cour de cassation, bien que faisant référence à l'absence de cause de l'obligation du client, a estimé que la commission n'était pas due sur le fondement tacite de l'article 1135 du Code civil. Cet arrêt de rejet, qu'on pourrait croire d'espèce, marque en réalité une innovation. En effet, la Cour d'appel de Paris avait elle-même ordonné la restitution de la commission indûment versée en se fondant sur l'absence de cause de l'engagement de la cliente de l'agent. Le pourvoi formule alors deux objections : d'abord, il nie l'existence d'une faute de l'intermédiaire. Ensuite, il reproche à la cour d'appel d'avoir déduit le défaut de cause, de circonstances étrangères à la formation du contrat. Face à ce dernier argument, manifestement dirimant, la Cour de cassation aurait pu se concentrer sur la seule recherche d'une inexécution contractuelle. Il était envisageable de se demander si le débiteur devait être condamné par application de l'article 1147 du Code civil. Or, la première Chambre civile relève une « *erreur de qualification* » mais confirme la solution. Elle énonce dans un premier temps que « *les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* », ce qui n'est, ni plus ni moins que la formule de l'article 1135 du Code civil. Elle explique dans un second temps que « *si la convention n'était pas, en raison de cette*

³⁹³ En témoignent les travaux récents de B.Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », Colloque de la RDC, *Durées et contrats*, Paris 22 octobre 2003, *RDC* 2004/1 numéro spécial p.67 et s.

³⁹⁴ Voir D.Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F.Terré, op.cit.*, p.603 ; Ch.Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Etudes J.Ghestin*, LGDJ, 2001, p.441 ; D.Mazeaud, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », note sous Cass.civ.1^{ère}, 30 juin 2004 : *D.2005*, 1828.

³⁹⁵ D. Mazeaud, préc., *Defrénois* 1994, 357, estime, dans un litige relatif à la contestation de la commission due à un agent immobilier, que « l'immixtion du juge dans le contrat n'est possible qu'en cas de défaut d'équivalence économique des prestations réciproques. La prestation du mandant prévue dans le contrat doit se révéler excessive par rapport à la prestation exécutée par le mandataire ».

³⁹⁶ Voir Cass.civ.1^{ère}, 17 janvier 1995 : *Bull.civ.I*, n°29 ; *JCP*, G, 1995, I, 3843, obs.M.Fabre-Magnan, également cité par Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.*, n°472.

inexécution, initialement entachée de nullité pour absence de cause, il demeure que le paiement de la commission par Mme N. [la cliente, cessionnaire du bail commercial] se trouvait désormais dépourvu de cause ; que c'est à bon droit, malgré cette erreur de qualification, que la cour d'appel a ordonné la restitution des honoraires indûment perçus par la société J. [l'agent immobilier]. De la sorte, cet arrêt marque une avancée décisive : il révèle et fonde un contrôle du juge sur la persistance de la cause de l'obligation pendant l'exécution du contrat. Comme l'article 1131 est intégré au Livre troisième, titre III, chapitre II du Code civil, qui traite « *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* », il est impropre à asseoir juridiquement ce contrôle. En revanche, la référence à l'article 1135 du Code civil, comme à l'article 1134 d'ailleurs, se place habilement sur le terrain des dispositions générales « *De l'effet des obligations* ». Récemment, une plume respectée a proposé un fondement innovant, estimant que « plutôt qu'en un correctif à l'article 1134 du Code civil, il est possible que la réduction des honoraires doive s'analyser comme une condition d'application de cet article »³⁹⁷. Il y aurait là « un parfum de consensualisme, au sens idéal du terme : la rencontre des volontés n'est constitutive d'un contrat valablement formé que si les volontés accordées ont été libres et éclairées »³⁹⁸. Cependant, si la qualité des consentements échangés apparaît, en toute circonstance, fondamentale, ce qu'il est important de souligner, on peut quand même s'interroger sur la portée présentement attribuée à l'article 1134 du Code civil et craindre qu'au lieu de mettre un terme définitif au débat récurrent sur le fondement du rééquilibrage judiciaire des honoraires, elle n'ouvre indéfiniment les portes de la révision judiciaire et ne justifie la généralisation de la lésion en droit français.

230. Ce contrôle judiciaire relatif à la commission des intermédiaires se présente encore aujourd'hui comme un cas isolé, car la doctrine n'est pas unanimement favorable à cette évolution du droit des contrats³⁹⁹. Il peut en effet sembler ambitieux de vouloir généraliser cette solution principalement fondée sur la bonne foi. Le principe qui prédomine en matière contractuelle est inscrit à l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil. Or, dès l'instant où un contrat est légalement formé, comment justifier l'immixtion du juge même en présence d'un déséquilibre contractuel ? Jamais le droit français n'a interdit les contrats avantageux, hors les cas très limités dans lesquels la lésion autorise la rescision. S'il apparaît, dans les travaux

³⁹⁷ R.Libchaber, note précitée. L'auteur poursuit : « cette possibilité devrait se comprendre comme la condition même de cette confiance ».

³⁹⁸ R.Libchaber, note précitée.

³⁹⁹ Voir Ph.Malaurie, L.Aynès, Ph.Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2007, n°751.

- L'intermédiaire contractuel -

d'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qu'un intérêt est enfin porté à la notion d'imprévision (voir les articles 1123, article 1135-1 et 1135-2 de l'avant-projet Catala, lorsque les circonstances sont telles que le contrat perd tout intérêt pour l'une des parties), il n'est nulle part question de la révision judiciaire d'un contrat, en cours d'exécution. Toutefois, les Principes Unidroit et les Principes Lando⁴⁰⁰ permettent à la partie qui souffre d'un déséquilibre significatif, de demander au juge de rééquilibrer le contrat, mais aucun pouvoir normatif ne s'attache à leurs recommandations⁴⁰¹. C'est dire que le regard du juge civil sur le contrat ne s'ouvrira qu'avec parcimonie tandis que paradoxalement cependant, il s'est attardé très tôt sur celui des contrats qui en vertu de sa coloration fortement personnelle, semblait par nature difficilement quantifiable. A ce titre, l'obligation principale de l'intermédiaire est parfois sujette à révision judiciaire, ce qui demeure un particularisme, lié à son rattachement aux règles du mandat. L'évolution probable du droit des contrats, envisagée par le prisme de l'avant-projet Catala, des Principes Unidroit et des Principes Lando, ne permet pas de croire que l'exception puisse se généraliser : la notion d'imprévision, le changement de circonstances ne sont pas les concepts qui justifient la révision des honoraires. Bien que l'examen du juge ait lieu après coup, ce qui intègre nécessairement la notion de temps, c'est l'équilibre, tel qu'il aurait dû exister initialement, qui est rétabli, non pas le déséquilibre, que le temps a provoqué, qui est corrigé. Néanmoins, « lorsque la loi contractuelle n'est pas injuste, elle ne peut donner lieu, ni à une résistance des contractants, ni à une révision par le juge »⁴⁰². Il ne s'agit en effet que « d'effacer les excès manifestes qui ont leur source dans la déloyauté d'un contractant »⁴⁰³, pas de faire du contrat un modèle d'équilibre contractuel.

231. Le contrôle du juge sur l'obligation monétaire de l'intermédiaire risque de demeurer un cas d'exception pour un certain temps encore. Pour ce qui concerne les obligations mises à la charge de l'intermédiaire, l'évaluation monétaire n'est pas de mise et c'est davantage sur le contenu obligationnel que le juge apporte des précisions. Son rôle est de définir certaines des devoirs attendus d'un professionnel, à l'instar d'un cahier des charges ou des DTU⁴⁰⁴ qui font

⁴⁰⁰ Article 3.10, 3) des Principes Unidroit et 4.109, 3) des Principes Lando.

⁴⁰¹ D. Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexion sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », *Mélanges M.Cabrillac, op.cit.*, n°2.

⁴⁰² D.Mazeaud, préc., *Deffrénois* 1994, 357.

⁴⁰³ D.Mazeaud, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexion sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », préc., n°17.

⁴⁰⁴ Les DTU ou documents techniques unifiés sont des compilations administratives des obligations de chaque corps d'état en fonction des règles de l'art et des recommandations professionnelles. Ils sont communiqués par l'AFNOR.

référence en matière de construction. A cette différence près que la profession d'intermédiaire ne peut pas être normalisée. Les obligations des intermédiaires ont donc des contours imprécis, qu'il faut cependant tenter de décrire.

Section 2. Les obligations de l'intermédiaire

232. L'intermédiaire se définit comme celui qui à titre de profession habituelle met en relation deux personnes ou plus en vue de la réalisation, directement par elles ou indirectement par son action positive, d'une opération juridique. Il y a par conséquent deux obligations qui caractérisent cette profession. D'abord, l'intermédiaire est tenu de mettre en relation son client avec un partenaire contractuel (§1). Ensuite, il est débiteur d'une « valeur ajoutée », d'un savoir-faire envers l'intermédiaire ce qui l'oblige à délivrer un certain nombre d'informations en vue de la réalisation de l'opération projetée (§2). Il y a lieu enfin d'étudier les modes d'exécution de ces obligations sans jamais perdre de vue la confiance que l'intermédiaire a placée dans l'intermédiaire (§3).

§1. La mise en relation de l'intermédiaire avec un partenaire contractuel

233. Le point commun de tous les intermédiaires consiste à rapprocher deux parties qui généralement ne se connaissent pas, à faciliter leur présentation ainsi qu'à leur permettre de passer un contrat qu'ils ne pouvaient pas conclure directement, pour diverses raisons dont notamment un éloignement, une obligation, un souci de discrétion. En somme, l'objet de l'obligation de l'intermédiaire porte essentiellement sur une obligation de faire : le donneur d'ordre attend du mandataire qu'il lui trouve un partenaire contractuel, pour conclure un contrat déterminé, à des conditions parfois fixées d'avance, comme le prix. Le promoteur immobilier, au sens de l'article 1831-1 du Code civil est pour sa part débiteur de ce qu'on nomme communément la « garantie du prix convenu », c'est-à-dire qu'il dispose d'une somme fixe pour rémunérer et les entrepreneurs et son propre service. Généralement, c'est un fait positif que l'intermédiaire promet d'accomplir. Au-delà, il s'agit parfois d'un acte juridique au nom du donneur d'ordre que l'intermédiaire s'engage à réaliser. La prestation caractéristique, obligation de faire, peut certes s'accompagner d'obligations secondaires, comme par exemple une obligation de non-concurrence à la charge de l'intermédiaire, qui s'analyse comme une obligation de ne pas faire. Mais au fond, ces obligations secondaires qui participent à l'objet du contrat n'en sont pas l'élément essentiel. D'ailleurs, leur inexécution

- L'intermédiaire contractuel -

n'entraînera jamais la nullité du contrat. Elle sera réparée sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

234. L'obligation essentielle peut être définie, par la négative, en tant qu'« obligation à défaut de laquelle le contrat ne peut plus remplir sa fonction »⁴⁰⁵. Ainsi, par exemple, on sait que le vendeur est tenu de renseigner son client sur la chose qu'il vend, quitte à ce qu'il le dissuade de l'acquisition si l'utilisation projetée n'apparaît pas compatible avec la chose. Mais bien que la formulation des articles 1602 et 1603 du Code civil entretiennent la confusion, il est en principe admis que le contrat de vente met à la charge du vendeur la seule obligation, dite substantielle, de transfert de propriété de la chose, tandis que l'acheteur assume celle d'en payer le prix. L'obligation d'information n'est alors qu'une obligation accessoire. De façon similaire, on peut affirmer que pèse sur l'intermédiaire une obligation essentielle qui est la mise en relation contractuelle de l'intermédiaire avec l'intermédié.

235. Cette obligation de mise en relation de deux contractants, d'ailleurs plus large que l'obligation de présentation qui caractérise habituellement les courtiers, résume à elle seule ce que l'on attend d'un intermédiaire. Il n'est pas nécessairement l'initiateur du contrat, car parfois les parties se connaissent déjà, mais il est le bras armé de l'une d'elles au moins. En d'autres circonstances, il est le moteur de la rencontre contractuelle. Mais, en tout état de cause, si l'intermédiaire, par le biais de son pouvoir, ne met pas en contact les deux protagonistes, il ne remplit pas son obligation et le contrat n'atteint pas son but.

236. Parallèlement, l'intermédiaire est également tenu d'une obligation d'information, qui lui impose de conseiller son client sur le prix demandé, de le renseigner sur les dispositions légales applicables, sur les précautions à prendre. A défaut, il peut encore assurément remplir sa mission, mais dans des conditions moins favorables pour l'intermédiaire.

§2. La délivrance d'informations utiles au contrat projeté

237. Sur le fondement des articles 1135 et 1147 du Code civil, la jurisprudence a mis à la charge des professionnels une obligation d'information relativement conséquente et aux contours manifestement imprécis. Cette obligation qui, *a priori*, n'est pas propre aux

⁴⁰⁵ En ce sens, A.Ghozi, Cours de DEA de Paris II, Activité des entreprises, *Les éléments d'une théorie des contrats spéciaux*, année universitaire 1998-1999.

intermédiaires, s'affirme néanmoins comme un élément prépondérant de leur mission (A) et dont on peut délimiter spécialement l'étendue (B).

A. L'affirmation d'une obligation d'information à la charge de l'intermédiaire

238. De manière générale, on distingue parfois l'obligation d'information proprement dite, de l'obligation de prudence ou de mise en garde et de l'obligation de conseil. Certains ont même hiérarchisé ces diverses obligations selon trois catégories distinctes⁴⁰⁶ : au sommet, le devoir de conseil qui entraîne une implication effective dans l'activité du partenaire. Au bas de la hiérarchie, l'obligation de renseignement, simple, qui se traduit par une forme d'objectivité dans les remarques, voire de la neutralité. A mi-chemin, l'obligation de prudence ou de mise en garde qui « comporte une immixtion plus pénétrante dans les affaires d'autrui »⁴⁰⁷. D'autres se sont essayés à des classifications différentes. Ainsi, un auteur en particulier propose de considérer que l'obligation d'information présente un double aspect. Obligation de conseil dans le domaine précontractuel, sanctionnée par les règles de la responsabilité civile délictuelle, elle serait qualifiée d'obligation de renseignement dans le cadre du contrat et son inexécution serait sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle. Plus simplement, selon le moment de la vie du contrat, l'obligation d'information changerait de dénomination, encore que le partisan de ce découpage en convienne lui-même « la frontière est loin d'être précise entre ce qui relève de l'obligation de renseignements et ce qui relève de l'obligation de conseil »⁴⁰⁸.

239. Cependant, la doctrine n'est pas unanime, ni quant au bien-fondé, ni quant à l'utilité d'une telle classification⁴⁰⁹. En outre, du point de vue des intermédiaires, au contraire d'autres domaines du droit, en particulier le droit bancaire, ces nuances ne paraissent pas très praticables⁴¹⁰. La jurisprudence a en effet tendance à employer des termes distincts pour des obligations identiques : à titre exemple, à propos des termites, un arrêt a fait référence à

⁴⁰⁶ Voir par exemple M.Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, *op.cit.*, n° 467.

⁴⁰⁷ L'expression est celle de G.Cornu, *RTDciv.*1972, p.240, cité par G.Viney et P.Jourdain, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} édition, 2006, n°502.

⁴⁰⁸ Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.*, n° 376.

⁴⁰⁹ En particulier v. *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, par G.Viney et P.Jourdain, *op.cit.*, n°502. Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 1^{ère} partie, *op.cit.*, n° 376, reconnaît lui-même que « le plus souvent, la distinction ne présente pas d'intérêt ». Cependant, pour ce qui concerne l'exécution de l'obligation d'information, la Cour de cassation a encore besoin de faire référence à des nuances (mise en garde, conseil, ...) pour marquer le comportement qui était attendu du professionnel à l'égard d'un cocontractant averti ou profane. Sur cette question, spécialement à propos des courtiers, voir *infra* n°508.

⁴¹⁰ Ph. Devésa, *op.cit.*, n°181, évoque une « querelle de vocabulaire » qui n'a pas de conséquences pratiques.

- L'intermédiaire contractuel -

l'obligation d'information de l'agent immobilier⁴¹¹ tandis qu'un second, rendu à propos de capricornes, traite de l'obligation de conseil⁴¹². Manifestement pourtant, sauf à démontrer une différence de nature profonde entre les deux insectes, il est question de la même obligation dont est tenu l'agent immobilier. En conséquence de cette classification mal aisée, et dans le but néanmoins de clarifier la situation, on peut admettre pour la suite des développements, que les intermédiaires sont tenus d'une obligation d'information au sens large.

240. L'intermédiaire, on le rappelle, a pour mission de présenter un partenaire contractuel. A la tâche qui vient d'être ainsi définie comme étant la sienne, s'ajoutent un certain nombre d'indications, de renseignements portant à la fois sur le contrat à conclure et sur les qualités désirées du cocontractant. Le contenu de cette obligation d'information peut apparaître bien diffus et il serait certainement plus judicieux de parler *des* obligations d'information, plutôt que de l'obligation d'information. D'ailleurs, un auteur⁴¹³, à propos du courtage, a choisi de distinguer « l'information pure et simple » de « l'information développée ». Néanmoins, ce qui vaut pour les courtiers n'est pas nécessairement applicable à l'ensemble des intermédiaires. Il semble notamment que la notion d'« information développée » ne soit guère praticable car peu d'intermédiaires souhaitent une réelle implication de l'intermédiaire dans leurs affaires.

241. On sait que l'intermédiaire veut nécessairement qu'un partenaire contractuel lui soit proposé mais on ignore quel degré de conseil il attend du professionnel. Il est cependant possible de déterminer avec précision le contenu de l'obligation d'information commun à l'ensemble des intermédiaires.

B. Le contenu de l'obligation d'information de l'intermédiaire

242. Eu égard à la mission qui lui a été confiée, l'intermédiaire est nécessairement tenu d'une obligation à deux titres au moins : d'abord, il doit prodiguer tous ses soins à la réalisation effective du contrat que son client projette. Il s'agit d'une information sur le contrat à conclure (1). Mais, de manière cumulative, il est censé renseigner son client sur autrui (2).

⁴¹¹ Cass.civ.3^{ème}, 24 mars 1993, pourvoi n°91-19340, inédit

⁴¹² Cass.civ.3^{ème}, 18 avril 1989, pourvoi n°87-12053, inédit.

⁴¹³ Pour un exemple de cette diversité dans le seul domaine du courtage, voir Ph. Devésa, *op.cit.*, n° 179 et s. En particulier, l'auteur scinde son étude entre l'information « pure et simple » au n°182 et s. portant sur les parties en présence et sur l'affaire en cause et l'information « développée » au n°225 et s. qui à l'image de celle qu'on attend d'un assureur-conseil, se traduit par une immixtion du courtier dans les affaires du client.

1. L'information sur le contrat à conclure

243. L'obligation d'information, envisagée relativement au contrat à conclure, implique que l'intermédiaire fasse partager ses connaissances au mandant. Il doit le conseiller pendant la recherche du partenaire contractuel, avec un niveau de qualité particulièrement élevé s'il s'agit du domaine de spécialité du professionnel.

244. On remarque que les compétences du professionnel peuvent être déterminées *rationae materiae*, c'est à dire fonction de la matière en cause ou de l'acte à conclure. Il y a là d'abord une question de monopole légal. L'octroi d'une charge comme celle qui est nécessaire à une vente aux enchères publiques impose à l'intermédiaire d'avoir recours dans ce cas à des intermédiaires spécialisés. Hormis les monopoles, il y a certaines garanties de moralité et de professionnalisme qui dirigent l'intermédiaire en fonction de l'opération qu'il envisage de conclure. Selon qu'il s'agit d'une vente d'immeuble, d'un contrat d'assurance ou d'un transport particulier, son choix se portera naturellement vers un agent immobilier, un courtier ou un agent général d'assurance, un commissionnaire de transport. Parce qu'il n'y a pas d'intermédiaire généraliste, il n'existe pas d'obligation d'information en général. C'est là toute la difficulté de définir précisément ce que l'intermédiaire est légitimement en droit de savoir.

245. L'obligation d'information à la charge des intermédiaires apparaît bien diffuse. Mais au fond, elle n'est pas la seule. Le contrat de vente révèle les mêmes abîmes dès lors qu'il est conclu par un professionnel. De manière générale, le professionnel doit indiquer à son client la meilleure façon de procéder et les éventuelles conséquences de l'acte à venir. Evidemment, l'information constitue souvent une obligation importante du contrat d'intermédiaire car elle peut justifier pour partie le recours à un mandataire compétent. Une personne, parce qu'elle se sait néophyte dans un domaine a besoin des spécialités d'un professionnel, qui connaît les usages et les pratiques du milieu convoité. Par exemple, un agent immobilier chargé d'un mandat de vendre un bien immobilier par un client doit conseiller celui-ci sur le prix à demander. Il doit non seulement lui faire savoir que le prix exigé est trop élevé par rapport au marché, mais également qu'il paraît trop faible, en dessous de la valeur du bien⁴¹⁴. La Cour de cassation a précisé qu'il ne saurait se dispenser de vérifier que l'usage auquel il destine un

⁴¹⁴ Cass.civ.1^{ère}, 30 octobre 1985 : *Bull. civ.I*, n° 277.

- L'intermédiaire contractuel -

immeuble dont il a la gestion est conforme à son affectation⁴¹⁵, bien que son client ait de réelles compétences. Récemment, la Cour de cassation a reconnu la responsabilité de l'intermédiaire qui avait participé à la vente d'un fonds de commerce suite à un mandat que lui avait donné le liquidateur judiciaire de la société cédante. Peu de temps après la cession, les acquéreurs ont eu la mauvaise surprise d'apprendre que ledit commerce n'avait jamais obtenu l'autorisation d'ouvrir, faute d'avis favorable de la commission de sécurité et compte tenu de la non-conformité de la terrasse au permis de construire délivré. L'établissement ayant fait l'objet d'une fermeture administrative et le bail ayant été résilié, les acquéreurs ont assigné le vendeur, l'intermédiaire et son assureur en résolution de la vente et en responsabilité. La Cour de cassation, insistant sur la qualité d'intermédiaire, fait mention de courriers qualifiant les acquéreurs de clients, ainsi que du versement d'une commission pour justifier la solution. Le fait qu'il apparaisse ici comme un « double » courtier et le caractère onéreux de l'entremise renforcent le degré d'information auquel il est tenu, précisément quant au contrat à conclure. Difficile de prétendre que celui qui s'apprête à présenter un successeur dans un fonds de commerce n'est pas tenu d'informer ce dernier que le fonds de commerce n'a jamais été exploité.

246. Ces connaissances que l'intermédiaire va faire partager dans la perspective d'un contrat sont donc précieuses. Elles ne semblent pas cependant suffisantes. Il y a en effet un particularisme de l'obligation d'information qui résulte de l'objet de l'engagement de l'intermédiaire : ses connaissances doivent en effet permettre à l'intermédiaire de conclure efficacement un contrat. Tant du point de vue technique que juridique, l'intermédiaire est conçu comme un spécialiste. Il est censé tout savoir du domaine dans lequel il exerce, depuis les démarches préalables jusqu'à la conclusion du contrat. Il doit donc informer, au sens strict, verbalement ou par écrit ou par quelque moyen de communication que ce soit. Mais il doit en outre utiliser cette information au service de l'intermédiaire : il y a là l'idée d'information efficace. Un intermédiaire ne peut se suffire d'une mise en garde du client. S'il est chargé de préparer l'acte définitif, le contrat à conclure, il est nécessaire qu'il le rende efficace. Quand il rédige un compromis, l'agent immobilier est donc tenu, au même titre que le notaire⁴¹⁶, d'assurer l'efficacité de l'acte. C'est à ce prix seulement qu'il aura bien rempli son obligation d'information. L'intermédiaire doit appliquer ses connaissances, dont on a déterminé qu'elles

⁴¹⁵ M.Thioye, note sous Cass.civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005 (pourvoi n°02-14628), « Etendue du devoir d'information et de conseil de l'intermédiaire », *AJDI* 2006, 396.

⁴¹⁶ Voir un arrêt rendu à propos d'un notaire chargé d'instrumenter et dont la portée de l'obligation de conseil est sujette à débat ; Cass.civ.1^{ère}, 28 mai 2009 : *Defrénois* 2009, n°17, 1837, note S. Piedelièvre.

- L'intermédiaire contractuel -

devaient être conséquentes, dans la préparation du contrat avec le tiers. Il a donc l'obligation de réaliser concrètement cette mission, tout en étant fidèle aux instructions de l'intermédiaire. Bien entendu, il doit agir avec diligence et selon les règles de son art. Il lui est parfois nécessaire de se hâter pour ménager les intérêts de son client, comme par exemple s'il est chargé de déposer un brevet sur une invention du mandant qui doit être ensuite négociée. L'écoulement du temps peut avoir dans ce cas un effet désastreux.

247. Dans d'autres cas où la célérité n'est pas requise, l'intermédiaire devra alors préserver autrement les droits de son client, usant toutefois de la plus grande liberté d'initiative puisqu'il ne lui est pas subordonné. On lui demande alors non plus d'être fidèle, mais d'être créatif⁴¹⁷. Il en est ainsi du courtier d'assurances dont la mission est de proposer au client la compagnie d'assurance qui conviendra le mieux au profil de sa demande. L'intermédiaire doit alors lui-même établir ce profil, au moyen de questions pertinentes, afin de cerner au mieux les besoins du client. Les agences matrimoniales, elles aussi, ont recours aux questionnaires afin de délimiter leur propre obligation. Toutefois, il vient d'être jugé, au visa de l'article 1147 du Code civil, qu'on ne saurait reprocher à un agent immobilier de ne pas s'être substitué à l'acquéreur pour ériger une condition en condition suspensive⁴¹⁸. En règle générale, plus la demande du client est restreinte et plus le domaine de l'information de l'intermédiaire s'amenuise. Ainsi, face à une demande précise du client, comme c'est souvent le cas en matière de commission, d'agence commerciale ou de référencement, l'intermédiaire conservera sa liberté dans les moyens qu'il mettra en œuvre pour atteindre l'objectif. L'information relative au contrat sera donc moins importante mais l'information sur autrui prendra toute sa mesure. Plus le degré de connaissance du client est faible, plus le degré d'information par l'intermédiaire est élevé. Cette règle, qui paraît logique, est mise en œuvre pour ce qui concerne des services autres que le conseil en investissement ou la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, dans le point II de l'article L.533-13 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction tirée de l'ordonnance n°2007-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers. La procédure est la suivante ; l'intermédiaire doit d'abord évaluer le degré de connaissance du client potentiel (alinéa 1^{er}) avant de devoir fournir le service en toute hypothèse (alinéa 2). Mais, si le client n'a pas répondu ou si le service ne paraît pas adapté, l'intermédiaire a l'obligation de le mettre en garde. L'article L.533-16 du Code monétaire et financier rappelle d'ailleurs un peu plus loin que « *le règlement général de*

⁴¹⁷ Lire Ph. Le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », préc., spéc. p.21, à la fin.

⁴¹⁸ Cass.civ.1^{ère}, 25 juin 2009, inédit, pourvoi n°08-13761.

- L'intermédiaire contractuel -

l'Autorité des marchés financiers précise les conditions d'application des articles L. 533-11 à L. 533-15, en tenant compte de la nature du service proposé ou fourni, de celle de l'instrument financier considéré, ainsi que du caractère professionnel ou non du client, notamment du client potentiel ». La déontologie que le législateur tend à imposer dans les marchés financiers est exemplaire, au point qu'on aimerait la généraliser à d'autres formes d'intermédiation. Il est en effet primordial de préserver un certain degré d'équilibre entre la nécessité de délivrer l'information et les compétences de celui qui la reçoit, quitte à prévoir, à l'instar de l'article L.533-16, alinéa 4, du Code monétaire et financier, que les clients qualifiés de professionnels au regard de leur degré de compétence puissent demander à être traités comme des clients non professionnels et que les prestataires de services d'investissement puissent alors accepter de leur accorder un niveau de protection plus élevé.

248. L'obligation d'information relativement au contrat espéré témoigne évidemment d'une originalité. Elle est beaucoup plus large que l'obligation traditionnelle qui tend à mettre en garde ou à conseiller. Mais elle peut par conséquent engendrer des décisions apparemment sévères. Ainsi, on pourra reprocher à l'intermédiaire d'avoir privé le client d'une information qu'il ne détenait pas mais qu'il aurait dû connaître⁴¹⁹. Toutefois, ainsi qu'en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 18 avril 1989, ce n'est pas nécessairement l'intermédiaire qui aura à se plaindre de l'inexécution contractuelle. Au contraire, bon nombre d'arrêts sont à rattacher à l'article 1382 du Code civil. La raison en est simple : c'est le tiers cocontractant qui demande réparation de l'inexécution par l'intermédiaire de son obligation contractuelle d'information. Certes, le moment n'est pas encore venu d'étudier ici les relations de l'intermédiaire et de l'intermédiaire mais il faut bien convenir que les litiges nés dans cet ordre juridique permettent assurément d'en apprendre davantage sur le contenu de l'obligation d'information.

249. C'est ainsi que l'on sait que l'agent immobilier, dont le mandat qui le lie au vendeur est exclusif, doit vérifier que le terrain qu'il doit céder est bel et bien constructible⁴²⁰. Cette recherche est nécessaire pour mener à bien sa mission, qui ne se résume pas à la simple conclusion de l'acte de vente. La remarque vaut semble-t-il pour tous les intermédiaires : ils doivent procéder activement à des démarches positives qui vont permettre le succès du contrat

⁴¹⁹ Voir notamment Cass.civ.1^{ère}, 18 avril 1989 : *D.*1989 IR.135 ; *Defrénois* 1990, 288, note Y.Dagorne-Labbé ; *JCP*, N, 1989, n°40, p.455, arrêt d'une grande sévérité puisqu'il conclut à la violation de son devoir d'information par l'intermédiaire en immobilier qui n'avait pas décelé des capricornes dont la présence était constitutive d'un vice qualifié d'apparent.

⁴²⁰ Cass.civ.1^{ère}, 5 janvier 1985 : *Bull.civ.I*, n°1.

- L'intermédiaire contractuel -

projeté par l'intermédiaire. Ils sont tenus d'une vigilance supérieure aux néophytes pour lesquels ils œuvrent et ne sauraient se réfugier derrière une méconnaissance d'un vice apparent quand bien même il n'appartiendrait pas à leur domaine de compétence⁴²¹. Toutefois, un arrêt semble suggérer qu'ils ne soient pas tenus de découvrir l'existence d'un vice caché⁴²². Pourtant, l'article 1641 du Code civil fait preuve de beaucoup moins de clémence à l'égard du vendeur. Il ne serait donc pas surprenant que les intermédiaires assument une garantie identique dès lors que l'acquéreur parvient à démontrer un vice caché. Sur ce point, un arrêt de la Cour de cassation⁴²³ adopte une solution qui, quoique plus ancienne, paraît mieux fondée. Dans cette espèce, un commissaire-priseur avait présenté aux enchères un piano, en affirmant qu'il serait en état de servir une fois accordé. A l'examen, le piano s'est révélé irréparable, ce qui a conduit les juges à estimer que le commissaire-priseur devait garantir à l'acheteur. Cette apparente sévérité, en réalité supportée par les compagnies d'assurances, est préférable à une solution actuelle qui paraît obliger plus durement l'intermédiaire en matière de vices apparents que de vices cachés. Si cette décision ancienne devait être réaffirmée, on aboutirait à une homogénéité de régime entre les vices apparents et cachés, du point de vue des intermédiaires. Ces derniers, bien qu'indépendants, sont tenus de délivrer des obligations particulières d'information attendues de professionnels : les en dispenser finirait par causer leur perte. Nul n'a intérêt, en effet, à rémunérer un intermédiaire qui n'est d'aucune aide.

250. Mais cette information efficace, qui permet de conforter l'intermédiaire dans son choix d'avoir eu recours à un professionnel, celui-là même dans lequel il place toute sa confiance, n'est pourtant pas *la* caractéristique du contrat d'intermédiaire. Un bon juriste, qu'il soit notaire ou avocat, comme un technicien ont eux-mêmes l'aptitude à estimer un bien et préparer des contrats avec autrui. Pour autant ne sont-ils pas des intermédiaires, si ce n'est que de manière accessoire. C'est alors en la personne d'autrui qu'il faut voir l'essentiel de la mission des intermédiaires : comme l'objet de leur obligation est de trouver un cocontractant, l'information dont ils sont débiteurs doit également et principalement porter sur autrui.

⁴²¹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, précité, rendu à propos de capricornes. A l'inverse, l'article 1642 du Code civil dispose que « *le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* ».

⁴²² V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000 : *Bull. civ. I*, n°335, cet arrêt posant cette fois une limite à l'obligation d'information du professionnel de l'immobilier dont la violation était invoquée par l'acquéreur. Il a en effet été jugé que « *le manquement au devoir de conseil de l'agent immobilier, par l'intermédiaire duquel la vente a eu lieu, n'est pas établi dès lors que les désordres affectant la charpente n'étaient pas apparents et que la preuve n'était pas rapportée qu'il avait eu connaissance du vice caché* ».

⁴²³ V. Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1983 : *Bull. civ. I*, n°65.

2. L'information sur autrui

251. La recherche d'autrui est consubstantielle à la mission de l'intermédiaire. Cette démarche implique que le professionnel puisse donner tout renseignement utile à l'intermédiaire sur le profil du cocontractant présenté. La notion d'information sur autrui doit être exposée de manière générale (a) avant d'examiner le devoir d'information sur autrui dont sont tenues les centrales d'achat et que certains pensaient particulier (b).

a. La notion d'information sur autrui

252. Pour que l'intermédiaire soit satisfait, il faut que l'intermédiaire le renseigne avec justesse sur autrui. Il en va de la réussite de l'opération qu'un partenaire soit identifié, existe, soit capable et dans une certaine mesure solvable. En effet, même, si l'intermédiaire a d'ores et déjà donné son consentement à une opération précise pour un montant déterminé en confiant au mandataire un pouvoir absolu de conclure en son nom et pour son compte, l'importance du renseignement sur la personne du cocontractant conserve son intérêt. A plus forte raison, si l'intermédiaire n'agit que comme simple courtier, la personnalité des partenaires présentés peut intéresser le mandant, que le contrat à conclure soit ou non marqué d'*intuitus personae*. Dans ce dernier cas, l'intermédiaire peut encore choisir son cocontractant. Mais, s'il les refuse tous alors que les conditions exigées par lui étaient remplies, il ne saurait reprocher une faute au courtier.

253. La recherche d'un autrui fiable est l'objet de l'obligation de l'intermédiaire : il doit par conséquent se renseigner sur son existence, sur sa moralité commerciale, sur ses antécédents, sur ses éventuels déboires financiers. Toutefois, s'il est acquis qu'un intermédiaire serait responsable d'avoir présenté un partenaire économique peu fiable⁴²⁴, il n'est pas en principe tenu de garantir la bonne exécution du contrat, à moins de s'être porté du croire. En tant que mandataire de son client, l'intermédiaire a le devoir principal et essentiel de présenter un tiers à propos duquel il aura pris les renseignements élémentaires. Qu'il soit commissionnaire ou simple courtier, le professionnel commettrait indéniablement une faute lourde s'il contractait pour le compte d'autrui avec un tiers notoirement insolvable. Cependant, certains

⁴²⁴ Cass.com., 21 décembre 1953 : *Recueil Le Havre*, 2, 12 ; *RTDcom*.1955, 377, note J.Hémard. Cité par Ph. Devésa, *op.cit.*, n° 197, qui relève « que pour la Chambre commerciale, la responsabilité du courtier doit être appréciée beaucoup plus rigideusement lorsque l'existence d'un mandat est prouvée ».

intermédiaires ont pour mission de présenter à l'intermédiaire un partenaire avec lequel la relation contractuelle doit s'échelonner dans le temps. En particulier, les centrales de référencement jouent un rôle de catalyseur entre les producteurs, les fournisseurs et les distributeurs. Un auteur⁴²⁵ considère que leur cas est autonome par rapport à l'ensemble des courtiers. La même question doit nécessairement se poser par rapport aux intermédiaires.

b. Le renseignement à la charge des centrales : une exception ?

254. Une jurisprudence éloquente et des arguments juridiques solides semblent faire des centrales de référencement un cas isolé de courtiers, donc d'intermédiaires, dont la charge de d'information sur autrui serait amoindrie. Mais après avoir étudié ces fondements (α), il faudra se prononcer sur la réalité de ce cas en tant qu'exception (β).

α . La centrale libérée du renseignement dans le temps

255. Un auteur a soulevé une sérieuse différence quant au régime de l'obligation d'information sur autrui en matière de centrales. Il relève que « l'obligation d'information du courtier sur la solvabilité et le sérieux du cocontractant, inhérente au courtage, se heurte à des difficultés d'application dans le domaine de la grande distribution »⁴²⁶. S'appuyant sur une jurisprudence ancienne, corroborée par des arrêts plus récents, tous deux rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'un le 6 décembre 1988, l'autre le 28 mai 1991, il dévoile le particularisme de l'obligation d'information dont les centrales sont tenues en tant que courtier. Les arrêts cités visent d'ailleurs essentiellement l'activité d'entremise. Précisément, il faut s'attacher au particularisme du référencement qui renvoie le plus souvent à un mécanisme de double courtage : la centrale est à la fois engagée contractuellement avec les adhérents, magasins de distribution, détaillants ou grossistes et avec les fournisseurs qu'elle se propose de référencer. Son obligation d'information est donc double puisqu'elle doit normalement garantir la moralité et le sérieux des adhérents comme des fournisseurs. Parfois, elle se contente de mettre en relation les uns et les autres. D'autres fois, elle a le pouvoir d'accomplir les transactions directement avec les fournisseurs pour le compte de

⁴²⁵ Ph. Devésa, *op.cit.*, n°200.

⁴²⁶ Ph. Devésa, *op.cit.*, n°200.

- L'intermédiaire contractuel -

certaines adhérents⁴²⁷. Mais, puisqu'il s'agit de contrats-cadres destinés à régler les opérations futures entre les partenaires économiques, deux théories sont concevables : soit on estime que la centrale a une seule obligation d'information initiale sur les protagonistes qui sont mis en relation, soit on considère que cette obligation se régénère à chaque contrat nouveau passé entre le fournisseur et l'adhérent.

256. La seconde hypothèse est nécessairement plus contraignante pour l'organisme référenceur puisqu'elle suppose un suivi régulier, tant des adhérents, que des fournisseurs. Manifestement, ce n'est pas la solution que la Cour de cassation a voulu adopter. A ce sujet, deux attendus de l'arrêt rendu le 28 mai 1991⁴²⁸ sont éloquentes : *« mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que le rôle de la société Sopegros était celui d'un intermédiaire qui faisait connaître les fournisseurs à ses adhérents et négociait les meilleures conditions des transactions à intervenir entre eux ; que la cour d'appel a par là même constaté que l'économie du contrat conclu avec la société Mars n'impliquait pas que la société Sopegros fût garante de l'exécution des commandes passées par les membres du groupement [...] ; attendu, d'autre part, qu'ayant retenu que la société Mars traitait directement avec les adhérents que la société Sopegros lui avait fait connaître, la cour d'appel a décidé à juste titre qu'en l'absence de stipulation à cet égard, cette société n'avait pas l'obligation de l'informer de l'éventuelle insolvabilité de ses cocontractants pendant le cours des relations entre ces parties ».*

257. En somme, il apparaît très clairement, au travers de cet arrêt, que la Cour de cassation n'entend pas maintenir dans le temps l'obligation d'information sur autrui à la charge de la centrale qui pèse à l'origine sur les centrales de référencement, comme sur tout intermédiaire. Il ne s'agit cependant que d'un aménagement qui ne remet nullement en cause l'existence de cette obligation d'information qui pèse à l'origine sur les centrales, comme sur tout intermédiaire.

⁴²⁷ Il existe cependant une hypothèse supplémentaire que l'on doit écarter de l'étude : celle d'une centrale qui achète en son nom et pour son compte puis revend aux adhérents. Par définition, il ne s'agit plus d'un cas d'intermédiation.

⁴²⁸ Cass.com., 28 mai 1991 : *Bull civ.IV*, n°196, cité par Ph. Devésa, *op.cit.*, n°208.

β. L'étendue de l'obligation d'information sur autrui des centrales, simple aménagement du principe

258. Certains ont écrit, à propos de la jurisprudence précitée, que la Cour s'était « méprise »⁴²⁹ et qu'elle faisait preuve d'un « manque de logique »⁴³⁰. On pourrait cependant être plus mesuré dans la critique. Certes, la jurisprudence actuelle n'est guère proluxe à ce sujet qui a connu ses heures les plus décisives dans les années 1980 et 1990. Il faut donc s'en tenir à ce qui a été posé dans le passé. Pourtant, il ne paraît pas absurde, à la réflexion, de considérer que les centrales ne sont tenues à l'information que dans la limite de la première présentation du partenaire contractant : cette règle corrobore l'idée de catalyseur qui correspond le mieux à leur profession. Ce qui semble au contraire contestable se situe dans les moyens de certains pourvois⁴³¹ : sous couvert d'une obligation d'information élargie, c'est un mécanisme de solidarité du courtier qui est recherché. Or, il est certain que la solidarité nécessiterait une stipulation contractuelle. Aussi faut-il reconsidérer cette jurisprudence. L'obligation d'information des centrales n'y est pas niée, elle est simplement aménagée en tenant compte du particularisme du mécanisme de référencement. Bien entendu, si la centrale venait à prendre connaissance des difficultés financières d'un fournisseur ou d'un adhérent, elle devrait divulguer cette information. Mais on sait que les magistrats n'entendent pas obliger un contractant à avouer son état de cessation des paiements au moment de la conclusion du contrat⁴³². Tout au plus ont-ils admis, dans un domaine voisin de l'intermédiation, qu'un franchiseur se devait de renseigner son franchisé de l'ouverture d'une procédure collective à son encontre⁴³³. Mais le contrat de franchise est empreint d'une plus grande loyauté encore, pour rendre tolérable la dépendance qu'il instaure, ce qui fait qu'à l'instar du degré élevé d'information précontractuelle exigé par l'article L.330-3 du Code de commerce (aussi nommé document d'information précontractuel, ou document Doubin, du nom de la loi qui le consacre), il y a lieu d'attendre un degré élevé d'information mutuelle pendant l'exécution du contrat. La clause d'exclusivité d'approvisionnement en est la raison principale.

⁴²⁹ A propos de Cass.com., 28 mai 1991, lire M-E André, *Les contrats de la grande distribution*, Litec, Bibl. de Droit de l'entreprise, n°21, 1991, n°486, citée par Ph.Devésa, *op.cit.*, n°205, note 330, p.133.

⁴³⁰ Ph. Devésa, *op.cit.*, n°209, à propos de Cass.com., 28 mai 1991.

⁴³¹ En particulier le pourvoi n°88-19359, qui a donné lieu à l'arrêt Cass.com., 28 mai 1991, précité.

⁴³² Cass.com., 24 septembre 2003, pourvoi n°00-21863 : *RDC* 2004, 260, obs. D.Mazeaud.

⁴³³ Cass.com., 7 mars 2000 : *RTDciv.* 2000, 829, obs.J.Mestre et B.Fages.

259. Si l'on applique ces solutions aux relations qui se tissent par l'intermédiaire d'une centrale, il s'en dégage plusieurs conséquences. L'état de cessation des paiements prononcé avant la conclusion du contrat résultant de l'entremise n'est pas nécessairement divulgué par celui qui en fait l'objet. Cependant, la centrale commet une faute dans son devoir d'information si elle n'en informe pas le partenaire économique auquel elle est elle-même contractuellement liée. Il est en effet de son devoir de présenter un autrui fiable. Si la procédure est ouverte dans le cadre de relations déjà établies entre le fournisseur et l'adhérent, alors la centrale n'a pas commis de faute contractuelle. Sa mission est considérée comme achevée dès lors que les parties ont été efficacement mises en relation. Celui des cocontractants qui aura dissimulé sa faillite en cours de relations contractuelles n'est pas, *a priori* en faute. Il appartient à chacun de se renseigner sur la solidité financière de son partenaire sans que se dégage une obligation d'information à la charge du failli.

260. Finalement, une solution qui semblait injuste sur le plan de la théorie générale des obligations⁴³⁴ et une autre qui paraissait critiquable eu égard à l'importance de l'information à laquelle les courtiers sont tenus⁴³⁵ semblent s'accorder harmonieusement. Reste que la remarque peut être généralisée : les intermédiaires ont un devoir fondamental d'information en cours d'exécution de leur propre contrat. Ils ne sauraient être tenus au-delà à défaut de stipulation contractuelle en ce sens. Dorénavant, il nous reste à étudier un point volontairement laissé de côté jusqu'à présent : les modes d'exécution de ses obligations par l'intermédiaire.

§3. Les modes d'exécution des obligations de l'intermédiaire

261. Les obligations qui pèsent généralement sur les intermédiaires ayant été définies, il demeure pertinent de s'interroger sur leurs modes d'exécution, notamment dans la perspective de protéger la confiance que l'intermédiaire a accordée. D'abord il convient de relever que l'intermédiaire a le loisir de se substituer un tiers pour accomplir sa mission sans que ce changement de débiteur ne desserve les intérêts du client (A). Mais, puisqu'il existe *a priori* des hypothèses d'exécution jugées dangereuses pour l'intermédiaire, il apparaît nécessaire d'affirmer un principe d'exécution loyale (B).

⁴³⁴ Cass.com., 24 septembre 2003, préc.

⁴³⁵ Cass.com., 28 mai 1991, préc.

A. L'exécution personnelle n'est pas obligatoire

262. En pratique, un intermédiaire utilise les services d'un courtier ou d'un mandataire pour trouver de nouveaux partenaires économiques dans une nouvelle branche d'activité par exemple. Ou encore, il peut utiliser ses services pour pénétrer un nouveau marché dans un pays éloigné, aux mœurs et coutumes différents, nécessitant une grande connaissance du pays en cause. Les exemples ne manquent pas, mais un point commun dominera tous ces cas : l'intermédiaire fournit un certain nombre de précisions sur le marché à conclure : caractéristiques de la marchandise ou du service (cas de l'assurance), prix, quantité, délais *etc...* L'intermédiaire a alors pour mission de trouver des personnes susceptibles d'être intéressées par les conditions de passation du contrat définies *ab initio*. Il a souvent été désigné personnellement pour remplir cette mission. Faut-il pour autant bannir toute possibilité de substitution de personne ?

263. Jadis perçu comme un contrat d'ami, le contrat de mandat a toujours été marqué d'un fort *intuitus personae*. La conséquence logique de ce caractère devrait être l'obligation pour le mandataire d'exécuter personnellement sa mission. En d'autres termes, parce que le mandant a choisi *ce* mandataire, pour certaines compétences peut-être ou pour une spécialité particulière, celui-ci ne peut déléguer ses fonctions. Pourtant, le droit positif ne retient généralement pas cette solution et admet les hypothèses de substitution de mandataires, y compris dans des cas où l'on ne peut ignorer l'importance des aptitudes du mandataire, comme par exemple la gestion de patrimoine⁴³⁶. Le Code civil, bien que n'envisageant pas expressément l'hypothèse de la substitution de mandataire, y fait néanmoins référence dans l'article 1994. Par conséquent, si en principe, le mandataire accomplit lui-même la mission qui lui a été confiée, il peut néanmoins déléguer ses fonctions, sans que le mandant puisse véritablement le lui reprocher⁴³⁷, à moins que cette substitution ne lui ait été formellement interdite par ce dernier. De la sorte, la substitution est fréquente parmi les mandataires professionnels regroupés dans des agences, comme les agents immobiliers, les agents de publicité ou encore les agents de voyages, mais peut être problématique d'un point de vue

⁴³⁶ Voir notamment un arrêt de la Chambre commerciale rendu à propos d'un mandat de gestion de portefeuille Cass.com., 2 décembre 1997 : *JCP*, G, 1998, II, 10160 note M.Storck. *Contra*, Cass.com., 9 avril 1996 : inédit, pourvoi n°94-11395 ; *D.Affaires* 1996, 671, précité, où la personnalité du mandataire choisi pour assurer la gestion de portefeuille a été considérée comme un élément essentiel justifiant le refus de substitution.

⁴³⁷ La circonstance qui au XIX^e siècle faisait figure d'« incongruité » est en effet largement répandue aujourd'hui. En ce sens et sur cette question, voir B. Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire*, thèse Paris II, Editions Panthéon-Assas, 2000.

éthique : il n'est pas certain en effet que le substitué présente les mêmes garanties de moralité et de compétence que le substituant. Notamment, il est courant, dans les agences immobilières, qu'une seule personne justifie d'une carte professionnelle⁴³⁸. Les négociateurs qui servent aussi d'entremetteurs n'ont pas, la plupart du temps, les capacités professionnelles requises. Rarement salariés et plus souvent agents commerciaux, depuis que la loi du 13 juillet 2006⁴³⁹ a modifié l'article 4 de la loi Hoguet et permis les collaborateurs indépendants des agents immobiliers bénéficient du statut d'agent commercial prévu aux articles L.134-1 et s. du Code de commerce⁴⁴⁰, ils profitent du mécanisme de substitution de mandataire. Le simple fait qu'un agent immobilier ait jugé opportun de leur accorder sa confiance suffit alors à donner effet à la substitution. Il doit seulement, et c'est là semble-t-il un garde-fou nécessaire, conserver un droit de regard sur la réalisation de l'intermédiation. En effet, si l'on adhère à la précision terminologique proposée par certains auteurs, qui distinguent la substitution de mandataire du sous-mandat, il faut en déduire que le mandataire substitué agit au nom et pour le compte du mandant⁴⁴¹, au contraire du second qui agit au nom et pour le compte du mandataire substituant. En conséquence, si l'intermédiaire peut se substituer un tiers dans l'exécution de sa mission, en tout ou partie, il est normal qu'il ait l'obligation de le surveiller, ce qui supposera parfois de contrôler au préalable que le substitué présente un niveau lui-même élevé de moralité⁴⁴². En somme, l'*intuitus personae* inhérent au contrat d'intermédiation n'est pas du tout un obstacle à la substitution d'intermédiaire⁴⁴³, laquelle est souvent une opération nécessaire à l'utilité du contrat⁴⁴⁴. Bien que cette faculté puisse alors être admise par principe⁴⁴⁵, sa mise en œuvre par l'intermédiaire nécessite assurément une

⁴³⁸ Voir *supra* n^{os} 105 et s., sur les conditions d'accès à la profession d'intermédiaire, source de capacité à contracter valablement.

⁴³⁹ Loi 2006-872 portant Engagement National pour le Logement.

⁴⁴⁰ Hypothèse expressément prohibée auparavant. En ce sens, voir Cass.com.7 juillet 2004 : *RTDcom.* 2005, 42, obs. B.Saintourens, *AJDI* 2006, 236, obs.M.Thioye ; *D.*2004, 2230, obs.Y.Rouquet ; *RTDcom.*2005, 162, obs. B.Bouloc, l'arrêt prononçant la nullité d'un contrat d'agent commercial - et de la clause de non-concurrence qui y figurait - conclu entre un agent immobilier et son collaborateur indépendant au motif que la loi du 25 juin 1991 fixant les règles régissant les agents commerciaux statutaires n'était pas applicable aux agents commerciaux exerçant les activités entrant dans le champ d'application de la loi Hoguet.

⁴⁴¹ En ce sens, B.Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire, op.cit.* n^{os}585 et s. Voir également E.Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 318, 1999, n^o22.

⁴⁴² Pour illustrer les modalités d'exécution de cette obligation de surveillance du substitué, voir notamment l'article R.512-7 du Code des assurances.

⁴⁴³ En ce sens, E.Jeuland *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, op.cit.*, n^o257.

⁴⁴⁴ G.Pillet, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Bibl. de l'Institut André Tunc, Tome 1, LGDJ 2004, n^o124.

⁴⁴⁵ En ce sens, B.Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire, op.cit.* n^o9 qui fait état d'un « droit de se substituer autrui ».

- L'intermédiaire contractuel -

certaine loyauté, justifiée par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil⁴⁴⁶. A ce titre, il ne serait pas anormal de considérer qu'il soit tenu d'en faire part à son client, sauf à ce que le client n'ait pu ignorer, en contractant avec tel intermédiaire, que ce dernier allait nécessairement devoir se substituer d'autres personnes pour exécuter sa mission. C'est précisément pour cette raison qu'il est raisonnable d'estimer, bien que la doctrine ne soit pas unanime sur le sujet⁴⁴⁷, que cette prérogative est toujours reconnue au commissionnaire en transport, voire au commissionnaire en général et pourquoi pas à tous les intermédiaires.

264. Il y a cependant au moins trois exceptions notables à la substitution d'intermédiaire. D'abord, il a été jugé que le contrat d'agence commerciale ne peut être cédé sans l'accord du mandat sous peine d'être résilié⁴⁴⁸. Ensuite, une proposition de loi relative au statut des agents sportifs⁴⁴⁹ s'est intéressée en particulier à leurs collaborateurs. L'exposé de ses motifs fait état de ceux qui « démarchent, relancent, sollicitent les sportifs et leurs clubs en se présentant comme des collaborateurs d'agents licenciés »⁴⁵⁰ et relève qu'il est nécessaire « d'éviter les abus auxquels se livrent certains ». Le texte envisage de réserver l'accès à la profession d'intermédiaire sportif aux seules personnes physiques (article 1^{er}). Néanmoins, il leur est possible de constituer des sociétés afin d'embaucher des collaborateurs dont l'activité se cantonne aux seules tâches administratives (article 6). En conséquence, si le texte devait être adopté, la substitution d'intermédiaire sportif ne pourrait être possible qu'en présence d'agents ayant tous les deux la licence. La délégation de pouvoir consentie à un collaborateur paraît formellement exclue. Enfin, le Conseil d'état a récemment restreint la possibilité offerte au titulaire de la carte professionnelle d'agent immobilier de délivrer une habilitation à négocier ou s'entremettre à sa place. Un doute subsistait encore sur l'éventualité de conférer ce pouvoir à un négociateur qui serait une personne morale. Le Conseil d'état a estimé sur ce point que seules les personnes physiques pouvaient bénéficier de cette substitution⁴⁵¹, ce qui revient à considérer que l'agent immobilier, qui souhaite transférer une partie de ses pouvoirs à une personne morale, doit s'assurer que cette dernière est elle-même titulaire de la carte professionnelle. L'article 9 du décret du 20/07/1972 (décret d'application de la loi Hoguet),

⁴⁴⁶ E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, *op.cit.* n°359 et B. Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire*, *op.cit.*, n°497.

⁴⁴⁷ Sur cette intéressante question, voir N-H Aymeric, « Sur le sous-commissionnaire de transport », *RTDcom*.2009, 493 et les nombreuses références citées quant aux débats doctrinaux relatifs à cette question.

⁴⁴⁸ Cass.com., 14 janvier 1997 : *D.* 1997, IR 33.

⁴⁴⁹ Proposition de loi relative au statut des agents sportifs, déposée à l'Assemblée Nationale le 9 février 2005, préc.

⁴⁵⁰ § 6 de l'exposé des motifs de la proposition de loi relative au statut des agents sportifs, préc.

⁴⁵¹ CE, 9 juin 2006 : *JCP*, G, 2006, II, 10 161, concl. Y. Aguila.

- L'intermédiaire contractuel -

qui permet la délivrance d'une attestation par le titulaire de la carte professionnelle, après avoir été visée par le Préfet, n'est donc pas d'application générale. Cet article marque un durcissement des conditions de substitution de l'intermédiaire au profit d'une personne morale. Hormis ces cas, il faut considérer que l'intermédiaire aura correctement rempli sa mission quand bien même il ne l'aurait pas personnellement exécutée. Il n'y a pas en effet d'opposition d'intérêt entre l'intermédiaire et son substitué qui soit susceptible de nuire à l'intermédiaire. Tel n'est pas le cas cependant si l'intermédiaire se porte contrepartiste ou accepte un double mandat. L'une et l'autre de ces situations semblent apparemment contrarier l'impératif de neutralité de l'intermédiaire qui doit servir les intérêts de l'intermédiaire.

B. L'exécution loyale est de rigueur

265. L'obligation pour le mandataire d'exécuter correctement sa mission signifie d'abord qu'il doit présenter un tiers qui réponde aux critères de l'intermédiaire. L'entremise est la fonction première de l'intermédiaire. Pour autant, l'obligation qui lui est faite de trouver un cocontractant à son client lui interdit-elle d'être à la fois le mandataire ou le courtier des deux parties à l'acte ou encore de se porter lui-même contrepartie ? *A priori*, la pratique d'un double mandat, comme celle d'un mandataire contrepartiste est contraire à la déontologie d'un intermédiaire professionnel, parce que l'intermédiaire a fait appel à ses services en espérant qu'il en aurait l'exclusivité. Comment un intermédiaire peut-il sur une seule et même tête réunir des intérêts parfois en totale opposition comme sont ceux des parties à l'acte ? Comment cet intermédiaire peut-il défendre les intérêts de son client le plus efficacement possible si lui-même est directement intéressé ? Similaires en ce qui concerne l'intégrité de l'intermédiaire, ces deux questions méritent pourtant une étude séparée. D'abord, il faut s'interroger sur la possibilité d'un double lien d'intermédiation (1), ensuite sur celle d'un intermédiaire contrepartiste (2).

1. L'exécution loyale à l'épreuve de la double intermédiation

266. A propos du double mandat, il faut noter, et c'est là un préalable nécessaire, que cette question est distincte de celle des procurations multiples conférées au même intermédiaire. La pratique qui désigne un seul intermédiaire mais plusieurs intermédiaires est courante. Elle est valable en principe car il n'y a pas de risque majeur de conflit d'intérêts entre l'intermédiaire et chacun de ses clients. Hormis l'hypothèse d'un intermédiaire exclusif qui serait attaché au

- L'intermédiaire contractuel -

service d'un seul intermédiaire, cette pratique est donc assez répandue ; l'essentiel de la fonction d'intermédiaire est justement de soumettre une demande à une pluralité d'opérateurs avant de déterminer l'offre la plus adaptée. C'est là tout l'intérêt, par exemple, de s'adresser à un courtier en assurances qui établit le montage d'un dossier, en évalue les risques et le transmet à diverses compagnies pour obtenir des propositions qu'il transmettra à son client.

267. Concrètement, la pratique de double intermédiation ou de double mandat renvoie à des circonstances différentes. Il s'agit, pour l'intermédiaire, d'être à la fois mandataire de l'une et de l'autre partie, ce qui facilite la conclusion du contrat par la maîtrise de l'offre et de la demande. En apparence, sa tâche paraît facilitée et les intérêts de tous semblent ménagés. Cette pratique est toutefois prohibée, en ce qui concerne les agences de publicité, par l'article 21 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Ce texte dispose que « *le mandataire mentionné au premier alinéa de l'article 20 ne peut ni recevoir d'autre paiement que celui qui lui est versé par son mandant pour la rémunération de l'exercice de son mandat ni aucune rémunération ou avantage quelconque de la part du vendeur* ». Partant de ce seul texte et dans le silence du Code civil à ce sujet, il semble délicat de généraliser un principe de prohibition du double mandat en dépit de l'impératif de loyauté que le contrat d'intermédiaire exige.

268. Pourtant, pour mettre en avant la difficulté qu'il peut y avoir à admettre le mandat double, il est nécessaire de soumettre l'hypothèse à l'épreuve suivante :

Soit un agent immobilier A, chargé par Monsieur X de vendre une maison pour un prix estimé entre 100 000 euros et 110 000 euros. L'agent dispose d'un mandat de vente et s'il veut défendre au mieux les intérêts de son mandant, il tentera d'obtenir de l'acquéreur qu'il paye le bien au prix fort.

Supposons maintenant que ce même agent immobilier ait un mandat d'acheter, conféré par M. Y, loueur professionnel, à la recherche de bonnes opérations immobilières et fidèle client de l'agence A. Comment régler cette opposition d'intérêts ? Si A entretient des relations d'affaires avec Y, sa tentation sera grande de céder l'immeuble au prix de 100 000 euros, lésant ainsi X de 10 000 euros. Si A privilégie le vendeur X, alors Y n'aura pas réalisé la bonne affaire qu'il espérait et qui l'a incité à donner mandat. Enfin,

- L'intermédiaire contractuel -

si l'agent A, par acquit de conscience, décide de ne privilégier ni X, ni Y en vendant la maison pour 105 000 euros, il n'aura pleinement satisfait ni l'un, ni l'autre.

269. Manifestement, la pratique du double mandat semble poser des problèmes inextricables en ce sens qu'elle facilite la réalisation de présentation des parties mais dans des conditions de loyauté qui peuvent sembler douteuses. Curieusement pourtant, le Code civil ne dit mot sur le sujet et la doctrine ne se prononce généralement que de manière assez succincte. Si quelques-uns estiment que « rien ne s'y oppose en principe »⁴⁵², d'autres avouent toutefois leur hostilité ou tout du moins leur « réticence » à l'égard du double mandat⁴⁵³. Certains auteurs marquent une position plus nette encore : ils envisagent l'hypothèse sous l'angle d'une « incapacité spéciale ». Au nom de l'obligation de loyauté, le double mandat, comme la contrepartie, serait sous la menace de la nullité⁴⁵⁴. Pourtant, cette opinion, qui s'appuie sur un arrêt relatif à la contrepartie, laquelle est, en l'occurrence, spécialement frappée de nullité en matière de vente, est en rupture par rapport au droit positif. La jurisprudence admet le double mandat. Dès lors, et assez logiquement, puisqu'il ne devrait pas y avoir de nullité sans texte, la sanction ne peut se situer sur le terrain des nullités mais sur celui de la responsabilité, ce qui suppose la démonstration d'un préjudice⁴⁵⁵.

270. Les tribunaux ont admis très tôt la pratique du mandat double, notamment pour les intermédiaires professionnels, dès l'instant où il a lieu de bonne foi. Par un arrêt rendu en 1860⁴⁵⁶, la Cour de cassation a admis la double représentation en l'absence de dol, de fraude ou de collusion. En l'espèce, l'intermédiaire était à la fois commissionnaire de l'assuré et mandataire de l'assurance. Ce double mandat, car il y a bien mandat *inter partes* dans le contrat de commission, n'est donc pas nul en tant que tel. Au contraire, cette décision montre que la Cour entend lier cette pratique à la bonne foi au moment de la conclusion des mandats : les limites que constituent le dol et la fraude sont expressément évoquées. Il faut en déduire que de nouveau, l'intermédiaire a un devoir d'informer son futur client sur ses mandats en cours qui pourraient avoir un intérêt antinomique à celui qui serait sur le point d'être conclu. Pour reprendre l'exemple ci-dessus développé, A devrait alors informer X de ses relations

⁴⁵² En ce sens, M.Planiol et G.Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI, *op.cit.*, n°1446 p.876.

⁴⁵³ Voir H, L, et J. Mazeaud *Leçons de droit civil* Tome III 2^{ème} volume, 5^è édition par de M.de Juglart n°1393 p.856 et F.Collart Dutilleul et Ph.Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, *op.cit.*, n°646.

⁴⁵⁴ Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *op.cit.*, n°566, citent Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1988 : *Bull.civ.I*, n°341 ; *Defrénois* 1989, 760, obs. J-L. Aubert ; *Rev. Droit imm.*1989, 368, obs. crit.D.Tomasin.

⁴⁵⁵ Voir *infra* n°527

⁴⁵⁶ Cass.civ., 11 avril 1860 : *DP* 1860, I, 240, indiquant que « la loi ne prononce pas la nullité de plein droit de l'assurance faite par celui-ci, qui est à la fois le mandataire de l'assureur et le commissionnaire de l'assuré ».

- L'intermédiaire contractuel -

d'affaires habituelles avec Y, bien qu'un arrêt, au demeurant contestable, ait isolément reconnu la pratique comme licite alors qu'aucun des deux mandats ne mentionnait l'existence de l'autre⁴⁵⁷. En ce sens, la Cour de cassation a sanctionné, à juste titre, un agent commercial pour ne pas avoir informé son client, auquel il était lié depuis dix-sept ans, de la prise de participation majoritaire dans son capital accompagnée d'une entrée dans le conseil d'administration d'un de ses principaux concurrents⁴⁵⁸.

271. L'obligation de loyauté, qui se mêle à la notion de bonne foi dans l'exécution des conventions en général et dans le contrat d'intermédiaire en particulier, s'accommode donc assez mal de la pratique du double mandat. En particulier, même si l'intermédiaire a loyalement informé son client de sa double qualité, il doit encore multiplier les diligences en cours d'exécution des deux mandats. Il est nécessaire qu'il informe fidèlement et loyalement les deux intermédiaires sans distinction, sous peine de léser les intérêts de l'un au profit de l'autre.

272. A cette double condition de loyauté au moment de la conclusion et en cours d'exécution des contrats, la pratique du double mandat paraît alors admissible⁴⁵⁹. D'ailleurs, il est des domaines où elle est couramment pratiquée : certaines centrales ont la qualité de double courtier, les agences matrimoniales le sont nécessairement et les agents d'assurance notamment sont à la fois mandataires des compagnies et des assurés. Néanmoins, il faut cependant réserver l'hypothèse d'un texte spécial qui prohiberait le double mandat à l'instar de l'article 155 alinéa 1^{er} du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 relatif à la profession d'avocats⁴⁶⁰. Hormis les agences de publicité, frappées d'une interdiction de recevoir une double rémunération⁴⁶¹, ce qui prive assurément le double mandat d'intérêt, les intermédiaires ne semblent pas soumis à une restriction de cet ordre. Tout au plus trouve-t-on dans l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier une certaine réticence qui ne remet pas en cause la possibilité pour l'intermédiaire d'accepter un double mandat. Il est en effet prévu, au

⁴⁵⁷ Cass.civ.1^{ère}, 13 mai 1998 : *Bull.civ.* I, n°169 ; *RTDciv.*1998, 927, note P-Y Gautier ; *Defrénois* 1999, 366, note Ph. Delebecque. Cet arrêt, qui dispose qu'aucun texte ne fait obstacle à ce qu'un agent immobilier détienne un mandat d'un vendeur et un mandat d'un acquéreur, pour une même opération, est contesté par Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *op.cit.* n°566 qui indiquent qu'« un tel double mandat ne devrait pas produire effet ».

⁴⁵⁸ Cass.com., 30 novembre 2004, pourvoi n°02-17414 : *RJDA* 2005, n°541, p.448.

⁴⁵⁹ O.Padé, « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *RJcom.*, 2002, 339.

⁴⁶⁰ Ce texte, qui interdit expressément la double représentation, est évoqué pour mémoire car si les avocats sont parfois mandataires de leurs clients, ils ne sauraient véritablement être qualifiés d'intermédiaires.

⁴⁶¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, préc.

- L'intermédiaire contractuel -

sixièmement, que les prestataires de services d'investissement doivent « *s'efforcer d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, veiller à ce que leurs clients soient traités équitablement* »⁴⁶². Dans ce domaine particulier, où la surveillance des intermédiaires est particulièrement accrue, il apparaît donc clairement que le double mandat est possible mais doit s'exécuter loyalement. Il faut donc saluer une décision de la Cour de cassation qui a confirmé la condamnation par la COB d'un gestionnaire de portefeuilles de valeurs mobilières. L'intermédiaire avait effectué un certain nombre d'opérations dans un intérêt autre que celui du mandant ce qui a été jugé comme constitutif d'un abus de mandat⁴⁶³.

273. Cette jurisprudence raisonnable permet d'opérer une synthèse utile sur le sort d'une double-intermédiation : les mandats ne sont pas nuls mais sont encadrés par l'exigence de loyauté. Le même impératif semble contrarier la réalisation d'une opération dans laquelle l'intermédiaire serait contrepartiste. La naissance d'un conflit d'intérêts extrême entre l'intermédiaire et son client paraît empêcher la délivrance d'information loyale.

2. L'exécution loyale à l'épreuve de la contrepartie

274. Si le double mandat suscite nécessairement la méfiance, la contrepartie présente des risques encore plus importants de contrariété avec les intérêts de l'intermédiaire. En effet, dans ce dernier cas, l'intermédiaire détiendrait un intérêt personnel à l'affaire ce qui fait présumer qu'il risquerait naturellement de léser son client, sous peine de se desservir lui-même. Si un texte prohibe spécialement l'hypothèse en matière de vente (a), il faut s'interroger sur le sort des actes passés en général par un intermédiaire contrepartiste (b).

a. L'intermédiaire contrepartiste à une vente

275. L'article 1596 du Code civil dispose en ses alinéas 1 et 3 : « *Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : [...] les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre* ». Mais il n'y a pas d'argument valable pour cantonner cette règle, trace patente de la méfiance du législateur envers le régime

⁴⁶² Ce texte, aujourd'hui codifié, est issu de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 dite de modernisation des activités financières (Article 58).

⁴⁶³ Cass.com., 27 mai 1997 : *JCP*, G, 1997, II, 22930, note M.Storck ; *Rev. Dr. et Patrimoine* 1997, n°52, p.18, note B. Poullain.

- L'intermédiaire contractuel -

de la contrepartie, aux seules ventes judiciaires. Aussi, très logiquement la jurisprudence a-t-elle élargi la prohibition à l'ensemble des ventes amiables. La Cour d'appel de Paris par un arrêt du 12 novembre 1964 a décidé que l'interdiction formulée par l'article 1596 du Code civil s'appliquait à toutes les ventes et ne devaient pas être restreinte aux seules ventes aux enchères⁴⁶⁴. La Cour de cassation a confirmé cette application extensive⁴⁶⁵. Par conséquent, un intermédiaire, quelle que soit l'étendue de son mandat⁴⁶⁶, ne peut ni directement, ni par personne interposée, se porter acquéreur d'un bien appartenant à l'intermédiaire⁴⁶⁷.

276. Selon le texte même de l'article 1596, alinéa 1^{er}, du Code civil, l'opération qui dérogerait à cette règle serait frappée de nullité. On peut aisément supposer que cette nullité a vocation à protéger la seule personne du mandant : il s'agit par conséquent d'une nullité relative. Une remarque s'impose cependant : la nullité est classiquement la sanction d'un acte vicié au niveau de sa formation. Or, ce qu'on reproche au mandataire contrepartiste, c'est de ne pas exécuter loyalement sa mission. Certains ont pu écrire « qu'il y aurait de sa part un véritable détournement de pouvoirs »⁴⁶⁸ en ce sens que les pouvoirs qui ont été confiés au mandataire ont été utilisés à des fins autres que celles prévues. Dans ce cas précis, dans lequel l'intermédiaire profite de l'aubaine qui peut s'offrir à lui, l'acte en cause est tellement grave qu'il ne peut être sauvé. C'est le principe même de déloyauté qui doit être sanctionné, ce dont témoigne un arrêt dans lequel il a été jugé que même si le mandataire acquiert le bien au prix demandé par le mandant, l'opération peut être frappée de nullité⁴⁶⁹. Cela démontre bien que le fondement de la prohibition est détaché de l'idée d'un dommage. La confiance que l'intermédiaire a placée dans l'intermédiaire est réellement mise en danger dans l'hypothèse d'une contrepartie réalisée à l'occasion d'une vente. En effet, les intérêts du mandataire paraissent difficilement protégés lorsqu'en parallèle, l'intermédiaire peut réaliser, par l'ascendant que sa situation de conseil lui octroie, une bonne opération. Ce conflit apparaît clairement dans un arrêt⁴⁷⁰, qui relate que deux agents immobiliers qui avaient créé un GIE en vue d'effectuer des opérations immobilières. Le GIE avait finalement acquis le bien pour 500

⁴⁶⁴ CA Paris, 12 novembre 1964 : *D.*1965, 415.

⁴⁶⁵ Cass.civ.1^{ère}, 2 octobre 1980 : *Bull. civ. I*, n° 241.

⁴⁶⁶ La Cour a en effet décidé que l'interdiction d'acheter s'appliquait aussi au mandataire qui ne disposait que d'un simple mandat d'entremise. V. Cass.civ.1^{ère}, 13 avril 1983 : *Bull.civ.I*, n°119 ; *D.*1984, 273, note E.Prieur.

⁴⁶⁷ Un arrêt a durci encore cette règle en interdisant au mandataire, en l'espèce un conseiller en placements financiers, chargé de recouvrer une créance, de se porter à acquéreur à la vente de l'immeuble du débiteur qu'il a diligenté pour le compte du créancier saisissant. V. Cass.civ.1^{ère}, 19 décembre 1995 : *Bull.civ.I*, n°474 ; *Contrats Conc. Consom.* 1996, n°57, note L.Leveneur.

⁴⁶⁸ A.Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op.cit., n° 933.

⁴⁶⁹ Cass.civ.1^{ère}, 27 janvier 1987 : *Bull.civ.I*, n° 32.

⁴⁷⁰ Cass.civ.1^{ère}, 13 avril 1983, préc.

- L'intermédiaire contractuel -

000 francs, tandis que le mandat initial fixait le prix à 600 000 francs. La vente a été annulée, par une application très extensive de l'article 1596 du Code civil, puisqu'il ne s'agit en l'espèce ni d'une vente aux enchères, ni d'un mandat de vendre, mais d'un mandat d'entremise. Cette démarche prétorienne est néanmoins parfaitement fondée dans la mesure où la circonstance de l'opération a clairement contrarié les intérêts de l'intermédiaire ; elle le serait d'ailleurs même si la vente avait été conclue au prix indiqué sur le mandat puisqu'il s'agit seulement de sanctionner le risque qui pèse sur toute vente dans laquelle l'intermédiaire se porterait contrepartiste.

277. Ainsi, plutôt que d'envisager *a posteriori* la responsabilité de l'intermédiaire, ce qui nécessiterait toujours la démonstration d'un préjudice, le législateur a pris les devants en énonçant une nullité aux vertus prophylactiques. Il y a donc un certain nombre d'intermédiaires qui sont concernés par cette prohibition, initialement liée à la vente, dont, notamment, les agents immobiliers. De la sorte, si en cours d'exécution du premier mandat, l'intermédiaire est tenté d'acquérir le bien - rarement directement, le procédé serait trop voyant - par personne interposée, le contrat peut être frappé de nullité en son entier. La Cour de cassation a récemment rappelé cette règle, en étendant la prohibition à l'hypothèse de l'interposition de personnes⁴⁷¹, dans une affaire où l'agence immobilière qui détenait le mandat non exclusif de vendre un immeuble avait fait parvenir un compromis signé par son propre gérant agissant au nom d'une SCI. Le vendeur avait écarté le compromis et accepté l'offre présentée par une agence concurrente. L'agence écartée, malgré la circonstance évidente de contrepartie, demande des dommages et intérêts pour avoir été privée de son droit à commission. La cour d'appel a fait droit à cette demande, en retenant qu'il y avait deux personnes juridiques distinctes, bien que leur dirigeant soit le même et qu'à supposer la nullité encourue, l'acquiescement du vendeur aurait confirmé l'acte. La cassation, prononcée aux vises des articles 1596 et 1338 du Code civil est logique. D'une part, l'opération révélait un acte de contrepartie illégal, malgré l'indépendance apparente des deux sociétés et d'autre part, la confirmation ne saurait ici être retenue, puisqu'elle « exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer », et que « la réalisation de ces conditions ne pouvaient résulter de la connaissance, avant la conclusion de l'acte, de l'identité de dirigeants de la société mandataire et de la société acquéreur ».

⁴⁷¹ Cass.civ.3^{ème}, 2 juillet 2008 : *RTDciv.* 2008, 674, obs.B.Fages ; *AJDI* 2009, 49, obs.M.Thioye.

- L'intermédiaire contractuel -

278. Plus largement, toute intermédiation qui entraîne la conclusion d'une vente est sans aucun doute incluse dans le périmètre de l'article 1596 du Code civil puisque le texte ne distingue pas selon la nature du bien à vendre, ni même selon la nature de la vente. Outre les agents immobiliers, sont donc concernés, les commissaires-priseurs et intermédiaires financiers. A ce sujet, la tumultueuse « Affaire Tapie » a d'ailleurs permis à l'Assemblée plénière de se prononcer, entre autres choses, sur la contrepartie et d'estimer que « *les banques ont commis des fautes en se portant cessionnaires des parts qu'elles avaient pour mandat de céder et en manquant à leur obligation d'informer loyalement leur mandant* »⁴⁷². Pour autant, la sanction de ce comportement a été trouvée dans le droit de la responsabilité, non pas dans la théorie des nullités, ce qui fait qu'une plume autorisée ait pu justement en déduire « qu'à la limite, on pourrait se passer de l'article 1596 et ne retenir que l'article 1134, alinéa 3 »⁴⁷³. Dans ce cas, l'hypothèse d'une contrepartie sujette à sanction serait largement élargie.

279. En effet, la nullité n'est pas la seule sanction de la vente réalisée au profit d'un intermédiaire contrepartiste. Une décision illustre fort bien que la nullité de l'acte peut se doubler d'une condamnation de l'intermédiaire à des dommages et intérêts⁴⁷⁴. En l'espèce, la venderesse a obtenu une indemnisation de 40 000 francs sur le fondement d'une « *perte de revenus* » et l'annulation de la vente sur le fondement de l'article 1596 du Code civil. En outre, certaines mesures de police professionnelle viennent alourdir les conséquences de la situation déloyale qu'engendre la contrepartie. Ainsi, par exemple l'article 18 du décret n°64-399 du 29 avril 1964 sur les courtiers de marchandises assermentés dispose : « *à peine de radiation définitive de la liste, le courtier assermenté chargé de procéder à une vente publique ou qui a été requis pour l'estimation de marchandises déposées dans un magasin général ne peut se rendre acquéreur pour son compte des marchandises dont la vente ou l'estimation lui a été confiée* ». Cet intermédiaire, outre la nullité de l'acte en cause, risque donc de mettre en péril son activité professionnelle si l'envie lui prenait de se réserver la primeur de la vente de marchandises qu'il aurait lui-même estimées. Mais, l'activité des intermédiaires ne pouvant se résumer aux seules ventes, il est permis de s'interroger sur le sort de ces actes, qui, lorsqu'il y a contrepartie, paraissent tout autant déloyaux.

⁴⁷² Cass. Ass.Plén., 9 oct. 2006 : *D.* 2006, 2525, obs. X. Delpech et 2933, note D. Houtcieff ; *D.* 2007, 753, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *JCP G* 2006, II, 10175, note Th. Bonneau ; *RTDciv.*2007, 115, obs.J.Mestre et B.Fages ; *RTDciv.*2007, 145, obs.P-Y Gautier.

⁴⁷³ P-Y Gautier, note précitée sous Cass. Ass.Plén., 9 oct. 2006.

⁴⁷⁴ Cass.civ.1^{ère}, 13 avril 1983, préc.

b. L'intermédiaire contrepartiste à un acte autre qu'une vente

280. De manière plus générale, il convient de raisonner sur la contrepartie dans des opérations autres que la vente : *quid* de l'intermédiaire qui réalise lui-même une prestation pour laquelle il devait rechercher un cocontractant ? Il s'agit là d'une forme de contrat avec soi-même. L'intermédiaire dispose à la fois d'un pouvoir de l'intermédiaire et se glisse dans le rôle de l'intermédiaire. Même en dehors de toute vente, l'opération est fort dangereuse car elle risque de trahir les intérêts du client. Il est donc difficilement possible de justifier les tentations de spéculations qu'engendrerait la pratique dans un contrat aussi fortement marqué d'*intuitus personae*. En conséquence, outre le cadre stricte de l'article 1596 du Code civil, dont la jurisprudence n'a pas encore tiré de principe général, il importe d'affirmer clairement qu'à défaut d'être prohibée, la double intermédiation doit être contrôlée, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Mais, hormis ce texte qui incite les contractants à exécuter les conventions de bonne foi, il n'y a pas de texte général qui limite la contrepartie en matière d'intermédiation⁴⁷⁵. La Cour de cassation s'est même montrée réticente à prononcer la nullité d'une opération de ce genre sur le fondement de l'article 1131 du Code civil⁴⁷⁶.

281. Toutefois, un auteur a récemment pris position pour une extension de l'interdiction de la contrepartie dans le mandat. S'il convient que les textes ne militent pas en faveur d'une telle position, il note avec justesse que « la raison d'être de la suspicion subsiste, quelle que soit la nature de la convention conclue par le mandataire »⁴⁷⁷. Pour autant, même si l'on admettait que l'intermédiaire est tenu d'une obligation de loyauté, le conflit d'intérêts qu'il a provoqué par sa propre faute devrait entraîner une réparation au profit de l'intermédiaire, dans la mesure du préjudice subi. Il ne s'agirait pas d'une nullité, à défaut d'un texte spécial.

⁴⁷⁵ Jusqu'à l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 existait une disposition spéciale, en matière de courtage, qui visait la contrepartie. Ainsi l'article 7 de la loi du 18 juillet 1866, loi abrogée et remplacée par le décret précité, n°64-399, du 29 avril 1964, dont ce seul article a survécu, disposait que « *tout courtier qui sera chargé d'une opération de courtage pour une affaire où il avait un intérêt personnel, sans en prévenir les parties auxquelles il aura servi d'intermédiaire, sera poursuivi devant le Tribunal de Police correctionnelle et puni d'une amende de 25000 francs, sans préjudice de l'action des parties en dommages-intérêts [...]* ».

⁴⁷⁶ Voir Cass.civ.1^{ère}, 29 novembre 2004, inédit, pourvoi n°01-14256. En l'espèce, le mandataire, chargé par une société de l'aider dans un montage foncier nécessitant l'acquisition d'un terrain indivis était lui-même un co-indivisaire. Cela constituait une forme de contrepartie. Une fois sa mission remplie, la commission lui est refusée et la Cour d'appel de Versailles estime que le mandat est nul pour absence de cause. Cette décision est cassée au visa de l'article 1131 du Code civil, la Cour de cassation estimant que la cour n'a pas recherché si la qualité de tiers à l'opération de l'intermédiaire, constitutive d'un simple mobile qui avait déterminé le choix de ce mandataire, avait en l'espèce été érigée en cause par la volonté des parties.

⁴⁷⁷ P-F Cuif, « Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTDcom.* 2005, p. 1 et s. et spéc. n°14.

282. Mais les magistrats ont la possibilité d'étendre l'application de l'article 1596 du Code civil, notamment au contrat de commission. La jurisprudence commerciale a très tôt fait œuvre créatrice dans ce domaine, notamment en donnant au commettant le droit d'agir en nullité de l'opération et en restitution des sommes payées⁴⁷⁸. Certains auteurs ont toutefois souligné que la convention sur la contrepartie peut être admise si le commissionnaire dispose d'ordres impératifs de la part du commettant⁴⁷⁹, circonstance, qui, on doit bien l'admettre, ôte toute suspicion de conflit d'intérêts⁴⁸⁰. Il est vrai que cette extension du mandataire au commissionnaire paraît naturelle, puisque le Code de commerce lui-même renvoie aux dispositions du Code civil pour ce qui concerne les obligations des parties. Parvenir à la généralisation de l'interdiction à l'ensemble des actes de l'intermédiaire serait une traversée du Rubicon. Au mieux, à l'image de ce qu'énonce l'article 15-2 de la loi du 16 juillet 1984, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, modifié par l'article 7 de la loi du 6 juillet 2000, le législateur peut contrôler la délivrance d'une licence d'agent sportif en prévoyant une incompatibilité avec les fonctions de directeur ou d'encadrement sportif. La proposition de loi relative au statut des agents sportifs⁴⁸¹ envisage d'aller plus loin en interdisant à un ancien agent d'exercer une fonction dans un organisme de sport professionnel s'il possède encore des liens avec son ancienne activité (article 3). De la sorte, le risque de contrepartie est clairement envisagé et sanctionné, notamment par la sanction qu'est le retrait de la licence (article 7).

283. On peut espérer, pour conclure, que plane sur l'intermédiaire un esprit de loyauté qui lui interdit moralement certaines opérations de contrepartie⁴⁸². Plus généralement d'ailleurs, un illustre auteur avait écrit, à propos du représentant, qu'« un devoir de loyalisme l'attache aux intérêts de celui qu'il sert »⁴⁸³. L'avant-projet Catala préfère interdire au représentant tant le double mandat que la contrepartie ; la première réserve posée par l'article 1120-1 alinéa 1^{er} de

⁴⁷⁸ Notamment Req., 28 mars 1904 : *D.*1905, 1, 65, note L.Lacour.

⁴⁷⁹ G.Ripert et R.Roblot, *Traité de Droit commercial*, Tome 2, *op.cit.*, n° 2649. Dans le même sens, G.Brulliard et D.Laroche, *Précis de droit commercial*, Puf, 7^{ème} éd., 1970, n°761.

⁴⁸⁰ De même que la stipulation contractuelle qui autorise expressément le commissionnaire à se porter contrepartiste. En ce sens D.Houtcieff, *Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit, op.cit.*, n°751.

⁴⁸¹ Proposition de loi déposée à l'Assemblée Nationale le 9 février 2005, préc.

⁴⁸² En ce sens, D.Veaux, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *op.cit.*, n°10 et M.Planiol et G.Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI, 2^{ème} éd., par A.Rouast, R.Savatier, J.Lepargneur et A.Besson, LGDJ, 1954, n°1466.

R.Savatier, *Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert*, tome XI, 2ème éd. 1954, n°1466.

⁴⁸³ R.Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.*1959, 47.

l'avant-projet Catala concerne une autorisation légale ou judiciaire. La seconde est inscrite dans l'alinéa suivant, où il est fait mention de l'autorisation du « représenté », terme qui, par extrapolation, concerne tous les intermédiaires. En effet, l'influence de la volonté des parties ne doit pas être exclue, qu'il y ait ou non représentation, pourvu qu'elle soit librement exprimée. Elle permet au contraire de moduler le contrat, de le personnaliser par rapport au standard qui vient d'être décrit. En particulier, il est intéressant de voir que la liberté contractuelle s'exerce à la fois sur l'étendue des obligations en cours d'exécution et sur le maintien d'obligations à l'issue de l'exécution.

Chapitre 2. Les obligations modulables

284. Fondé en grande partie sur la confiance, le contrat d'intermédiaire est en conséquence malléable, pour s'adapter aux besoins de l'espèce. Il est opportun que les parties puissent en moduler les effets. A défaut d'exhaustivité, on se propose de relever quelques stipulations, parmi les plus fréquentes en matière d'intermédiation, dont l'objet est de modifier les obligations des parties. Il est apparu que, globalement, ces stipulations pouvaient avoir deux fonctions, d'ailleurs antinomiques. Les premières sont en effet le signe d'une confiance accrue dans la personne de l'intermédiaire (section 1), tandis que les secondes tendent à prévenir les risques qui découlent nécessairement d'une relation de confiance (section 2).

Section 1. Les marques d'une confiance renforcée

285. Lorsque l'intermédiaire souhaite totalement se décharger de la conclusion d'un acte parce qu'il place une confiance suffisante dans l'intermédiaire auquel il s'est adressé, il peut lui donner le pouvoir de conclure la convention avec autrui (§ 1). Parallèlement, l'intermédiaire qui entend être sûr de la bonne exécution du contrat qu'il projette s'expose souvent à l'incertitude. La clause de *du croire* lui permet alors de solliciter davantage son intermédiaire, qu'il connaît, pour pallier les risques d'inexécution contractuelle d'un futur partenaire. Cette clause, souvent utilisée, mérite une attention toute particulière en ce qu'elle durcit l'obligation

principale de l'intermédiaire mais témoigne encore de la confiance que l'intermédiaire lui porte (§2).

§ 1. La conclusion de l'acte par l'intermédiaire

286. Si la présentation d'autrui constitue sans conteste l'obligation principale de l'intermédiaire, les parties peuvent avoir décidé qu'à celle-ci s'ajoutait la mission supplémentaire de conclure l'acte pour le compte de l'intermédiaire. En effet, souvent, les intermédiaires disposent d'un pouvoir qui leur permet, outre de rechercher, prospecter et présenter un partenaire fiable, de signer directement la convention⁴⁸⁴. Certains, dont les commissionnaires, agiront en leur nom pour le compte de l'intermédiaire ; d'autres vont conclure la convention en qualité de mandataire de l'intermédiaire, c'est à dire en son nom et pour son compte. Pour autant, ce pouvoir ne constitue pas en tant que tel une obligation caractéristique du contrat d'intermédiaire, sauf à ce que les parties aient expressément considéré que celle-ci était essentielle. On en veut pour preuve le courtage. Les courtiers sont des entremetteurs au sens strict car ils se contentent de présenter les cocontractants : ils sont plus rarement dotés de pouvoir de conclure l'acte. Pour autant, ce sont des intermédiaires à part entière, qu'ils disposent ou non d'un mandat accessoire. Ainsi par exemple, le courtier d'assurances est un intermédiaire. D'ailleurs, le Code des assurances vise désormais au sens large les « intermédiaires d'assurance » sans distinction (article L.500 et s.). La stipulation qui lui attribue le pouvoir de conclure une police d'assurance idoine au nom et pour le compte de son client ne constitue qu'un accessoire de confort. Elle ne participe pas à la qualification d'intermédiaire mais contribue à faciliter la vie du client. Toutefois, rien n'empêche le donneur d'ordre de considérer que cette délégation de pouvoir est caractéristique du contrat : si elle est ainsi nommée, alors la réussite de l'opération qui conditionne le droit à commission de l'intermédiaire ne se suffira pas de la seule présentation d'une compagnie. S'il veut être payé, l'intermédiaire devra remplir sa mission jusqu'à son terme, c'est à dire non seulement renseigner le client, lui trouver un partenaire conforme à ses attentes et souscrire pour lui un contrat.

287. A ce stade du raisonnement, on comprend que la mission commune des intermédiaires peut être étoffée par référence à un pouvoir de conclure des actes pour le compte de leurs

⁴⁸⁴ Sur la distinction entre le pouvoir *stricto sensu* et le pouvoir d'entremettre, voir *supra* n°144 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

clients. La procuration doit naturellement respecter les conditions de validité qui gouvernent l'activité en cause ou l'acte envisagé⁴⁸⁵. Certains pouvoirs sont prévus par les usages⁴⁸⁶, d'autres devront être expressément mentionnés par écrit, notamment pour la gestion de portefeuille⁴⁸⁷. Ils investissent en tout état de cause l'intermédiaire d'une prérogative qui peut heurter la théorie de l'autonomie de la volonté autant que l'effet relatif des conventions puisque l'intermédiaire se trouve ainsi mêlé, de façon variable, ce qu'on étudiera dans une seconde partie, à un contrat auquel il n'a pas personnellement consenti. En tous les cas, la volonté de l'intermédiaire, qui a délégué un pouvoir, est signe d'une confiance. De la même façon, la clause de *ducroire*, qui sollicite un peu plus l'intermédiaire que d'ordinaire, est également une marque de la foi que son client place en lui.

§ 2. La clause de *ducroire*

288. La mission substantielle de l'intermédiaire consiste à trouver un partenaire contractuel à l'intermédiaire. Si l'on a eu l'occasion de préciser que sa démarche nécessite une information efficace sur autrui⁴⁸⁸, l'on sait que l'intermédiaire n'est pas tenu de garantir l'exécution de sa prestation par l'intermédiaire. Cependant, il est possible de modifier ces règles en obtenant de l'intermédiaire qu'il se porte *ducroire* (A). En pratique, on remarque alors que cet engagement s'accompagne d'une hausse de rémunération (B).

A. L'engagement de *ducroire* de l'intermédiaire

289. L'engagement de *ducroire* engendre nécessairement un alourdissement de l'obligation principale de l'intermédiaire. Dans la mesure où peu de dispositions légales présument qu'un intermédiaire se porte *ducroire*, il est par conséquent nécessaire que l'intermédiaire manifeste spécialement sa volonté (1). Certains se sont alors interrogés sur la portée de cet engagement qui reste encore incertaine (2).

⁴⁸⁵ Voir *supra* n°s 47 et s.

⁴⁸⁶ Ainsi, la jurisprudence a admis l'usage ayant cours pour le marché du riz au Havre par lequel le courtier pouvait signer seul le contrat dès lors qu'il avait trouvé un partenaire qui acceptait l'offre formulée par le client. Cass. req., 29 décembre 1924 : *Gaz. Pal.* 1925, 1, 522 et Cass. req., 27 juin 1933 : *Gaz. Pal.* 1933, 2, 594, cités par G. Durantou, *Rép. com.* Dalloz, v° Courtiers, 1999, n°61.

⁴⁸⁷ L'écrit est exigé par l'article L.533-10 du Code monétaire et financier. Voir *supra* n°53.

⁴⁸⁸ Voir *supra* n°s 252 et s.

1. La volonté de se porter ducroire

290. Par principe, l'intermédiaire ne répond pas de la solvabilité financière des éventuels partenaires⁴⁸⁹. Par exception, s'il accepte de se porter ducroire, l'intermédiaire répondra de la bonne exécution du contrat auprès de l'intermédiaire. Cet engagement ne doit pas être confondu avec la garantie de bonne fin, stipulation qui conditionne le paiement de la commission à la réalisation effective de l'opération⁴⁹⁰. Nécessairement, la clause de ducroire est beaucoup plus contraignante pour l'intermédiaire. Elle déroge à la règle qui lie d'ordinaire le paiement de la commission à la réussite de l'opération d'intermédiation⁴⁹¹. Il est donc logique que l'existence d'un engagement de ducroire ne se présume pas⁴⁹².

291. Quant au domaine de l'engagement de ducroire, il faut relever qu'en théorie, il peut concerner n'importe quel intermédiaire⁴⁹³. On doit toutefois réserver le cas particulier du courtier matrimonial - pour lequel cette stipulation n'aurait aucun sens - et de l'intermédiaire en opérations de banque – soumis initialement au régime impératif de la loi de 1984 qui lui interdit de se porter ducroire⁴⁹⁴. En pratique, toutefois, la clause est plus fréquente parmi les commissionnaires. Elle est d'ailleurs si commune qu'elle semblerait même *a priori* en constituer l'unique illustration. Le langage courant assimile en effet ducroire et commissionnaire. Il suffit pour s'en convaincre de relever la définition du mot ducroire : « engagement par lequel un commissionnaire garantit son commettant contre les risques d'insolvabilité de l'acheteur »⁴⁹⁵. Néanmoins, rien n'interdit à un simple courtier de se porter ducroire, pourvu qu'il accepte un tel engagement, qui ne se présume pas⁴⁹⁶. Il en résulte que si l'intermédiaire n'a pas la qualité de commerçant, l'engagement de ducroire devra être prouvé à son égard selon les règles du droit civil. En revanche, si l'intermédiaire est commerçant, la

⁴⁸⁹ Il commettrait toutefois une faute en présentant à l'intermédiaire un partenaire notoirement insolvable. En ce sens notamment, P.Puig, *Contrats spéciaux*, Hypercours, Dalloz, 3^{ème} éd., 2009, n°911.

⁴⁹⁰ A propos d'un agent commercial, voir Cass.com., 31 mars 1992 : *RJDA* 1992, n°817.

⁴⁹¹ V. *supra* n°174 et s.

⁴⁹² Versailles, 7 décembre 1987, *D.*1988, IR.50

⁴⁹³ En ce sens, P-Y Gautier, obs. sous TGI Versailles, 28 mars 2006 : *RTDciv.2006*, 576 et s., spéc.p.579. N.Dissaux, thèse précitée, n°1267.

⁴⁹⁴ La règle est posée à l'article 65 al.1^{er} de la loi n°84-46 du 24 janvier 1984, devenu l'article L.519-1 du C.M.F.

⁴⁹⁵ *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, 40^{ème} éd., Le Robert, 2006, V° DUCROIRE.

⁴⁹⁶ En ce sens, Ph.Stoffel-Munck, note sous TI Pau, 26 février 2004 : *Comm.com électr.2004*, com.33, qui, à propos du système conventionnel de garantie proposé par le site Ebay aux acheteurs, l'analyse en tant que mécanisme ducroire et s'interroge « Pourquoi ne pas permettre aux parties d'étendre le champ de ce mécanisme au cas du courtage ? », poursuivant plus loin, « d'autant qu'il s'agit d'intermédiation dans l'une et l'autre hypothèse ».

preuve de l'engagement de ducroire pourra toutefois être rapportée par tout moyen⁴⁹⁷, notamment lorsque le taux de commission est tel qu'il ne peut s'expliquer que par une convention de ducroire⁴⁹⁸ ou par référence à des usages particuliers dans certaines professions⁴⁹⁹. C'est là probablement une des raisons du succès du mécanisme de ducroire dans le contrat de commission commerciale⁵⁰⁰. La liberté de la preuve est un atout pour le commettant.

292. Il convient enfin de faire état de deux types particuliers d'intermédiaires : ils constitueront successivement une exception et une simple atténuation aux principes qui viennent d'être définis. D'abord, pour réfuter l'idée qu'il n'y a pas de ducroire imposé par la loi, les auteurs citent généralement le cas de courtiers assermentés près la Bourse de commerce de Paris⁵⁰¹. Ces courtiers font même l'objet d'un double engagement. L'article 8-2, alinéa 1, nouveau de loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, modifiée par la loi du 31 décembre 1987⁵⁰², leur impose de se porter ducroire tant à l'égard de l'intermédiaire que de l'intermédié.

293. Ensuite, il faut s'interroger sur la portée des articles L.132-4 et L.132-5 du Code commerce, dont on pourrait *a priori* penser qu'ils établissent aussi une sorte de ducroire légal. Ainsi, dans le domaine particulier de la commission de transport, l'intermédiaire n'aurait pas à démontrer l'engagement de l'intermédiaire pour obtenir qu'il se porte ducroire. En réalité, ces textes sont ambigus puisqu'ils prévoient que le commissionnaire est « *garant* » de l'arrivée et des éventuelles avaries de marchandises dans le délai déterminé, sous réserve de force majeure. Or, précisément, l'engagement de ducroire ne cesse pas du fait de la survenance d'un événement ayant les caractères de la force majeure. Par conséquent, il faut certainement se ranger à l'opinion selon laquelle il s'agit non pas d'un mécanisme de garantie

⁴⁹⁷ Aix-en-Provence, 23 novembre 1937 : *DH* 1938, 105.

⁴⁹⁸ Lire F.Gore, « Le commissionnaire ducroire », in *Le contrat de commission* sous la direction de J.Hamel, Dalloz, 1949, p.291 et CA Toulouse, 27 novembre 1869 : *DP* 1870, 2, 118, ainsi que P.Chauvel, *Rép.com. Dalloz*, V°Commissionnaire, 1999, n°147.

⁴⁹⁹ Chez certains commissionnaires par exemple, la preuve d'un engagement de ducroire peut résulter d'usages. Voir à propos d'un dépositaire distributeur de journaux, Rennes, 9 juillet 1974 : *JCP*, G, 1975, II, 17990, note R. Plaisant. Ph.Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, Bibl. de Droit de l'entreprise n°20, 1988, n° 273 cite par exemple l'usage applicable à Marseille en vertu duquel le commissionnaire vendeur est toujours ducroire dans les ventes de sucre (Aix, 29 avril 1866 : *J.Marseille* 1867, 1, 148) .

⁵⁰⁰ Le succès de l'engagement ducroire en matière de commission s'explique aussi par la qualité juridique du commissionnaire. Il agit en son nom et il lui est dès lors plus facile de traiter l'opération dans des conditions optimales et de mieux connaître l'intermédié. Il peut ainsi mesurer le risque encouru.

⁵⁰¹ Cités par Ph.Devésa, *op.cit.*, n°307. G.Ripert et R.Roblot, *Traité de droit commercial, op.cit.*, n°2654.

⁵⁰² Loi n°n°87-1158, *D.* 1988, p.78.

mais de responsabilité⁵⁰³. Le commissionnaire de transport ne subit donc pas de ducroire légal. Il peut néanmoins s'engager spécialement à garantir l'arrivée conforme de marchandises dans tous les cas. La doctrine toutefois s'interroge encore sur la nature de l'engagement de ducroire.

2. La nature de l'engagement de ducroire

294. Quelle qualité l'intermédiaire assume-t-il en se portant ducroire ? Plusieurs mécanismes semblent applicables⁵⁰⁴ : débiteur conjoint ou codébiteur, caution simple ou solidaire, garant à première demande, porte-fort ou même assureur. Il nous appartient de réfléchir au bien-fondé de ces qualifications avancées. Quant à la référence à l'obligation conjointe, il est nécessaire de l'exclure assez rapidement. Assurément, l'intermédiaire et l'intermédiaire ne sont pas codébiteurs puisque la dette à laquelle ils sont tenus n'est pas la même. L'engagement de l'intermédiaire présente un caractère accessoire. Un arrêt ancien avait donc admis qu'il s'agissait d'un cautionnement⁵⁰⁵, ce que la doctrine semble aujourd'hui contester⁵⁰⁶. On pourrait encore suggérer que le mécanisme de ducroire s'apparente à une promesse de porte-fort⁵⁰⁷. Il faut pourtant remarquer que le mécanisme de porte-fort ne permet pas au promettant d'exercer de recours contre celui dont il s'est porté fort. Par le refus de ratification, le tiers a renoncé à s'engager contractuellement. Au contraire, si l'intermédiaire s'exécute à la place de l'intermédiaire, il dispose d'un recours contre ce dernier. L'intermédiaire est nécessairement engagé contractuellement, soit avec l'intermédiaire, soit avec l'intermédiaire. Aussi le recours de l'intermédiaire est-il toujours possible : il a une nature personnelle quand l'intermédiaire devait agir en son nom, tel un commissionnaire. Il a une nature subrogatoire si l'intermédiaire devait seulement présenter un partenaire – ce qui correspond à un courtage -ou conclure l'acte au nom de l'intermédiaire.

295. Quant à la qualification d'assurance, certains s'y opposent farouchement, relevant que la convention de ducroire « n'est pas un contrat principal et n'exige pas la réalisation d'un

⁵⁰³ En ce sens, Ph.Pétel, *Les obligations du mandataire*, *op.cit.*, n° 260 et s., spécialement n°270.

⁵⁰⁴ Sur les controverses de qualifications, voir M. Cabrillac, Ch.Mouly, S.Cabrillac et Ph.Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis Litec, 8^{ème} éd., 2007, n°436 et Ph.Simler, Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2009, n°20. D.Hennebelle, « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP*, E, 2000, 1366

⁵⁰⁵ Cass. Req., 6 mars 1935 : S.1935, 1, 210.

⁵⁰⁶ Ph. Simler, *Cautionnement et Garanties autonomes*, *op.cit.*, n°40 p.40.

⁵⁰⁷ P.Ancel, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, 1989, n°75 cité par Ph.Simler, préc.

- L'intermédiaire contractuel -

risque »⁵⁰⁸. L'argument est toutefois assez ambigu car il n'est pas certain que le contrat d'assurance soit nécessairement un contrat principal, pas plus qu'il n'exige la réalisation d'un risque. En règle générale, il est d'ailleurs plutôt un contrat accessoire au bien qui en fait l'objet. En outre, seule l'exigence d'un aléa est impérative, pas du tout celle de la réalisation d'un risque. En effet, si l'on est sûr que le risque se réalisera, il n'y a plus d'aléa. Pour autant, l'exclusion de la qualification d'assurance paraît justifiée, mais pour d'autres raisons. Notamment, l'intermédiaire a, dans une certaine mesure, la maîtrise de l'engagement qu'il prend puisqu'il a le pouvoir de choisir l'intermédiaire. Il peut donc limiter le risque en prenant tout renseignement utile sur sa solvabilité, quitte même à supprimer toute forme d'aléa. Ce travail supplémentaire de recherche sur autrui, doublé d'un engagement personnel de l'intermédiaire, mérite le paiement d'une commission supplémentaire, mais ne peut dès lors s'apparenter à une prime d'assurance.

296. Il semble en réalité bien difficile de se prononcer avec certitude sur la nature juridique de l'engagement de *ducroire*⁵⁰⁹, d'autant que malgré les hostilités de la doctrine, la jurisprudence est parfois amenée à rétablir la qualification de cautionnement⁵¹⁰. On retiendra donc en conclusion que l'intermédiaire qui se porte *ducroire* accepte un engagement supplémentaire : il devra s'exécuter si l'intermédiaire défaille. Cela signifie notamment que la convention ne se limite pas à garantir la solvabilité de l'intermédiaire⁵¹¹. L'intermédiaire peut donc solliciter de l'intermédiaire qu'il s'exécute au lieu et place de l'intermédiaire, sans avoir besoin de démontrer l'insolvabilité de ce dernier. L'intermédiaire *ducroire* se trouve privé de ce que l'on qualifie de bénéfice de discussion en matière de cautionnement.

297. S'il fallait trouver une qualification au mécanisme de *ducroire*, maintenant que l'on a exclu celles des propositions qui s'exposent à la critique, on retiendrait deux suggestions. D'abord, dans la mesure où l'intermédiaire peut être contraint de s'exécuter en première ligne, le mécanisme peut s'apparenter à une garantie à première demande. Certes, il y a peu de temps encore, cette garantie était considérée comme un engagement abstrait ; en conséquence, cette analyse se serait mal accordée de la situation de l'intermédiaire. Mais, récemment, la

⁵⁰⁸ G.Ripert et R.Roblot, *Traité de Droit commercial*, Tome 2, *op.cit.*, n° 2653.

⁵⁰⁹ Pour une qualification de l'engagement *ducroire* en institution originale, voir Ph.Pétel, *op.cit.*, n°259 p.167.

⁵¹⁰ A propos d'un VRP qui s'était porté *ducroire*, la Cour considère qu'il « *cautionne* » les ordres transmis à son employeur. Cass. soc., 25 novembre 1976 : *Bull.civ.V*, n°630, cité aussi de manière critique par Ph.Pétel, *op.cit.*, n°253.

⁵¹¹ En ce sens, Cass.com., 6 janvier 1981 : *JCP*, G, 1982, II, 19829, note J. Hémar ; Cass.com. 22 octobre 1996 : *D.* 1998, 511, note D.Arlie ; *Contrats Conc. Consom.* 1997, n°21 note L.Leveneur.

- L'intermédiaire contractuel -

Cour de cassation a affirmé qu'il s'agissait d'un engagement dont la cause réside dans l'intérêt économique du donneur d'ordre à la conclusion du contrat⁵¹². Dès lors, l'engagement du garant est toujours causé. Il s'oblige à son exécution quand bien même le contrat de base serait nul ou n'aurait jamais été conclu, ce qui est un point remarquable. Or, justement, si l'intermédiaire a intérêt à ce que le contrat soit exécuté, ce qui marque une similitude avec la cause de la garantie autonome, l'intermédiaire du croire n'est probablement pas tenu par son engagement si ce contrat est annulé. En effet, si l'intermédiaire n'est pas lié à l'intermédiaire, ni à l'intermédiaire, par suite d'une cause de nullité, il n'y a pas de raison que le mécanisme de du croire fonctionne, car, par définition, il s'attache à la solvabilité, au sens large, d'un client, donc d'un cocontractant. En conséquence, il demeure l'accessoire du contrat qu'il est censé garantir : si ce dernier tombe, il ne doit pas lui survivre. La parenté avec le mécanisme de garantie autonome est ainsi illusoire.

298. Reste alors à faire le lien avec la délégation de créance : l'intermédiaire (délégué) s'engagerait auprès de l'intermédiaire (délégataire) à payer la dette de l'intermédiaire (délégant). Il convient toutefois de prendre quelques distances par rapport au strict mécanisme de délégation tel que le Code civil l'envisage. En effet, l'article 1275 de ce code vise l'opération par laquelle « *un débiteur donne au créancier un autre débiteur* », ce qui en l'espèce constituerait une pure fiction. L'intermédiaire n'est en principe pas connu d'avance de l'intermédiaire et il faut admettre que l'engagement est volontairement anticipé par l'intermédiaire, qui, en se portant du croire, pourrait marquer son consentement tacite à la délégation. Cette réserve faite, il faut encore se placer dans la seule hypothèse de la délégation imparfaite, c'est à dire sans effet novatoire ; il ne s'agit pas pour l'intermédiaire-créditeur de se contenter de conserver l'intermédiaire comme seul débiteur. Au contraire, tout l'intérêt de la clause de du croire est qu'il ait deux débiteurs. Pour ce qui concerne les conditions de validité de l'engagement, on peut tout à fait admettre que la volonté de se porter du croire s'analyse comme une acceptation tacite, mais certaine, du délégué⁵¹³. En outre, la Cour de cassation a indiqué qu'il n'est pas nécessaire à la validité de l'opération que le délégué ait été débiteur du délégant⁵¹⁴ ce qui ôte un doute sur la compatibilité de ce mécanisme avec l'engagement de du croire, dans lequel, précisément, l'intermédiaire n'est pas en principe

⁵¹² Cass.com., 19 avril 2005 : *RTDcom*.2005, obs.D.Legeais ; *JCP*, E, 2005, 916, note J.Stoufflet.

⁵¹³ Pour un arrêt qui admet que le consentement du délégué puisse être tacite, pourvu qu'il soit certain, v. Cass.com., 16 avril 1996 : *D*.1996, 571, note Ch. Larroumet ; *D*.1996, som. 333, obs. L.Aynès ; *JCP*, G, 1996, II, 22689, note M.Billiau ; *Defrénois* 1996, 1018, obs. D.Mazeaud ; *RTDciv*.1997, 132, obs. J.Mestre.

⁵¹⁴ Cass.com., 21 juin 1994 : *Bull.civ.* IV, n°225 ; *JCP*, G, 1994, I, 3803, n°10, obs. M.Billiau ; *RTDciv.* 1995, 113, obs. J.Mestre.

- L'intermédiaire contractuel -

débiteur de l'intermédié. Quant aux effets de la délégation, le délégué qui s'oblige à payer la dette du débiteur-délégant souscrit un engagement nouveau et autonome (puisqu'on suppose que ladite délégation n'a pas d'effet novatoire), ce qui laisse subsister le lien primitif entre l'intermédiaire et l'intermédié. Le délégué n'est toutefois pas tenu si ce lien venait à disparaître, par nullité ou prescription, sans toutefois pouvoir opposer les exceptions tirées de ses rapports avec le délégant. L'intermédiaire est alors certain d'être garanti intégralement, indépendamment d'une éventuelle dette dont l'intermédié serait redevable envers l'intermédiaire. En revanche, d'une part l'intermédiaire qui s'est porté du croire entend pouvoir opposer à l'intermédiaire les exceptions liées à la créance de l'intermédié. D'autre part, rien n'interdit au délégué d'opposer au délégataire une compensation entre sa dette, issue de la délégation, et la créance qu'il tiendrait contre lui. Cette dernière remarque permet de mettre la délégation en adéquation avec le mécanisme de du croire, dans lequel l'intermédiaire peut être créancier de l'intermédiaire, solution opportune toutes les fois que sa commission ne lui a pas été intégralement versée. De la sorte, il est juste, et juridiquement fondé, qu'il puisse demander la compensation entre ce qu'il doit au titre de son engagement de du croire et ce qui lui est encore dû.

299. L'engagement de du croire semble pouvoir s'analyser en une délégation de paiement sans novation de débiteur, ce qui procure une garantie satisfaisante à l'intermédiaire, équivalente à une sûreté⁵¹⁵. Cet effet principal de la clause de du croire ne doit pas dissimuler un effet secondaire important. En effet, l'engagement du croire se manifeste souvent en tant que stipulation bilatérale puisqu'il entraîne également un accroissement symétrique de l'obligation principale de l'intermédiaire : ce dernier s'engage en effet la plupart du temps à rémunérer ce service supplémentaire⁵¹⁶.

B. La portée de l'engagement de du croire à l'égard de l'intermédiaire

300. La stipulation par laquelle l'intermédiaire s'engage à garantir à l'intermédiaire la bonne exécution du contrat se conçoit rarement sans contrepartie. En effet, celui qui accepte le risque que constitue le non-paiement de l'intermédiaire entend se faire payer pour cet

⁵¹⁵ Pour une étude globale, qui sans viser la clause de du croire, confirme la présente analyse, voir Ch.Lachière, « La délégation-sûreté », *D.*2006, 234, spéc. n°6.

⁵¹⁶ En ce sens, V°. DUCROIRE, *Vocabulaire juridique*, G.Cornu, Association H.Capitant, PUF 2004 : « *nom donné à la stipulation annexe aux contrats de distribution par laquelle un mandataire ou un commissionnaire garantit la solvabilité des clients, moyennant une augmentation de sa rémunération* ». Il faut cependant relever que la jurisprudence refuse de considérer *stricto sensu* ce mécanisme comme une garantie contre l'insolvabilité.

- L'intermédiaire contractuel -

engagement supplémentaire. Ce second aspect de la convention concerne donc l'intermédiaire. Le ducroire désigne aussi la « *prime accordée au commissionnaire qui répond des personnes auxquelles il vend la marchandise* »⁵¹⁷. Pour autant, le ducroire, on l'a vu, n'est pas l'apanage du contrat de commission. Tout intermédiaire est concerné. Ainsi, de manière fréquente, certaines centrales, moyennant un pourcentage supplémentaire de commission, acceptent de tels engagements. On peut notamment faire état de la clause suivante, relevée dans une thèse : « *L'affilié versera à la centrale, en contrepartie de l'engagement de celle-ci, vis-à-vis des fournisseurs, une commission de ...% calculée sur le chiffre d'affaires global du magasin, taxes comprises* »⁵¹⁸.

301. L'engagement ducroire de l'intermédiaire entraîne par conséquent le plus souvent une hausse de rémunération. La règle est assez logique puisque le contrat en question est un contrat synallagmatique. Il reste malgré tout à tempérer la portée de l'engagement de ducroire à l'égard de l'intermédiaire. En effet, les juges ont admis que le commissionnaire ducroire demeurait tenu par son engagement indépendamment du fait qu'il avait accepté de réduire sa commission au taux ordinaire⁵¹⁹. Il faut donc en déduire que la clause de ducroire n'a donc pas nécessairement une contrepartie financière. Il y a là d'ailleurs une différence notoire de régime avec la prime d'assurance⁵²⁰. Il suffit en effet que le contrat principal ait été conclu dans le but de réaliser une entremise à titre onéreux pour mériter la qualification d'intermédiation. La clause de ducroire, même gratuite a un effet obligatoire.

302. Les parties peuvent enfin estimer que l'engagement de ducroire constitue une obligation essentielle du contrat d'intermédiaire : à la vérité, cette hypothèse est rare encore qu'elle puisse s'avérer en matière de commission. En revanche, l'engagement supplémentaire consenti par l'intermédiaire l'est, le plus souvent, à titre onéreux. Ce surcroît d'engagement que l'intermédiaire confiant exige de lui a généralement un coût. L'étude qui suit concerne d'autres clauses fréquentes en matière d'intermédiation dont l'objet est de restreindre les libertés des parties ; un rapport de confiance nécessite souvent de prendre certaines précautions.

⁵¹⁷ *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007, op.cit.*, suite de la définition.

⁵¹⁸ M-E André, *Les contrats de la grande distribution, op.cit.*, n°290 p.142.

⁵¹⁹ Paris, 16 avril 1953 : *RTDcom*.1953, 724, obs. J.Hémard.

⁵²⁰ En ce sens, J.Hémard sous Paris, 16 avril 1953, précité.

Section 2. Les marques d'une confiance surveillée

303. Dans le contrat d'intermédiaire, particulièrement marqué par l'*intuitus personae*, il semble prudent d'anticiper sur d'éventuelles indécidatesses contractuelles. Il convient encore, au cas où la confiance cesserait, de limiter le contrecoup de la rupture, que celle-ci soit naturelle ou volontaire. Souvent, les parties prévoient donc des clauses qui encadrent leurs libertés pendant la durée de vie du contrat et qui parfois lui survivent. Notamment, elles souhaitent généralement qu'une exclusivité soit stipulée (§1), que le secret soit rendu obligatoire (§2) et qu'une obligation de non-concurrence soit imposée (§3).

§1. La clause d'exclusivité⁵²¹

304. La clause d'exclusivité stipulée dans le contrat d'intermédiation a pour vertu principale de garantir l'intermédiaire contre la concurrence d'un autre professionnel pour la même mission (A). Néanmoins, elle peut aussi se concevoir au bénéfice de l'intermédiaire qui souhaiterait être le client unique de l'intermédiaire (B).

A. L'intermédiaire exclusif

305. L'exclusivité ne se présume pas. Elle n'est pas de droit dans le contrat de mandat. En conséquence, elle doit être expressément stipulée dans le contrat d'intermédiaire pour produire son plein effet⁵²². L'exclusivité peut se définir de la manière suivante : « il y a exclusivité lorsqu'une personne s'engage à traiter certaines opérations en passant seulement par l'intermédiaire d'une autre »⁵²³. Dans la pratique, un certain nombre d'intermédiaires vont systématiquement solliciter de leurs mandants qu'ils s'engagent à ne pas utiliser les services d'un autre intermédiaire pour réaliser le même acte juridique. Ainsi, par exemple l'agent immobilier tentera-t-il d'obtenir du client vendeur qu'il souscrive une clause d'exclusivité lui assurant ainsi qu'il sera le seul à proposer le bien immobilier à la vente. Cet engagement est nécessairement contraignant pour le vendeur qui ne pourra pas vendre son bien sans passer par l'intermédiaire. S'il advenait que l'intermédiaire trouve personnellement un client, la commission serait nécessairement due à l'agent immobilier. La loi Hoguet a donc pris soin de

⁵²¹ Pour l'illustration de sa vigueur, en tout domaine, V.G.Parléani, « Les clauses d'exclusivité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.55.

⁵²² Sur la question en général, lire notamment M.F.Nicolas-Maguin, « Le mandat exclusif », *D.*1979, 265.

⁵²³ R. Plaisant, « Les contrats d'exclusivité », *RTDcom*, 1964, 1.

- L'intermédiaire contractuel -

limiter la durée de cet engagement d'exclusivité et de permettre aux parties d'y renoncer unilatéralement à l'issue d'un délai de trois mois⁵²⁴. Elle exige en outre que la stipulation d'exclusivité apparaisse en caractères très apparents, afin de protéger l'intermédiaire⁵²⁵.

306. De façon générale, il est bien entendu que le bénéfice d'une clause d'exclusivité constitue en soi une garantie supplémentaire de commission. Elle rompt en effet le lien entre la réussite de l'opération par les bons soins de l'intermédiaire et sa rémunération. Plus elle est étendue et plus la situation de l'intermédiaire est confortable. L'exclusivité peut être matérielle ou locale : si elle est matérielle, elle concernera un bien et si elle est locale, elle garantira un territoire déterminé à l'intermédiaire. On constate parfois des ruptures d'égalité entre les usages pratiqués au sein d'une même profession. Ainsi, l'agent général d'assurance IARD bénéficie toujours d'une exclusivité territoriale dont l'étendue est mentionnée dans son traité de nomination⁵²⁶. En revanche, l'agent général Vie doit négocier de gré à gré cette exclusivité⁵²⁷. Souvent, l'agent commercial bénéficie d'une clause d'exclusivité territoriale et matérielle, lui assurant que pour tel produit et sur telle étendue, il sera le seul à représenter l'intermédiaire ; dans ce cas, il est de jurisprudence constante qu'il a droit au paiement des commissions afférentes aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur, même si elles l'ont été sans son intervention⁵²⁸. Mais pour cette catégorie d'intermédiaires, la Cour de cassation n'a généralement pas le pouvoir d'interpréter seule le statut y afférant. En effet, il existe un statut uniforme des agents commerciaux de l'Union européenne puisque la directive n° 86/653 du Conseil du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, a été transposée en droit français par la loi du 25 juin 1991, relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, codifiée aux articles L.134-1 et s. du Code de commerce. C'est au travers des questions préjudicielles que la Cour de cassation apporte ainsi sa contribution à l'élaboration d'un régime communautaire des agents commerciaux. A la suite d'une question préjudicielle,

⁵²⁴ Plus précisément, l'article 78 alinéa 2 du décret du 20 juillet 1972, relatif à la mise en œuvre de la loi Hoguet, dispose : « *passé un délai de trois mois à compter de sa signature, le mandat contenant une telle clause (d'exclusivité) peut être dénoncé à tout moment par chacune des parties, à charge pour celle qui entend y mettre fin, d'en aviser l'autre partie quinze jours au moins à l'avance par lettre recommandée avec avis de réception* ».

⁵²⁵ Article 78 alinéa 1^{er} du décret précité. Pour une application, voir Cass.civ.1^{ère} 17 septembre 2003, inédit titré, pourvoi n° 01-01413.

⁵²⁶ Article 8 du décret n° 49-317 du 5 mars 1949 (JO 10/03/1949) relatif au Statut IARD, modifié par le décret n°66-771 du 11 octobre 1966 (JO du 16/10/1966).

⁵²⁷ Article 8 du décret n° 50-1608 du 28 décembre 1950 (JO du 31/12/1950) relatif au Statut Vie, modifié par le décret n°66-771 du 11 octobre 1966 (JO du 16/10/1966).

⁵²⁸ CJCE, 12 décembre 1996 : D.1997, 438, note J-M.Leloup et Paris, 8 novembre 2000 : D.2001, 232, obs. E.Chevrier.

la CJCE vient encore de contribuer à affiner les contours du droit à commission de l'agent exclusif⁵²⁹. A la question de savoir si, selon l'article 7.2 de la directive, un agent commercial chargé d'un secteur géographique déterminé a droit à une commission dans le cas où une opération commerciale a été conclue entre un tiers et un client appartenant à ce secteur, sans que le mandant intervienne de façon directe ou indirecte dans cette opération, elle s'est prononcée par la négative. Les ventes parallèles, opérées sans l'intervention ni de l'agent, ni du mandant, mais avec un tiers, n'ouvrent pas droit à commission. Hormis cette limite, la clause d'exclusivité place l'intermédiaire dans une situation très confortable ; il peut advenir que l'intermédiaire, en échange de l'exclusivité concédée, à moins que ce ne soit par précaution, exige d'être le seul client de l'intermédiaire. L'exclusivité, encore qu'elle soit le plus souvent stipulée au profit des mandataires, peut donc aussi profiter au mandant.

B. L'intermédiaire exclusif

307. La clause d'exclusivité stipulée au profit de l'intermédiaire n'est pas fréquente. Néanmoins, elle est juridiquement concevable et parfois utilisée. Il faut rappeler qu'une stipulation particulière est nécessaire, car aucune disposition légale ne prévoit d'exclusivité de droit en faveur d'un intermédiaire. Au contraire, certains textes autorisent l'intermédiaire à accepter sans autorisation la représentation de nouveaux mandants⁵³⁰. Il existe toutefois une limite : le devoir de loyauté qui pèse sur l'intermédiaire implique une obligation de non-concurrence. Accorder sa confiance à autrui suppose que l'on puisse compter sur lui. Il faut faire un rapprochement évident avec le double, voire triple ou quadruple, mandat. Cette pratique paraît tolérable lorsqu'elle n'est pas occulte⁵³¹ ; quoique les VRP ne soient pas des intermédiaires, ceux que l'on nomme mandataires « multi-cartes » l'utilisent loyalement. Les agents commerciaux qui représentent plusieurs maisons sont connus comme tels. A l'inverse, un intermédiaire ne doit pas pouvoir accepter de mandats avec des entreprises concurrentes du premier intermédiaire sans autorisation de ce dernier. Ainsi, si le domaine d'action de l'intermédiaire se limite à un secteur très concurrentiel, l'exclusivité de l'intermédiaire est de rigueur, à moins d'une autorisation contraire. Dans tous les autres cas, l'intermédiaire qui souhaiterait être le seul client de l'intermédiaire doit expressément le stipuler.

⁵²⁹ CJCE, 17 janvier 2008 (aff. 19/07, 1^{ère} Ch., Héritiers de Paul Chevassus-Marche c/ Danone)

⁵³⁰ Voir l'article L 134-3 du Code de commerce relatif aux agents commerciaux.

⁵³¹ Voir *supra* n°266.

308. Evidemment, la stipulation d'une telle clause empêche l'intermédiaire de trouver d'autres partenaires : elle constitue une atteinte importante à la liberté d'exercice de son activité. Pour autant, il doit nécessairement conserver son indépendance : l'autonomie est en effet un élément fondamental de la définition de l'intermédiaire. La combinaison de ces deux règles ne semble pas si évidente. Il est difficile d'être attaché à un client unique et d'être libre. Certes, certains intermédiaires sont traditionnellement les mandataires d'un seul client. En particulier, on pense aux agents généraux d'assurance. S'il est en théorie possible à un agent général d'assurance de représenter plusieurs compagnies, les articles 3 des statuts IARD et Vie prévoient une exclusivité de production au bénéfice du premier intermédiaire⁵³². L'agent ne peut donc accepter de représenter des sociétés qui pratiqueraient les mêmes catégories d'opérations d'assurance, à moins d'une autorisation expresse de son mandant. Une jurisprudence ancienne, mais importante, avait autrefois affirmé qu'il y avait un « *certain rapport de réciprocité* » entre l'exclusivité de production et l'exclusivité territoriale⁵³³. Pourtant, si la remarque vaut pour l'agent IARD, elle ne tient plus en ce qui concerne l'agent Vie⁵³⁴.

309. En résumé, il est possible que l'intermédiaire impose une exclusivité à l'intermédiaire, dont l'étendue sera fonction de négociations contractuelles. Pour autant, celle-ci n'est pas la conséquence obligatoire d'une exclusivité qui lui serait également consentie. L'exclusivité peut donc être réciproque⁵³⁵, comme unilatérale, pourvu qu'elle ait été stipulée. Les usages

⁵³² V. l'article 3 du Statut IARD et l'article 3 du Statut Vie, précités. On remarque cette fois qu'à l'inverse de l'exclusivité territoriale, prévue au seul bénéfice de l'agent IARD, l'exclusivité de production à l'égard de l'intermédiaire est commune aux agents IARD et Vie.

⁵³³ Cass.civ.1^{ère} 28 octobre 1968 : *JCP*, G, 1969, II, 15837, note P.P. ; *RGAT* 1969, 176, note A.Besson ; *Grands arrêts du droit de l'assurance*, p.244, obs. C-J Berr et H.Groutel.

⁵³⁴ On remarque en effet qu'à l'inverse de l'exclusivité territoriale, prévue au seul bénéfice de l'agent IARD, l'exclusivité de production à l'égard de l'intermédiaire est commune aux agents IARD et Vie. On ne peut donc pas affirmer qu'il y a un corollaire nécessaire entre les deux formes d'exclusivité. Du reste, pour les agents généraux dont le traité de nomination est postérieur au 1^{er} janvier 1997, un nouveau statut a été adopté en commun par la FFSA (Fédération française des sociétés d'assurance) et la FNSAGA (Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance). Ce dispositif, adopté par le décret n°96-902 du 15 octobre 1996, supprime la référence de principe à l'exclusivité territoriale et conserve l'exclusivité de production. Cette circonstance doit achever de convaincre de l'autonomie des deux exclusivités. A propos de cette convention-cadre, le Conseil de la concurrence a refusé de considérer que les restrictions apportées aux activités accessoires des agents étaient anti-concurrentielles. L'exclusivité au profit des compagnies, qui a été renforcée, n'est donc pas constitutive d'une entente. Cons.conc., 2 juillet 2003, déc.03-D-30: *BOCCRF*, n°2003-12.

⁵³⁵ Par exemple, le contrat passé entre une centrale d'achat et un magasin affilié contient généralement une exclusivité réciproque : le magasin s'interdit l'approvisionnement auprès d'un autre intermédiaire d'achat tandis que la centrale s'engage à ne pas mettre ses services à la disposition d'un magasin similaire dans un périmètre déterminé. En ce sens, *Rép.com.*, V°Centrales et groupements d'achat, M.Soria, n°27.

- L'intermédiaire contractuel -

cependant permettent parfois de la présumer⁵³⁶. A l'inverse, la clause de confidentialité a traditionnellement pour fonction de protéger le seul intermédiaire.

§2. La clause de confidentialité

310. Il est communément admis que les intermédiaires, en tant que professionnels, ont une obligation de confidentialité⁵³⁷ (aussi nommée NDA, de l'anglais *Non Disclosure Agreement*) qui leur impose de ne pas dévoiler une information dont ils ont eu connaissance en raison de leur activité. L'agent matrimonial ne doit pas rendre public le fichier de ses clients, pas plus que l'agent immobilier n'est censé divulguer à des tiers l'identité d'un acquéreur. Mais les textes, hormis la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la Loi n° 2004-801 du 06 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, qui protège la divulgation de certaines informations à caractère personnel, ne se donnent pas la peine d'énoncer ce qui semble être aux yeux de tous une évidence. A la vérité, il y a quand même un domaine au moins où le législateur a jugé bon d'imposer une obligation au secret. Précisément, l'article L 511-33 du Code monétaire et financier pose un principe général de secret professionnel en matière bancaire. Les intermédiaires qui oeuvrent dans ce cadre sont donc légalement soumis au secret. Les règles de déontologie applicables aux avocats posent d'ailleurs, dans un domaine voisin de l'intermédiation, une exigence similaire⁵³⁸. Pour le reste, sous couvert de loyauté, on attend de ceux qui détiennent des informations dans le cadre de leur profession qu'ils ne les divulguent pas, ni pendant l'exécution du contrat, ni après, parce qu'en « s'interdisant d'accomplir de façon générale des actes contraires aux intérêts du créancier, le cocontractant est indirectement tenu au silence »⁵³⁹.

⁵³⁶ Encore qu'il ne s'agisse pas *stricto sensu* d'un usage, mais plutôt d'un corps de règles professionnelles, le règlement intérieur de la Fédération française des Syndicats de Courtiers de marchandises interdit au courtier de rechercher ou d'accepter une offre aux mêmes conditions pendant toute la durée de la négociation d'une offre assortie d'un délai. Cité par Ph. Devésa, *op.cit.*, n°306.

⁵³⁷ Sur la distinction sémantique mais la confusion en pratique des obligations de confidentialité, de non-divulgateur, de non-communication, de non-révélation, de secret et de discrétion, voir A.Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1^{ère} partie) », *Les Petites Affiches*, 7 août 2006, n°156, p.4, spéc. n°s 2 et 3.

⁵³⁸ Voir l'article 2.1 du Règlement intérieur national de la Profession d'avocat.

⁵³⁹ A.Latreille, précité, n°33.

- L'intermédiaire contractuel -

311. Néanmoins, il est certainement très dangereux pour un intermédiaire de confier à son mandataire des documents et des renseignements sans s'assurer, autrement qu'implicitement, de sa discrétion. Or, la difficulté des circonstances résulte de ce que précisément, le contrat d'intermédiaire « permet l'accès à une information »⁵⁴⁰, ce qui justifie que s'applique le conseil qu'a préconisé un auteur au maître de l'information, en général, de « moduler par contrat les modalités de la communication qu'il consent »⁵⁴¹. Car, si l'*intuitus personae* milite une fois encore en faveur de la confiance réciproque, il ne faut pas nier l'hypothèse d'un intermédiaire qui, bien qu'efficace, se révélerait indélicat. La référence au seul principe de loyauté en tant que garde-fou d'indiscrétions professionnelles ne peut assurément pas suffire. Il est donc fortement recommandé qu'un intermédiaire stipule une clause de secret précise qui vienne délimiter les contours du silence. A la vérité, c'est principalement à l'issue du contrat qu'on peut craindre que l'intermédiaire n'ait recours à des informations, en principe couvertes par le secret, pour conclure d'autres mandats.

312. Certes, la stipulation contractuelle qui maintient le secret à l'extinction du contrat n'est manifestement pas le propre des contrats d'intermédiaire⁵⁴². Pourtant, elle révèle un intérêt évident. Les indiscrétions qui risqueraient d'être commises peuvent concerner la vie privée de l'intermédiaire comme son activité professionnelle. Un individu peut souffrir que soit divulguée son inscription à une agence matrimoniale. Tel autre peut craindre qu'un agent commercial ne dévoile des modèles particuliers à la concurrence. Un autre peut redouter que soit dévoilé le montant de la commission qu'il entendait garder secret. Ainsi, les occasions d'indiscrétions sont nombreuses et variées. Or, si l'on peut tenter de réparer utilement une atteinte à la vie privée par le recours à l'article 9 du Code civil, en vertu duquel « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* », on s'aperçoit que la vie des affaires est au contraire mal protégée. Il y a toutefois l'article L.226-13 du Code pénal, qui dispose que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ». Il remplace le devoir de respecter le secret confié à certaines personnes (dont les médecins, les avocats et les prêtres), autrefois posé à

⁵⁴⁰ La formule est celle de M.Vivant, « Les clauses de secret » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.101, qui vise spécialement le contrat de courtage au n°22. Mais, comme l'intermédiaire s'oblige à livrer à l'intermédiaire toute information utile à la réalisation de sa mission, ce qu'on a nommé obligation de collaboration, voir *supra* n°163, il y a lieu d'étendre cette remarque à l'ensemble du contrat d'intermédiaire.

⁵⁴¹ P.Catala, « La "propriété" de l'information », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, n°29.

⁵⁴² Ph.Devésa, *op.cit.*, n°299, démontre déjà que cet aspect n'est pas spécifique au courtage, notamment par référence à M.Vivant, « Les clauses de secret », préc.

- L'intermédiaire contractuel -

l'article 378 du Code pénal et l'on peut même dire qu'il l'élargit, ne serait-ce que parce qu'il ne dresse plus la liste de ceux qui y sont assujettis. De la sorte, il est tentant d'en tirer un principe général pour admettre que l'intermédiaire qui divulgue un secret dont il a eu connaissance par l'exercice de son activité pourrait bien être pénalement sanctionné. Il est en effet légitime de souhaiter que la confidentialité des affaires soit une obligation imposée à tout intermédiaire, au titre d'une certaine déontologie qui justifie la confiance qui lui est accordée. Toutefois, dans la mesure où l'analyse de la portée de la nouvelle loi pénale à ce sujet est incertaine⁵⁴³ et dans la perspective d'ériger ce devoir en obligation post-contractuelle à la charge de l'intermédiaire, il convient de le stipuler expressément ; dans ce cas, une clause efficace de secret doit être la plus large possible. Il est nécessaire que l'intermédiaire s'assure du caractère confidentiel de chaque opération réalisée avec l'intermédiaire et qu'il impose ce secret à tout préposé ou collaborateur de celui-ci. Cependant, le résultat de cette mesure de précaution est incertain, car « en présence d'un moindre doute sur l'origine de la divulgation, l'incertitude bénéficie au débiteur »⁵⁴⁴. A ce titre, alors que le contrat d'agence commerciale en tant que mandat d'intérêt commun, implique l'obligation de confidentialité⁵⁴⁵, il a été jugé qu'un agent commercial n'est pas réputé avoir divulgué des modèles confidentiels du mandant en contractant simplement avec une société concurrente, condamnée plus tard pour contrefaçon de ces modèles, dès lors que la date de la contrefaçon est ignorée et que la société concurrente était également dirigée par un ancien employé du mandant⁵⁴⁶. Pour cette même raison, qui est liée à l'absence de preuve de l'auteur de la divulgation de l'information légitimement détenue, la Cour de cassation a estimé que la menace que représentait une femme, agent commercial, mariée à un ancien directeur commercial du mandant, désormais à la tête d'une société concurrente, ne justifiait pas sa révocation pour cause légitime en l'absence de faits répréhensibles⁵⁴⁷. Le développement des clauses de confidentialité n'a donc pas toujours un caractère probant ; on peut cependant espérer qu'une certaine déontologie au sein de la profession d'intermédiaire encourage et protège le secret. En revanche, il n'est pas utile, quoique l'hypothèse puisse se rencontrer, d'envisager une clause de discrétion à la

⁵⁴³ E.Gastinel, « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles – obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de L'institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.197 et s., spéc.p.205, qui estime que « la liste [...] semble toujours valoir ».

⁵⁴⁴ A.Latreille, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, 2006, n°157, p.4, n°135.

⁵⁴⁵ Montpellier, 2^{ème} ch., section A, 15 février 2000 : juris-data n°2000-124060, également cité par A.Latreille, préc., 1^{ère} partie, n°40.

⁵⁴⁶ Paris, 25^{ème} ch., section A, 5 octobre 1995 : juris-data n°1995 -023674, également cité par A.Latreille, préc., suite et fin, n°135.

⁵⁴⁷ Cass.com., 16 février 1993, inédit, pourvoi n°91-11899.

charge de l'intermédiaire. Généralement, la clause de non-concurrence ne concerne aussi que l'intermédiaire et permet à son client d'espérer se prémunir contre certains comportements discourtois.

§3. La clause de non-concurrence

313. « Etre quitté est pénible, être trompé l'est plus encore »⁵⁴⁸ : la clause de non-concurrence, si elle n'est pas le propre des contrats d'intermédiation, s'en accommode donc parfaitement car la confiance placée en l'intermédiaire peut faire craindre l'infidélité. Lorsqu'elle est stipulée à propos de l'exécution du contrat, elle se confond avec la clause d'exclusivité⁵⁴⁹. Il y a donc une volonté de protéger l'intermédiaire le plus souvent et parfois l'intermédiaire. Mais lorsqu'elle est prévue par anticipation d'une rupture dans le futur, elle reprend son autonomie. Dès lors, une fois le contrat exécuté ou résilié, subsiste encore cette clause qui garantit les parties contre un acte de concurrence.

314. L'intérêt de cette clause est donc d'empêcher que l'ancien partenaire contractuel ne se livre à une activité concurrente qui lui était parfois interdite par la clause d'exclusivité stipulée dans le contrat. Son originalité réside dans son effet : véritable mécanisme contractuel à retardement, la clause de non-concurrence est négociée dans l'avant-contrat et se déclenche à l'issue du contrat. Enfin, la clause de non-concurrence a une utilité autonome par rapport au droit de la concurrence. En droit interne, l'article 2 de la loi de finances n°63-628 du 2 juillet 1963 et l'article 1382 du Code civil permettent de sanctionner le préjudice résultant d'un comportement déloyal ou illicite entre concurrents ; mais, par exemple, si un démarchage de clientèle est constaté sans qu'il s'accompagne d'un acte déloyal, alors les magistrats refusent de le sanctionner parce qu'il est conforme au principe de la liberté du commerce⁵⁵⁰. A l'inverse, une clause de non-concurrence peut interdire efficacement le détournement d'une clientèle ; ainsi, elle permet de sanctionner toute forme de concurrence, qu'elle soit loyale ou non, ce qui lui confère une suprématie par rapport à la loi.

⁵⁴⁸ L'habile formule est empruntée à J-E Ray, *Droit du travail, Droit vivant, 2009/2010*, Liaisons, 18^{ème} éd. actualisée et augmentée, 2009, n°689.

⁵⁴⁹ Voir *supra* n°304 et s.

⁵⁵⁰ En ce sens, Cass.com., 24 octobre 2000 : *BRDA* 2000, n°21, p.12.

315. De surcroît, il faut souligner que la clause de non-concurrence, librement négociée entre les parties, ne peut être générale ni absolue. Elle doit être au contraire limitée dans le temps et dans l'espace. Elle constitue en effet une restriction notable au principe constitutionnel de la liberté du travail et d'entreprendre autant qu'une entrave à la libre circulation des biens et des services. Il y a là matière à faire un parallèle avec le contrat de travail. En effet, en ce domaine particulier, la Cour de cassation a, par trois arrêts retentissants rendus le 10 juillet 2002⁵⁵¹, imposé cinq conditions cumulatives d'efficacité des clauses de non-concurrence. Précisément, la clause doit : être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps, être limitée dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié, comporter une contrepartie financière. Si ces arrêts avaient été rendus sous le seul visa de l'article L.120-2 du Code du travail, nul doute qu'on aurait pu exclure *de facto* le contrat d'intermédiaire de leur domaine d'application. En effet, l'intermédiaire n'étant pas le subordonné de l'intermédiaire, les règles du droit du travail sont en principe exclues. Il y a là une différence notable avec les VRP, dont l'activité est parfois très proche ; ces derniers sont en effet protégés par une convention collective qui impose une indemnisation monétaire⁵⁵². Toutefois, dans la mesure où la Chambre sociale a visé le « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* », on peut se demander si, à ce titre, les clauses de non-concurrence que subissent les intermédiaires ne doivent pas dorénavant être accompagnées, notamment, d'une contrepartie financière. A ce jour, on peut pourtant penser que c'est le critère du lien de subordination qui justifie les précautions de la Cour de cassation⁵⁵³. Il n'y a pas de décision qui marque l'élargissement de la jurisprudence sociale au contrat d'intermédiaire. La contrepartie financière ne semble pas être, en la matière, une exigence. Toutefois, la clause de non-concurrence imposée à l'intermédiaire doit être mesurée.

316. En particulier, la clause de non-concurrence doit être limitée dans sa durée et il est possible de s'appuyer sur des textes spéciaux qui permettent d'en affiner les contours. Ainsi, par exemple, relativement aux agents commerciaux, l'article 134-14, alinéa 3, du Code de

⁵⁵¹ Sur le commentaire desquels, lire notamment Y.Serra, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, 2491. Egalement, J-E Ray, *Droit du travail, Droit vivant, op.cit.*, n°689 et A.Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2008, n°s 271 et s.

⁵⁵² Cass.soc., 10 mars 2004 : *JCP*, E, 2004, n°20-21, p.794.

⁵⁵³ Contra, Ch.Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*2003, 2878, spéc. n°s 3 et 4 où l'auteur indique que « ce cantonnement n'a rien d'évident » et constate que face à la similitude de situation entre le franchisé, gouverné par le franchiseur et le salarié. Il milite pour l'extension de cette jurisprudence, pour l'exigence d'une contrepartie financière au profit du franchisé et pour la suppression de cette clause lorsqu'elle porte atteinte à la liberté d'établissement du franchisé sans être indispensable à la défense des intérêts du franchiseur.

commerce fixe une période maximale de deux années. Issu de la loi du 25 juin 1991, que l'on sait d'ordre public, ce texte ne peut être qu'impératif ; mais le législateur a pris le parti d'ajouter un peu plus loin, à l'article 134-16 du même code, que toute clause contraire serait réputée non écrite. Toutefois, cette disposition spéciale n'autorise pas un raisonnement par analogie. On ne peut pas affirmer que la période qu'elle fixe constitue un délai de référence. Pour preuve, et dans le domaine voisin de l'intermédiation qu'est la distribution commerciale, l'article L.330-1 du Code de commerce énonce que la clause de non-concurrence ne peut excéder dix années. Face à de telles différences, il faut donc se garder d'augurer sur le sort des intermédiaires. En revanche, puisque le législateur n'a pas œuvré dans le domaine du mandat, en son sens le plus large, la notion de proportionnalité doit dominer le débat.

317. Cependant, le concept de proportionnalité⁵⁵⁴ est marqué par une évolution intéressante de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la Chambre commerciale a, dans un premier temps, considéré qu'« *une clause de concurrence ne saurait être déclarée licite aux motifs qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace [...] sans que soit recherché si cette clause [...] n'est pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat* »⁵⁵⁵. Mais la première Chambre civile a par la suite indiqué que « *ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 1131 du Code civil, la cour d'appel qui qu'une clause de non-concurrence est licite sans rechercher si cette clause était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger* »⁵⁵⁶. Il y aurait donc un léger flottement ; l'analyse de la clause de non-concurrence se rapporte-t-elle à la cause de l'obligation ou à l'objet du contrat ? Si l'on ne peut trancher la question avec certitude, il faut cependant convenir que l'évolution du droit des contrats, au travers de ce que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription⁵⁵⁷ préconise, marque l'essor du concept d'objet comme élément de régulation. Plus clairement, il apparaît que ce qui concerne un déséquilibre des prestations relève aujourd'hui davantage de l'objet plutôt que de la cause ; l'article 1122-2 de l'avant-projet Catala, qui ne dissimule pas d'ailleurs sa parenté avec les Principes Lando, en est l'exemple parfait. Intégré dans la section 3 relative à l'objet, il indique que « *la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition*

⁵⁵⁴ Sur lequel, notamment, la thèse de S.Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 335, 2000.

⁵⁵⁵ Cass.com., 4 janvier 1994 : D.1995, 204, note Y.Serra.

⁵⁵⁶ Cass.civ.1^{ère}, 11 mai 1999 : D.2000, som.312, obs. Y.Serra ; *Defrénois* 1999, 992, obs.D.Mazeaud.

⁵⁵⁷ Avant-projet Catala, préc.

- L'intermédiaire contractuel -

particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée ». La clause de non-concurrence ne peut pas, le plus souvent, être appréhendée au titre des clauses abusives pour ce qui concerne la relation intermédiaire-intermédiaire ; le rapport entre deux professionnels n'est pas surveillé. Il n'en reste pas moins possible de la confronter à la notion d'objet pour s'assurer de sa légitimité et de sa mesure. Cet article 1122-2 de l'avant-projet Catala pourrait aussi permettre de réviser, voire supprimer, la clause de non-concurrence sans contrepartie. Pour le moment, c'est en s'appuyant sur les concepts de cause de l'obligation ou d'objet du contrat, qu'un cocontractant peut espérer s'affranchir de la relation de confiance dans laquelle on entendait le maintenir de force.

CONCLUSION DU TITRE 2

318. La clause de non-concurrence, qui restreint la liberté de l'intermédiaire, institue cependant une sorte de loyauté post-contractuelle. Elle impose la survivance d'une relation privilégiée, marquée d'*intuitus personae*, avec un client. Mais, bien qu'il semble empreint de fraternité contractuelle, abondamment saluée à divers moments de son exécution (notamment au travers de l'obligation de collaboration de l'intermédiaire, du caractère proportionné de la commission, de l'obligation d'exécution loyale par l'intermédiaire, du respect du secret professionnel, de la fidélité contrôlée des relations d'affaires), le contrat d'intermédiaire ne saurait être utilement étudié sans être présenté sous des traits moins flatteurs. Parfois en effet, l'idylle prend fin. Il importe alors de s'assurer que la rupture soit libre en toute circonstance, car le maintien forcé d'une relation de confiance n'a assurément pas de sens. Si l'*intuitus personae* est un ciment qui permet d'exiger de l'autre un comportement plus solidaire qu'il ne l'est dans le droit des contrats en général, il porte en lui *ab initio* le signe d'une précarité.

Titre 3 : La précarité du contrat d'intermédiaire

319. Lorsque le contrat d'intermédiaire prévoit un objet unique, comme la vente d'un bien, la souscription d'un contrat d'assurance ou la rencontre avec un partenaire défini, le professionnel reste tenu de ses obligations tant qu'il n'a pas rempli sa mission, à moins qu'il soit soumis à un délai particulier pour s'exécuter. La réussite de l'intermédiation, qui est nécessairement un événement futur aléatoire, prive le contrat d'objet. Ainsi, le contrat prend fin s'il a utilement livré ses effets ou encore s'il est parvenu à son terme sans être exécuté. Le jeu d'une clause résolutoire entraîne aussi la rupture du lien contractuel. Mais, ce qu'il y a de plus original dans le contrat d'intermédiaire a trait à l'*intuitus personae* qui l'a scellé et qui pourtant le menace. D'une part, le contrat ne survit pas en principe au décès d'une de ses parties (chapitre 1). D'autre part, chaque cocontractant dispose d'un droit discrétionnaire de vie ou de mort sur le contrat (chapitre 2).

Chapitre 1. La clause tacite de rupture du contrat liée à la mort d'une des parties

320. Chaque contrat offre aux parties le loisir de stipuler que le décès de l'une d'elles constituera un terme incertain qui mettra fin à leur engagement. Mais, le contrat d'intermédiaire, attaché aux personnes qui l'ont créé, présente une originalité en ce que cette modalité est présumée. La disparition de l'une d'elles permet de justifier par principe la rupture du lien. Il apparaît donc inutile de rédiger une clause en ce sens. Le contrat cesse de plein droit par le décès de l'intermédiaire ou de l'intermédiaire (Section 1). Toutefois, ce principe, directement issu de l'*intuitus personae* que le mandat suppose, peut être exceptionnellement écarté lorsque l'intermédiaire décède (section 2).

Section 1. La mort d'une des parties, cause d'extinction du contrat

321. Le contrat d'intermédiaire, envisagé *inter partes*, est un mandat. Dès lors, ce contrat conclu *intuitu personae* prend fin en principe par la mort naturelle ou civile de l'intermédiaire ou de l'intermédiaire. Sur ce point, il n'y a rien de très original⁵⁵⁸ puisque la règle est posée à l'article 2003, alinéa 4, du Code civil. Ce qui est remarquable en revanche résulte de ce que cette présomption est inhérente à l'ensemble des contrats d'intermédiaire. Tandis que la mort

⁵⁵⁸ Sur ce point, lire également C.Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, op.cit., n°139, qui y voit une règle « logique » et s'attache à qualifier la disparition de l'acte de caducité.

- L'intermédiaire contractuel -

devrait saisir le vif en imposant aux héritiers de s'exécuter à la place de leur auteur, en vertu du principe posé par l'article 724 du Code civil, le contrat d'intermédiaire cesse de plein droit par suite de la disparition de la personne choisie *intuitu personae*, sans qu'aucune stipulation contractuelle n'existe. L'extinction de l'acte juridique conclu *intuitu personae* est donc une exception notable à la transmissibilité des actes juridiques⁵⁵⁹.

322. Ceci n'exclut pas toutefois que la fin du contrat laisse subsister des droits ou des dettes au bénéfice ou à la charge des ayants droit. Par exemple, l'article L.134-12, alinéa 2, du Code de commerce permet aux héritiers d'un agent commercial de solliciter le paiement de l'indemnité compensatrice du préjudice subi du fait de la rupture. La mort de l'agent ouvre en effet un droit à indemnité, comme si la rupture provenait du refus de renouvellement d'un contrat à durée indéterminée ou d'une rupture initiée par le mandant. Mais, il faut bien dire que cette prérogative est tout à fait exceptionnelle, en ce qu'elle a trait à la cessation du contrat d'agence commerciale, très particulière comme on le verra plus tard⁵⁶⁰. La plupart du temps, les ayants droits n'auront à prétendre ou à payer que la commission dont l'intermédiaire pouvait encore être redevable.

323. D'un point de vue strictement théorique, il semble évident que le contrat ne puisse survivre au décès de son acteur majeur, qui est l'intermédiaire⁵⁶¹, tandis que le décès de l'intermédiaire ne paraît pas *a priori*, contrarier le bon déroulement de l'opération. En effet, celui qui doit présenter un cocontractant semble difficilement remplaçable ; il a des expériences, des réseaux de connaissances et de contacts étoffés au fil des ans. Comme le peintre auquel on a confié le soin de réaliser un portrait de famille ou comme l'écrivain public à la plume avertie que l'on charge de rédiger ses mémoires, l'intermédiaire a été choisi pour certains talents qui ne connaissent pas de produits substituables. La notion d'*intuitus personae procurator* prend ainsi toute sa mesure. La mort de l'intermédiaire, principalement tenu à une obligation de paiement ne présente pas la même incidence, si ce n'est que l'article 2003 du Code civil l'a posée comme une cause d'extinction du contrat, tenant compte par là même d'un *intuitus personae* réciproque. Mais, d'une part, dans d'autres domaines du droit, dont le contrat de cautionnement, il est habilement démontré que la personnalité du créancier n'est

⁵⁵⁹ En ce sens, C. Pelletier, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, *op.cit.*, n°125.

⁵⁶⁰ Voir *infra* n°367 et s.

⁵⁶¹ En ce sens, Ph. Pétel, *op.cit.*, n°46 qui démontre que le décès du mandataire doit entraîner la fin du mandat. Comp. G.Kostic, *op.cit.*, n°504, qui montre que par l'effet de l'*intuitus personae* également, le décès de l'entrepreneur provoque en principe la dissolution du contrat d'entreprise.

pas anodine⁵⁶². D'autre part, et surtout, il faut songer que le contrat d'intermédiaire a des répercussions sur le patrimoine de l'intermédiaire. Ainsi, l'œuvre de l'intermédiaire risque-t-elle d'entraîner soit un lien personnel et direct, soit un droit de créance entre l'intermédiaire et les héritiers de l'intermédiaire décédé, ce qui justifie que par principe, le mandat prenne fin à la mort du mandataire. Néanmoins, dans la mesure où il a été jugé que l'article 2003 n'était pas d'ordre public⁵⁶³, les parties peuvent y déroger. En conséquence, une brèche est ouverte à la persistance du contrat. Elle présente principalement un intérêt en cas de décès de l'intermédiaire.

Section 2. La mort de l'intermédiaire et le maintien exceptionnel du contrat.

324. Quoique la mort de l'intermédiaire mette normalement fin au contrat, les parties peuvent convenir d'une règle inverse⁵⁶⁴, pourvu que le mandat *post mortem* ne contrevienne pas à des règles impératives⁵⁶⁵. La Première chambre civile a eu le mérite de poser cette solution, pour la première fois semble-t-il, dans le cadre d'un mandat à titre gratuit confié par un homme marié à sa compagne afin de lui permettre de faire fonctionner son compte bancaire⁵⁶⁶. La concubine ayant continué d'utiliser sa procuration à la mort du titulaire du compte, l'épouse de ce dernier et ses enfants ont décidé de demander réparation de leur préjudice à la banque. Dans son pourvoi, la banque faisait valoir notamment que le mandataire avait commis une faute en s'abstenant de rendre compte de sa gestion aux héritiers du mandant. Cependant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Elle a estimé que « *si, comme l'a énoncé la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, les dispositions de l'article 2003 du Code civil ne sont que supplétives de la volonté des parties, encore faut-il, pour la validité du mandat que son objet soit licite* ». En l'espèce, il était établi que le mandat *post mortem* contrevenait aux règles d'ordre public édictées en matière successorale. La solution est parfaitement justifiée : elle a vocation à s'appliquer à tout mandat. Reste qu'on peut être surpris par la sanction qui a frappé les actes exécutés en violation des règles successorales : ce n'est pas le mandataire qui a été inquiété mais le banquier. Or, puisqu'il est question des conditions de validité du

⁵⁶² D.Houtcieff, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », préc.

⁵⁶³ Req., 30 avril 1867 : S.1867, 1, 329.

⁵⁶⁴ I.Najjar, « Le mandat *post mortem*, Réflexions sur un "acte neutre" », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz Sirey 1985, p.499.

⁵⁶⁵ P.Bouteiller, « De la validité du mandat *post-mortem* », *Les Petites Affiches* 1988, n°127, p.18.

⁵⁶⁶ Cass.civ.1^{ère}, 28 juin 1988 : D.1989, 181, note I.Najjar ; JCP, G, 1989, II, 21366, note D.Martin ; JCP, N, 1989, II, 74, note Ph.Salvage ; RTDciv.1989, 116, obs. J.Patarin.

- L'intermédiaire contractuel -

mandat, il aurait certainement fallu remettre en cause les retraits opérés sur le compte par le mandataire. En réalité, le mandataire a été visé au premier chef par les héritiers : sa procédure de liquidation de biens a neutralisé l'action en restitution. C'est donc le banquier qui, par l'effet combiné de son imprudence fautive et de sa solvabilité, a supporté la charge financière de l'exécution du mandat illicite.

325. La décision qui vient d'être évoquée est fort enrichissante : elle permet d'abord d'asseoir juridiquement le mandat *post mortem* confié à un intermédiaire. Elle pose ensuite une limite essentielle à la validité de l'opération, par référence aux dispositions d'ordre public, dont les règles successorales. En conséquence, l'intermédiaire qui a reçu une mission du vivant de son donneur d'ordre n'a normalement plus de pouvoirs en cas de mort de ce dernier. Néanmoins, les parties peuvent avoir convenu de la poursuite de l'intermédiation en cas de décès de l'intermédiaire. Rien ne s'oppose à ce que le mandat conclu du vivant du mandant continue de produire effet près sa mort, à condition que le cas ait été expressément prévue. L'hypothèse est déjà consacrée dans les articles 812 et s. (mandat à effet posthume) et 1025 et s. du Code civil (désignation d'un exécuteur testamentaire). C'est, par analogie, un principe similaire qui est reconnu dans les articles 477 et s. du Code civil, lesquels, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2009, permettent de prévoir un mandat de protection future. Il n'y a donc pas lieu de refuser à l'intermédiaire de prévoir la continuation du contrat en dépit de son décès, mais bien entendu, si l'activité de l'intermédiaire porte atteinte aux règles de succession, il convient alors d'y mettre un terme. Lorsque son activité n'est pas en contradiction avec des règles d'ordre public, alors l'intermédiaire doit s'exécuter conformément à la volonté de son client. S'il porte préjudice à la succession du *de cuius*, il peut encourir une action en responsabilité de la part des héritiers, voire, le cas échéant, une condamnation pénale pour d'abus de confiance⁵⁶⁷.

326. Si les parties n'ont pas prévu que la mission de l'intermédiaire devait se poursuivre en cas de décès de l'intermédiaire, la règle posée à l'article 2003 alinéa 4 du Code civil s'applique et le mandat prend fin, à moins qu'il n'y ait péril en la demeure, ce qui l'oblige à « *achever la chose commencée au décès du mandant* » selon l'article 1991, alinéa 2 du Code civil.

⁵⁶⁷ Cass.crim., 12 octobre 1995 : *Bull.crim.*, n°304. L'arrêt énonce « *que le mandat pouvant survivre au décès du mandant, si telle est la volonté de ce dernier, l'abus de confiance est constitué lorsque le mandataire détourne, au préjudice de la succession, les fonds ou valeurs reçus* ».

- L'intermédiaire contractuel -

327. Enfin, l'affirmation selon laquelle les dispositions de l'article 2003 du Code civil ne sont que supplétives de volonté laisse à penser que la volonté des parties peut envisager la poursuite du mandat malgré le décès de l'intermédiaire. Pourtant, ce dernier est sans aucun doute le sujet le plus actif, au point que le contrat ne paraît pas pouvoir lui survivre. Qui peut utilement remplacer celui qui a été personnellement choisi ? Comme on l'a précédemment remarqué, l'*intuitus personae* est indéniablement plus marqué du côté de l'intermédiaire, pas au point toutefois d'empêcher toute substitution⁵⁶⁸. Partant de ce constat qu'il est loisible au mandataire de se substituer quelqu'un, on s'aperçoit que nul n'est irremplaçable, en particulier lorsque l'activité s'exerce collectivement. En d'autres termes, il n'y a pas lieu d'empêcher le maintien du contrat lorsque l'intermédiaire s'est adressé à une personne morale, une agence matrimoniale, à un cabinet de courtage ou une centrale de référencement. S'il s'agit d'un intermédiaire exerçant seul son activité, la question est plus délicate. Certes, un arrêt fait application d'une clause contractuelle autorisant les héritiers d'un agent commercial à présenter l'un d'eux comme successeur de leur auteur⁵⁶⁹. Dans ce cas de figure, il y a deux analyses possibles : soit la clause autorise par avance la substitution de mandataire en cas de mort, soit elle confère une priorité à son bénéficiaire, bien que son efficacité soit tributaire d'un nouveau consentement donné par l'intermédiaire. En l'espèce, le fils de l'agent commercial décédé avait déclaré reprendre l'activité de son père. Peu de temps après, la société lui avait notifié son refus. La Cour de cassation ayant confirmé la décision des juges du fond d'allouer des dommages et intérêts aux héritiers, faute pour le mandant d'avoir démontré une incapacité professionnelle du successeur, il faut considérer que le jeu de la clause n'était pas soumis à un nouvel accord de l'intermédiaire. Le maintien exceptionnel du contrat faisant suite à la mort de l'intermédiaire, paraît donc possible dans tous les cas. Si ce dernier exerçait seul son activité, deux conditions sont nécessaires : d'abord, une clause contractuelle doit avoir prévu la continuation de la représentation. Ensuite, celui qui bénéficie de cette clause doit présenter les compétences professionnelles et morales nécessaires à l'exercice de cette profession.

328. Il résulte de cette rapide étude que si la mort de l'intermédiaire ou de l'intermédiaire n'empêche pas que le contrat soit exceptionnellement maintenu, elle demeure par principe une source de rupture. A cette cause naturelle d'extinction du contrat s'ajoute la survenance d'une modalité qui a pu être stipulée par les parties. Il s'agit encore d'une cause de rupture

⁵⁶⁸ Voir *supra* n°262 et s.

⁵⁶⁹ Cass.com., 22 mai 1967 : *Bull.civ.* IV, n°199.

involontaire car elle n'a pas pour origine une nouvelle manifestation de volonté. Néanmoins, la précarité du contrat d'intermédiaire ne se révèle pas au travers de cette étude des modalités extinctives, que l'on préfère dès lors laisser de côté, au profit d'une interrogation approfondie d'un droit de résiliation unilatérale exorbitant du droit commun. A tout moment en effet, chaque partie dispose d'un droit de vie ou de mort sur le lien, finalement fragile, qui les unit.

Chapitre 2. La précarité du mandat entre vifs

329. On peut d'abord imaginer que les parties mettent fin, d'un commun accord, au contrat qui les lie. Mais ce cas de figure n'offre guère de contentieux car il est consenti. En revanche, lorsque l'un des contractants subit une rupture, la question se pose de savoir s'il peut s'y opposer ou tout du moins s'en plaindre. Il apparaît que si l'hypothèse d'une rupture du contrat initiée par l'intermédiaire demeure assez marginale (Section 1), la révocation décidée par l'intermédiaire prend une place considérable et répond à des règles nuancées (Section 2).

Section 1. La rupture du contrat provoquée par l'intermédiaire.

330. Conformément à l'article 2007 du Code civil, l'intermédiaire peut renoncer à sa mission, donc, la plupart du temps, à sa rémunération, à la condition de notifier son refus à l'intermédiaire. C'est une façon originale de ne pas s'exécuter sans être fautif. Il doit dans ce cas restituer la procuration écrite qui a pu lui être confiée, circonstance de plus en plus fréquente dans le contrat d'intermédiaire où l'écrit prend le pas sur le consensualisme. Dans la mesure où l'intermédiaire est un professionnel, il y a peu d'intérêt à ce qu'il rompe le contrat. Néanmoins, dans certains cas de contrats à exécution successive, cette prérogative présente une utilité. Un agent commercial peut ainsi préférer changer de mandant et négocier un contrat plus avantageux avec un tiers. Cette rupture est en principe libre, à moins qu'elle ne relève de la théorie de l'abus de droit. Cette règle est inscrite à l'article 2007 du Code civil, et s'applique à l'ensemble des intermédiaires, y compris les agents commerciaux. En conséquence, il y a un risque de paiement de dommages et intérêts si l'intermédiaire démontre que cette rupture brutale lui a causé un préjudice⁵⁷⁰. Toutefois, si l'intermédiaire établit que le

⁵⁷⁰ Cass.com., 14 mars 1995 : *Bull.civ.IV*, n°74 ; *RTDciv.*1996, 195, obs.P-Y Gautier.

- L'intermédiaire contractuel -

maintien du contrat entraînerait pour lui un « *préjudice considérable* », le même article 2007, alinéa 2, *in fine*, le dispense du paiement d'indemnités.

331. Parallèlement au droit commun du mandat, il existe un texte spécial qui encadre plus strictement les conditions de la rupture. Ainsi, si l'intermédiaire entre dans le champ d'application de l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce⁵⁷¹, notamment en qualité de centrale d'achat, il engage sa responsabilité s'il rompt brutalement « *une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.[...] A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée* ». Ce texte place donc une partie des intermédiaires dans une situation inconfortable puisqu'il les oblige à respecter un délai de préavis raisonnable. Ce n'est pas tant en effet l'écrit qui pose problème, car le droit commun du mandat vise une rigueur identique au travers de la notification, que la difficulté qu'il y a à ménager un délai de rupture jugé suffisant par rapport à la durée de la relation contractuelle. Mais, l'incertitude du délai applicable à l'espèce rend la rupture plus périlleuse et c'est semble-t-il une précaution prudente, vis-à-vis de ceux des intermédiaires qui sont manifestement en position de force, qu'impose l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce. Pourtant, la notion de préavis ne fait pas bon ménage avec la théorie du mandat : quand la confiance et l'envie cessent, à quoi bon forcer l'un des deux contractants à tenir quelques semaines de plus ? Si l'on poursuivait un parallèle avec le droit de la famille, on aboutirait à obliger les époux en instance de divorce à cohabiter. Or, la séparation est consommée depuis longtemps le plus souvent et la vie commune n'a plus de sens. Partant de cette considération, si la centrale n'a plus l'envie de travailler avec un fournisseur, quoique la loi lui impose un préavis, elle peut préférer s'en dispenser. Auquel cas, elle engagera à coup sûr sa responsabilité. Pour ce qui la concerne, la règle est donc l'inverse de celle qui encadre la renonciation d'un intermédiaire à sa mission.

⁵⁷¹ L'article L.442-6 résulte initialement de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ; la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations économiques puis la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 ont successivement enrichi ce dispositif légal de lutte contre les pratiques abusives.

332. Il faut encore souligner que la menace de rupture n'est pas envisagée dans les textes qui gouvernent le mandat, tandis que la loi sur les nouvelles régulations économiques marque la volonté du législateur de sanctionner cette pratique. En effet, l'article L.442-6 I 4° du Code de commerce permet d'engager la responsabilité civile de certains intermédiaires qui utiliseraient la menace d'une rupture pour obtenir des avantages dérogatoires aux conditions générales de vente⁵⁷². Une fois encore, l'hypothèse ne concerne guère que les centrales d'achat. Pourtant, il n'est pas déraisonnable de supposer que d'autres intermédiaires profitent de la confiance qui leur est accordée pour monnayer la persistance de leur efficacité. Rien ne semble alors contrecarrer leurs pratiques douteuses. Concrètement, supposons qu'un commissionnaire accepte de se charger du transport de marchandises périssables. Peu de temps après, regrettant de n'avoir pu négocier plus fortement sa commission, il se ravise. Il indique à l'intermédiaire qu'il préfère renoncer à son mandat. Ce dernier, face à l'urgence, n'a pas tant d'autre choix que de tenter de convaincre l'intermédiaire de s'exécuter, au moyen d'une « rallonge » financière. Il y a une ressemblance frappante avec la violence qui vicie le consentement à la formation du contrat, sauf qu'en l'espèce, le contrat est déjà formé. Il n'y a pas de texte qui sanctionne expressément ce type de comportement lié à la menace d'une rupture. Toutefois, on peut trouver un appui utile dans l'article 1134, alinéa 3 ; l'intermédiaire qui brandit la rupture pour renégocier le contrat ne s'exécute pas de bonne foi. Le chantage auquel il se livre n'est pas conforme à la loyauté qui devrait être la sienne. Il apparaît envisageable, dans de telles circonstances, que sa responsabilité soit engagée. La preuve de cette attitude déloyale que l'intermédiaire doit fournir n'est pas un obstacle insurmontable. S'il est difficile de démontrer les pressions qui ont présidé à la formation du contrat, il est beaucoup plus simple pour l'intermédiaire de prouver que ses obligations financières se sont alourdies sans contrepartie en cours d'exécution du contrat. Il est vrai cependant que l'écrit n'est pas systématiquement exigé mais son utilité en de tels cas est évidente.

333. En résumé, la rupture subie par l'intermédiaire n'offre de perspectives de réparation que dans la mesure où elle engendre un préjudice. A cela s'ajoute le cas particulier des centrales d'achat, auxquelles la loi impose le respect d'un préavis. Pour ce qui concerne l'intermédiaire

⁵⁷² Les évolutions apportées à ce texte par la loi NRE et la LME permettent d'espérer qu'il sera plus facile de sanctionner la pratique abusive du déréférencement, qui, jusqu'alors, ne pouvait relever que du droit de la concurrence. Il fallait démontrer soit une pratique restrictive de concurrence, soit une pratique anticoncurrentielle. Une telle preuve est évidemment malaisée, quoique possible. Sur ce point voir D.Ferrier, « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de L'institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.45 et s..

indélicat qui utilise cette menace de rupture, libre par principe, une action fondée sur l'article 1134, alinéa 3, permet à l'intermédiaire d'obtenir réparation. Mais il reste encore à envisager la rupture provoquée par l'intermédiaire. En bonne logique, l'*intuitus personae* qui a marqué son choix milite en faveur d'un principe de rupture libre.

Section 2. La rupture du contrat subie par l'intermédiaire

334. Dans la mesure où l'intermédiaire peut renoncer librement à son mandat, on ne voit pas pourquoi il faudrait retenir davantage l'intermédiaire. Il peut donc en principe mettre fin sans contrepartie au contrat d'intermédiaire (§1) à moins qu'un régime particulier ne lui impose d'indemniser son cocontractant (§2).

§1. Le principe de la libre rupture

335. L'intermédiaire qui n'a plus envie de confier ses affaires à un intermédiaire doit pouvoir être libre de le révoquer. Cette libre révocation, qui indique qu'il n'y a pas de faute incluse dans le seul fait de rompre, s'apparente à un droit de résiliation unilatérale qui peut sembler original dans le contexte plus général du droit des contrats (A). Cette règle, que l'article 2003 du Code civil énonce depuis 1804 et dont les origines remontent au droit romain, peut sans aucun doute heurter les objectifs du législateur contemporain, soucieux de protéger les cocontractants des ruptures intempestives et injustifiées (B).

A. Un droit de résiliation unilatérale original

336. Le mandat étant conclu *intuitu personae*, nul ne saurait être contraint de poursuivre le contrat d'intermédiaire lorsqu'il ne le souhaite plus. En effet, la confiance, qui demeure à la base de ce contrat malgré sa professionnalisation, peut ne pas survivre à l'épreuve du temps. Lorsque « la mésintelligence »⁵⁷³ s'installe, la relation contractuelle de confiance doit disparaître. Le principe de liberté dans la rupture est donc logiquement inscrit à l'article 2003 du Code civil, qui fait état de la révocation du mandataire par le mandant comme cause d'extinction du contrat et à l'article 2004 du Code civil, qui précise : « *Le mandant peut*

⁵⁷³ L'expression est celle de M.Contamine-Raynaud, *op.cit.*, n^{os} 241 et s. pour évoquer la disparition de la relation de confiance.

- L'intermédiaire contractuel -

révoquer sa procuration quand bon lui semble [...] ». De la sorte, le mandant n'a pas de motif à donner pour expliquer sa décision, prérogative héritée du droit romain qui l'expliquait déjà par le changement de volonté du mandant (*qui extinctum est mandatum finita voluntate*⁵⁷⁴) : il exerce ainsi un droit de rupture légitime⁵⁷⁵, quoique original⁵⁷⁶, que la loi lui octroie sans poser apparemment de condition. Cela signifie notamment que cette prérogative n'est pas liée à une faute de l'intermédiaire ; on ne peut pas cantonner l'énoncé de l'article 2004 du Code civil à l'effet d'une clause résolutoire. Le texte va bien au-delà. L'expression « *quand bon lui semble* » indique que la résiliation du contrat s'envisage selon l'humeur du mandant, quel que soit le comportement de son mandataire. On dit ainsi que le mandat est révocable *ad nutum* et l'on plaint l'inconfortable situation des mandataires en général, des mandataires sociaux en particulier⁵⁷⁷. Mais, il n'est pas vain de mettre l'accent sur la réciprocité de la situation. Bien souvent, on oublie de souligner que la loi accorde au mandataire un droit de rupture similaire. Or, l'article 2007 du Code civil autorise le mandataire à renoncer à sa mission à la condition de notifier son refus au mandant. Il doit dans ce cas restituer la procuration écrite qui a pu lui être confiée, circonstance de plus en plus fréquente dans le contrat d'intermédiaire où l'écrit prend le pas sur le consensualisme. En somme, les deux parties au contrat d'intermédiaire disposent d'un droit de rupture unilatérale, d'origine légale, qui les dispense de fournir un motif. En outre, elles sont dispensées de respecter un délai de préavis, ce qui, à l'aune tant des Principes Lando, dont l'article 6 fait état de la nécessité de conférer au contractant un délai raisonnable⁵⁷⁸, que du droit français des contrats, qui montre l'influence de la durée effective de ces derniers sur leur rupture⁵⁷⁹, peut surprendre.

337. La question de la rupture unilatérale d'un contrat est un débat récurrent, qui s'est de nouveau manifesté au printemps 2006 à propos du CPE (contrat première embauche) après avoir suscité de nombreux émois à l'occasion de la loi sur le PACS (pacte civil de solidarité). En 1999, la future rédaction de l'article 515-7 du Code civil, qui envisageait la rupture du

⁵⁷⁴ Ulpian, XVII, I, *Mandati*, XII, §16, également cité par P-Y Gautier, *RTDciv.*2006, 140, note sous Cass. soc. 25 octobre 2005.

⁵⁷⁵ Le mandat est en effet révocable par nature. En ce sens, I.Najjar, « Mandat et irrévocabilité », précité, spéc.p.709.

⁵⁷⁶ Le contrat de dépôt, également marqué d'*intuitus personae*, connaît toutefois un régime de rupture identique (article 1944 du Code civil).

⁵⁷⁷ Lesquels, quoique mandataires, ne font pas partie des intermédiaires et parviennent se reconforter malgré la précarité de leur situation par le biais des *Golden Parachutes*. Voir *infra* n°357.

⁵⁷⁸ Sur cette question, voir Cl.Witz, « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats* (sous la direction de P.Rémy-Corlay et D.Fenouillet), Dalloz, 2003, p.175.

⁵⁷⁹ En ce sens, D.Mazeaud, « Durées et ruptures », *RDC* 2004, 129.

- L'intermédiaire contractuel -

pacte sans qu'aucune cause n'ait à être invoquée, avait heurté députés et sénateurs. Le Conseil constitutionnel avait à l'époque rendu une décision qui mérite en partie d'être reproduite afin d'être comparée à l'état actuel du droit de rupture du mandat :

« Considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ; Considérant que ne sont pas contraires aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés les dispositions de l'article 515-7 nouveau du Code civil qui permettent la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité, la prise d'effet de celle-ci intervenant, en-dehors de l'hypothèse du mariage, trois mois après l'accomplissement des formalités exigées par le législateur, et qui, dans tous les cas de rupture unilatérale, y compris le mariage, réservent le droit du partenaire à réparation ; que toute clause du pacte interdisant l'exercice de ce droit devra être réputée non écrite ; [...]»⁵⁸⁰.

338. Un certain nombre de remarques peuvent être tirées de cette décision. Notamment, on y apprend que la rupture unilatérale d'un contrat de droit privé à durée indéterminée est un principe constitutionnel qui doit cependant s'accompagner de garanties quant à son fondement et/ou ses circonstances. En somme, le législateur est censé au minimum contrebalancer l'effet brusque d'une rupture par l'instauration d'un préavis (trois mois pour le PACS) et, dans certains contrats où la protection de l'un des contractants s'impose, il est tenu de préciser les motifs admissibles de cette rupture.

339. Peu de temps avant cette décision, le Conseil de la Concurrence avait été interrogé par un éditeur de programme (Planète Câble), dont le contrat qui le liait à un cablo-opérateur avait été rompu. Le Conseil de la Concurrence avait alors énoncé que *« en vertu du principe de prohibition des engagements perpétuels, la faculté de résiliation unilatérale est de droit dans les conventions à durée indéterminée, sous réserve de l'abus qui peut être fait de cette*

⁵⁸⁰ Décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, n°99-419 DC ; *RTDciv.*2000, 109, note J.Mestre et B.Fages.

faculté »⁵⁸¹. La Cour de cassation, quant à elle, a adopté depuis longtemps déjà une position qui s'accorde parfaitement avec les décisions qui viennent d'être évoquées. Elle a en effet jugé que « *si, en l'absence de toute convention contraire, la société X était en droit de mettre fin au contrat de concession conclu sans limitation de durée, c'est à la condition que l'exercice de ce droit ne soit pas abusif* »⁵⁸². Une synthèse de ces trois décisions permettent d'affirmer que la rupture d'un contrat à durée indéterminée est libre, sous réserve de l'abus qui en résulterait.

340. Ce qui marque alors profondément l'originalité du contrat de mandat en général et du contrat d'intermédiaire en particulier, c'est qu'il est manifeste que la loi n'entend pas distinguer selon que le contrat prévoyait ou non un terme. Autrement dit, le droit de résiliation peut s'exercer que le mandat ait été conclu à durée déterminée ou indéterminée, ce qui ne peut manquer de surprendre en comparaison du droit commun des contrats. En effet, si les contrats à durée indéterminée peuvent être rompus par l'une ou l'autre des parties, cette règle s'expliquant notamment par la prohibition des engagements perpétuels, les contrats à durée déterminée doivent poursuivre leurs effets jusqu'à leur terme, à moins d'une résolution judiciaire prononcée pour cause d'inexécution ou de nouvel accord de volontés⁵⁸³. Or, précisément, le contrat d'intermédiaire à durée déterminée peut être résilié par l'une des parties. Le Code civil énonce que l'intermédiaire peut renoncer à son mandat, sans plus de précision sur la durée du contrat. Pour ce qui concerne l'intermédiaire, on parle de « révocation », qui est une déclaration de volonté, ayant pour effet de reprendre – du latin *re* et *vocare*, soit rappeler – la procuration qui a été donnée, comme la révocation d'un testament l'empêche de produire effet. Mais, quoique le terme soit commun au mandat et au testament, la différence de nature est profonde entre ces deux révocations. D'abord, parce que les testaments sont révoqués du vivant du testateur, ils sont privés de tout effet avant même d'avoir pu les produire. Cette révocation n'a donc pas d'incidence sur les tiers, ni même sur les bénéficiaires, hormis la déception au jour du décès de ne pas être le légataire espéré. A l'inverse, le contrat d'intermédiaire est révocable en cours d'exécution. Ensuite, la révocation d'un testament n'est ni plus ni moins qu'une façon habituelle de revenir sur un acte unilatéral de volonté. En revanche, le mandat est un contrat ; détruire seul ce que l'on a construit à deux

⁵⁸¹ Décision du Conseil de la Concurrence du 27 janvier 1999, n°99-MC-02.

⁵⁸² Cass.com., 8 avril 1986 : *Bull.civ.* IV, n°58. Egalement Cass.com., 20 janvier 1998 : *Bull.civ.*IV, n°40 ; *D.*1998, 413, note Ch.Jamin ; *D.*1999, som.114, obs.D.Mazeaud ; *RTDciv.*1998, 675, obs.J.Mestre.

⁵⁸³ Voir la thèse de Ch. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, qui précise le domaine et les conditions de l'exercice de ce droit.

est tout à fait contraire à l'article 1134 du Code civil. Le droit de résiliation unilatérale que la loi accorde à chacune des parties au contrat de mandat porte ainsi atteinte à l'immutabilité des conventions. A l'heure où la précarisation des contrats apparaît comme une menace sociale, nul doute que les règles qui gouvernent la rupture du contrat de mandat peuvent fonder quelques inquiétudes.

B. Un droit de rupture dangereux ?

341. Eu égard à l'importance de l'*intuitus personae* et au caractère intolérable du maintien d'un contrat une fois la confiance perdue, le droit de rupture du contrat d'intermédiaire semble justifié sans autre considération. En effet, tout événement portant atteinte à la personne choisie *intuitu personae* ou à ses qualités ne doit pas entraîner l'extinction de plein droit du contrat – ce qui mettrait dangereusement en péril la sécurité des actes juridiques – mais doit toujours permettre la résiliation⁵⁸⁴. Toutefois, la sécheresse de l'article 2003 du Code civil peut à la réflexion laisser perplexe et susciter quelques remarques.

342. D'abord, en ce qui concerne la forme de la révocation, on peut regretter qu'il n'y ait pas de texte équivalent à l'article 2007, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui encadre la renonciation et oblige l'intermédiaire à notifier sa décision ainsi qu'à restituer la procuration écrite. Pourtant, l'intermédiaire ne peut probablement pas se dispenser d'une notification, afin de marquer la date de la révocation. En outre, puisqu'il a intérêt à exiger la restitution de la procuration, ce qu'indique l'article 2004 du Code civil, il est préférable de notifier, de façon à mettre en demeure l'intermédiaire de s'exécuter. Toutefois, cette précaution d'usage n'a d'effet qu'*inter partes*, comme le mentionne l'article 2005 du Code civil, ce qui risque de causer un certain nombre de désagréments au donneur d'ordre. En effet, les tiers demeurent ignorants de la révocation et peuvent considérer que l'intermédiaire dispose toujours d'un pouvoir. Dans ce cas, l'apparence menace d'engager l'intermédiaire malgré sa volonté de mettre fin au mandat⁵⁸⁵. Cette question fera plus loin l'objet d'un développement approfondi⁵⁸⁶ mais à ce stade, il importe de relever le danger qui plane sur la plupart des intermédiaires, désireux de révoquer l'intermédiaire sans être assujettis à une quelconque formalité d'opposabilité. L'intermédiaire ne dispose aujourd'hui d'aucun moyen drastique pour contrecarrer la

⁵⁸⁴ En ce sens, C. Pelletier, *op.cit.*, n°121.

⁵⁸⁵ Pour illustrer qu'un mandant est tenu par la transaction conclue par son mandataire alors qu'il a été révoqué, voir Cass.civ.3^{ème}, 10 janvier 1984 : *Bull.civ.* III, n°7.

⁵⁸⁶ Voir *infra* nos 418 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

conviction qu'a l'intermédiaire que l'intermédiaire est toujours son mandataire. On doit donc fortement l'inciter, dans un premier temps, à reprendre possession de la procuration écrite qu'il avait pu donner. A l'avenir, on pourrait aussi se demander s'il est légitime de faire primer l'intérêt de celui qui contracte (intermédiaire) sur l'intérêt de celui qui prend le risque de donner un pouvoir. La théorie de l'apparence accorde sa faveur à la bonne foi du tiers sans trop d'égards pour le mandant. Une telle solution est pourtant facile à neutraliser : il suffit d'imposer à l'ensemble des intermédiaires de détenir une procuration écrite et d'obliger les intermédiaires à révoquer le pouvoir par écrit, formalité qui marque la date d'opposabilité aux tiers et implique *inter partes* une restitution de la procuration, au titre de l'obligation de reddition de compte⁵⁸⁷.

343. Ensuite, une interrogation peut encore demeurer quant à la nécessité ou non de laisser à l'intermédiaire un délai raisonnable avant de lui donner congé. La révocabilité *ad nutum* autorise-t-elle le mandant à « répudier » toutes affaires cessantes son mandataire ? La seule lecture de l'article 2003 du Code civil paraît ne pas se soucier des conséquences de la rupture et laisser au mandant un pouvoir discrétionnaire. Reste que l'article L.442-6-I 5° du Code de commerce, évoqué pour limiter la rupture à l'initiative de l'intermédiaire, a tout autant vocation à s'appliquer à la révocation décidée par l'intermédiaire. En conséquence, si l'intermédiaire exerce une activité de production, de distribution et de services, il doit respecter un préavis conforme aux usages du commerce sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis de l'intermédiaire répudié⁵⁸⁸. Si le législateur a pu être tenté d'imposer un délai minimum impératif, notamment lors du vote de la loi NRE⁵⁸⁹, la version définitive du texte n'en fait pas état, y compris même depuis que la LME l'a modifié en août 2008. En conséquence, c'est aux juges du fond qu'appartient le pouvoir de décider si le préavis fixé par l'intermédiaire satisfait aux exigences légales. La notification d'une rupture et d'un préavis devient un exercice périlleux⁵⁹⁰. Mais, si le texte est peu appliqué en matière de mandat, ce qui laisse planer un doute sur la notion de préavis raisonnable, on peut raisonner par analogie avec la jurisprudence qui a été rendue en matière de distribution. Spécialement, un arrêt de la

⁵⁸⁷ L'obligation de reddition de compte, prévue à l'article 1993 du Code civil, existe en cours d'exécution et à la fin du contrat. C'est cette dernière à laquelle il est fait référence et qui impose aux mandataires de restituer ce qu'ils détenaient pour le compte de leurs clients.

⁵⁸⁸ Sur cette question, lire en particulier D.Mazeaud, « Durées et ruptures », précité, n°s 31 et s.

⁵⁸⁹ Le Sénat avait en effet voté un amendement disant qu' « à défaut d'accord interprofessionnel ou d'arrêté ministériel, le délai est de trois mois minimum ».

⁵⁹⁰

- L'intermédiaire contractuel -

Chambre commerciale du 12 mai 2004⁵⁹¹ apporte deux enseignements édifiants. D'abord, la Cour a jugé que la cour d'appel avait pu souverainement estimer que la durée du préavis était suffisante – six mois en l'espèce – au vu des relations commerciales antérieures entre les parties. Ensuite, il semble que les magistrats dédaignent la référence au préavis contractuel⁵⁹². En somme, peu importe que la convention des parties fasse référence à un délai précis et qu'elles s'y tiennent. Même dans ce cas, les tribunaux peuvent exercer leur contrôle. Ils n'ont plus toutefois à utiliser d'autres critères que l'ancienneté de la relation d'affaires pour motiver leur décision : il n'est plus question du lien d'exclusivité ou de l'état de dépendance pour pouvoir allonger la durée. Seule une stipulation conventionnelle favorable à l'intermédiaire aurait vocation à s'appliquer, même si elle excède le préavis normalement attendu au vu des relations commerciales antérieures des parties. Cependant, de même qu'on a évoqué qu'une centrale pouvait préférer se séparer immédiatement de son cocontractant, toute confiance ayant cessé, un intermédiaire rentrant dans le champ d'application de l'article L.442-6-I 5° du Code de commerce doit pouvoir se soustraire à un préavis. La disparition de l'*intuitus personae* qui a fondé le contrat, doublée d'un pointilleux contrôle que les juges exercent sur le préavis, justifient amplement ce choix mais ne dispensent pas du paiement d'indemnité. La rupture est toujours libre, mais l'absence de respect d'un préavis jugé raisonnable la rend onéreuse.

344. En dehors du cas d'application de l'article L.442-6-I 5°, dont on a pris soin de relever le maniement délicat et casuistique, la révocation de l'intermédiaire n'ouvre pas droit à un dédommagement. Il peut paraître plus surprenant encore, mais la solution est bien ancrée, que le refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée n'offre pas davantage de perspectives d'indemnisation⁵⁹³. Toutefois, il semble qu'il faille ici, comme dans d'autres domaines, faire référence à la notion prétorienne de l'abus de droit en tant que limite à l'exercice d'un droit. Ainsi, si la rupture du contrat par l'intermédiaire est libre et non critiquable, en revanche, les circonstances dans lesquelles il l'exerce peuvent être source d'un préjudice pour l'intermédiaire. Dès lors, l'intermédiaire pourra toujours tenter d'obtenir sur ce fondement des dommages et intérêts. Il devra alors avancer et démontrer le caractère intempestif de la rupture (absence ou insuffisance du délai de préavis par exemple) ou encore

⁵⁹¹ Cass.com., 12 mai 2004 : *D.*2005, 150, obs. D.Ferrier ; *Contrats, conc.consom.* 2004, n°104, obs.L.Leveneur ; *JCP*, éd.G, II, 10 184, note A.Sonet ; *RDC* 2004, 943, obs.Ph. Stoffel-Munck ; *JCP* éd.E, 2004, 1477, note Ch.Lachièze.

⁵⁹² En ce sens, Ch.Lachièze, *op.cit.*, n°7, p.1593.

⁵⁹³ Req., 8 avril 1857 : *DP* 1858, 1, 134.

son aspect humiliant, vexatoire (en particulier si la révocation a eu lieu en public, avec violence, ou dans des conditions injurieuses).

345. Cependant, cette circonstance de l'abus de droit étant une exception au principe, elle se doit d'être appréciée strictement par les juges du fond. Bon nombre d'intermédiaires risquent encore d'être déçus de l'absence de résultat de leur action tendant à l'indemnisation de leur révocation par le mandant. La démonstration de l'abus s'apparente à la preuve d'une faute intentionnelle, d'une intention de nuire. La Cour de cassation a par exemple décidé de rejeter le pourvoi d'un avocat, mandataire révoqué par ses clients au motif suivant : « *après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 2004 du Code civil, le mandant est libre de révoquer à tout moment son mandat, sauf à ne pas commettre un abus de droit, la Cour d'appel [...] a retenu que la révocation du mandat, précédée d'un entretien avec l'intéressé, n'avait pas dessaisi M. Charier (l'avocat) des procédures dont il avait été chargé, et que la décision d'évincer celui des avocats, qui, en raison de son âge, lui paraissait le moins disponible, pouvait d'autant moins être critiquée qu'elle n'impliquait aucun reproche à son égard ; qu'elle en a déduit que la révocation du mandat de M. Charier qui n'avait été ni intempestive, ni abusive, ne pouvait donner lieu à réparation*⁵⁹⁴ ». La déception du mandataire révoqué, indépendamment de ses compétences - y compris juridiques ! - ne laisse donc pas de place à la réparation.

346. Mais, si la force de l'*intuitus personae* qui règne sur le contrat d'intermédiaire justifie à elle seule qu'une répudiation soit possible en toute circonstance, l'absence de préavis peut continuer de choquer les esprits. En effet, reprenant ce qu'un auteur relevait à propos de la rupture des contrats de distribution, on ne peut qu'acquiescer à l'idée qu'« il peut être délicat d'admettre que des investissements coûteux soient faits par le distributeur, souvent à la demande expresse du fournisseur, sans qu'un minimum de pérennité de la relation contractuelle ne lui soit, en contrepartie, assuré »⁵⁹⁵. Or, l'heureux élu, intermédiaire choisi, est quant à lui sur un siège éjectable et sans aucune protection, alors qu'il peut également se trouver en situation de dépendance économique. Notamment, si l'on prend l'exemple d'un agent d'affaires chargé exclusivement de s'occuper depuis une dizaine d'années des affaires d'un unique client, on aboutit à considérer que le seul fait de rompre n'entraînant pas de faute, la rupture, à moins d'être fautive n'engendre aucune indemnisation. De la sorte, après dix

⁵⁹⁴ Cass.civ.1^{ère}, 2 mai 1984 : *Bull.civ.I*, n°143.

⁵⁹⁵ J.Mestre, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.13.

- L'intermédiaire contractuel -

années de fidèles services, l'intermédiaire se trouve privé de toute activité et de tout recours juridique si ce n'est la démonstration d'un abus de droit. Or, force est de souligner une fois encore que la Cour de cassation est souvent réticente à l'admettre. Un intermédiaire, chargé d'un mandat exclusif de commercialiser des produits avait été révoqué. Les fabricants avaient alors envoyé une circulaire aux clients pour les en informer. Sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, l'intermédiaire avait demandé des dommages et intérêts pour son préjudice moral, résultant d'une atteinte à sa réputation commerciale. Mais la Cour de cassation n'a pas succombé à cette argumentation qui tendait à démontrer les suites fautives de la rupture ; elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel⁵⁹⁶.

347. Face à ces principes de solution, qui peuvent sembler bien injustes, faut-il pour autant estimer qu'un préavis devrait être appliqué ou que l'exigence d'un motif légitime de rupture dispense l'intermédiaire du paiement d'indemnité ? D'abord, à propos du délai de préavis, il convient de relever que la notion est difficilement compatible avec le caractère d'*intuitus personae* qui marque le contrat. La confiance cessant, mieux vaut en finir au plus vite. Cette position peut apparaître comme à contre-courant de la jurisprudence, la Cour de cassation ayant récemment énoncé que le droit de rompre unilatéralement des relations contractuelles devait se soumettre à « un délai de préavis raisonnable compte tenu de l'ancienneté de ces relations »⁵⁹⁷. Mais, quoique cette décision semble formulée en termes généraux, elle ne contient pas d'attendu de principe et s'appliquait en l'espèce à la rupture d'un contrat non écrit entre un institut socio-éducatif et un kinésithérapeute libéral. On ne peut pas en déduire que la Cour de cassation entende généraliser l'obligation d'un préavis dans les contrats de longue durée. Au contraire, en s'appuyant sur un arrêt de la Chambre commerciale, qui indique que le « devoir de patience »⁵⁹⁸, qui devrait s'imposer à l'auteur de la rupture, peut être écarté « eu égard à la nature du contrat »⁵⁹⁹, circonstance qui vise, à n'en pas douter, les contrats conclus *intuitu personae*, on aurait envie d'affirmer qu'il n'est pas raisonnable de proposer l'instauration d'un préavis dans la rupture d'un contrat d'intermédiaire à durée indéterminée. La cessation d'un contrat à durée déterminée peut paraître plus problématique encore, mais la révocabilité *ad nutum*, qui est de l'essence du mandat, est incompatible avec l'idée du maintien de l'intermédiaire dans ses fonctions le temps qu'il s'organise. S'appuyant sur les règles spécifiques de rupture du contrat d'agence commerciale, sur lesquelles on

⁵⁹⁶ Cass.com., 3 décembre 1968 : *Bull.civ.* IV, n°341.

⁵⁹⁷ Cass.civ.1^{ère}, 16 mai 2006 : *Les Petites Affiches* 2006, n°138, p.18, note C.Boismain.

⁵⁹⁸ L'expression a été relevée sous la plume de D.Mazeaud, « Durées et ruptures », précité, n°29.

⁵⁹⁹ Cass.com., 5 mars 1996 : *RTDciv.* 1996, 904, obs.J.Mestre.

reviendra plus tard, ainsi que sur une décision de jurisprudence qui a sanctionné la rupture brutale, sans le « *moindre ménagement* » et dans des circonstances « *humiliantes* »⁶⁰⁰, un auteur a estimé qu' « en principe, un préavis doit être respecté en cas de résiliation unilatérale du mandat à durée indéterminée, qu'elle émane du mandataire ou du mandant »⁶⁰¹ et affirme un peu plus loin que doit être admis « un principe général du respect d'un préavis en cas de rupture unilatérale du mandat à durée déterminée »⁶⁰². Sur le strict plan de la logique, il faut reconnaître que cette analyse a le grand mérite de traiter uniformément le cas des contrats de mandat, qu'ils soient à durée déterminée ou non. Il est certain qu'il serait certainement critiquable d'en décider autrement. Toutefois, la simple référence au contrat d'agent commercial ne suffit pas à établir un principe et ne semble, au contraire, qu'asseoir le caractère exceptionnel de la situation de cet intermédiaire pour lequel une loi d'ordre public a imposé un régime spécifique. L'arrêt de la Chambre commerciale⁶⁰³, utilisé à des fins persuasives, ne convainc finalement pas. Le caractère humiliant d'une rupture un peu prompte se répare sur le terrain de l'abus de droit, sans que la notion de préavis soit d'un quelconque secours ; à partir du moment où le contrat de mandat, qu'il soit ou non à durée déterminée, est conclu *intuitu personae*, la précarité est de rigueur. Aucune des deux parties ne peut tirer profit de l'apparente stabilité contractuelle liée à la stipulation d'un terme ; leur imposer un préavis ne constituerait dès lors qu'un artifice.

348. Si la généralisation d'un préavis en cas de rupture du contrat d'intermédiaire ne paraît pas souhaitable, l'obligation qui pourrait être faite à l'intermédiaire de motiver sa décision de rompre mérite probablement davantage de réflexion, notamment en cas de rupture d'un contrat à durée déterminée. La remarque générale d'un auteur selon lequel « il n'est pas paradoxal d'affirmer que la confiance légitime (*reliance*) mise dans le contrat milite en faveur d'un désengagement prompt et clair »⁶⁰⁴, n'est pas incompatible avec les contrats d'intermédiaire et paraît au contraire réaliste eu égard à l'enjeu que comporte certains d'entre eux, si loin du mandat, conçu par les codificateurs comme un petit contrat gratuit entre amis. La justification d'une rupture indique que l'on se soucie d'empêcher une résiliation un peu hâtive qui ne pourrait être compensée par la théorie de l'abus de droit. Tout du moins, si l'on impose un juste motif, comme le droit du travail l'exige en cas de licenciement d'un salarié

⁶⁰⁰ Cass. com., 13 janvier 1964 : *Bull.civ.* IV, n°21.

⁶⁰¹ A.Sonet, *Le préavis en droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n°95.

⁶⁰² A.Sonet, *op.cit.* n°172.

⁶⁰³ Cass. com., 13 janvier 1964, préc.

⁶⁰⁴ S.Le Gac-Pech, « Rompre son contrat », *RTDciv.* 2005, 223, n°1, cite H.Muir-Watt, « *Reliance* et définition du contrat », *Mélanges Michel Jeantin*, 1999, p.57 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

sous CDI, se séparer d'un intermédiaire par pur caprice devient une rupture onéreuse. Evidemment, une telle proposition s'oppose totalement au régime de la rupture d'un contrat de mandat. Toutefois, elle n'en contredit pas l'essence même : il est toujours affirmé que nul n'est tenu de demeurer dans l'intermédiation. Le juge n'aurait pas à annuler la rupture sans cause sérieuse car il n'est pas question que l'intermédiaire soit réintégré dans ses fonctions. Il aurait à évaluer, nécessairement *a posteriori*, le préjudice subi par l'intermédiaire du fait de la rupture, notamment en tenant compte de la durée des relations. Il ne serait plus question d'abus de droit, qui oblige celui dont on se sépare à démontrer une faute pour en obtenir réparation ; il s'agit d'inverser la charge de la preuve. Le défaut de motif sérieux entraîne une rupture fautive qui oblige à réparation. Cette réflexion n'est d'ailleurs pas très loin d'une position jurisprudentielle en vertu de laquelle « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non* »⁶⁰⁵. L'idée d'admettre une forme de résolution unilatérale a dû ensuite germer dans l'esprit des auteurs de l'avant-projet Catala, dont l'article 1158 en prévoit la possibilité en cas d'inexécution, à la différence que sa mise en œuvre ne dépend pas de l'importance ou de la gravité de l'inexécution constatée. Bref, à l'heure où la question de la rupture⁶⁰⁶ unilatérale des contrats à durée déterminée paraît enflammer les esprits juridiques, se rebeller contre les conditions actuelles de la rupture d'un mandat peut sembler hors de propos. Mais, si la brise du libéralisme fait frissonner le droit français des contrats, à la suite du droit européen des contrats⁶⁰⁷, l'encadrement de la révocation de l'intermédiaire n'est probablement pas si éloigné des objectifs que le droit moderne se fixe. En particulier, le contrat d'intermédiaire a aujourd'hui, pour d'anciennes raisons, un régime de rupture qui n'est pas en adéquation avec ses conditions de formation et d'exécution. De chacun des cocontractants on exige la loyauté, la collaboration et la bonne foi. De la confiance qu'on place en l'autre, un juste retour est attendu. Or, en un instant, un projet contractuel commun peut être mis à plat sans plus de précaution par le mandant, ce qui

⁶⁰⁵ Cass.civ.1^{ère}, 13 octobre 1998 : *D.*1999, 197, obs.Ch.Jamin ; *D.*1999, som.com., 115, obs.Ph.Delebecque ; *Deffrénois* 1999, 374, obs. D.Mazeaud. Solution réaffirmée à plusieurs reprises depuis, et notamment par Cass. civ.1^{ère}, 28 octobre 2003 : *Deffrénois* 2004, 378, obs.R.Libchaber ; *RDC* 2004, 273, obs.L.Aynès puis D.Mazeaud.

⁶⁰⁶ Le terme de rupture est volontairement employé pour éviter de se prononcer sur la qualification idoine, entre résolution (voir R.Libchaber, préc.) et résiliation (lire notamment S.Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, *Deffrénois* 2003, 369).

⁶⁰⁷ L'article 9-301 des Principes du droit européen du contrat prévoit également un droit de résolution unilatérale du contrat mais qui n'est reconnu qu'en cas d'inexécution essentielle de la part d'un contractant. On peut donc considérer que « la résolution est extra judiciaire en droit européen », selon la plume de B.Fauvarque-Cosson et D.Mazeaud, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches* 2006, n°146, p.3 et s., spéc. n°21.

- L'intermédiaire contractuel -

peut paraître choquant. Certes, on peut toujours objecter que le mandataire dispose d'un droit similaire, ce qui équilibre les forces et ne place pas le mandant dans une position de supériorité. Mais, envisagée par le prisme de l'intermédiation, la rupture est essentiellement l'œuvre de l'intermédiaire. L'intermédiaire vit de sa profession, il n'a pas de raison de vouloir se priver d'une commission. De la sorte, on peut aujourd'hui légitimement s'interroger sur le point de savoir si un principe de cohérence n'impose pas à l'intermédiaire quelques précautions quant à la révocation. La notion de préavis, on l'a vu, paraît mal convenir à ce contrat. Laisser subsister un pouvoir pendant l'écoulement du préavis pourrait mettre davantage en péril les intérêts du mandant. En revanche, avancer l'idée que seul un juste motif permettrait de se délier sans indemnité semble plus opportun. Il y a peu de temps encore, entre la résolution judiciaire des contrats et la révocation *ad nutum* des mandataires, il y avait un abîme juridique. Depuis, la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁰⁸, relayée par l'avant-projet Catala, a franchi un pas énorme, qui revient à reconnaître au contractant victime d'une inexécution un droit de rupture unilatéral. La doctrine a souligné, à ce sujet, la nécessité de garantir la légitimité de son exercice : « notification préalable, recherche de concertation, respect lorsqu'il est possible d'un préavis et motivation de la décision »⁶⁰⁹. Elle salue le soin que prodigue la Cour de cassation à veiller « à ce que ce pouvoir d'anéantissement unilatéral du contrat ne dégénère pas en pouvoir arbitraire »⁶¹⁰.

349. Pour autant, l'obligation de motivation, en droit des contrats, continue de faire débat, malgré quelques analyses convaincantes⁶¹¹ et rares sont ceux qui ont spécialement pris position quant au sort des mandataires. Confier un mandat, notamment lorsqu'il emporte représentation, signifie qu'on a, par avance, donné son consentement à un acte dont on sera tenu. En tant qu'exception à l'autonomie de la volonté, ce consentement à un engagement par l'intermédiaire d'autrui doit être révocable à tout moment. Le droit de révocation *ad nutum* paraît donc s'imposer avec la force de l'évidence pour dispenser d'avoir à fournir un motif. Or, le droit de rompre unilatéralement un contrat n'est pas contredit par l'obligation de motiver sa rupture⁶¹² et, comme a pu le souligner un auteur, il est curieux que ce soit justement dans les contrats fondés sur la confiance qu'une partie puisse, par sa seule volonté,

⁶⁰⁸ En particulier Cass. civ.1^{ère}, 13 octobre 1998, précité.

⁶⁰⁹ En ce sens, L.Aynès, note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 octobre 2003, précité.

⁶¹⁰ En ce sens, D.Mazeaud, note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 octobre 2003, précité.

⁶¹¹ Notamment M.Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Etudes offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, 301 et « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, 573.

⁶¹² M.Fabre-Magnan, *RDC* 2004, 573, préc.

- L'intermédiaire contractuel -

échapper à l'exécution⁶¹³. Il serait donc opportun de généraliser l'obligation, pour l'intermédiaire, de motiver sa décision de rupture, quelle que soit la durée du contrat.

350. De la sorte, on suggère que l'intermédiaire soit tenu d'invoquer un juste motif pour révoquer son intermédiaire et qu'à défaut, ce dernier puisse obtenir du juge une indemnité, tenant compte notamment de l'ancienneté des relations d'affaires des parties. Il y a là d'abord un rapprochement évident avec l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce, quoique le préavis ne soit pas ici de rigueur, mais il y a surtout une attirance du mandat vers l'avenir du droit des contrats. Les développements qui vont suivre, consacrés aux atténuations à la libre rupture, montrent, au travers des clauses contractuelles de plus en plus fréquemment utilisées et de l'étendue souhaitée des régimes qui y dérogent, notamment le mandat d'intérêt commun, que l'indemnisation de l'intermédiaire est aujourd'hui une attente légitime.

§2. Les atténuations à la liberté de rupture

351. On a vu précédemment que la théorie de l'abus de droit ne permet généralement pas à l'intermédiaire de pouvoir obtenir une indemnisation suite à sa révocation : aucune faute n'étant incluse dans le seul fait de rompre, c'est une faute intentionnelle qu'il lui faut démontrer, ce qui est malaisé. De la sorte, la pratique, secondée par des propositions doctrinales, a imaginé un certain nombre de stipulations qui permettent d'atténuer les effets de la rupture. Principalement, il sera question des stipulations contractuelles qui peuvent aménager, voire interdire, tout du moins en apparence, la rupture. On peut regrouper ces clauses en ce qu'elles ont en commun d'aliéner la liberté du mandant (A). Puis, il sera question du cas particulier du mandat d'intérêt commun (B) ainsi que du contrat d'agence commerciale (C).

A. Les stipulations contractuelles aliénant la liberté de rupture du mandant.

352. L'instabilité du mandat peut soucier les intermédiaires. Mais, les dispositions de l'article 2003 du Code civil, comme plus généralement celles qui régissent le mandat de droit commun, n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger, pourvu que l'intermédiaire,

⁶¹³ Ph. Simler, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée (à propos de trois espèces jurisprudentielles récentes) », *JCP*, G, 1971, I, 2413, spéc. n° 11.

s'il est un consommateur, ne subisse pas une clause qui procure à l'intermédiaire un avantage excessif. C'est dans cette optique de contrecarrer la précarité du contrat de mandat, qu'on a longtemps cru devoir subir en raison de l'*intuitus personae* dont il est marqué, que le mandat dit « irrévocable » s'est développé (1) et que parallèlement, les clauses d'aménagement conventionnel de la rupture se sont multipliées (2).

1. Le mandat stipulé irrévocable

353. Dans la mesure où l'article 2004 du Code civil n'est pas d'ordre public⁶¹⁴, il est possible que les parties y dérogent et conviennent que le mandat est irrévocable⁶¹⁵. En toute logique, une telle stipulation lierait l'intermédiaire à l'intermédiaire jusqu'au terme du contrat ou jusqu'à la complète réalisation de la mission. Persuadé de la puissance de l'autonomie de la volonté, un auteur avait autrefois écrit que dans pareil cas, « la révocation est impossible. Si elle intervient, elle est nulle, et ni le mandataire ni les tiers n'ont à en tenir compte »⁶¹⁶. La pratique n'est pas sans danger puisqu'elle interdirait à l'intermédiaire de reprendre son pouvoir, mais elle devrait nécessairement s'imposer aux parties dans la mesure où elles y ont librement consenti. Pourtant, la jurisprudence a décidé que le mandat, même stipulé irrévocable, de rechercher un acquéreur en vue de la vente d'un bien, ne prive pas le mandant du droit à renoncer à l'opération. La révocation doit dès lors poursuivre tous ses effets, sous réserve de la responsabilité du mandant envers le mandataire⁶¹⁷.

354. Cette décision appelle immanquablement quelques interrogations. D'ailleurs, la doctrine n'a pas manqué de réfléchir sur cette solution et un auteur a salué son application toutes les fois qu'il s'agirait d'un « véritable mandat »⁶¹⁸. Le mandant dédouble, dans ce cas, sa personnalité juridique en confiant sa volonté à celle d'un autre et cette unité a vocation à se reconstituer. Pour autant, faut-il réserver un particularisme lié à la nature du contrat liant l'agent immobilier et son client ? Qualifié de mandat d'entremise, il n'accorde assurément aucun pouvoir à l'agent immobilier de conclure l'opération. De la sorte, sa révocabilité serait davantage sujette à controverse. Néanmoins, la Cour, de manière ostensible, a empêché

⁶¹⁴ Req., 8 avril 1857, préc.

⁶¹⁵ R.Perrot, « Le mandat irrévocable », Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, p.446. Un auteur démontre qu'aujourd'hui, cette faculté est parfois utilisée à des fins de garantie. J.Stoufflet, « Le mandat irrévocable, instrument de garantie », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.477.

⁶¹⁶ E.Sallé de la Marnierre, « Le mandat irrévocable », *RTDciv.* 1937, 241, préc.

⁶¹⁷ Cass.civ.1^{ère}, 5 février 2002 : *Bull.civ.* I, n° 40 ; *D.*2002, 2640, note Y.Dagorne-Labbé ; *D.* 2002, som.com., 2838, obs.L.Aynès ; *JCP*, G, 2003, II, 10029, note D.R Martin ; *RTDciv.*2002, 119, obs. P-Y Gautier.

⁶¹⁸ L.Aynès, préc., spéc.p.2839.

- L'intermédiaire contractuel -

l'article 1134 du Code civil de produire effet en pareil cas, ce qui prouve qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le véritable et le « faux » mandat. Une telle solution s'applique en conséquence à l'ensemble des contrats d'intermédiaire : la mission confiée à autrui peut toujours être révoquée. Une telle révocation peut ensuite donner droit à des dommages et intérêts au bénéfice de l'intermédiaire.

355. Selon cet arrêt, un pouvoir ne peut donc être donné de façon irrévocable. La rupture est toujours possible mais devient onéreuse. Cette solution marque un sérieux coup d'arrêt aux prévisions des parties à un double titre : d'abord, parce le droit de révoquer est réaffirmé, ce qui peut décevoir les attentes d'un intermédiaire, ensuite parce que le coût de la rupture est laissé à l'appréciation des juges, ce qui laisse les deux parties dans l'incertitude. La première Chambre civile a pourtant confirmé sa position : en l'espèce, un mandat exclusif de vendre avait été confié à un agent immobilier le 27 mars 2000, pour une période irrévocable de quatre mois. Malgré cela, le propriétaire révoque l'intermédiaire par l'envoi d'un courrier avec demande d'avis de réception en date du 17 juin 2000. En dépit de ce courrier, l'agent immobilier signe un compromis de vente avec un acheteur le 26 juin ; le propriétaire refuse assez logiquement de régulariser cette vente. L'agent immobilier l'assigne alors en paiement d'une somme égale à la rémunération perdue augmentée de dommages et intérêts. La cour d'appel ayant rejeté sa demande, il forme un pourvoi en cassation. La Cour de cassation considère que « *c'est à bon droit que le mandat même stipulé irrévocable ne privait pas le mandant du droit de renoncer à l'opération et que la révocation produisait alors tous ses effets sous réserve de la responsabilité du mandant envers le mandataire* »⁶¹⁹ et affirme, dans un second temps, que c'est par l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond ont pu estimer que le mandataire n'avait subi aucun préjudice. Quoique inédit, cet arrêt est d'une haute importance. Il confirme l'attachement des magistrats à l'absolue révocabilité du mandat, ce qui semble plutôt conforme aux conséquences de la perte de confiance. Néanmoins, il montre que la rupture du contrat, malgré la clause d'irrévocabilité, n'ouvre guère plus de perspective d'indemnisation que s'il s'agissait de la révocation d'un mandat ordinaire limitée par la théorie de l'abus de droit. Or, l'intermédiaire en l'espèce souffrait de la perte de commission que la révocation a entraînée. Il ne s'agissait même pas d'indemniser la perte d'une chance, mais bel et bien la privation de la rémunération correspondant à la vente. On peut donc craindre un sérieux désintérêt des cocontractants pour

⁶¹⁹ Cass.civ.1^{ère}, 30 mai 2006, inédit, pourvoi n°04-11260. La généralité de l'attendu permet de ne pas cantonner la portée de l'arrêt aux agents immobiliers du fait du particularisme de la loi Hoguet.

- L'intermédiaire contractuel -

cette stipulation. Conçue comme un gage de pérennité, elle est malgré tout écartée par le juge qui s'octroie le pouvoir d'évaluer le préjudice subi en raison de cette rupture, qui devait être prohibée. Qu'elle ne joue pas son rôle souhaité de rempart contre le risque de révocation se justifie ; qu'elle ne puisse pas, par principe, rendre la rupture onéreuse est plus contestable.

356. Les décisions récentes, rendues à propos du mandat dit irrévocable, qui tendent à légitimer le droit de rupture, malgré l'engagement de ne pas rompre, sont difficilement justifiables. Elles reviennent à nier une partie de l'effet obligationnel du contrat, d'où le besoin de la pratique de se tourner vers des solutions plus efficaces. Puisqu'une stipulation ne peut faire échec à la libre révocation du mandat, un intermédiaire a tout intérêt à négocier par avance des indemnités de départ, plutôt que de se soumettre à un contrôle judiciaire, nécessairement aléatoire.

2. Les clauses d'aménagement de la rupture du contrat

357. La pratique a, depuis un certain temps déjà, anticipé sur le problème de la révocabilité *ad nutum* des mandataires. Fragilisant le mandat, ce principe s'expliquait surtout lorsque ce contrat était un service d'ami, donc gratuit. Aujourd'hui, la plupart des mandataires, tout du moins d'origine contractuelle, sont des professionnels qui vivent de leur activité. D'ailleurs, les mandataires sociaux, qui, bien qu'exclus de la catégorie des intermédiaires, en sont néanmoins rapprochés par leur affiliation au mandat, ont imaginé deux orientations pour pallier la précarité de leur statut : la première tend à considérer que puisque leur place est incertaine, on n'ose dire provisoire, l'accomplissement du mandat sera beaucoup plus chèrement rémunéré. Ce premier aménagement concerne donc l'exécution du contrat en prévision de sa rupture. La seconde possibilité consiste pour les mandataires sociaux à ménager les suites de leur révocation - qui peut résulter d'un changement de politique dans l'entreprise, d'une prise de contrôle entraînant une acquisition forcée ou de toute autre cause - grâce au procédé des *Golden Parachutes*⁶²⁰, soit justement ces indemnités négociées à

⁶²⁰ Les « primes de départ » atteignent des sommes exorbitantes. A la une des *Echos*, du 18 juillet 2006, on a pu par exemple lire que « *Laurence Danon, la présidente du Printemps, prépare sa sortie, elle toucherait jusqu'à 7 ans de salaire* » (soit près de 2,5 millions d'euros). On se souvient aussi que début 2005, Daniel Bernard, l'ancien pdg de Carrefour, partait avec une indemnité de 9,9 millions d'euros. La disproportion de ces montants a conduit le législateur fiscal, dans l'article 21 de loi de finances pour 2009, à cantonner le montant de la déduction fiscale à 6 fois le plafond annuel de la Sécurité sociale (soit 205 000 euros en 2009), ce qui devrait inciter à un retour des cocontractants à des montants plus raisonnables, sous peine de perdre le droit à déduction.

- L'intermédiaire contractuel -

l'avance entre les parties. Ce deuxième aménagement concerne cette fois la rupture à proprement parler.

358. A l'image de ces mandataires sociaux, les intermédiaires peuvent prévoir leur sortie en négociant une rémunération qui tient compte de leur engagement important mais nécessairement précaire. Toutefois, la négociation d'un tel avantage sera difficile, voire même impossible dès lors que le mandataire n'aura pas une compétence particulière ou une connaissance unique d'un marché à mettre en valeur.

359. S'il s'avère que l'intermédiaire est en position suffisante de force pour pouvoir négocier avec son partenaire, il a un intérêt évident à faire interdire au mandant de le révoquer *ad nutum*. Plus précisément, l'intermédiaire peut accepter, soit de soumettre sa décision à un délai de préavis contractuel, soit de verser une indemnité forfaitaire à l'intermédiaire en cas de rupture du contrat, à l'instar d'une clause pénale, qui réglerait d'avance le problème des dommages et intérêts dus à l'intermédiaire. Dans quelques cas, on remarque une association de ces deux avantages. Notamment, un arrêt illustre cette combinaison, sans toutefois préciser la qualification de la clause d'indemnité contractuelle⁶²¹. En l'espèce, un mandat de gestion à durée déterminée de trois années avait été confié à une société. Une clause stipulait que le mandant pourrait mettre fin au contrat à tout moment moyennant un préavis d'un an et le versement d'une indemnité égale au montant des rémunérations qui auraient dû être perçues si le mandat était allé jusqu'à son terme, calculées sur la base des honoraires perçus lors de la dernière année. Le mandant ayant dénoncé le contrat avant terme, le mandataire l'a assigné au paiement de l'indemnité de résiliation. La cour d'appel a fait droit à sa demande. Le pourvoi formé par le mandant contient deux moyens : il soutient d'abord que la révocation est due à une faute de l'intermédiaire. Le second moyen fait grief à l'arrêt d'avoir refusé de réduire l'indemnité et se fonde principalement sur la qualification de clause pénale. Or, la motivation du rejet opéré par la Cour ne laisse pas de surprendre. Elle énonce que « *les dispositions de l'article 2004 du Code civil ayant un caractère supplétif, la cour d'appel a exactement jugé que l'indemnité contractuelle de résiliation litigieuse aménageait simplement les conditions de rupture du contrat et ne représentait que le prix de la faculté de résiliation unilatérale, en dehors de toute notion d'inexécution, de sorte qu'elle n'avait pas le caractère d'une clause pénale* ». L'intermédiaire a donc bénéficié d'une indemnité extrêmement satisfaisante,

⁶²¹ Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001 : *Bull.civ.I*, n°56 ; *D.2001*, som.com. 3243, obs. Ph.Delebecque ; *Contrats Conc. Consom.* 2001, n°102, obs.L.Leveneur ; *RTDciv.2001*, 589, obs. J.Mestre et B.Fages.

- L'intermédiaire contractuel -

puisqu'elle équivaut à la somme qu'il aurait dû recevoir par le fruit de son travail. D'ailleurs, la révocation de ce mandataire était si onéreuse qu'on peut se demander jusqu'à quel point l'intermédiaire avait un intérêt à user de cette prérogative. A cela, la seule réponse tient à la perte de confiance. Comme on l'a vu, même lorsque le mandat est stipulé irrévocable, le droit de révoquer est absolu. Dans ces deux cas cependant, il faut être prêt à en payer le prix, à plus forte raison lorsqu'on a accepté de le déterminer par avance par une stipulation contractuelle.

360. Une question demeure en suspens, à la lecture de l'arrêt précité, quant au caractère révisable d'une telle clause. En l'espèce, la Cour a clairement écarté la qualification, avancée dans le pourvoi, de clause pénale, et n'a donc pas pu la réduire en tant que telle. Mais, cette stipulation est-elle pour autant intangible ? Autrement dit, les juges peuvent-ils contrôler l'indemnité contractuelle de révocation d'un intermédiaire ? Un auteur estime qu'« après tout, une indemnité conventionnelle de révocation calculée en fonction des honoraires perçus et à percevoir est une forme d'honoraires : elle pourrait leur emprunter le régime »⁶²². Dès lors, elle serait sujette à un contrôle judiciaire. On peut toutefois objecter, face à cette analyse qui demeure prudente, que c'est seulement le mode de calcul de l'indemnité qui fait référence aux honoraires. En elle-même, cette clause demeure totalement indifférente au travail accompli. Sa fonction est indemnitaire. Son fort montant laisse à penser qu'elle avait probablement une fonction première de coercition, ce qui la rapprochait d'une clause pénale. Mais, comme le dit justement la Cour de cassation, elle est « *en-dehors de toute notion d'inexécution* ». Elle ne peut donc pas s'apparenter à une rémunération, car elle ne constitue pas la contrepartie d'une prestation. En réalité, elle n'est que le prix d'un dédit, le coût accepté de l'usage d'un droit. A propos d'un contrat de construction, la Cour de cassation avait qualifié de faculté de dédit, non pas de clause pénale, la stipulation contractuelle permettant au maître de l'ouvrage de dénoncer le contrat moyennant le paiement d'une indemnité⁶²³. Elle avait exclu tout pouvoir du juge pour la réduire ou la supprimer. La ressemblance est frappante avec la clause qui fixe par avance le montant de l'indemnité due à l'intermédiaire révoqué. Il paraît donc sensé de penser qu'il n'y a pas lieu de craindre la diminution de l'avantage contractuel ménagé en cas de rupture⁶²⁴.

⁶²² Ph. Delebecque, note préc., sous Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001.

⁶²³ Cass.civ.3^{ème}, 9 janvier 1991 : D.1991, 481, note G.Paisant.

⁶²⁴ Le droit des sociétés frappe cependant de nullité les clauses d'incidence déterminante sur le patrimoine de la société et sur les décisions de l'actionnaire majoritaire, voir D.Mielliet, « Les clauses d'indemnisation au profit des mandataires sociaux tendent-elles à être reconnues ? », JCP, G, 2001, I, 212, également cité par Ph.Delebecque, note préc., sous Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001.

- L'intermédiaire contractuel -

361. Toutefois, pour ne pas « enchaîner » le mandant à un intermédiaire indélicat, il convient de réserver l'hypothèse dans laquelle l'intermédiaire commettrait une faute, même simple. Aucune indemnité ne serait alors due, indépendamment des stipulations contractuelles. Le même arrêt⁶²⁵ énonce que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, sans exiger une faute grave, a estimé que la société immobilière [l'intermédiaire] ne rapportait pas la preuve d'une faute de la société Langlois [l'intermédiaire] de nature à justifier la révocation anticipée du mandat sans l'indemnité compensatrice prévue au contrat* ».

362. La clause qui vise à indemniser le mandataire révoqué aboutit finalement à un régime identique à celui que la Cour de cassation a fixé au mandat stipulé irrévocable. Pourtant, leur finalité était en théorie distincte : la première visait à monnayer une prérogative, la seconde à la supprimer. Or, la possibilité de révoquer en toute circonstance s'affirme comme un principe absolu, auquel même la volonté des parties ne peut déroger. L'indemnisation, exceptionnelle, n'est qu'une limite. L'étude du mandat d'intérêt commun permet de confirmer cette analyse actuelle, qui place la disparition de la confiance de l'intermédiaire en obstacle absolu à la survie du contrat.

B. La réparation de la rupture subie par le mandataire d'intérêt commun

363. En matière de mandat d'intérêt commun, qui est en principe stipulé irrévocable, la jurisprudence admet que celui qui provoque la rupture engage alors sa responsabilité. En conséquence, à moins que le mandant ne parvienne à démontrer que la rupture est justifiée par une cause légitime⁶²⁶, il s'expose à dédommager l'intermédiaire du préjudice qu'il subit. En d'autres termes, l'absence de cause légitime ne prive pas d'effet la révocation du mandataire d'intérêt commun⁶²⁷ ; elle ouvre droit à indemnisation au profit du mandataire. Le maintien du contrat contre la volonté du mandant paraît donc intolérable, quoique la troisième Chambre civile ait pu décider, par un arrêt isolé, bien que publié au bulletin, que la révocation illégitime du mandat d'intérêt commun était sans effet et que le mandataire avait la possibilité d'être

⁶²⁵ Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001, préc.

⁶²⁶ Pour un exemple, voir Cass.com., 14 juin 1994 : *Contrats, conc., consom.* 1994, n°243, note L.Leveneur.

⁶²⁷ Pour un exemple, rendu en matière de mandat confié à un indivisaire, voir Cass.civ.1^{ère}, 2 octobre 2001 : *JCP*, G, 2002, II, 10094, note Y.Dagorne-Labbé ; *RTDcom.* 2002, 361, obs. B.Bouloc ; *RTDciv.* 2002, 118, obs. P-Y Gautier.

autorisé par le juge à conclure l'acte pour lequel il a été mandaté⁶²⁸. Hormis cette décision d'espèce qui n'a jamais trouvé d'écho, notamment parce qu'en raison de l'exécution forcée qu'elle admet, la force de l'*intuitus personae* du contrat y est nié, il est donc unanimement admis que le mandat d'intérêt commun est toujours révocable, mais que le mandant doit cependant dédommager son cocontractant pour avoir mis fin prématurément et sans motif légitime au contrat.

364. Indéniablement privilégié, ce régime particulier, au demeurant supplétif de volonté⁶²⁹, n'a toutefois qu'un domaine d'application restreint⁶³⁰. En effet, depuis un temps certain, les magistrats refusent d'en faire bénéficier le commissionnaire⁶³¹ et les agences de publicité⁶³². Ceci étant, ce rigorisme ne se manifeste pas que dans les cas d'intermédiation, puisque dans des domaines voisins, on constate ce refus d'extension au profit des concessionnaires exclusifs à durée indéterminée⁶³³. Pourtant, l'existence d'un apparent intérêt commun entre un courtier et un intermédiaire pourrait laisser croire à un traitement de faveur envers l'intermédiaire en cas de rupture du contrat. Cependant, le seul critère d'intérêt commun des deux parties au contrat est probablement insuffisant, ne serait-ce que parce c'est souvent le propre de tous les contrats que de servir l'intérêt des cocontractants⁶³⁴. Aussi, il n'est guère surprenant que la Cour de cassation ait jugé que « l'intérêt commun à l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration »⁶³⁵. En l'espèce, le contrat n'a pas été qualifié par la Cour, mais dès l'instant où une société, dans un magasin, avait concédé un emplacement à une personne, M. S., afin que des chaussures, choisies par lui, mais commandées par la société, y soient

⁶²⁸ Cass.civ.3^{ème}, 13 mars 1974 : *Bull.civ.* III, n°118, à propos d'un agent d'affaires chargé, par mandat exclusif d'une durée de six mois de vendre un pavillon.

⁶²⁹ En ce sens, Cass.civ.1^{ère}, 7 juin 1989 : *Bull.civ.*I, n°229.

⁶³⁰ A.Brunet, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz, 1983, p.85 ; J.Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Joly éditions, 1991, p.105 ; Th.Hassler, « L'intérêt commun », *RTDcom.*1984, 581 ; Ph. Grignon, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p.127.

⁶³¹ Cass.com., 10 février 1970 : *Bull.civ.*IV, n°49 ; Cass. com. 27 juin 1978 : *Bull.civ.*IV, n°182.

⁶³² Cass.com., 10 juin 1969 : *Bull.civ.*IV, n°218.

⁶³³ Cass.com., 7 octobre 1997 : *Contrats, conc., consom.* 1998, n°20, note L.Leveneur ; *D.* 1998, 413, note Ch.Jamin et som. 333, obs. D.Ferrier ; *RTDciv.*1998, 130 obs. P-Y Gautier et 370, obs. J.Mestre.

⁶³⁴ En ce sens également, D.Mainguy, *Contrats spéciaux, op.cit.* n°435, qui déplore toutefois un peu plus loin (n°589) que le mandat d'intérêt commun ne réponde qu'à des critères aux contours flous.

⁶³⁵ Cass.com., 8 janvier 2002 : *Contrats, conc., consom.* 2002, n°87, note L.Leveneur et n°78, obs.M.Malaurie-Vignal ; *Rev.Dr. et Patrimoine*, juin 2002, p.105, note P.Chauvel ; *D.* 2002, som.3009, obs.D.Ferrier ; *RTDciv.*2002, 323, obs.P-Y Gautier. Voir également l'appréciation critique de D.Mazeaud, « Durées et ruptures », précité, spéc. n°25, qui estime que les différences entre les concessionnaires et les mandataires d'intérêt commun « s'estompent lorsqu'on les appréhende à l'aune du droit vivant », ce qui ne justifierait pas ce traitement antinomique.

vendues moyennant paiement d'une commission, il s'agit sans trop de doutes d'un courtage⁶³⁶. De la sorte, la rupture du courtage, même d'intérêt commun, n'ouvre pas droit à réparation, à moins d'une faute commise par le donneur d'ordre. Or, en l'espèce, les juges ont estimé que le préavis de six mois pour rompre un contrat à durée déterminée d'un an était suffisant, donc exclusif de dommages et intérêts. On ne peut pas dès lors généraliser le régime de la rupture du mandat d'intérêt commun à l'ensemble des intermédiaires, quand bien même *inter partes* la relation serait un mandat. Juridiquement pourtant, l'envie se ressent de considérer le courtier comme un mandataire d'intérêt commun. Un auteur a tenté de démontrer dans sa thèse que le mandat d'intérêt commun pouvant s'identifier à deux critères que sont l'adhésion à une cause commune et la participation aux profits et aux risques d'une même opération⁶³⁷, il n'y aurait qu'un pas à franchir pour l'appliquer notamment au courtier, notamment lorsqu'il apparaît qu'il ne dispose pas d'une clientèle propre – la remarque vaut d'ailleurs pour le concessionnaire⁶³⁸-. Pour autant, la jurisprudence, hormis une décision isolée⁶³⁹, se montre hostile à la notion plus vaste de contrat d'intérêt commun⁶⁴⁰ et le législateur, s'il a parfois visé cette expression⁶⁴¹, n'avait manifestement pas la volonté d'appliquer le régime de rupture d'un mandat d'intérêt commun. En conséquence, seul le « véritable » mandataire, c'est à dire celui des intermédiaires qui agit au nom et pour le compte d'autrui et qui œuvre pour un bien commun, mérite d'être soustrait au droit commun de la rupture du mandat⁶⁴². A lui s'ajoutent ceux que la loi qualifierait comme tel : en particulier, les promoteurs peuvent bénéficier de ces conditions préférentielles de rupture

⁶³⁶ En ce sens, L. Leveueur, préc. p.15. Par ailleurs, la Cour relève que par une appréciation souveraine, les juges ont retenu que « *les clients n'ont manifesté leur volonté d'acquérir les objets qui leur ont été présentés que lors de leur passage aux caisses* ». En conséquence, l'arrêt de la cour d'appel, « *qui a ainsi fait ressortir que la rencontre des volontés entre les acheteurs et le vendeur ne s'est réalisée qu'à cet instant, a pu retenir que les préposés de M.S. n'ont effectué que des actes matériels de présentation des produits à l'exclusion d'actes juridiques pour le compte de la société* ». Pour une autre qualification, celle de contrat de stand, donc de contrat de concession, voir D. Mazeaud, « Durées et ruptures », précité, n°25.

⁶³⁷ Ch. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun (élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun)*, Paris V, 1991, visant le contrat de société et le contrat de distribution.

⁶³⁸ En ce sens, voir P-Y Gautier, note sous Cass.com., 7 octobre 1997, préc. p.132.

⁶³⁹ Amiens, 13 décembre 1973 : D. 1975, 452, note A. Rolland, abondamment cité, notamment par P-Y Gautier, note précitée p. 133 et G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 190, 1986, n°287.

⁶⁴⁰ Cass.com. 8 juillet 2008 : D.2008, 2140, obs.X. Delpech ; RTDcom.2008, 828, obs.D. Legeais, arrêt dans lequel, pour une nouvelle fois, la Cour de cassation refuse de voir un mandat d'intérêt commun à un intermédiaire en opération de banque. C'est comme souvent la circonstance que le courtier disposait d'une clientèle propre qui fonde l'exclusion de la qualification de mandat d'intérêt commun.

⁶⁴¹ L'article 1^{er} de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989, communément dénommée « loi Doubin », qui vise les contrats de distribution, utilise l'expression de « *contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties* ».

⁶⁴² Le courtier ne peut donc pas bénéficier de ce traitement de faveur. En ce sens, voir J. Bigot et D. Langé, *Traité de droit des assurances, op.cit.*, n°472, pour lesquels « il est doublement douteux que le courtier soit lié à son client par un mandat d'intérêt commun », d'une part parce que qu'il ne s'agit pas d'un mandat *stricto sensu*, d'autre part, parce que s'il existe bien un intérêt des deux parties pour ce mandat salarié, il ne peut s'agir d'un intérêt commun.

- L'intermédiaire contractuel -

puisque l'article 1831-1 du Code civil énonce que « *le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun* ». En outre, la jurisprudence a estimé devoir assimiler la rupture du contrat d'un agent général d'assurance à la cessation d'un mandat d'intérêt commun⁶⁴³, ce qui oblige le mandant à invoquer une cause légitime s'il veut se dispenser du paiement d'une indemnité. A ce titre, les articles 19 du Statut IARD et 16 du Statut Vie indiquent les motifs propres⁶⁴⁴ à écarter les conséquences d'une résiliation illégitime⁶⁴⁵. Cependant, la loi du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance a entraîné la rédaction de l'article L.540-1 du Code des assurances en ces termes : « *Le contrat passé entre les entreprises d'assurance et leurs agents généraux, sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.*

Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts qui sont fixés conformément à l'article 1780 du code civil. Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus ». De ces formulations récentes⁶⁴⁶, dont la portée n'est pas pour l'heure totalement connue, deux remarques s'imposent : d'une part, ce texte ne paraît pas entériner la pratique antérieure. Au contraire des conséquences de la rupture du mandat d'intérêt commun, la résiliation du contrat d'agent d'assurance n'ouvre droit à une indemnisation que par la démonstration d'un préjudice. C'est clairement le renvoi qui est fait à l'article 1780 du Code civil qui le prouve. D'autre part, cette référence au contrat de louage de services semble indiquer que la rupture d'un contrat à durée déterminée n'est pas envisageable. De la sorte, la résiliation du mandat d'agent d'assurance pourrait être soustraite au droit commun du mandat et ne plus relever plus non plus du mandat d'intérêt commun.

365. Mais, en toute circonstance, dans la limite de ne pas porter atteinte à un régime d'ordre public, les volontés individuelles possèdent une force créatrice. Il faut donc réserver l'hypothèse dans laquelle les parties ont stipulé que leur contrat était un mandat d'intérêt commun. Dans ce cas, elles ont volontairement accepté que la rupture en soit libre, mais onéreuse. Cependant, un arrêt mérite d'être évoqué en ce qu'il assigne une limite à la volonté des contractants. En l'espèce, un contrat de concession exclusive de distribution de coffres,

⁶⁴³ Cass.civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1986 : *Bull.civ.* I, n°186 ; *RGAT* 1986, 612, note M.Pauffin de Saint-Morel.

⁶⁴⁴ Les motifs relevés par le Statut IARD n'ont pas été jugés comme limitatifs. Voir Cass.civ.1^{ère}, 17 octobre 1995 : *Bull.civ.* I, n°632.

⁶⁴⁵ J.Bigot et D.Langé, *Traité de droit des assurances, op.cit.*, n°735.

⁶⁴⁶ Tirées de la Loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005.

- L'intermédiaire contractuel -

résiliable à tout moment sans indemnité, avait été plus tard transformé, par avenant, en un mandat d'intérêt commun. Révoqué, l'intermédiaire a assez logiquement demandé judiciairement le paiement d'une indemnité. La cour d'appel a fait droit à cette prétention mais la Cour de cassation a censuré cette décision. Elle a jugé que la cour d'appel n'a pas relevé que l'avenant avait expressément annulé la clause de résiliation figurant au contrat d'origine⁶⁴⁷. L'étendue de l'effet extinctif de la novation peut donc réserver quelques surprises aux parties dans la mesure où cet arrêt montre clairement que le mandat d'intérêt commun peut se rompre librement et sans indemnité si les stipulations contractuelles l'ont prévu ainsi. La portée de cet arrêt a été modérée par un auteur qui paraît considérer que la solution se justifie sous l'empire du droit applicable avant la loi du 25 juin 1991. Il est vrai que, depuis cette loi, toute clause qui supprime le droit à une indemnité en cas de rupture est réputée non écrite (article L.134-16 du Code de commerce). Néanmoins, on ne peut considérer que tout mandat d'intérêt commun puisse être qualifié de contrat d'agence commerciale. Dès lors, il faut continuer d'admettre que le mandat d'intérêt commun continue de poser des règles supplétives de volonté quant aux conditions de la rupture.

366. A l'heure actuelle, on s'aperçoit donc que la jurisprudence en est restée à l'idée que « la notion de contrat d'intérêt commun n'a pas de signification juridique précise dans les domaines autres que le mandat »⁶⁴⁸. Cela permet toutefois, entre autres choses, de confirmer que les contrats de distribution ou de concession ne doivent pas prétendre à une rupture indemnisée systématique et que les contrats d'intermédiaire ne sont guère mieux traités. La rupture du contrat d'agence commerciale, plus favorable encore que celle du mandat d'intérêt commun, est alors source de convoitise.

C. La réparation de la rupture subie par l'agent commercial

367. On aurait pu étudier le sort de l'agent commercial dont le mandat est rompu sous l'angle du mandat d'intérêt commun tant la ressemblance en est frappante. Dans les deux cas en effet, il s'agit de rendre la révocation onéreuse, donc de dédommager l'intermédiaire. Il faut dire, en outre, que la formule de l'article L.134-4 du Code de commerce force un peu plus la ressemblance en énonçant que « *les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs*

⁶⁴⁷ Cass.com., 3 juillet 2001 : *JCP*, E, 2002, n°24, p.1002, note G.Virassamy ; *RTDcom*.2002, 150, obs.B. Bouloc.

⁶⁴⁸ D.Ferrier, obs.sous Cass.com., 30 novembre 1982 : *Cah. Dr. entr.* 2/1983, 25.

- L'intermédiaire contractuel -

mandants sont conclu dans l'intérêt commun des parties ». Pour autant, une différence structurelle existe entre ces deux hypothèses. En effet, lorsque le mandant révoque son mandataire d'intérêt commun, il doit en principe le dédommager, à moins qu'il ne justifie d'un fait qui légitime cette action. L'œuvre prétorienne a donc amélioré la situation du mandataire en inversant la charge de la preuve. Pour autant, les justes motifs peuvent être variés : liés à un comportement fautif du mandataire ou à des circonstances économiques subies par le mandant⁶⁴⁹, ils permettent une rupture sans dédommagement. A l'inverse, le législateur a davantage protégé l'agent commercial. L'article L.134-12 al.1 du Code de commerce lui octroie une indemnité compensatrice du préjudice qu'il subit à moins qu'une faute grave de sa part soit rapportée par l'intermédiaire. En conséquence, les causes de rupture légitime s'amenuisent.

368. Ce traitement de faveur, accordé aux seuls agents commerciaux exerçant leurs activités en France (ou dans l'Union européenne) et bénéficiant du statut de la loi de 1991⁶⁵⁰, suscite évidemment l'envie des mandataires d'intérêt commun. La confusion peut en effet régner dans la mesure où l'on sait que l'un comme l'autre sont mandataires et oeuvrent pour une clientèle commune, si ce n'est totalement, du moins partiellement. En outre, il a été décidé que l'immatriculation au registre des agents commerciaux n'était pas une condition de validité⁶⁵¹ de la formation d'un contrat d'agence commerciale. Dès lors, notamment en cas de rupture du contrat pour faute simple ou dans un cas de non-renouvellement du contrat à durée déterminée, il est tentant de se réfugier derrière le statut protégé de l'agent commercial. La jurisprudence communautaire, qui par le biais des questions préjudicielles qui lui sont posées, œuvre abondamment dans l'interprétation du statut, dégage quelques critères, dont la permanence de l'action de l'intermédiaire⁶⁵². Les juges français ont, quant à eux, dû

⁶⁴⁹ Il a ainsi été jugé que la réorganisation de son système de commercialisation décidée par le mandant était une cause légitime de révocation du mandat d'intérêt commun. Cass.com. 13 novembre 1969 : *Bull.civ.* IV, n°335.

⁶⁵⁰ Les agents commerciaux hors statut, par exemple parce qu'ils exercent leur activité à l'étranger et que la loi française ne leur est pas applicable, sont soumis à la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation, publiée par décret n°92-423 du 4 mai 1992. La rupture de leur contrat n'entraîne alors le droit à une indemnité que si elle est abusive. En ce sens, Y.Guyon, *Droit des affaires, op.cit.*, n°815.

⁶⁵¹ Cass.com., 25 juin 2002 (pourvoi n°00-14326) : *D.*2002, AJ 2529, obs. précitées E.Chevrier ; cité par Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *Les contrats spéciaux, op.cit.*, n°558 pour affirmer l'absence de nécessité d'un écrit lors de la conclusion du contrat d'agent commercial, même si certains arrêts antérieurs semblent poser une solution inverse, notamment Cass.com., 3 juin 1997 : *Bull.civ.*IV, n°171 où la Cour de cassation énonce que « l'arrêt retient, à bon droit, que ce défaut d'immatriculation prive le mandataire de bénéficiaire des avantages particuliers prévus par le décret du 23 décembre 1958 ». Voir également *supra* n°555 et s.

⁶⁵² Sur ces critères jurisprudentiels, voir M.Behar-Touchais, « Florilèges autour des qualifications d'agent commercial ou de mandataires d'intérêt commun et des indemnités de fin de contrat », *RDC* 2006, 1174.

- L'intermédiaire contractuel -

rechercher la commune intention des parties⁶⁵³ ou s'attacher à l'autonomie nécessaire de l'agent commercial⁶⁵⁴ pour procéder à une qualification idoine du contrat. En revanche, s'agissant d'un ordre public de protection, la jurisprudence paraît refuser aux parties le pouvoir de soumettre contractuellement un mandataire au statut d'agent commercial, le juge devant rechercher suivant quelles modalités précises ce mandataire a exercé ses fonctions⁶⁵⁵. A l'inverse, la jurisprudence communautaire ne devrait pas admettre que les parties aillent à l'encontre de l'ordre public en différant l'application du statut d'agent commercial⁶⁵⁶.

369. Mais, à supposer le contrat d'agent commercial non contesté, un problème peut encore survenir par suite de sa rupture initiée par le mandant. En effet, la loi du 25 juin 1991 qui domine la question est d'ordre public, mais n'a pas défini la notion de faute grave. Bien entendu, on suppose que la faute simple ne peut suffire à l'exclusion d'une indemnité. Pour autant, il faut encore se demander si l'inexécution d'une obligation contractuelle peut être valablement qualifiée par les parties de faute grave. En somme, plutôt que de se soumettre à l'arbitraire du juge pour qualifier la faute de l'intermédiaire, on peut imaginer que l'intermédiaire ait par avance visé tel mauvais comportement contractuel comme source d'exclusion d'une réparation. S'ouvre alors un conflit entre le caractère impératif d'une loi, qui protège l'intermédiaire et la force obligatoire de ce que les parties ont créé face à un vide législatif. La Cour de cassation a tranché un litige similaire, par rejet du pourvoi qui lui était

⁶⁵³ Cass.com., 3 juin 1997 : *Bull.civ.IV*, n°172. Il a été jugé que si les contractants, professionnels avertis, avaient qualifié leur contrat de mandat d'intérêt commun, c'est qu'ils n'entendaient pas conclure un contrat d'agence commerciale. Le particularisme de l'espèce était pourtant que le mandataire était inscrit au registre des agents commerciaux et que sa désignation était celle de travailleur indépendant. Malgré tout, la cour d'appel avait jugé que ces circonstances étaient insuffisantes pour justifier de l'application du décret du 23 décembre 1958, ce que la Cour de cassation a confirmé par motifs adoptés.

⁶⁵⁴ On voit que les juges du fond apprécient souverainement les éléments de fait qui permettent de procéder à la qualification mais que la Cour de cassation continue d'exercer un contrôle, notamment sur le grief de dénaturation. Pour une illustration, voir Cass.com., 29 octobre 2002 : *RJDA* 2/2003, n°132 dans lequel il a été jugé que *sans dénaturer les termes du litige, ni violer le principe de la contradiction, l'arrêt retient que [...] un contrat de « mandataire vrac » qui annulait et remplaçait tous les accords précédents et qui, s'il satisfait par certains critères de son activité habituelle à la définition de l'agent commercial, s'en distingue par le fait que le mandataire avait cédé une certaine maîtrise de l'organisation de son entreprise en contrepartie d'un risque commercial moins grand [...]*. Le critère d'indépendance de l'agent commercial sert donc ici à justifier la qualité de mandataire non statutaire pour exclure le droit à indemnité en cas de non-renouvellement du contrat à l'échéance. Il joue encore de la même manière pour distinguer le statut d'agent commercial de celui de VRP. En ce sens, voir Cass.com., 22 mai 1967 : précité, *Bull.civ.IV*, n°199.

⁶⁵⁵ Voir Cass.com. 10 déc. 2003 : *D.* 2004, 210, obs. E. Chevrier ; *RTDciv.*2004, 285, obs.J.Mestre et B.Fages.

⁶⁵⁶ Notamment en prévoyant que le statut ne s'appliquera qu'à compter de l'immatriculation au registre spécial, formalité qui n'est pas une condition exigée par la loi. Jugeant qu'un État membre ne peut subordonner la validité du contrat d'agence, ou la protection issue de la directive, à l'inscription de l'agent commercial sur un registre prévu à cet effet (CJCE, 30 avril 1998, aff. C-215/97, Barbara Bellone c/ Yokohama spa, *Rec. CJCE*, I, 2151 et s. ; CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-454/98, Centrosteeel Srl c/ Adipol GmbH). *Contra*, Cass.com.8 juillet 2003 : *Cah. dr. entr.* 2003, n° 5, p. 46, obs. Ph. Grignon ; *RDC* 2004, 394, note critique M.Behar-Touchais, précitée, *supra* n°57.

- L'intermédiaire contractuel -

soumis, estimant que « l'arrêt en déduit à bon droit que les parties ne peuvent décider qu'un comportement déterminé constituera une faute grave et que la clause contractuelle, qui définit la non-atteinte du chiffre d'affaires minimum comme une faute grave justifiant le non-renouvellement du contrat sans indemnité, doit être réputée non écrite par application de l'article 16 »⁶⁵⁷ [de la loi du 25 juin 1991, aujourd'hui codifié à l'article L.134-16 du Code de commerce]. En somme, la Cour entérine une décision qui donne une préférence à la philosophie de la loi, car son contenu n'excluait pas *stricto sensu* cette possibilité. Il est évident que la loi de 1991 pose un large droit à indemnité au profit de l'agent commercial, qui lui profite non seulement quand il est révoqué, mais encore quand il décide lui-même de mettre un terme à son mandat en raison de son âge, de son infirmité ou de sa maladie. Lorsqu'on sait que même la mort de l'agent commercial ouvre un droit à réparation au profit de ses héritiers, il aurait probablement été critiquable de laisser les parties travestir en faute grave une simple inexécution contractuelle. On s'aperçoit en outre que la Cour ne se contente pas de statuer sur les seules clauses d'objectif, que concernait l'espèce, mais condamne en termes généraux toute clause qui viserait à priver le juge de son pouvoir d'appréciation de la gravité de la faute. A propos de cet arrêt cependant, on a pu lire qu'il « fournit un arbitrage équilibré entre, d'une part, la volonté des contractants qui reste maître de la fin du contrat via la détermination d'objectifs chiffrés et, d'autre part, la volonté législative qui, secondée par la raison des juges, assure la protection économique de l'agent commercial »⁶⁵⁸. Or, cette remarque lui donne une portée qu'il n'a pas. En effet, il ne faut pas croire que la non-réalisation d'une clause d'objectifs ouvre une perspective de rupture du contrat, dont l'auteur assume la réparation. En tout état de cause, on doit considérer que le mandat de l'agent commercial, comme tout autre mandat d'ailleurs, y compris celui qui serait dit irrévocable, peut être révoqué à tout moment, sous réserve de l'obligation qui pèse sur le mandant de réparer le dommage subi du fait de la cessation des relations contractuelles, non pas de la perte de clientèle⁶⁵⁹. La disparition de l'*intuitus personae* justifie à elle seule cette prérogative. Il n'y a donc aucune utilité à se prévaloir de l'inexécution d'une quelconque clause pour révoquer le contrat ou en refuser le renouvellement.

⁶⁵⁷ Cass.com., 28 mai 2002 : *JCP*, E, 2002, 2063, note V.Perruchot-Triboulet ; *RTDciv.*2002, 833, obs.P-Y Gautier ; *D.*2003, som. 459, obs.Ph.Delebecque ; *RTDcom.*2003, 158, obs.B.Boulloc.

⁶⁵⁸ V.Perruchot-Triboulet, note préc.

⁶⁵⁹ C'est un arrêt récent qui permet d'appuyer ce raisonnement sur le fondement de l'indemnisation posée à l'article L.134-12 du Code de commerce. La Cour de cassation a cassé un arrêt ayant accordé une indemnité qui cumulait la réparation de la perte de clientèle et le dédommagement de la cessation des relations contractuelles. Voir Cass.com., 25 juin 2002 (pourvoi n°99-20959) : *D.*2002, AJ 2467, obs. E.Chevrier. Plus généralement sur cette question, lire Ph.Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, n°44, 2000.

- L'intermédiaire contractuel -

370. Le mandat de l'agent commercial apparaît donc clairement comme un contrat dont la rupture est particulièrement encadrée et dont le régime est soucieux de la protection de l'intermédiaire. Son étude accroît les différences de traitement qui coexistent entre les différents mandataires.

CONCLUSION DU TITRE 3

371. L'étude de la fin du contrat d'intermédiaire met en évidence un point substantiel, intimement lié à l'*intuitus personae* qui le caractérise ; nul ne peut être tenu de rester dans l'intermédiation, quelle que soit la durée de l'engagement qui a été initialement pris. La disparition de la confiance qui avait été placée dans l'autre suffit à justifier un droit de résiliation unilatérale en toute circonstance, ce qui est une prérogative remarquable. Il est en effet apparu que ce droit était absolu, puisqu'il pouvait s'exercer même si les parties l'avaient évincé par le recours à un mandat stipulé irrévocable. Tous les mandats d'intermédiaire sont donc révocables, mais ce qui les distingue a trait aux modalités de la rupture. A défaut de stipulation, on doit considérer que l'intermédiaire est révocable *ad nutum*, la prérogative de l'intermédiaire étant seulement limitée par la théorie de l'abus de droit. Tout l'intérêt de ce dernier réside donc dans la négociation préalable, soit d'un délai de préavis, soit d'une indemnité, voire des deux. A défaut, il peut espérer faire judiciairement reconnaître l'existence d'un contrat d'agence commerciale, ce qui lui assure un régime protecteur impératif, à moins qu'il ne tente de démontrer qu'un mandat d'intérêt commun le liait à l'intermédiaire. Mais la jurisprudence a une appréciation stricte du mandat dans ce cas, ce qui la conduit à refuser cette qualification aux contrats de courtage, de commission ou encore de publicité.

372. Néanmoins, cette conclusion offre l'occasion de se demander si le contrat d'intermédiaire n'est pas le candidat idéal à la dénomination de mandat d'intérêt commun. En effet, les parties ont d'une part une clientèle commune. D'autre part, l'intermédiaire étant le plus souvent rémunéré par une commission, son chiffre d'affaires est lié à celui du donneur d'ordre ; on ne peut pas nier que leurs intérêts convergent. On retrouve ainsi dans ce contrat deux des principaux critères du mandat d'intérêt commun que sont la réalisation d'un objet commun et la création ou le développement d'une clientèle commune⁶⁶⁰. L'obstacle jurisprudentiel lié à l'absence de mandat dans les contrats de commission, de courtage ou de publicité pourrait être assez vite levé. On s'efforce au contraire de démontrer qu'*inter partes*, tous ces intermédiaires sont liés par un mandat. En somme, il n'y a qu'un pas pour

⁶⁶⁰ Pour une étude détaillée de ces critères, voir J.Ghestin, « Le mandat d'intérêt commun », préc., n°7 et 8.

- L'intermédiaire contractuel -

uniformiser les disparités d'indemnisation des intermédiaires révoqués. Pour l'heure cependant, quelques-uns d'entre eux continuent d'être privilégiés. Il y a en conséquence un intérêt évident pour certains intermédiaires à opter par avance pour un régime juridique protecteur en cas de rupture. L'instauration d'un juste motif de révocation en l'absence duquel la rupture serait fautive éviterait le recours à des qualifications d'artifice, au demeurant parfois inutiles, la jurisprudence pouvant exclure ladite qualification, notamment lorsqu'elle relève d'un dispositif d'ordre public (comme c'est le cas en matière d'agence commerciale).

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

373. Le lien qui unit l'intermédiaire à l'intermédiaire est un mandat, qui en raison de son caractère onéreux, se démarque nécessairement du mandat de droit commun. D'abord, il s'en détache, dès les prémisses du contrat, par l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel. Ensuite, il continue de signer son autonomie au travers d'un arsenal de règles qui gouvernent la compétence, la moralité, le niveau d'étude de celui dans lequel on place sa confiance. Ces dispositions éparses rendent malheureusement difficile le contrôle de l'intermédiaire, mais contribuent sans aucun doute à la moralisation des relations d'affaire. Par ailleurs, le contrat d'intermédiaire, toujours au stade de sa formation, s'affirme déjà comme le siège d'un lien juridique propice à l'équilibre ; la proportionnalité des prestations est une condition incontournable que le renouveau du concept de cause permet en particulier de contrôler.

374. Mais, à l'heure où la doctrine fixe son attention sur les Principes Lando et les Principes Unidroit, le contrat d'intermédiaire fait figure de bon élève en ce qui concerne son exécution. Il se distingue par le loyalisme dont les parties font preuve. *L'intuitus personae* dont il est empreint oblige les cocontractants à des diligences supplémentaires ; ils ne sont pas placés dans une circonstance économique de divergence. Dans un contrat de vente, vendeur et acheteur s'opposent en ce que tout gain sur le prix, la quantité ou la qualité réalisée par l'un entraîne une moins-value pour l'autre. Il en est de même pour la plupart des contrats. A l'inverse, principalement parce que l'intermédiaire est le plus souvent rémunéré par une commission versée à la réussite de l'opération, il a tout intérêt à ce que sa mission soit réalisée dans les conditions les plus favorables pour l'intermédiaire. Il s'agit donc d'un partenariat loyal, oeuvrant pour un bien commun. Ce constat peut alors permettre une réflexion sur l'opportunité de qualifier l'ensemble des intermédiaires de mandataires d'intérêt commun. La révocation *ad nutum*, qui était un principe admissible à l'époque où le mandataire était un ami, auquel on confiait ponctuellement le soin de remplir pour soi une mission, devient problématique. Il s'agit de mettre en terme, sans préavis, à une relation d'affaires, parfois de longue durée. Si l'intermédiaire, lorsqu'il est consommateur, doit être sérieusement protégé contre les abus commis par un professionnel, l'intermédiaire peut, lui aussi, apparaître

- L'intermédiaire contractuel -

vulnérable, notamment si son activité ne repose que sur un seul client. Plus généralement, il serait opportun de considérer que la rupture du contrat est possible en toute circonstance, mais qu'elle entraîne le versement d'une indemnité au profit de l'intermédiaire, à moins qu'une faute grave ne puisse lui être reprochée. De la sorte, ce dernier pourrait plus sereinement poursuivre son œuvre tendant au rapprochement de son client avec un tiers. L'intermédiaire noue en effet des contacts nombreux dans la perspective de présenter un cocontractant à l'intermédiaire. Il s'oblige parfois lui-même vis-à-vis d'autrui, situation normalement transitoire que la précarité de son pouvoir peut venir compliquer. L'étude qui va suivre des liens qui découlent du contrat d'intermédiaire en témoigne.

DEUXIEME PARTIE : LA VARIETE DE MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR DE L'INTERMEDIAIRE

375. De la conclusion d'un contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire naît une série de relations avec un partenaire cocontractant, voire avec d'autres tiers encore. Or, l'intermédiaire n'est pas nécessairement le seul à être engagé avec l'intermédiaire. L'intermédiaire peut en effet continuer à jouer un rôle prépondérant dans l'opération d'intermédiation. Fondamentalement, c'est la fonction assurée par l'intermédiaire qui gouverne les rapports juridiques entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. Or, celle-ci se manifeste de manière graduelle. Le courtage laisse peu de traces de l'intermédiaire tandis que la commission lui confère la qualité de partie. A mi-chemin, ceux qui agissent au nom et pour le compte de leur client s'effaceront peu à peu. Les diverses formes d'intermédiation présentent l'intérêt majeur d'entraîner des liens variables entre l'intermédiaire et l'intermédiaire (titre 1) mais soumettent l'intermédiaire, selon la fonction qu'il assume, à diverses sources de responsabilité (titre 2).

Titre 1. La déclinaison des liens issus de l'intermédiation

376. Tandis que le contrat qui lie l'intermédiaire à l'intermédiaire répond à la qualification unitaire de mandat, l'exécution de ce contrat fait naître des liens bien différents. Il y a, d'une part, des intermédiaires dont le rôle principal est de mettre en relation deux ou plusieurs partenaires économiques, à la demande de l'un d'entre eux, dit donneur d'ordre, mais sans participation de ces entremetteurs à la relation contractuelle. Il y a, d'autre part, bon nombre d'intermédiaires qui interviennent dans la conclusion d'un contrat : ils signent alors celui-ci en au nom et pour le compte de l'intermédiaire, dès lors qu'ils disposent d'un mandat pour représenter leur client. La volonté de l'intermédiaire, qui exprime celle de l'intermédiaire, forme un contrat dont les effets s'exécutent en principe entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. Enfin, il est des cas où l'intermédiaire masque, du moins dans un premier temps, la personne de l'intermédiaire, car il conclut en son nom le contrat avec l'intermédiaire. On voit donc que face à l'intermédiaire, l'unicité du régime juridique du contrat de mandat explose : l'intermédiation transparente (chapitre 1) s'oppose à l'intermédiation opaque (chapitre 2).

Chapitre 1. L'intermédiation transparente

377. L'intermédiation transparente peut être définie comme l'opération fondée sur un mandat, par laquelle l'intermédiaire met en relation deux ou plusieurs personnes qui seront unies par la création d'un lien contractuel direct. Selon le cas, l'intermédiaire a pour fonction d'entremettre, c'est-à-dire de présenter un cocontractant à l'intermédiaire, à moins qu'un mandat emportant représentation ne l'autorise à conclure en son nom et pour son compte le contrat, en vertu d'un mandat. De la sorte, il apparaît clairement qu'en ces deux hypothèses, s'établit un lien contractuel direct entre l'intermédiaire et l'intermédié, conformément au pouvoir dont a usé l'intermédiaire (section 1). Toutefois, la théorie de l'apparence constitue notamment une sérieuse limite aux effets prévus du pouvoir (section 2).

Section 1. Le pouvoir de l'intermédiaire, support juridique du lien contractuel entre l'intermédiaire et l'intermédié

378. L'intermédiaire est chargé d'engager une relation contractuelle avec un partenaire qu'il a choisi pour l'intermédiaire en fonction de caractéristiques, d'exigences ou de souhaits que ce dernier a pu lui formuler. Il est à ce titre un acteur à la formation du contrat puisque son client a précisément souhaité se décharger de cette formalité (§1). Mais l'intermédiaire n'agit pas en son nom ni pour son compte : il dispose d'un pouvoir, qui emporte représentation et le place en dehors de la relation contractuelle (§2). Les seules parties à l'exécution du contrat conclu par les soins de l'intermédiaire sont donc l'intermédiaire et l'intermédié.

§1. L'intermédiaire, acteur de la formation du contrat

379. Le point de départ de la présente réflexion consiste à montrer qu'un contrat est valablement passé entre l'intermédié et l'intermédiaire, agissant non pas en son nom personnel mais ès qualités. Il convient alors de s'attacher à la notion de pouvoir, qui autorise le représentant à conclure un contrat au nom et pour le compte de l'intermédiaire (A). Il faut ensuite s'assurer que les conditions de formation du contrat sont correctement remplies pour le rendre efficace (B).

A. Le pouvoir donné à l'intermédiaire

380. Si l'intermédiaire a la possibilité d'engager contractuellement l'intermédiaire et donc de ne pas lui-même s'engager, c'est en vertu de la procuration qui lui a été confiée. Au demeurant, même si dans les esprits des parties, il n'a que la fonction de courtier, il dispose en réalité souvent d'un mandat qui lui permet de représenter son client. La pratique est fréquente notamment parmi les courtiers d'assurance, les courtiers en vins, les courtiers en antiquités qui, s'ils trouvent un partenaire conforme aux attentes de leur client ont accessoirement le pouvoir de l'engager. Bien évidemment, cette circonstance doit être expressément prévue.

381. C'est donc la notion de pouvoir qui détermine en principe le champ d'action de l'intermédiaire et fixe ainsi les limites de la représentation. La règle découle directement de l'article 1998 du Code civil, en vertu duquel « *le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné* ». En somme, il faut s'en remettre à la délimitation du pouvoir pour s'assurer que l'intermédiaire est bel et bien mis à l'écart des effets du contrat. Il y a alors des cas qui révèlent que, le pouvoir n'existe pas, a été rétroactivement annulé ou n'est pas suffisant pour inclure l'acte passé par l'intermédiaire. Mais, dans ces circonstances particulières, provisoirement laissées de côté, la référence à la théorie de l'apparence peut encore justifier que l'intermédiaire soit tenu de l'exécution du contrat⁶⁶¹.

382. La première condition pour que l'intermédiaire agisse au nom et pour le compte de l'intermédiaire est liée à l'attribution d'un pouvoir conforme à la conclusion de l'acte projeté. Mais, l'efficacité de cet engagement est elle-même conditionnée à son existence. Il convient donc d'étudier les conditions de formation du contrat conclu entre l'intermédiaire et l'intermédiaire.

B. Les conditions de formation du contrat passé avec l'intermédiaire

383. Le contrat à conclure doit sans aucun doute obéir aux règles classiques de formation des contrats. Les protagonistes ne sauraient s'affranchir des conditions habituelles liées à la validité des engagements. Pour autant, quoique l'intermédiaire intervienne à la conclusion du

⁶⁶¹ Voir *infra* n°418 et s.

contrat en remplacement de l'intermédiaire, on s'aperçoit que ce dernier n'est pas totalement étranger à l'examen de ces conditions. Gardant à l'esprit ce particularisme, lié à une relation triangulaire, nous examinerons successivement la notion de consentement (1), la capacité de ceux qui forment le contrat (2), enfin l'objet et à la cause des obligations et du contrat (3).

1. Le consentement

384. Lorsque le contrat projeté est signé par l'intermédiaire ès qualités de représentant et par le cocontractant, il y a néanmoins trois consentements qui s'expriment lors de cette opération. Ce particularisme, qui n'existe qu'au stade de la formation du contrat et disparaît aussitôt, mérite naturellement d'être étudié. En conséquence, bien que l'étude du consentement donné par l'intermédiaire, outre celui des parties à l'acte, puisse paraître, de prime abord, surprenante (a), nous expliquerons pourquoi elle est ici nécessaire (b).

a. L'examen surprenant du consentement donné par l'intermédiaire

385. En bonne logique, puisque l'intermédiaire est transparent, ne devraient être étudiés que les consentements de l'intermédiaire et de l'intermédié. L'intermédiaire ne serait que la copie fidèle de la volonté de l'intermédiaire. De la sorte, le consentement donné par l'intermédiaire représentant ne peut être considéré que comme l'expression du consentement de son client. En pareil cas, il conviendrait alors seulement d'examiner l'intégrité des consentements de l'intermédié et de l'intermédiaire. Pourtant, il faut certainement rendre une place plus importante au consentement de l'intermédiaire, notamment parce qu'on reconnaît au représentant le pouvoir d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien⁶⁶². Outre la volonté de l'intermédiaire et celle de l'intermédié, la volonté réelle et non viciée de l'intermédiaire doit s'exprimer. Pour cette raison, il semble légitime de se demander si le mandat donné à un aliéné peut être remis en question, tout comme le mandat qui serait confié à l'enfant en bas âge, sans faculté de discernement. Le défaut de lucidité de l'intermédiaire paraît dangereux et pourrait faire obstacle à la représentation. Certes, l'hypothèse, en matière d'intermédiaires, professionnels par définition, ne sera pas fréquente, encore qu'il puisse se présenter des cas où l'intermédiaire n'aura pas été déclaré comme aliéné avant l'acte. Par exemple, face à une maladie subite d'ordre psychologique et grave, l'intermédiaire pourrait

⁶⁶² E.Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, op.cit., n°217 et G.Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 253, 1996, n°42.

être fondé à remettre en cause l'engagement souscrit pour lui, dans la mesure où la survenance de la maladie a pu dégrader les facultés de l'intermédiaire.

386. La présence de l'intermédiaire transparent n'est donc pas neutre. Il exprime tout à la fois son consentement et celui de l'intermédiaire. Dans la mesure où il agit à titre de professionnel, son défaut d'information peut même polluer le contrat conclu par ses soins.

b. Un examen nécessaire, confirmé par l'étude des vices du consentement

387. Parmi les vices du consentement reconnus en droit français, le cas particulier du dol vient confirmer ce qui a été précédemment énoncé. En effet, au-delà du texte même de l'article 1116 du Code civil, les magistrats ont estimé que le représentant d'une des parties n'était pas un tiers et qu'en conséquence, son comportement pouvait avoir vicié le consentement du cocontractant. Cette solution résulte notamment d'un arrêt rendu le 24 mai 1994 par la Chambre commerciale⁶⁶³. Il s'agissait du comportement du représentant du vendeur d'un équipement professionnel qui avait livré un bien non conforme aux spécifications promises tout en recommandant l'acheteur auprès d'une entreprise de crédit-bail. La Cour d'appel avait retenu la nullité du contrat de crédit-bail pour dol, dès lors que le représentant de la société venderesse « *décrivait le matériel proposé comme ayant des qualités techniques et fonctionnelles très différentes de celles effectivement constatées et promettait une assistance complémentaire, qu'elle n'avait pas la capacité d'assumer* ». La Cour de cassation a confirmé cette solution.

388. Un auteur a vu un intérêt dans l'arrêt relevant « qu'il n'y avait pas, semble-t-il, de jurisprudence concernant les hypothèses où le représentant n'est lié à la partie représentée par aucun contrat de mandat ni lien légal, c'est-à-dire que ce représentant n'est qu'un simple intermédiaire »⁶⁶⁴. S'il paraît inutile de discuter une nouvelle fois ici l'utilisation contestable du mot intermédiaire employé dans ce commentaire⁶⁶⁵, on peut en revanche s'interroger sur l'utilité de cet arrêt en matière d'intermédiation. Une première lecture permet de voir dans le vendeur, chargé par l'établissement de financement de proposer un financement à ses clients et de les recommander auprès de lui, un véritable courtier, doté d'un mandat d'entremise. Les

⁶⁶³ Cass.com., 24 mai 1994 : *Les Petites Affiches*, 1996, 37, note Y.Dagorne-Labbé.

⁶⁶⁴ Y.Dagorne-Labbé, note préc. sous Cass.com., 24 mai 1994.

⁶⁶⁵ On a en effet démontré au cours de la première partie de cette thèse que l'intermédiaire, quelle que soit sa qualification juridique, était lié à l'intermédiaire par un contrat de mandat...

- L'intermédiaire contractuel -

tentatives du pourvoi pour nier cette qualification en invoquant d'une part « *un acte purement matériel consistant à faire remplir des documents* » et d'autre part, que le prétendu mandataire n'avait aucun pouvoir dans l'action ou le refus du crédit ont été vaines. En effet, c'est bien le dol du représentant du vendeur, courtier de l'organisme de financement, qui entraîne la nullité du contrat de financement. En l'espèce, bien que le dol ait probablement initialement porté sur la vente (le bien a été commandé sur la foi de descriptions mensongères), il n'est pas choquant que le contrat de financement soit annulé, la jurisprudence admettant, depuis un certain temps déjà, que l'annulation du contrat de vente devait entraîner celle du crédit-bail⁶⁶⁶. Mais, une seconde lecture de la décision enseigne, ce qui est particulièrement intéressant en l'espèce, que les juges ne sont pas passés par l'annulation de la vente pour atteindre le contrat de crédit-bail ; le lien entre les deux s'est fait par la personne de l'intermédiaire. La Cour de cassation reprend l'argumentation de la cour d'appel : le représentant de la venderesse n'était pas « *pour la conclusion des contrats, un tiers* ». De la sorte, cet arrêt montre clairement que les manœuvres dolosives d'un intermédiaire qui vicie le consentement de l'intermédié sont opposables à l'intermédiaire.

389. Une autre arrêt, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 29 avril 1998⁶⁶⁷, permet d'asseoir cette solution. En l'espèce, une SCI avait construit des immeubles et avait chargé une société de vendre les appartements qui les composaient. Un couple avait été démarché par un agent commercial qui travaillait pour le compte de cette société mandataire. Il y avait donc là une forme de sous-mandat, ce qui est d'ailleurs sans incidence. Persuadé de la rentabilité financière de cet investissement, le couple avait acheté le bien. Déçu par la suite, il sollicite la nullité de la vente conclue avec la SCI pour dol. La cour d'appel a accueilli cette demande, en retenant que la SCI avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par le mandataire aux acheteurs potentiels et avait bénéficié du dol. La SCI a formé un pourvoi, principalement fondé sur l'article 1998 du Code civil, et a tenté de convaincre la Cour que le mandataire avait outrepassé son mandat. Mais l'argument n'a pas eu d'écho et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Cet arrêt présente un double intérêt. D'abord, il témoigne de l'incidence de la présence de l'intermédiaire au contrat. Son comportement est pris en compte et, s'il est répréhensible, vient vicier le contrat comme si l'intermédiaire l'avait lui-même adopté. Ensuite, il montre que le dol de l'intermédiaire ne sera

⁶⁶⁶ Ch.Mixte, 23 novembre 1990 (2 arrêts) : *D.1991*, 121, note Ch.Larroumet ; *JCP*, G, 1991, II, 21642, note D.Legeais ; *Gaz.Pal.*1991, 1, 380, concl. H.Dontenwille ; *RTDciv.*1991, 360, obs.Ph.Rémy.

⁶⁶⁷ Cass.civ.3^{ème}, 29 avril 1998 : *Bull.civ.* III, n°87 ; *RTDciv.*1998, 930, obs. P-Y Gautier ; *RTDciv.*1999, 89, obs.J.Mestre.

- L'intermédiaire contractuel -

pas systématiquement opposable à l'intermédiaire : l'arrêt souligne avec justesse que le mandataire a agi dans les limites de son mandat, ce qui laisse supposer une solution inverse dans le cas où l'intermédiaire aurait agi hors de celles-ci. En revanche, la référence à la connaissance par le mandant du dol de son intermédiaire est inutile. Ce ne sont que les limites du pouvoir qui fixent l'étendue de la représentation, ce que résume parfaitement un auteur par la formule suivante : « Le mandant est engagé par le dol de son mandataire peu scrupuleux mais fidèle »⁶⁶⁸ .

390. A l'inverse, il faut donc réserver le cas où l'intermédiaire se distingue de la personne de son client en se plaçant en dehors de son mandat. Par une interprétation *a contrario*, c'est une solution qui peut se déduire de l'arrêt que l'on vient d'étudier. Elle a été également affirmée dans un arrêt ancien, mais néanmoins intéressant. Il a été jugé que dès lors que l'intermédiaire a dépassé son pouvoir, le contrat ne mérite pas de demeurer ; l'intermédiaire dispose alors d'une sorte d'action en garantie contre l'intermédiaire⁶⁶⁹. Plus précisément, sur le visa de l'article 1998 du Code civil, la Cour de cassation a estimé que le mandant disposait intégralement d'une action récursoire contre son mandataire qui avait provoqué un dol lors de la vente du pavillon qu'il était chargé de vendre. Il faut dire qu'en l'espèce, pour parvenir à ses fins, l'agent immobilier avait fait repeindre les murs de la maison pour dissimuler de nombreuses traces de moisissures résultant d'une condensation anormale. L'acheteur avait alors sollicité la résolution de la vente, qui lui a été accordée. Il s'agissait en réalité davantage d'une nullité, puisqu'il n'y avait pas réellement d'inexécution contractuelle, mais au fond cela ne change rien. On voit dans ce cas précis, à l'image de l'arrêt de 1998, non seulement que le contrat est remis en cause parce que sa formation est atteinte, mais encore que la personne de l'intermédiaire est distincte de l'intermédiaire. En l'espèce, et c'est là une différence notable, le comportement de l'intermédiaire est dissident par rapport aux consignes de l'intermédiaire. Ce particularisme lui offre donc un précieux recours.

391. En outre, et pour conclure, on relèvera que dans de nombreux cas, l'intermédiaire pourrait se plaindre d'une erreur, au même titre que du dol, lorsque l'information donnée par l'intermédiaire lors de la préparation du contrat a été inexacte ou incomplète. En effet, on a déjà amplement établi dans la première partie de cette thèse que l'intermédiaire était tenu contractuellement d'une obligation d'information, au sens large, envers l'intermédiaire. Son

⁶⁶⁸ P-Y Gautier, obs. sous arrêt préc.

⁶⁶⁹ Cass.civ.3^{ème}, 4 juillet 1972 : *Bull.civ.III*, n°443.

- L'intermédiaire contractuel -

inexécution peut alors parfois provoquer une erreur sur les qualités substantielles de l'objet du contrat. Toutefois, on en convient, la jurisprudence n'est guère prolixe sur le sujet et ceci pour une raison simple : plutôt que d'arguer d'une nullité, l'intermédiaire préfère maintenir le contrat et solliciter des dommages et intérêts⁶⁷⁰. Mais en sens inverse, on gardera à l'esprit que les vices qui entachent le consentement de l'intermédiaire affectent également celui de l'intermédiaire⁶⁷¹.

392. L'examen des conditions du consentement donné par les protagonistes ne suffisant pas à garantir l'efficacité de la convention avec autrui, c'est à présent sur l'importante question de la capacité qu'il importe de se tourner.

2. La capacité

393. En toute logique, l'étude de la formation d'un contrat s'intéresse à la capacité des parties. Mais, l'intermédiation met en présence trois personnalités juridiques distinctes. Or, si l'on se peut se contenter d'observer que l'intermédiaire doit être juridiquement capable pour s'engager contractuellement avec l'intermédiaire, les règles de capacité doivent être plus abondamment détaillées, d'une part, en ce qui concerne l'intermédiaire (a) et d'autre part, en ce qui concerne l'intermédiaire (b).

a. La capacité de l'intermédiaire

394. A l'égard du cocontractant, l'incapacité de l'intermédiaire est sans effet lorsqu'il agit par représentation. En effet, le représentant ne contractant pas en son nom ni pour son compte, il est dès lors logique d'écarter la nullité du contrat, dès l'instant où l'intermédiaire lui-même est capable. La Cour de cassation a adopté très tôt cette position, en décidant qu' « *un mandat peut être donné à un incapable dont les actes, accomplis pour le compte du mandant, échappent aux causes de nullité qui vicieraient les mêmes actes accomplis par l'incapable pour son propre compte* »⁶⁷².

⁶⁷⁰ Voir *infra* nos 613 et s ; nos 637 et s.

⁶⁷¹ En ce sens, Cass.com., 2 mars 1976 : *Bull.civ.IV*, n°78 rendu à propos d'une tromperie d'un vendeur quant aux possibilités de la marchandise vendue aux crédits-preneurs, mandataires du crédit-bailleur.

⁶⁷² Cass.civ., 5 décembre 1933 : *D.H* 1934, 49.

- L'intermédiaire contractuel -

395. Cette règle est parfaitement justifiée d'un point de vue juridique car la nullité qui vicierait l'acte passé par un incapable est une nullité relative destinée à protéger l'incapable. Ni l'intermédiaire, ni même le cocontractant ne pourraient donc s'en prévaloir pour solliciter la nullité de l'engagement souscrit. L'article 1990 du Code civil reconnaît d'ailleurs que l'on peut donner mandat à un mineur. En réalité, la règle connaît toutefois deux exceptions au moins. La première ne concerne pas véritablement le sujet étudié, mais doit être mentionnée pour mémoire : l'incapable ne peut être désigné comme exécuteur testamentaire en vertu de l'article 1028 du Code civil. En second lieu, l'article 1596, alinéa 3, du Code civil interdit aux mandataires de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, règle que nous avons précédemment étudiée sous l'angle de la contrepartie. Ce texte apparaît donc comme l'unique cas d'incapacité de l'intermédiaire qui atteint la convention dans son entier. En réalité, il s'agit-là à la fois d'une incapacité en tant qu'intermédiaire et à titre d'intermédiaire puisque l'hypothèse de la contrepartie fusionne les deux qualités sur une seule tête.

396. Hormis ce cas particulier, l'intermédiaire incapable peut engager juridiquement l'intermédiaire toutes les fois qu'il agit par représentation. Son incapacité ne vicie pas le contrat le liant à l'intermédiaire. En conséquence, outre la capacité de l'intermédiaire, c'est la capacité de l'intermédiaire qui conditionne la validité du contrat.

b. La capacité de l'intermédiaire

397. La capacité du mandant est nécessaire à la bonne formation du contrat. En principe, la capacité d'une partie à un contrat s'apprécie au jour de la conclusion de celui-ci. Mais dans la mesure où l'intermédiaire transmet à l'intermédiaire un pouvoir de contracter en son nom et pour son compte, c'est au jour où le mandant donne pouvoir au mandataire qu'il faut apprécier s'il est ou non juridiquement capable. En conséquence, il est possible de donner effet à une convention, conclue par les soins d'un intermédiaire, quoique l'intermédiaire ait été déclaré incapable depuis qu'il a valablement donné une procuration. Il n'existe qu'une seule et véritable limite à cette règle, laquelle est posée à l'article 503 du Code civil. L'ouverture d'une tutelle pour une cause notoire au moment de la conclusion du contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire représente, comme on l'a vu, un sérieux risque d'incapacité

future susceptible d'annuler le contrat d'intermédiation⁶⁷³ autant que, par ricochet, le contrat passé avec l'intermédié.

398. L'incapacité du mandant est une cause de nullité du mandat qui vient contaminer le contrat passé par les soins du représentant. Ni l'intermédiaire, ni contractant ne pourraient faire échec à la nullité de ce contrat, quand bien même ils auraient ignoré le vice en étant de bonne foi. Reste qu'il est peut-être possible pour le cocontractant de se prévaloir de la théorie de l'apparence, visée par l'article 2009 du Code civil. Certes, ce texte énonce que les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers de bonne foi seulement lorsqu'ils n'ont pas eu connaissance d'une cause d'extinction du mandat. Or, il n'y a pas d'argument dirimant, si ce n'est la lettre même de la loi, qui permette de restreindre le bénéfice de cette disposition aux seules causes de cessation du mandat qui seraient restées inconnues du cocontractant pour l'écarter dans l'hypothèse d'une cause de nullité du mandat non connue du cocontractant.

399. L'efficacité du contrat conclu entre l'intermédiaire et l'intermédié est ainsi principalement liée à la capacité de l'intermédiaire au moment où il a confié son pouvoir. Néanmoins, cette précaution ne dispense pas d'examiner que les parties à l'acte aient visé un contrat licite et moral.

3. L'objet et la cause des obligations et du contrat

400. Pour que le contrat formé par l'intermédiaire et l'intermédié soit valable, il est nécessaire que la cause et l'objet des obligations qui s'y trouvent existent et qu'en outre, le contrat ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il n'y a là aucun particularisme à relever si ce n'est qu'il faut rappeler qu'on ne peut pas réaliser par l'intermédiaire d'autrui ce qu'on ne peut soi-même réaliser. Cette règle classique n'écarte pas pour autant la méfiance naturelle qui s'exerce envers les intermédiaires. L'idée de fraude à la loi est souvent associée à la notion d'intermédiaire, encore qu'elle soit beaucoup plus forte en matière d'intermédiation opaque. De toutes façons, il est certain que si la cause du contrat d'intermédiation est illicite ou immorale, l'objet du contrat conclu avec l'intermédié sera nécessairement nul. En effet, le contrat conclu par les soins de l'intermédiaire a pour objet de

⁶⁷³ Voir *supra*.n°142.

- L'intermédiaire contractuel -

mettre l'intermédiaire en relation avec l'intermédié. Or, cette relation souhaitée était la cause du contrat d'intermédiation. En conséquence, il est normal que le vice qui atteint la première convention se propage à la seconde.

401. Pourtant, la Chambre commerciale a été saisie d'une affaire dans laquelle un intermédiaire en opérations de banque avait mis en relation un emprunteur et un prêteur de fonds. Or, l'article L.519-2 du Code monétaire et financier⁶⁷⁴ imposait en pareil cas que le prêteur ait la qualité d'établissement de crédit, sous peine de sanctions correctionnelles à l'égard de l'intermédiaire⁶⁷⁵. Comme cette condition n'avait pas été respectée en l'espèce, la Cour était saisie de la question suivante : l'irrégularité de l'activité de l'intermédiaire entache-t-elle de nullité la convention qu'elle a permis de conclure ? Elle y répond par la négative et consacre la validité du prêt⁶⁷⁶. C'est pour le moins une décision surprenante. En effet, si les sanctions pénales vis-à-vis de l'intermédiaire sont les seules restrictions que le législateur a prévues, il aurait probablement fallu songer aux finalités qui les gouvernent pour en étendre l'efficacité. En somme, puisqu'il s'agit de protéger le client du prêteur, la meilleure des solutions consiste à lui permettre d'arguer de la nullité de la convention. Or, le contrat de prêt n'était pas en l'espèce annulable de manière autonome, puisqu'il avait été conclu conformément aux règles de droit et que seules les circonstances de la rencontre des parties paraissaient douteuses. On peut alors porter attention au contrat préalable qui a permis de le conclure. Peut-on considérer que la cause du contrat d'intermédiation était nulle ? Assurément non, puisqu'il n'y avait pas de mobiles frauduleux qui animaient les cocontractants. Il s'agissait seulement de procurer un financement. La solution aurait été différente si l'on avait pu relever que cette recherche d'un emprunteur servait à blanchir une activité de trafic de stupéfiants par exemple. Mais tel n'était pas le cas. Quant à l'objet du contrat, il semblait lui aussi à l'abri de tout grief : il n'y a rien de répréhensible à rémunérer un intermédiaire pour qu'il recherche des clients désireux d'emprunter. En réalité, seul l'intermédiaire était donc visé par la Loi bancaire et celle-ci n'a pas posé une quelconque incapacité. D'ailleurs, même à supposer qu'elle le fit, le contrat de prêt aurait dû demeurer⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ Ancien article 65, alinéa 2, de la loi n° 84-46 dite Loi bancaire.

⁶⁷⁵ Les sanctions correctionnelles sont visées à l'article 77 de la Loi bancaire, devenu l'article L. 571-15 du Code monétaire et financier.

⁶⁷⁶ Cass.com., 15 octobre 1996, précité : *D.*1996, IR.237 ; *RTDcom.*1997, 123, obs. M.Cabrillac.

⁶⁷⁷ L'incapacité de l'intermédiaire, comme on a pu le voir précédemment, n'est normalement pas une cause de nullité du contrat souscrit par ses bons soins. Voir *supra* n°394.

402. Certes, les magistrats n'ont pas détaillé leur motivation, mais l'on peut toutefois penser que l'absence de vice affectant le contrat d'intermédiation a empêché de prononcer la nullité du contrat de prêt. Un auteur a proposé de considérer que « l'acte d'intermédiation, s'il rapproche les parties, reste néanmoins extérieur à l'opération qu'elles concluent et en est bien distinct, de sorte que son illicéité ne doit pas contaminer cette dernière dès lors que le législateur n'en a pas expressément décidé autrement »⁶⁷⁸. Pourtant, le contrat d'intermédiation et le contrat qui en est la conséquence sont fortement liés, malgré la transparence de l'intermédiaire. Donc, il y aura bien des cas où, en raison d'une interdépendance forte, si le premier contrat est vicié, le second le sera nécessairement. Mais puisqu'en l'espèce, le premier contrat n'était pas affecté par une quelconque nullité, il ne pouvait entraîner l'annulation du second, qui au demeurant ne subissait pas de cause autonome de nullité. En conséquence, si la solution de l'arrêt semblait en pratique contestable, elle apparaît juridiquement fondée.

403. Maintenant, si l'on suppose que le contrat est valablement formé, il faut considérer que par l'effet de la représentation, l'intermédiaire transparent ne peut être juridiquement contraint, en principe, de l'exécuter, car il n'y est pas partie.

§2. L'intermédiaire transparent, absent de l'exécution du contrat

404. L'intermédiaire transparent, qui conclut l'acte avec l'intermédié, ne s'engage pas pour autant avec lui. Il n'est donc pas lié par l'exécution de cet acte, quoiqu'il ait pu agir comme l'aurait fait une partie à la préparation et à la conclusion du contrat. Néanmoins, un auteur a proposé de considérer que « c'est en trois qualités distinctes qu'une personne peut être partie à l'acte : tantôt elle exprime une volonté, elle est partie auteur de l'acte ; tantôt elle est détenteur du droit d'agir, elle est partie titulaire du droit exercé ; tantôt elle est engagée par le lien de droit établi, elle est sujet d'imputation »⁶⁷⁹. Sur le fondement de cette distinction, l'intermédiaire, en ce qu'il exprime une volonté, pourrait être qualifié de partie.

⁶⁷⁸ M.Cabrillac, note préc. sous Cass.com., 15 octobre 1996, spéc. p.124.

⁶⁷⁹ M. Storck *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, Tome 172, 1982, n°75.

405. Indéniablement, cette vision étonnante mais qui n'est pas nouvelle⁶⁸⁰ remet en cause la définition plus classique de la notion de partie sur laquelle la majeure partie de la doctrine s'était accordée. En effet, un illustre dictionnaire de la langue française attribue au mot « partie » la définition suivante : « *personne physique ou morale qui participe, comme étant personnellement intéressée* (nous soulignons), *à un acte juridique ou une convention, par opposition au tiers*»⁶⁸¹. De manière semblable, un dictionnaire dédié aux notions juridiques la définit comme une « *personne liée* (nous soulignons encore) *par un acte juridique* »⁶⁸². Or, il est bien évident que l'intermédiaire transparent n'a pas la volonté de s'engager contractuellement avec l'intermédié. Il n'entend ni être lié, ni être personnellement intéressé au contrat.

406. Néanmoins, il existe bel et bien un paradoxe dans la situation de l'intermédiaire transparent. On a mis en lumière que sa présence à la conclusion de l'acte avait une incidence manifeste⁶⁸³. Il paraît donc difficile de le qualifier de tiers. Il ne se contente pas de rendre présent un absent, il est en outre tenu contractuellement vis-à-vis de l'intermédiaire d'une obligation d'information. Il l'exécute également lors de la passation du contrat. Puisque sa présence n'est pas neutre, il est tentant de considérer qu'il est en quelque sorte partie à l'opération envisagée dans son ensemble. Or, il n'est pas juridiquement correct d'analyser de manière globale l'opération d'intermédiation. Celle-ci correspond à une juxtaposition de contrats. Originellement, il y a la volonté d'une personne de conclure une opération classique, bien souvent un contrat nommé : vente, bail, contrat d'assurance... Mais en raison d'une impossibilité d'être présente à la conclusion de ce contrat ou encore par volonté de ne pas dévoiler son identité au stade de la recherche d'un partenaire contractuel ou pour être mieux conseillée dans ses besoins, cette personne utilise l'intermédiaire à des fins de transparence, de façon à ce que la personnalité juridique de ce dernier ne fasse pas écran. Si l'on veut résumer la situation de chacun des protagonistes de l'opération globale, on retient donc que l'intermédiaire et l'intermédié sont les deux parties du contrat d'intermédiation. Le partenaire contractuel de l'intermédiaire, l'intermédié, est, quant à lui, tiers à au contrat d'intermédiaire mais partie au contrat final.

⁶⁸⁰ A.Gorvtseff, «La lutte autour de la notion de sujet (Etudes de principologie du droit) – Exposé critique des doctrines actuelles sur le sujet de droit », *RTDciv.* 1926, 882 et «Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit », *RTDciv.* 1927, 1, qui distingue déjà élément fondateur », « élément administrateur » et « élément destinataire ».

⁶⁸¹ *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, V°PARTIE.

⁶⁸² *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la direction de R.Cabrillac, Litec 2002, V°PARTIE.

⁶⁸³ Voir supra n°385 (sur le consentement).

407. Ainsi, l'intermédiaire transparent n'est pas une partie au contrat final, sans qu'il puisse être tout à fait qualifié de tiers, même lorsqu'il n'est que courtier. D'ailleurs, le droit porte un intérêt à la volonté qu'il émet lors de la formation du contrat qu'il a préparé ou est chargé de conclure avec l'intermédié, probablement parce qu'il agit à titre professionnel en vertu d'un pouvoir que le premier contrat lui confère. Dès lors qu'il s'engage pas personnellement, il ne peut être considéré comme une partie. S'il n'a pas cette qualité, l'article 1165 du Code civil sur l'effet relatif des conventions s'oppose à ce que contrat ait un effet sur lui. Le mécanisme de représentation suffit donc, à lui seul, à justifier que l'intermédiaire transparent soit laissé à l'écart du contrat ou plus exactement, qu'il ne soit utilisé qu'au stade de sa formation. Pour souligner ce paradoxe, un auteur a utilement relevé que « la représentation, même analysée sommairement, fait apparaître des situations dans lesquelles le représentant ne peut être si facilement éliminé du cercle des parties contractantes, tout au moins lors de la formation du contrat. [...] l'intermédiaire qui se borne à négocier le contrat sans avoir reçu le pouvoir de le conclure joue bien le rôle de la partie dans une phase, sans doute préparatoire, mais cependant importante de la formation du contrat »⁶⁸⁴. Il faut même ajouter qu'en tout état de cause, l'intermédiaire transparent, qu'il soit courtier ou mandataire, assume cette charge d'élaboration du contrat ; la notion de pouvoir ne fait qu'amplifier le rôle prépondérant, proche de celui d'une partie, qu'il endosse provisoirement lors de la passation de l'acte.

408. Pour autant, il n'est pas simple de justifier cet étonnant aspect de la représentation, ici conventionnelle, notamment en raison du célèbre principe de l'autonomie de la volonté qui fut un des piliers de l'avènement du Code civil. En somme, il s'agit d'expliquer comment un individu peut être engagé par la volonté d'un autre. La réflexion n'est pas nouvelle puisque dès la fin des années 50, une doctrine autorisée soulevait que la représentation cessait d'être une exception : « elle envahit aujourd'hui la vie juridique. Or, partout où elle intervient, le principe d'après lequel l'homme libre ne peut être engagé juridiquement que par sa propre volonté est, pour ainsi dire, expulsé »⁶⁸⁵. Au XIX^{ème} siècle, on se contentait de s'en référer à l'effet d'une fiction⁶⁸⁶, théorie qui ne contente plus personne aujourd'hui. Dans un second temps, il a été tentant de s'en remettre à la volonté du représentant. On a ainsi pu lire que « la

⁶⁸⁴ J.Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP*, G, 1992, I, 3628, spécialement n°8 p.519.

⁶⁸⁵ R.Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », préc., n°1.

⁶⁸⁶ En ce sens, R.Savatier, préc., n°4 et Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n°802.

- L'intermédiaire contractuel -

représentation consiste, pour réaliser un acte juridique, à substituer, à la volonté de la personne que touchera cet acte, la volonté d'une autre personne, qui lui sert ainsi d'*organe*. Par l'effet de cette fonction, ce n'est plus la volonté de la première qui fait *sa loi*, mais la volonté de son représentant »⁶⁸⁷. Mais, dans le cas particulier de la représentation conventionnelle, qui englobe l'intermédiation, il semble plus approprié de considérer que la volonté de l'intermédiaire permet de justifier son engagement par l'effet du consentement de celui auquel il a accordé sa confiance. En effet, il n'est pas juste de considérer que la représentation permet d'attribuer au représentant la qualité personnelle qui n'appartient qu'à l'intermédiaire. En ce sens, la Cour de cassation a considéré que le mandataire ne se substitue pas au vendeur, qui doit lui-même faire preuve de diligence et ne peut s'en remettre totalement à l'intermédiaire⁶⁸⁸. Donc, même au moment de la formation du contrat, tandis que le mécanisme de représentation commence à opérer, l'intermédiaire n'endosse pas totalement la qualité de partie. Il apparaît alors que l'intermédiaire lui a laissé une sphère dans laquelle son consentement l'engage. La source de représentation est liée à la définition du pouvoir qu'il lui a transféré.

409. En somme, on retiendra qu'il n'est pas nécessaire de forcer les contours de la notion de partie pour comprendre l'incidence du comportement de l'intermédiaire transparent sur la formation du contrat conclu avec l'intermédiaire. Il a certes conclu le contrat, mais la partie liée par ses effets est l'intermédiaire en raison du mécanisme de représentation conventionnelle. L'intermédiaire, qui s'est comporté comme une partie à la conclusion de l'acte, s'efface de son exécution et laisse place à un rapport contractuel ordinaire entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. Ces derniers ont à répondre seuls d'une inexécution qui doit être sanctionnée selon le mécanisme de la responsabilité civile contractuelle. Le pouvoir de l'intermédiaire est en principe le support juridique de la représentation conforme à la volonté de celui qui l'a conféré. Néanmoins, deux séries de règles permettent de moduler cet effet juridique dans des circonstances où l'une des parties au contrat final est en situation de faiblesse.

⁶⁸⁷ R.Savatier, préc., n°4, p.48.

⁶⁸⁸ Cass.civ.1^{ère}, 5 janvier 1985 : *Bull.civ.I*, n°1.

Section 2. Les limites aux effets de la représentation

410. Tandis que le mandat confié à l'intermédiaire transparent opère par principe représentation, selon le mécanisme original qui vient d'être évoqué, deux circonstances particulières doivent retenir l'attention. D'abord, il faut songer à protéger l'intérêt de l'intermédiaire qui pourrait être mis à mal en raison d'une collusion frauduleuse entre l'intermédiaire et l'intermédié. Ensuite, il ne faut pas négliger la situation ambiguë du tiers, qui pense s'engager avec l'intermédiaire par le soin d'un intermédiaire qui paraît en avoir le pouvoir. Dans le premier cas, l'intermédiaire doit parvenir, contre toute attente, à se délier de son engagement en raison du comportement de l'intermédié (§1), tandis qu'il peut, dans le second, se trouver contraint par les apparences dont ce dernier pourrait se prévaloir (§2).

§1. La fraude : une limite protectrice de l'intermédiaire

411. L'intermédiaire ne semble pas pouvoir s'opposer aux effets de la représentation dès lors qu'il a conféré un pouvoir en ce sens à l'intermédiaire. L'application *a contrario* de l'article 1998 alinéa 2 du Code civil, qui présente une issue lorsque le défaut ou le dépassement de pouvoirs n'est pas couvert par une ratification, n'est précisément d'aucun secours puisque d'une part, on suppose que l'intermédiaire a initialement consenti à la représentation et que d'autre part, l'intermédiaire a agi dans la limite de son pouvoir. Toutefois, dans la mesure où il paraît plus qu'opportun de s'assurer que le pouvoir a été utilisé selon la finalité qui lui avait été assignée, la jurisprudence a élargi le domaine de la fraude (A), bien que la mise en oeuvre de ce concept puisse s'avérer malaisée pour se détacher d'un engagement apparemment souscrit valablement par l'intermédiaire (B).

A. L'utilité de la notion de fraude

412. Lorsqu'en parfaite connaissance de cause, l'intermédiaire a contracté avec un mandataire agissant dans la limite de ses pouvoirs, il peut légitimement s'attendre à ce que le contrat soit exécuté par l'intermédiaire. En effet, le mécanisme de représentation entraîne la naissance du contrat dans le patrimoine du mandant, ce qui l'oblige indéniablement comme s'il avait lui-même consenti. En s'adressant à un intermédiaire qu'il estimait digne de sa confiance au point de lui confier un pouvoir, l'intermédiaire souhaitait précisément atteindre cet objectif. Pourtant, la circonstance d'une fraude entre l'intermédiaire et l'intermédié peut légitimement

faire craindre que les intérêts de l'intermédiaire n'aient été délaissés, au service d'un but étranger, commun aux deux complices.

413. Or, même si des suspicions s'installaient dans l'esprit du mandant, il serait alors piégé par l'effet des règles de droit puisque le Code civil n'a prévu aucune issue. Cependant, la jurisprudence s'est heureusement intéressée depuis longtemps déjà à l'hypothèse et a affirmé que « *l'engagement pris par un mandataire n'oblige le mandant vis-à-vis des tiers (cocontractants) de bonne foi et que le contrat intervenu à la suite d'un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers doit être annulé* »⁶⁸⁹. La théorie de la fraude permet alors de contrôler le détournement de pouvoirs, non critiquable du point de vue des conditions objectives de formation du contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire (ce dernier dispose d'un pouvoir, il a agi dans la limite de celui-ci, l'intermédiaire a également valablement consenti), mais vicié d'un point de vue moral. On doit en principe distinguer le dépassement de pouvoirs ou l'absence de pouvoirs visée par l'article 1998 du Code civil, du détournement de pouvoirs⁶⁹⁰. La notion de fraude recoupe en l'espèce incidemment le dépassement de pouvoirs⁶⁹¹ et permet de sanctionner un double comportement (celui de l'intermédiaire et de l'intermédiaire son complice) en raison de la réprobation morale qui s'y attache : l'intermédiaire use de son pouvoir dans un but autre que celui qui lui avait été assigné.

414. S'ouvre alors une échappatoire à l'intermédiaire, apparemment engagé, pour se soustraire au contrat. Il n'en reste pas moins que la démonstration qui lui appartient a des contours indéterminés qui rendent sa tâche épineuse. En effet, il est toujours malaisé de définir une hypothèse de collusion frauduleuse, qui, à l'image de la mauvaise foi pose, en tout domaine du droit, de réelles difficultés⁶⁹². En la matière particulièrement, dans la mesure où les arrêts sont bien peu nombreux⁶⁹³, il paraît bien difficile de préciser quelle est l'étendue de la fraude.

⁶⁸⁹ Req., 14 avril 1908 : *DP* 1908, 1, 344 ; *S.*1909, 1, 23, également cité par D. Alexandre, *Juris-class.civ.*, v° Mandat, Art.1991 à 2002, Fasc.2, 1989, n°16.

⁶⁹⁰ En ce sens, D.Veaux, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *op.cit.*, n°7 (dépassement de pouvoirs) et n°10 (détournement de pouvoirs). Mais certains assimilent les deux notions, en ce qu'elles relèvent effectivement toutes deux de l'abus. G.Michaelidès-Nouaros, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil », Rapport général des Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions* (Journées grecques), tome XXVIII, Economica, 1977, p.5 et s., spéc.p.8, citant Planiol « le droit cesse où l'abus commence », in *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 11^{ème} éd., n°871, reproduit par G.Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, n°91, p.161.

⁶⁹¹ E.Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, *op.cit.*, n°194.

⁶⁹² Certains pans du droit, notamment en matière bancaire, ont néanmoins senti le besoin de définir la notion de fraude, tant elle paraissait fondamentale. A titre d'exemple, on pense notamment à la jurisprudence Worms (Cass.com., 26 juin 1956 : *JCP*, G, 1956, II, 9600, note R.Roblot ; *RTDcom* 1957, 156, obs. E.Becqué et

B. La difficulté de la notion de fraude

415. Quoique la fraude, spécialement en ce domaine, semble résistante à une définition globale, il peut être suggéré de considérer qu'elle consiste en une connivence entre l'intermédiaire et l'intermédié qui dessert manifestement les intérêts de l'intermédiaire. Il importe de souligner à quel point la complicité de l'intermédié est une condition de la démonstration de la fraude. En effet, si ce dernier est de bonne foi, la théorie de l'apparence le protège et l'autorise à se prévaloir de l'acte en cause⁶⁹⁴, quoique l'intermédiaire ait pu, à son profit, détourner le pouvoir, sans toutefois en excéder les limites. Pour autant, et dans des hypothèses qui semblent évidentes, les magistrats sont parfois réticents à admettre un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers. Notamment, la Cour de cassation, par stricte application des règles du mandat, a confirmé que la titulaire d'un compte bancaire se trouvait engagée par son époux, bénéficiaire d'une procuration, qui avait, postérieurement à sa propre mise en redressement judiciaire, émis un chèque au profit d'une société pour acompte sur le prix de livraison de matériel⁶⁹⁵. Bien que l'espèce ne concerne pas *stricto sensu* les intermédiaires, elle révèle au moins deux enseignements : d'abord, on note que la Cour réaffirme que le mandant est engagé par les actes de son mandataire, à moins d'un dépassement de pouvoirs de celui-ci ou d'une collusion avérée entre lui-même et le cocontractant. Ceci est donc une réaffirmation de la jurisprudence précitée de 1908⁶⁹⁶. Ensuite, on relève que la Cour se contente d'un contrôle relatif à la motivation des juges du fond, ce qui fait du concert frauduleux une notion de fait plus qu'une notion de droit⁶⁹⁷.

416. D'ailleurs, un autre arrêt, qui concerne directement le sujet, permet d'illustrer ce constat⁶⁹⁸ : en l'espèce, un propriétaire avait confié un mandat de vendre des parts indivises d'un immeuble pour une somme au moins égale, à l'époque, à 600 000 francs.

H.Cabrillac) qui a établi une définition de la fraude en ce qui concerne le porteur de mauvaise foi d'une lettre de change.

⁶⁹³ Une recherche thématique du « concert frauduleux » sur un moteur de recherche juridique révèle en réalité bien davantage d'illustrations au détriment de l'intermédiaire, c'est-à-dire que, dans des cas plus nombreux, l'intermédiaire et l'intermédié s'entendent, la plupart du temps pour éviter de payer une commission à l'intermédiaire.

⁶⁹⁴ Voir *infra* n°422 et s.

⁶⁹⁵ Cass.com., 5 octobre 1993, pourvoi n°91-14381, inédit titré.

⁶⁹⁶ Req., 14 avril 1908, préc.

⁶⁹⁷ Même si les magistrats ont indiqué dans l'arrêt que la cour d'appel a énoncé à « bon droit » que la titulaire ne pouvait se prévaloir de l'article 33 de la loi du 27 décembre 1985 (devenu l'article L.621-24 du Code de commerce). En réalité, cette expression fait référence à la bonne application du droit relativement aux conséquences tirées de l'appréciation d'une notion de fait.

⁶⁹⁸ Cass.civ.3^{ème}, 29 novembre 1972 : *Bull.civ.III*, n°647.

- L'intermédiaire contractuel -

L'intermédiaire s'était en apparence exécuté conformément à son mandat puisqu'il avait présenté un acquéreur pour ladite somme. Néanmoins, il s'est avéré qu'une offre d'achat pour un montant largement supérieur avait été dissimulée. La Cour de cassation s'appuyant sur le pouvoir d'appréciation de la Cour d'appel, qui elle-même se prévalait notamment d'un échange de correspondances, a réaffirmé que l'acte passé par le mandataire de concert frauduleux avec le tiers n'engageait pas le mandant. Cette solution peut surprendre, dans la mesure où l'intermédiaire obtenait finalement une somme équivalente à celle qu'il avait indiquée dans la procuration. On ne peut donc pas vraiment considérer que ses intérêts aient été lésés, si ce n'est que l'offre qui lui a été dissimulée lui aurait permis de faire une meilleure affaire. Et c'est probablement là que l'arrêt apporte un enseignement très intéressant sur la fonction de l'intermédiaire. Il ne lui suffit probablement pas de combler les attentes du donneur d'ordre, qui, notamment en matière de vente, peut être ignorant de la valeur marchande du bien dont il souhaite se dessaisir. Il doit faire partager sincèrement et loyalement ses connaissances. Qui sait si en l'espèce, ce n'était pas l'intermédiaire qui avait établi le prix de réserve de la vente desdites parts ? Mais finalement, peu importe la réponse à cette question, car, au stade de l'avant-contrat comme de l'exécution du mandat, l'intermédiaire a une obligation d'information qui lui impose notamment de défendre les intérêts de son client, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce. S'il s'était agi d'une opération dans laquelle le mandataire s'était porté contrepartiste, son opération aurait été annulée, sur le fondement de l'article 1596 du Code civil. Or, la loi n'a pas prévu de protection similaire lorsque, dans une circonstance finalement très voisine, le mandant apparaît comme le dindon d'une autre farce. Envisager de mettre en cause la responsabilité de l'intermédiaire pour manquement à ses obligations d'information et de loyauté peut représenter une compensation financière pour l'intermédiaire. Mais, cela ne l'aurait pas dispensé de s'exécuter, donc de transférer la propriété des parts au prix convenu, auprès du complice d'une machination disgracieuse. Dans le présent arrêt, la Cour de cassation semble bien avoir consacré la solution la plus juste. L'inopposabilité, doublée de dommages et intérêts au profit de l'intermédiaire, permet à ce dernier de ne pas s'exécuter, ce qui est primordial, tout en lui procurant un dédommagement financier du préjudice qu'il a subi. La nullité, autrefois prononcée par les juges⁶⁹⁹, semble donc abandonnée, ce qui est relativement logique : d'abord, parce qu'il est délicat de prononcer une nullité sans texte. Ensuite, on s'aperçoit que

⁶⁹⁹ Req., 14 avril 1908, préc.

l'hypothèse est rapprochée du dépassement de pouvoirs : or, précisément en la matière, l'inopposabilité semble s'affirmer en tant que sanction⁷⁰⁰.

417. En cette circonstance dans laquelle les intérêts de l'intermédiaire sont menacés d'un complot entre l'intermédiaire et l'intermédié, il est rassurant de constater que la jurisprudence n'a pas manqué de combler le vide législatif, par une application particulièrement appropriée de l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Il n'y pas lieu en l'espèce de ménager le cocontractant qui s'est rendu complice de la fraude. En revanche, lorsque l'intermédié a cru légitimement que l'intermédiaire qui s'est présenté à lui disposait d'un pouvoir, il paraît nécessaire de le protéger. L'impératif de sécurité juridique justifie parfois que la protection de l'intermédiaire soit sacrifiée devant l'apparence.

§2. L'apparence : une limite protectrice de l'intermédié

418. Dans certains cas, précisément lorsque l'intermédiaire n'a pas le pouvoir d'engager son client, on s'aperçoit que l'intermédié peut se retrouver face à une impossibilité de forcer la réalisation de la transaction, à moins qu'il ne puisse se prévaloir de l'apparence (A). L'intermédiaire dans ce cas est voué à s'exécuter, sans que son comportement ait été véritablement à l'origine de la situation créée (B).

A. L'influence du comportement de l'intermédiaire dans la création de l'apparence

419. La représentation, qui constitue en elle-même une exception notable à l'article 1165 du Code civil, autant qu'à l'autonomie de la volonté, doit nécessairement être strictement enfermée dans les limites d'un pouvoir. Il s'agit-là de protéger l'intermédiaire afin qu'il ne soit pas engagé au-delà de sa volonté. Néanmoins, il ne serait pas juste de sacrifier les intérêts du cocontractant. Ainsi, si le défaut de pouvoir de l'intermédiaire rend en principe l'acte inopposable à l'intermédiaire, ce qui place l'intermédié dans une situation bien délicate (1), les circonstances qui ont entouré la formation de cet acte permettent parfois de le sauver (2).

⁷⁰⁰ Voir *supra* n°147.

1. La situation malaisée de l'intermédié.

420. En réalité, l'hypothèse se résume à deux cas de figure : d'abord, il faut songer à un intermédiaire courtier qui se contente de mettre en relation une offre et une demande. Il n'a pas de pouvoir, à défaut de stipulation expresse, de passer l'acte. Ensuite, il peut s'agir d'un mandataire qui n'a pas ou plus le pouvoir d'engager l'intermédiaire pour l'acte considéré, sollicité par l'intermédié⁷⁰¹. Dans ces deux circonstances, l'intermédiaire semble à l'abri, justement parce qu'il n'a pas souhaité confier une offre ferme qui pourrait l'engager. Quant à l'intermédiaire, il n'est pas plus tenu et n'a nulle raison d'être inquiété sur le terrain contractuel⁷⁰², à moins qu'il n'ait dépassé ses pouvoirs et se soit engagé à titre personnel. En effet, si l'acte est passé sans pouvoir, il est alors inopposable à l'intermédiaire sans que le mandataire ou courtier soit engagé vis-à-vis du cocontractant. Le projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, qui propose d'instaurer une nullité en pareil cas (selon le nouvel article 1119-3 du Code civil), ne perturbe aucunement cette analyse.

421. En somme, les règles juridiques liées à l'utilisation d'un intermédiaire transparent semblent alors contraindre l'intermédié à l'immobilisme : l'acte de l'intermédiaire n'a pas de valeur. Pourtant, et c'est là qu'intervient une théorie connue du droit civil, le cocontractant peut encore espérer sauver le contrat par le recours à l'apparence.

2. L'examen des circonstances de nature à sauver l'acte

422. Les circonstances de nature à sauver un acte normalement inopposable à l'intermédiaire s'apprécient à un double niveau. L'engagement du donneur d'ordre au-delà de la volonté qu'il a émise ne peut être qu'exceptionnel. Ceci justifie que la théorie du mandat apparent réponde à des conditions générales (a), doublées de circonstances intimement liées à la qualité de l'intermédiaire (b).

⁷⁰¹ Sur la distinction du mandat apparent, du mandat tacite et de la gestion d'affaires, voir Ch.Lazerges, « Les mandats tacites », préc., spéc. n^{os} 14, 20 et 23. J.Léauté, « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTDciv.*1947, p.288 et s., spéc.p.297 qui relève « une distinction difficile entre mandat apparent et mandat tacite ». Cependant, on peut proposer une différence d'analyse en ce que le mandat tacite révèle une volonté du mandant de contracter, à l'inverse de la gestion d'affaires qui ne doit ses effets qu'à l'utilité que le mandant en retire. Quant au mandat apparent, il n'a pour fonction que de protéger les tiers de bonne foi, indépendamment de la volonté qu'avait ou non le mandant.

⁷⁰² Néanmoins, il paraît envisageable d'engager la responsabilité civile délictuelle de l'intermédiaire dans la mesure il commet une faute, source éventuelle de préjudice pour l'intermédiaire, en simulant des pouvoirs qu'il n'a pas.

a. Les conditions d'application du mandat apparent

423. Sans qu'il soit besoin de remonter aux origines de l'admission du mandat apparent, ni à ses nombreuses études doctrinales⁷⁰³, il faut pourtant relever l'importance de trois arrêts rendus le même jour par la première chambre civile de la Cour de cassation⁷⁰⁴, qui ont de manière substantielle fixé ses conditions. Il en résulte que « *si une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent, c'est à la condition que la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandataire, soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier lesdits pouvoirs* ». En somme, on en déduit d'abord que la théorie du mandat apparent trouve à s'appliquer autant dans l'hypothèse d'un dépassement de pouvoirs, solution qui avait déjà été admise⁷⁰⁵, qu'en cas d'absence totale de pouvoir, ce qui était nouveau à l'époque et a été depuis maintes fois réaffirmé⁷⁰⁶. Ensuite, il apparaît assez clairement que l'application de la théorie du mandat apparent se soumet à une condition au moins : l'intermédiaire doit avoir eu une croyance légitime dans les pouvoirs du « mandataire »⁷⁰⁷, ce qui induit que le comportement de l'intermédiaire doit avoir contribué à l'erreur de l'intermédiaire. Ce dernier ne peut être de bonne foi que s'il apparaît aussi que l'intermédiaire lui a « donné le change », c'est-à-dire s'est comporté de façon à le convaincre, le persuader de la réalité de ses pouvoirs. Un auteur a marqué les esprits en indiquant que l'application de la théorie du mandat apparent répond à un « critère à double détente »⁷⁰⁸.

⁷⁰³ Voir notamment G.Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 5^{ème} éd., Tome XXIV, par A.Wahl, n°780, p.414 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI, n°1500, p.949 et s ; P-H Antonmattei et J.Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 5^{ème} éd. 2007, n°494 ; F.Collard Dutilleul et Ph.Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, *op.cit.*, n°656 ; J.Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, *op.cit.*, n°s 31217 et s. ; D.Mainguay, *Contrats spéciaux*, Dalloz, *op.cit.*, n°506 ; Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y Gautier, *op.cit.*, n°580 ; F.Derrida, *Rép.civ.*, 2^{ème} éd., v°Apparence. Voir également les thèses de J.Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 17, 1961 ; A.Batteur, *Le mandat apparent en droit privé*, *op.cit.* ; C. W. Chen, *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris I, 1997 ; A.Danis-Fatôme, *Apparence et contrats*, thèse Paris I, 2002, également publiée, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 414, 2004 et les articles de : J.Léauté, « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *op.cit.*, p.288 et s. ; P. Lescot, « Le mandat apparent », *JCP*, G, 1964, I, 1826 ; J-L Sourieux, « La croyance légitime », *JCP*, G, 1982, I, 3058.

⁷⁰⁴ Cass.civ.1^{ère}, 29 avril 1969 : *JCP*, G, 1969, II, 15972, note R.Lindon ; *RTDciv.* 1969, 804, note G.Cornu ; *D.S* 1970, 23, note J.Calais-Auloy.

⁷⁰⁵ Notamment, Cass. Ass.Plén., 13 décembre 1962 : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op.cit.*, n°281 ; *JCP*, G, 1963, 13105, note P.Esmein ; *D.*1963, 277, note J.Calais-Auloy ; *RTDciv.* 1963, 572, obs. G.Cornu ; *RTDcom.* 1963, 333, obs.R.Houin.

⁷⁰⁶ Notamment, Cass.civ.1^{ère}, 11 mars 1986 : *Bull.civ.*I n°67 ; *Deffrénois.* 1987, 404, obs. J-L Aubert.

⁷⁰⁷ A.Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, *op.cit.*, n°s192 et s.

⁷⁰⁸ G.Cornu, *RTDciv.* 1977, 151.

424. Or, puisqu'il ne s'agit pas de décrire la pertinence de la notion de mandat apparent en général, mais de s'assurer de l'efficacité autant que de « l'autonomie de l'apparence comme source d'obligation »⁷⁰⁹ particulièrement en matière d'intermédiation, il faut se concentrer sur l'influence de la qualité d'intermédiaire dans le processus.

b. Les conditions particulières liées à la qualité d'intermédiaire

425. Tandis que la réussite de l'action du tiers cocontractant, voire même du pseudo-mandant⁷¹⁰, paraît, en règle générale, soumise à des hésitations jurisprudentielles⁷¹¹, l'issue du litige semble moins aléatoire lorsqu'il s'agit de sauver l'acte dont un intermédiaire, plus spécialement, a eu l'initiative, ne serait-ce que parce que son statut contribue grandement à dispenser l'intermédiaire de vérifier l'étendue de ses pouvoirs⁷¹².

426. Pour illustrer cette affirmation, la reproduction de l'attendu d'un arrêt rendu par la cour d'appel d' Aix-en-Provence s'impose, tant il est éloquent. Les juges ont estimé qu'il n'était pas d'usage que le candidat à la location exige de l'agent immobilier « *mandataire professionnel soumis à un statut qui est strict, et qui est destiné à garantir au public la compétence et l'honnêteté de cet intermédiaire* », la production du mandat écrit qu'il devrait détenir⁷¹³.

427. On trouve donc dans cet extrait un élément important : la qualité d'intermédiaire, en ce qu'elle est soumise à un important contrôle de moralité et de compétence, autorise la plupart du temps l'intermédiaire à ne pas se soucier de l'étendue des pouvoirs du mandataire. On remarquera au passage que cette dispense ne vaut pas seulement pour l'agent immobilier. Bon nombre d'intermédiaires, si ce n'est la totalité, font l'objet d'une réglementation⁷¹⁴ et l'on ne

⁷⁰⁹ G.Cornu, note sous Cass. civ.1^{ère}, 29 avril 1969, préc., p.805.

⁷¹⁰ On peut en effet admettre, en théorie, que le « mandant » puisse avoir intérêt à sauver l'acte en péril par le recours à la théorie de l'apparence et qu'il y parvienne s'il en démontre les conditions. Mais, en pratique, on convient que la ratification constitue un procédé plus simple.

⁷¹¹ Pour des illustrations, voir D. Alexandre, *Juris-class.civ.*, v°Mandat, Art.1991 à 2002, *op.cit.*, n°81 et n°82.

⁷¹² Pour une illustration, voir Cass.civ.3^{ème}, 25 mai 2005 : *JCP*, G, 2005, II, 1747, obs.P.Grosser ; *D.*2005, 2836, note S. Amrani-Mekki et B.Fauvarque-Cosson ; *RTDciv.*2005, 772 obs.J.Mestre et B.Fages. En l'espèce, le mandat de l'agent était nul, pour défaut de stipulation d'un terme mais le mandant a pu être contraint à la réalisation de la vente ainsi qu'au paiement de la commission sur le fondement du mandat apparent de l'agent immobilier.

⁷¹³ Aix-en-Provence, 25 septembre 1984 : *JCP*, G, 1985, IV, 215 et Cass.civ.1^{ère}, 6 janvier 1994 : *Bull.civ.*I n°1. Dans cette espèce, l'acheteur a pu bénéficier de l'apparence bien que n'ayant pas vérifié le pouvoir d'un agent immobilier qui avait fait passer l'annonce de la vente du bien et avait signé le compromis en qualité de mandataire du vendeur.

⁷¹⁴ Voir *supra* n°s105 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

peut pas manquer de rapprocher cette conception de ce que la Cour de cassation a déjà admis à propos d'un notaire⁷¹⁵.

428. L'examen de telles décisions provoque cependant une certaine réserve. Si l'on comprend bien que la vie des affaires s'accommode mal de vérifications pointilleuses, on peut s'étonner aussi de la facilité avec laquelle un individu peut provoquer l'exécution d'un contrat qui n'a pas véritablement été voulu comme tel par l'intermédiaire, lequel, en l'absence de formalités de publicité légale de la qualité de mandataire, n'est pas protégé⁷¹⁶. Au-delà même, rien n'empêche de penser que cette jurisprudence vient affaiblir un certain formalisme qui pèse sur les intermédiaires au moment du contrat qui les lie avec leurs clients. Du point de vue de l'intermédiaire, il faut admettre en effet que *l'habit fait le moine*, ce qui fausse un peu la règle du jeu.

429. En somme, face à un intermédiaire, la légitimité de l'erreur de l'intermédiaire ne fait guère de doute, puisque la jurisprudence le dispense en général de tout contrôle. Si quelques prémisses d'un changement, visant à limiter les effets d'une erreur pourtant jugée légitime, ont été perçues dans certains domaines du droit⁷¹⁷, le particularisme de l'espèce, lié au caractère d'ordre public des règles relatives aux difficultés des entreprises, ne permet pas aujourd'hui de limiter le jeu de l'apparence en matière d'intermédiation⁷¹⁸. Cependant, on doit

⁷¹⁵ Cass.civ.3^{ème}, 2 octobre 1974 : *Bull.civ.III*, n°331 ; *JCP*, G, 1976, II, 18247, obs.H.Thuillier. Toutefois, un arrêt très récent vient infirmer cette jurisprudence qui faisait jouer le plein effet à la théorie de l'apparence face à un notaire. Cass.com. 5 novembre 2009, pourvoi n°08-18056 (P+B). Un couple avait souscrit auprès d'une société un contrat de réservation d'appartements en l'état futur d'achèvement sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt. La vente devait être authentifiée par le notaire du réservant, avec le concours du notaire des réservataires. Le contrat était devenu caduc à défaut d'obtention du prêt mais, à la demande du notaire des réservataires, le notaire du réservant a établi un projet d'acte authentique de vente, modifié à la suite d'échanges entre les notaires. La société s'est opposée à la régularisation de la vente tandis que les époux en ont demandé l'exécution. Les juges du fond ont retenu l'existence d'un mandat apparent dès lors que les époux et leur notaire avaient légitimement pu croire que la société était représentée par le notaire qu'elle avait chargé d'instrumenter la vente. La Cour de cassation censure cette décision : le mandat apparent ne peut être admis pour l'établissement d'un acte par un notaire instrumentaire avec le concours d'un confrère, les deux officiers publics étant tenus de procéder à la vérification de leurs pouvoirs respectifs.

⁷¹⁶ En ce sens également, A.Danis-Fatôme, *Apparence et contrats*, n°189 (référence de la thèse telle qu'elle a été soutenue en 2002, non pas de la thèse publiée).

⁷¹⁷ Il s'agissait de la remise en cause d'une vente vis-à-vis d'un sous-acquéreur de bonne foi, en raison de la nullité dont elle devait faire l'objet, puisqu'elle a été conclue en période suspecte, voir Cass.com., 3 février 1998 : *RTDciv.*1998, 361, note J.Mestre : D.1999, 185, note A.Bénabent.

⁷¹⁸ Voir cependant Cass.com., 25 novembre 1997, inédit titré, pourvoi n°95-13908 : *RTDciv.*1998, 361, obs.J.Mestre, préc., qui s'oppose à la demande d'une société qui, ayant fourni un photocopieur, commandé par un agent commercial pour son client mais impayé par l'intermédiaire, se prévalait de l'apparence. Mais la cassation pour manque de base légale au visa de l'article 1134 du Code civil suggère que la cour d'appel n'a pas suffisamment caractérisé le mandat apparent pour permettre à l'intermédiaire de se soustraire à l'engagement qu'il a pris en son nom.

noter que si l'intermédiaire a la qualité de professionnel, on en revient à une solution qui ne le protège plus contre sa naïveté en ce qu'elle ne permet pas de considérer que son erreur est excusable⁷¹⁹. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la théorie du mandat apparent peut s'appliquer, l'intermédiaire est amené à s'exécuter. Pourtant, il ne semble pas nécessaire que son comportement ait pu être à l'origine de l'apparence créée.

B. La faible incidence du comportement de l'intermédiaire dans la mise en œuvre de l'apparence.

430. L'application de la théorie de l'apparence entraîne un effet spectaculaire, puisqu'elle permet de passer outre l'absence de pouvoir, qui est en principe une condition nécessaire à la représentation. Cette conséquence importante, qui demeure malgré tout exceptionnelle, vient frapper l'intermédiaire de plein fouet. Dès lors, il semble intéressant de s'interroger sur le point de savoir si son comportement est à la source de l'apparence.

431. *A priori*, tout porte à croire que l'intermédiaire est à l'origine de la situation créée. En effet, difficile de concevoir que l'intermédiaire se réfugie derrière une erreur excusable sans que l'intermédiaire n'ait laissé perdurer une situation ambiguë. Selon cette théorie, qui a largement convaincu la doctrine classique⁷²⁰, qui s'est imposée un certain temps en jurisprudence⁷²¹ et que certains travaux continuent d'affirmer⁷²², l'intermédiaire devrait donc pouvoir obtenir réparation de la faute commise par l'intermédiaire, en tant que « créateur d'une apparence mensongère »⁷²³. Ce sont en conséquence les règles de la responsabilité civile pour faute qui sont à l'origine de cette exécution imposée à l'intermédiaire ; l'issue de secours qui s'offrait à l'intermédiaire pouvait autrefois s'analyser comme une indemnisation intégrale par l'exécution en nature. Un auteur avait autrefois retenu un « principe de responsabilité existant à la charge de ceux qui créent une apparence inexacte » qui « oblige le créateur de l'apparence à procurer

⁷¹⁹ Cass.civ.1^{ère}, 29 avril 1969, 2^{ème} espèce, préc., les intermédiaires étant respectivement marchand de bien et gérant de société. *Contra*, Cass.civ.3^{ème}, 20 avril 1988 : *JCP*, G, 1989, II, 21229, obs. J.Monéger, cassation de l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu que l'erreur des tiers cocontractants, hommes d'affaires avisés, était dès lors illégitime (vente d'un terrain de l'Eglise par un évêque).

⁷²⁰ Baudry-Lacantinerie, *op.cit.*, n°780, p.414 ; Planiol et Ripert, *op.cit.*, n°1500, p. 951.

⁷²¹ Voir notamment Cass. req., 14 janvier 1920 : *S.*1920, 1, 272 ; *Gaz. Pal.* 1920, 1, 396. Cass.civ., 30 décembre 1935 : *D.H.* 1936, 81 ; *S.* 1936, 1, 145 ; *RTDciv.* 1936, 496, note R.Demogue et les autres arrêts cités par D. Alexandre, *Juris-class.civ.*, *op.cit.*, n°70 et s.

⁷²² C-W Chen, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 340, 2000, spéc.n°403 et s.

⁷²³ Planiol et Ripert, *op.cit.*, n°1500, p.951.

aux tiers trompés par elle tous les avantages qu'ils auraient retirés de la situation apparente »⁷²⁴.

432. Mais un important arrêt de la Cour de cassation a modifié ce point de vue⁷²⁵. Il a largement contribué à l'avènement de la théorie du mandat apparent en tant que source autonome d'obligation, en énonçant que « *le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent même en l'absence de faute susceptible de lui être reprochée* ». Dans cette mesure, le comportement de l'intermédiaire paraît sans incidence en ce qui concerne l'application des règles du mandat apparent, quoiqu'il puisse encore ne pas y être totalement étranger. Tout au plus apparaît-il parfois comme une circonstance de nature à légitimer l'erreur de l'intermédiaire⁷²⁶ ; il ne saurait aujourd'hui être exigé comme une condition⁷²⁷.

433. L'intermédiaire peut arguer d'une erreur excusable et légitime⁷²⁸ pour contraindre l'intermédiaire à s'exécuter. Il n'est nul besoin qu'il démontre la faute ou la négligence de ce dernier. On peut donc considérer que la croyance légitime du tiers, intermédiaire, devient source créatrice de droit puisque la jurisprudence applique les règles du mandat comme s'il avait été valablement conclu⁷²⁹. Certains auteurs se montrent cependant réservés vis-à-vis de l'étendue des effets de l'admission du mandat apparent, tout en admettant qu'il s'agit d'un quasi-contrat⁷³⁰. Mais, nous partageons l'analyse selon laquelle il paraît extrêmement difficile « d'affiner les conséquences du mandat apparent, en les limitant à ce qui est à la fois raisonnable et équitable »⁷³¹. En effet, laisser au juge la possibilité de moduler les effets d'un

⁷²⁴ R.Savatier, note sous Req. 20 février 1922 : *D.*1922, 1, 201 et s., spéc. p.202.

⁷²⁵ Cass.Ass..Plén., 13 décembre 1962, préc.

⁷²⁶ Cass.com., 12 mai 1987 : *D.* 1987, IR, 134.

⁷²⁷ En ce sens, G. Cornu, obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 14 février 1979 et Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1980 : *RTDciv.* 1981, 409.

⁷²⁸ En cas contraire, il est logique que la Cour de cassation considère que l'assuré qui a confié des fonds à un salarié d'un courtier ne puisse prétendre qu'il existe un mandat apparent de l'assureur alors que les bulletins de souscription excluaient tout versement autre que des chèques à l'ordre de la compagnie. Cass.civ. 1^{ère}, 7 décembre 1999 : *RCA* 2000, n°106 ; *Revue Courtage* mars 2000, 45. Egalement cité par Y.Lambert-Faivre et L.Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2005, n°191.

⁷²⁹ Voir notamment Cass.civ.1^{ère}, 3 mai 1972 : *Bull.civ.* 1 n°121, également cité par Ph.Le Tourneau, *Rép.Civil* V° Mandat, préc., n° 375.

⁷³⁰ Ph.Le Tourneau, préc. n°s193 et s. et n°374.

⁷³¹ Ph.Le Tourneau, préc. n°375, qui raisonne en partant du postulat que l'acte passé en dépassement d'un pouvoir est nul, d'une nullité absolue, ce qui l'amène à penser que la Cour de cassation, en annihilant, dans ses rapports avec le prétendu mandant, la nullité pourtant absolue de l'acte, « applique cette règle jusque dans ses plus extrêmes conséquences, qui frisent l'absurde et atteignent l'iniquité » et A.Batteur, thèse préc. n°1277. En estimant dans cette thèse que la sanction idoine est l'inopposabilité, voir *supra* n°147, on évite une solution incongrue en faisant produire effet à un acte nul.

- L'intermédiaire contractuel -

mandat relèverait d'un exercice périlleux. Au premier aléa qui guette l'intermédiaire quant à la possible croyance du tiers, notamment dans un cas de révocation du mandat inconnue de lui, s'ajoute un second tenant aux conséquences qui lui seront imposées. Il semble donc prudent d'estimer que l'intermédiaire doit s'attendre à exécuter l'intégralité du contrat comme s'il avait valablement confié un pouvoir à l'intermédiaire⁷³². Néanmoins, cette circonstance lui offre un recours contre l'intermédiaire qui a dépassé ses pouvoirs ou n'a pas tenu compte de sa révocation⁷³³, hypothèse expressément visée à l'article 2005 du Code civil.

434. La théorie de l'apparence réserve une place de choix à l'intermédiaire dans la création d'un droit en matière d'intermédiation transparente. Sa croyance légitime renverse l'obstacle tiré du défaut de pouvoirs de l'intermédiaire et lui permet d'atteindre l'intermédiaire, qu'il connaissait en tant que cocontractant. A l'inverse, en cas d'intermédiation opaque, l'intermédiaire se dresse en son nom personnel, tel un mur entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. L'intermédiaire brouille la visibilité des rapports contractuels puisqu'il se présente comme un contractant, tandis qu'il n'est pas dans son intérêt de s'exécuter personnellement, puisqu'il agit pour le compte d'autrui. Il faut donc tenter d'éclaircir les différents rapports juridiques tirés de son intervention.

⁷³² Pour un arrêt qui retient que le mandant est engagé par la transaction conclue par le mandataire après révocation du mandat, voir Cass.civ.3^{ème}, 10 janvier 1984, préc. : *Bull.civ.III*, n°7.

⁷³³ Voir *infra*, n°530.

Chapitre 2. L'intermédiation opaque

435. Dans le cas où un maître de l'affaire a le souci de rester dans l'ombre, ou tout du moins de ne pas apparaître dès la formation du contrat, le recours à un intermédiaire opaque offre souvent un atout supplémentaire pour l'intermédiaire. L'intermédiaire présente en effet la particularité de contracter personnellement avec l'intermédié, ce qui lui confère la qualité de partie (section 1). Toutefois, cet engagement marqué lors de la formation du contrat n'augure pas nécessairement de son exécution, dont il est généralement supposé s'effacer (section 2).

Section 1. L'intermédiaire opaque, partie à la formation du contrat

436. Indépendamment des différences de qualifications qui semblent opposer les intermédiaires opaques, ces derniers ont pour point commun de passer en leur nom un contrat avec l'intermédié (§1). Cette constante permet de concentrer l'étude de la formation de ce contrat sur ces deux seuls protagonistes (§2).

§1. La conclusion personnelle du contrat par l'intermédiaire opaque

437. Dans la mesure où le recours à un intermédiaire opaque paraît moins évident, il faut avant toute chose s'accorder sur la délimitation de cette technique (A). Ensuite, l'on devra démontrer qu'en dépit de controverses doctrinales persistantes, leur dénomination commune est celle de mandataire non représentants (B).

A. L'identification des intermédiaires opaques

438. On peut définir les intermédiaires opaques comme ceux des intermédiaires dont la fonction supplémentaire est de masquer provisoirement ou définitivement l'identité de l'intermédiaire, qui conserve cependant l'initiative et le résultat de l'opération. Il ne s'agit pas, certainement, de dresser un inventaire à la Prévert de tous ceux qui méritent l'appellation d'intermédiaires opaques. Il convient plutôt de dégager les techniques juridiques qui offrent précisément la possibilité de confier à un professionnel le soin de passer un contrat dont il ne sera pas en principe tenu. On songe d'abord évidemment au contrat de commission (1), mais encore à l'interposition de personne (2) et enfin à la déclaration de command (3).

1. La commission⁷³⁴

439. La commission est un mécanisme du droit commercial, défini à l'article L.132-1 du Code de Commerce : « *Le commissionnaire est celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ». On peut donc considérer qu'il s'agit d'un intermédiaire commerçant dont la profession consiste à faire des opérations commerciales pour le compte d'un autre commerçant mais en son nom propre⁷³⁵. En principe, le commissionnaire ne représente donc pas le commettant. Il agit sur l'ordre et pour le compte de ce dernier, mais s'il opère ostensiblement pour autrui, il contracte en revanche en son nom propre : on parle donc dans ce cas de mandat imparfait ou de mandat sans représentation.

440. Le mécanisme repose sur une certaine confidentialité⁷³⁶. Il se distingue de la convention de prête-nom puisque le tiers sait qu'il traite avec un intermédiaire, mais ignore pour le compte de qui le commissionnaire agit. Il se distingue du mandat sans pour autant qu'il en soit très éloigné. On peut lire sous une plume respectée, qui pousse la comparaison à sa limite extrême, que « au sens large du mot, le commissionnaire fait de la représentation puisqu'il agit pour autrui, mais c'est une *représentation des intérêts d'autrui* et non de la *volonté du commettant*. Celui qui est mandataire donne un consentement pour le mandant qui est partie au contrat ; celui qui est commissionnaire donne *son propre consentement* et il est lui-même partie au contrat, bien que le contrat soit conclu pour un autre »⁷³⁷. La première partie de cette thèse est d'ailleurs fondée sur cette qualification de mandat *inter partes*, ce qui justifie que l'essentiel des règles du mandat doivent être appliquées aux relations liant le commettant et le commissionnaire. En effet, on adhère volontiers à cette idée que « dans la mesure où les règles du mandat ne reposent pas sur la représentation, elles doivent être étendues au contrat de commission »⁷³⁸. Plus qu'une ressemblance, c'est alors une véritable parenté qui se dégage entre le contrat de commission et le mandat. Ainsi, dans l'hypothèse où le commissionnaire déclarerait le nom de celui pour lequel il agit, les juges ont estimé avec raison que le régime

⁷³⁴ Voir notamment J.Hamel (études sous la direction de), *Le contrat de commission*, Dalloz, 1949 ; M-P Dumont, *L'opération de commission*, Litec, Bibl.de droit de l'entreprise, n°45, 2000 ; G.Ripert et R.Roblot, *op.cit.*, n°s 2632 et s.

⁷³⁵ R. de Quenaudon, *Juris-class.civ.*, v°Mandat, *op.cit.*, n°41.

⁷³⁶ Voir A.Bénabent, *Juris-Class. Contr. et Distr.*, Fasc. 480 n° 18 et s.

⁷³⁷ G.Ripert et R.Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome 2, *op.cit.*, n°2638. Dans le même, voir G.Ripert et J.Boulangier, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, tome 1, LGDJ, Paris, 1956, n°599, indiquant que le terme représenter désigne « l'intervention d'une personne agissant pour autrui sans être elle-même touchée par les résultats de l'acte qu'elle fait ».

⁷³⁸ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 3, 2^{ème} volume, 5^{ème} éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1980, n°1428.

- L'intermédiaire contractuel -

du mandat devrait s'appliquer, non plus celui de la commission⁷³⁹. Il n'y a là rien d'autre que l'application pure et simple de l'article L.132-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, qui renvoie expressément au titre XIII du livre III du Code civil (soit aux règles relatives au mandat de droit commun) lorsque le commissionnaire agit au nom du commettant. Mais, en règle générale, le commettant n'a pas recours au commissionnaire à cette fin. Au contraire, comme en matière d'interposition de personne, souhaite-t-il rester en retrait de l'opération.

2. L'interposition de personne

441. L'interposition de personne ou convention de prête-nom peut être de manière générale définie comme « *la convention par laquelle une personne, le prête-nom, agit pour le compte de son cocontractant mais en son propre nom afin de dissimuler la véritable identité du bénéficiaire de l'opération projetée. Elle s'analyse comme en une simulation par interposition de personne* »⁷⁴⁰. La doctrine en a proposé une analyse dualiste⁷⁴¹. On verra toutefois que si elle est réelle, elle ne correspond pas à un mécanisme d'intermédiation (a) tandis que si elle est fictive, elle s'apparente à un mandat sans représentation (b).

a. L'interposition réelle exclue du domaine d'étude

442. La notion d'interposition de personne peut se décrire comme l'opération par laquelle une personne, nommée maître de l'affaire utilise une personne interposée pour conclure un acte juridique ou exercer une profession. L'interposé s'engage à transférer par la suite les droits et obligations éventuels résultant de l'opération à une tierce personne désignée par l'interposant. Cette notion est souvent dualiste : en effet, elle est tantôt fictive, tantôt réelle.

443. Il est des cas où l'interposé a un rôle réel à jouer : il s'investit dans sa mission et exerce effectivement les prérogatives que l'acte lui a procurées. Dans la mesure où l'interposé

⁷³⁹ Cass.com., 3 mai 1975 : *Bull.civ.III*, n° 280 rendu à propos d'un intermédiaire hôtelier ayant réservé des chambres chez un particulier pour des agences de voyage. La réservation ayant été faite pour le compte des agences, il y a mandat et non commission. Dès lors, il est logique d'admettre l'action exercée par les agences directement contre le particulier.

⁷⁴⁰ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la direction de R.Cabrillac, V°Convention de prête-nom, Litec 2002.

⁷⁴¹ D. d'Ambra, *Répertoire Dalloz*, V°Interposition de personne, 1998, n°5 et n°6, cite J.Rousseau, *Essai sur la notion juridique de simulation*, Paris, 1936 ; V. également G.Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris 1950 ; A-M Assi-Esso, *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, Strasbourg 1987.

- L'intermédiaire contractuel -

s'interpose pendant une longue durée et a un rôle qui va bien au-delà de l'intermédiation, il ne s'agit probablement pas d'un intermédiaire *stricto sensu*. En effet, sa mission n'est pas celle de mettre en relation deux ou plusieurs contractants mais bel et bien d'assurer cette qualité, avec tous les risques qu'elle entraîne. On ne résiste alors pas à l'envie de rapprocher sa qualité de celle du fiduciaire, qui, pour un temps déterminé conventionnellement, exercera réellement les droits patrimoniaux qui lui ont été transférés dans le cadre du contrat de fiducie et sera autonome aussi bien vis-à-vis des tiers que vis-à-vis du fiduciaire. Connue du droit romain et reprise en France sous l'Ancien Régime, la fiducie ne figure pourtant pas dans le Code civil de 1804. Cette institution est en effet tombée peu à peu en désuétude jusqu'à ce que la pratique des affaires, consciente des avantages que seul le mécanisme de propriété fiduciaire confère, ait manifesté son souhait de la voir ressusciter. Jusque récemment, le mécanisme n'avait jamais été consacré par le législateur français, si ce n'est de façon parcellaire⁷⁴² mais un auteur a défini la fiducie comme : « l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période, soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire »⁷⁴³. L'introduction de la fiducie en droit français par la loi du 19 février 2007 dans les articles 2011 à 2030 du Code civil a suscité une certaine émotion et quelques regrets⁷⁴⁴. La définition de la fiducie posée par l'article 2011 du Code civil est la suivante : « opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

444. Mais, bien que des ressemblances aient de longue date été évoquées, d'une part, entre le mécanisme de mandat sans représentation et la fiducie⁷⁴⁵ et d'autre part, entre le l'interposition réelle et le mandat sans représentation⁷⁴⁶, il semble que le fiduciaire, pas plus que l'interposé réel ne mérite la qualité d'intermédiaire. Leur fonction n'est pas principalement de s'entremettre ou de permettre la conclusion d'un contrat. Elle est

⁷⁴² Le mécanisme trouvait à s'appliquer dans la cession Dailly, la defeasance et le portage...

⁷⁴³ Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica 1980.

⁷⁴⁴ Loi n°2007-211 commentée notamment par R.Lichaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 - 1^{ère} partie », *Defrénois* 2007, 1094 ; F. Barrière (sous la coord.), dossier Fiducie, *D.* 2007, 1346 ; G. Blanluet et J.-P. Le Gall, « La fiducie, une oeuvre inachevée », *JCP*, G, 2007, I, 169 ; C. Kuhn, « Une fiducie française », *Rev. Dr. et Patrimoine*, avril 2007, p. 32 ; J. Rochfeld, « Fiducie », *RTDciv.* 2007, 412.

⁷⁴⁵ Cl. Witz, thèse préc. n°237.

⁷⁴⁶ D.d'Ambra, préc.n°40, cite A-M Assi-Esso, thèse préc. , n°213 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

véridiquement fondée sur leur volonté d'être titulaires de droits et d'actions et de supporter les charges, risques et obligations nés du contrat durant un temps certain. La loi du 19 février 2007, en restreignant assez largement la qualité de fiduciaire aux établissements de crédit, aux institutions et services autorisés à pratiquer des opérations de banque, aux entreprises d'investissement, aux entreprises d'assurance et aux avocats, donne une portée moins grande à la fiducie, que les travaux de la doctrine (dont ceux précités de Monsieur Witz) ne l'avaient laissé supposer. La fiducie « à la française », probablement bâtie sur le seul modèle de la fiducie-gestion⁷⁴⁷ et en contemplation du modèle anglo-américain du *Trust*, s'éloigne du mandat sans représentation, autant que de l'intermédiation pour remplir une fonction qui lui est propre.

445. Aussi, si l'on a pu lire que « *l'interposition de personne se caractérise par le recours à un intermédiaire* »⁷⁴⁸, il faut certainement restreindre cette affirmation au seul cas d'interposition fictive.

b. L'interposition fictive, forme de mandat sans représentation

446. L'interposition fictive consiste pour un interposant à utiliser la personnalité juridique d'un interposé sans lui laisser de quelconques prérogatives. L'apparence seulement fait de l'intermédiaire un cocontractant. La réalité montre que le maître de l'affaire « conserve les rênes ». C'est en cela qu'on peut affirmer que le prête-nom agit comme « un intermédiaire inavoué »⁷⁴⁹, qui offre à son client la possibilité d'une « reconnaissance contractuelle du droit à l'anonymat »⁷⁵⁰. S'il se présente indéniablement comme un contractant apparent, qui dissimule à l'intermédiaire l'identité de l'intermédiaire, l'interposé fictif agit selon les ordres du maître de l'affaire. Ensuite, il est en principe tenu de lui transférer les charges et avantages de l'opération juridique conclue. Certes, il est possible que le maître de l'affaire ait visé un tiers pour bénéficier de ce transfert mais cette hypothèse ne relève pas non plus du domaine d'étude. On doit donc se concentrer exclusivement sur l'utilisation du prête-nom à des fins de discrétion, dans l'intérêt du seul intermédiaire. Dans le recours à un interposé fictif se distingue une volonté de ne pas voir durer cette opacité. En somme, il y a un parallèle évident

⁷⁴⁷ En ce sens, R.Libchaber, préc., n°26.

⁷⁴⁸ D.d'Ambra, préc.n°43.

⁷⁴⁹ J.Huet, *Les principaux contrats spéciaux, op.cit.*, n°31131.

⁷⁵⁰ J.Huet, *Les principaux contrats spéciaux, op.cit.*, n°31131.

avec le régime du mandat sans représentation⁷⁵¹ et « entre les parties, la situation est très voisine du mandat »⁷⁵². Le prête-nom agit en son nom mais pour le compte du maître de l'affaire. Cela n'est pas sans rappeler la déclaration de command, à ceci près que le prête-nom n'agit pas de manière ostensible comme intermédiaire.

3. La déclaration de command

447. La déclaration de command, aussi nommée élection d'ami ou clause de réserve de command consiste pour le commandé à conclure le contrat pour son compte ou pour le compte d'une autre personne –le command- qu'il se réserve de désigner ultérieurement⁷⁵³. La technique connaît un domaine d'action assez marginal, dans la mesure où il ne se rencontre guère en dehors des ventes, dont principalement les adjudications judiciaires. Le commandé, lorsqu'il obtient le bien, ne manque pas de déclarer qu'il agit pour autrui, non identifiable à ce stade. Mais il se réserve un délai -l'expression usuelle fait référence à la « réserve de command »- pour rompre l'anonymat du command. En principe, le commandé révèle *in fine* l'identité du command, auquel cas il y a mandat rétroactif, mais il peut préférer n'en dire mot, et rester personnellement tenu. Cette dernière hypothèse n'est pas d'ailleurs conforme à l'utilité classique de la déclaration de command, car le commandé n'a pas *a priori* l'envie ni le besoin d'être personnellement acquéreur du bien obtenu aux enchères. Evidemment, si le commandé ne dit mot, il endossera définitivement la qualité de partie, sauf à procéder à une seconde cession, ce qui n'est pas une opération économiquement rentable en raison des doubles droits de mutation qui s'appliqueraient, à défaut d'avoir levé le command dans un délai de 24 heures⁷⁵⁴. Autant dire qu'il n'a pas souhaité véritablement s'entremettre, puisqu'il a revendu. Aussi, envisagé dans le strict cadre de l'intermédiation en droit des contrats, le procédé ne mérite attention que dans la mesure où le commandé manifeste sa volonté de transférer les charges et avantages de l'opération à l'intermédiaire⁷⁵⁵, dès après la conclusion du conclu avec l'intermédiaire, hypothèse que le Code général des impôts a d'ailleurs

⁷⁵¹ En ce sens, P.Lerebours-Pigeonnière, *Du prête-nom ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, notamment n°4 p.6.

⁷⁵² H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, op.cit.*, n°1430.

⁷⁵³ En ce sens, D.d'Ambra, préc.n°60.

⁷⁵⁴ Selon l'article 686 du Code général des impôts. A défaut, seuls les marchands de biens bénéficieraient dans un tel cas de revente d'un allègement des droits de mutation.

⁷⁵⁵ Certains auteurs n'ont d'ailleurs défini le mécanisme de déclaration de command qu'en ce sens. Voir *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, sous la direction de R.Cabrillac, Litec 2002 : « convention, encore appelée élection d'ami, par laquelle une personne, le command, fait acheter un bien par une autre, le commandé, qui déclare traiter pour autrui sans en indiquer l'identité au vendeur ».

- L'intermédiaire contractuel -

expressément visée⁷⁵⁶. Dans ce cas, l'intermédiaire sera considéré comme ayant agi en son nom et pour le compte du commandant dont l'identité est provisoirement cachée : il y a là encore un cas de mandat sans représentation.

448. En conclusion, on peut retenir que l'intermédiaire, qu'il ait la qualité de commissionnaire, de prête-nom ou de commandé, agit pour le compte d'autrui. Il n'y a finalement que dans l'interposition de personne que sa qualité n'apparaît pas à l'intermédiaire. Pour autant, le résultat escompté est le même : il s'agit de laisser l'intermédiaire agir en son nom et de pouvoir le contraindre à s'effacer ensuite au profit de l'intermédiaire. La dénomination générale de mandat sans représentation paraît alors s'imposer, quoique cette qualification soit parfois contestée.

B. Les intermédiaires opaques, mandataires non représentants

449. Il existe un important débat doctrinal sur la notion même de mandat sans représentation⁷⁵⁷. De la sorte, on ne peut affirmer que l'intermédiaire opaque en est une illustration parfaite dans la pratique des affaires sans s'assurer de la réalité du mécanisme en droit civil.

450. D'abord, certains auteurs ont tenté de démontrer que le mécanisme était devenu inutile⁷⁵⁸. Néanmoins, il faut objecter que le contrat de commission notamment est loin d'être tombé en désuétude et qu'au contraire, le développement des affaires a besoin de ces contrats où la qualité de partie peut être provisoirement attribuée à un intermédiaire. Quant à la notion même de mandat sans représentation, elle connaît un certain engouement en doctrine, au point qu'on pourrait la qualifier de sujet en vogue⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶En matière d'adjudication ou contrat de vente de biens immeubles, l'article 686 du Code Général des Impôts impose un délai maximal de 24 heures au commandé pour révéler au cocontractant l'identité du commanditaire et s'acquitter d'une imposition fixe s'élevant à 125 euros. La sanction du non-respect de ce bref délai est sévère : à défaut de révélation en temps voulu, le bien est présumé transiter dans le patrimoine de l'intermédiaire. A cette double transmission le Fisc appliquera la règle de la double imposition. On déduit de cette règle une volonté de voir l'opacité se lever d'une part, dans un bref délai d'autre part.

⁷⁵⁷ Débat si important qu'il a été nécessaire d'en poser les grandes lignes dès l'introduction de cette thèse, voir *supra* n°18.

⁷⁵⁸ G. Flattet, *op.cit.*, n° 60 où l'auteur, reprenant pour partie les idées de Josserand, nie l'utilité du mandat sans représentation.

⁷⁵⁹ Sur l'ensemble de la question, voir M.L Izorche, « A propos du mandat sans représentation », *D.*1999, 369 et F.Leduc, « Réflexions sur la convention de prête-nom ; contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *RTDciv.* 1999, 283.

- L'intermédiaire contractuel -

451. Ensuite, on remarque qu'a pu s'élever une contestation sur certaines errances de dénomination. Un auteur a ainsi proposé de substituer à la qualification de mandat imparfait des terminologies juridiques qui lui semblent plus convenables⁷⁶⁰. Selon lui, la réserve de command ne serait qu'une hypothèse de représentation éventuelle⁷⁶¹, soumise à la réalisation d'une condition tandis que le prête-nom correspondrait à un mécanisme de représentation dissimulée. Pour ce qui concerne la commission, il considère qu'il ne s'agit pas de « représentation parfaite, imparfaite ou indirecte, ni mandat sans représentation » mais d'une « action exercée en son propre nom »⁷⁶², ce qui n'éclaircit pas vraiment la notion et tend au contraire à la rendre confuse, puisque cette définition n'intègre pas l'idée que le commissionnaire n'agit que dans l'intérêt d'autrui. En tous les cas, pour ces trois mécanismes, l'auteur combat vigoureusement la qualification de représentation imparfaite ou de représentation indirecte qu'il considère comme inacceptable⁷⁶³.

452. Sur ce point, on acquiesce à cette critique. Il est vrai que la représentation est ou n'est pas, sans qu'on puisse la considérer comme parfaite ou imparfaite⁷⁶⁴. En revanche, une fois admise la possibilité d'un mandat sans représentation⁷⁶⁵, il convient de se demander si, concernant les intermédiaires, la notion de représentation éventuelle ou dissimulée conserve une pertinence. Dans cette seule optique, on est tenté de répondre par la négative. Ce n'est évidemment pas le cas du commissionnaire qui pose problème dans la mesure où il agit dès l'origine en son nom mais pour le compte d'autrui. Ce sont les interposés fictifs et les commandés qui peuvent être source de doutes. Cependant, dès lors qu'ils agissent en tant que professionnels, on comprend assez bien que leur but n'est pas de demeurer contractant. En conséquence, il y a sur le plan civil une notion de condition qui vient faire peser une incertitude sur l'identité de la personne dans le patrimoine de laquelle s'imputeront les effets du contrat. Si le commandé révèle l'identité du command et que celui-ci accepte l'opération, il n'y a plus de doute. Or, précisément, c'est ce que les parties conviennent le plus souvent dans leur convention initiale, qualifiée de mandat.

⁷⁶⁰ M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op.cit.*, n° 302.

⁷⁶¹ On trouve aussi l'expression « représentation conditionnelle ». En ce sens, H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, *op.cit.*, n°1429.

⁷⁶² M.Storck, *préc.*, n°320.

⁷⁶³ M.Storck, *préc.*, n°319.

⁷⁶⁴ Cependant, on trouve toujours l'expression de représentation imparfaite. Voir F.Leduc, *RTDciv.*1999, *préc.*

⁷⁶⁵ Quoique la doctrine ait démontré que la représentation est de l'essence du mandat. Notamment, voir Pothier, *Traité du mandat*, *Œuvres*, éd. Bugnet, Tome 6, 1861, p.207, également cité par Ph. Le Tourneau, *Rep.civ.* V°Mandat, *préc.*n°64.

453. Reste que certains auteurs ne sont pas convaincus que le prête-nom puisse être qualifié de mandataire agissant en son nom personnel, sous prétexte que la simulation serait « une composante essentielle du concept de prête-nom »⁷⁶⁶. Or, il faut lever ce dernier obstacle en d'une part que la notion de simulation n'altère en rien la relation de mandat qui s'établit entre l'intermédiaire et son client. D'autre part, on peut souligner que l'intermédiaire s'engage personnellement avec le cocontractant. Enfin, l'étymologie même du concept montre que le procédé est temporaire : si l'on prête son nom, ce ne peut être que durant une période provisoire, *a fortiori* lorsqu'on a fait de cette activité un métier. Assurément, il n'y a donc pas de représentation, mais il y a un mandat. Il s'agit donc à n'en pas douter d'un mandat sans représentation voisin de la commission ou de la déclaration de command. Le recours au prête-nom, dans la mesure où il y a une simulation marque donc le stade ultime de l'opacité. La simulation, dont la présence est indéniable, permet simplement à l'intermédiaire de prendre l'initiative d'en lever le voile, tandis qu'il est passif dans les deux autres cas (déclaration de command et commission).

454. Si l'on retient de la représentation⁷⁶⁷ qu'elle entraîne la conclusion d'un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui, non pas seulement pour autrui⁷⁶⁸, les intermédiaires opaques sont donc des mandataires non représentants. Ils agissent en leur nom personnel à la conclusion du contrat passé avec l'intermédiaire et c'est dans cette perspective que les conditions de formation de ce contrat vont être abordées.

§2. Les conditions de formation du contrat entre l'intermédiaire opaque et l'intermédiaire

455. Dans la mesure où l'intermédiaire opaque et l'intermédiaire sont les parties apparentes à ce second contrat de l'opération d'intermédiation, le droit commande de se concentrer sur eux seuls pour apprécier la validité de leur convention (A). Néanmoins, puisque l'on sait que la

⁷⁶⁶ M.Storck, précité n°303, note 96 qui nie la définition de P.Lerebours-Pigeonnière dans sa thèse, préc.

⁷⁶⁷ Sur cette question, lire Ph.Didier, *De la représentation en droit privé, op.cit.*, Paris II, 1997. Egalement publiée, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 339, 2000. Pour cet auteur, la représentation se ramène à la situation où une personne (le représentant) impute les conséquences d'une décision qu'elle prend à une autre (le représenté) parce que l'acte passé est censé être dans l'intérêt de cette dernière, ce qui élargit très considérablement l'étendue de la représentation et la dissocie du mandat.

⁷⁶⁸ Position précédemment exposée de G.Ripert et J.Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, op.cit, n°599.

- L'intermédiaire contractuel -

réalité est tout autre, il convient de se demander si les règles de formation des contrats ne montrent pas là une insuffisance dangereuse (B).

A. L'unique prise en compte de l'intermédiaire et de l'intermédiaire opaque : un constat

456. L'intérêt du mandat sans représentation est de permettre au mandant de rester dans l'ombre, encore que le tiers n'ignore pas toujours qu'il traite avec un représentant. Pour parvenir à cette fin, le mandant laisse en apparence l'intermédiaire conclure le contrat en son nom. Le cocontractant sait ou ne sait pas que son cocontractant n'est pas le destinataire final des effets découlant du contrat, mais ignore par principe l'identité de celui qui commande l'opération. Les conditions de formation du contrat s'apprécient donc seulement quant à l'intermédiaire et l'intermédiaire. Sur ce point, ce sont les conditions de droit commun qui s'appliquent. Notamment, parce que cette fois l'intermédiaire agit en son nom, c'est en sa personne que s'apprécie la capacité à accomplir l'acte, outre évidemment la capacité du cocontractant. On notera que le commissionnaire doit spécialement disposer en ce cas de la capacité commerciale⁷⁶⁹. Plus généralement, l'intermédiaire opaque qui conclut un acte de commerce de manière habituelle devra avoir la qualité de commerçant.

457. De la même manière, il convient d'apprécier l'existence et la réalité du consentement de l'intermédiaire et de l'intermédiaire sans qu'il y ait besoin de se référer à la personne de l'intermédiaire. Ce dernier, exclu de la formation du contrat et des liens juridiques qui en découle, est un tiers ; il n'a donc pas à manifester une nouvelle volonté. Il n'a pas chargé l'intermédiaire de le représenter et ce n'est donc pas son consentement qui s'exprime par la bouche du mandataire.

458. Enfin, la cause et l'objet tant de l'obligation que du contrat ne devraient s'apprécier que du point de vue des parties. Néanmoins, quelques textes tiennent compte de la personne de l'intermédiaire, mais de manière très insuffisante, voire incomplète, ce qui n'est pas sans danger pour l'ensemble des protagonistes.

⁷⁶⁹ Dès lors que le commissionnaire conclut un contrat de commission à titre professionnel, l'opération est commerciale et il a la qualité de commerçant. En ce sens, voir Cass.com., 2 novembre 1954 : *Gaz.Pal.* 1955, 1, 5.

B. L'absence regrettable de particularisme de l'intermédiation opaque : une réflexion

459. Nécessairement, l'on doit se poser la question de savoir si l'opération réalisée au profit de l'intermédiaire lui est permise, quoiqu'il n'agisse pas en son nom. En somme, on doit s'interroger de l'incidence de l'illégalité ou l'illicéité de l'opération par rapport à l'intermédiaire. Un exemple probant concerne notamment le cas de débiteurs, normalement pénalisés par l'effet d'une incapacité de gérer et qui se servent d'hommes de paille pour poursuivre leur activité. Dans ce cas de figure, un texte⁷⁷⁰ interdit aux commerçants frappés d'une déchéance d'exercer directement ou par personne interposée le commerce. Par ailleurs, l'article L.653-2 du Code de commerce vise la faillite personnelle emportant l'interdiction de gérer, de manière directe ou *indirecte*, ce qui concerne précisément l'hypothèse. Pour autant, en dépit de ces deux textes d'une grande portée, il n'existe pas de principe général qui vienne conforter cette prohibition pour ce qui concerne les personnes physiques non-commerçantes. Il existe seulement quelques dispositions éparses, dont l'article 1596 du Code civil, qui a pour effet de rendre nulles les adjudications opérées pas personnes interposées dans certains cas bien précis.

460. En outre, et c'est un point important, hormis l'article 1596 du Code civil, les textes évoqués n'attribuent pas de sanction à l'interdiction qu'ils visent. En conséquence, il est certainement utile de réfléchir au fondement juridique approprié qui permettrait de viser l'ensemble des cas indépendamment des législations spécifiques. A ce sujet, l'on songe immédiatement à la nullité fondée sur l'article 1131 du Code civil. Sans aucun doute ce texte peut entraîner la nullité du contrat qui lie l'intermédiaire et l'intermédiaire : les deux protagonistes se sont en effet mis d'accord pour parvenir à détourner une prohibition ou une incapacité qui frappe le donneur d'ordre. Mais pour autant, la cause du contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire ne souffre d'une cause illicite ou immorale que si l'intermédiaire s'est rendu complice de la tromperie, ce qui demeure une hypothèse assez marginale. En effet, il y a assez peu de cas d'intermédiation opaque dans lesquels l'intermédiaire a connaissance de l'identité du donneur d'ordre, alors même qu'il sait bien souvent qu'il traite avec un intermédiaire. En conséquence, la référence à l'article 1131 du Code civil est vaine.

⁷⁷⁰ Article 1^{er} alinéa 1 de la loi n°47-1635 du 30 août 1947 relatif à l'assainissement de la profession commerciale.

- L'intermédiaire contractuel -

461. Reste alors l'adage de droit commun, *fraus omnia corrumpit*, qui permet certainement d'annuler ou de rendre inopposable l'acte ou l'opération qui détourne notamment un texte impératif. Toutefois, on peut regretter qu'une spécificité n'apparaisse pas justement eu égard à la personne de l'intermédiaire opaque. Véritable pivot de l'opération en son entier, professionnel de surcroît, il devrait être tenu, par un texte général, de s'assurer que l'acte par lui passé est un acte autorisé pour le donneur d'ordre. A défaut, l'intermédiaire risquerait, tout autant que l'intermédiaire, de rater son but. Or, si le contrat formé entre l'intermédiaire et l'intermédiaire survit alors qu'il est atteint d'une cause illicite ou immorale, aucun texte n'impose à l'intermédiaire d'en informer le cocontractant. Pire même : à supposer que le contrat primaire soit rétroactivement annulé, l'acte passé avec l'intermédiaire n'en demeure pas moins valable. L'intermédiaire opaque risque donc d'être définitivement engagé. En conséquence, il est dans l'intérêt de l'ensemble des protagonistes que l'intermédiaire, seul à même d'être le relais entre les deux contrats, soit tenu envers l'intermédiaire d'une obligation particulière d'information. Celle-ci devrait l'obliger à s'assurer que le but poursuivi par son client est licite et qu'il en est juridiquement capable. Ainsi, le consentement de l'intermédiaire opaque à l'acte passé avec l'intermédiaire ne serait valable que s'il était sincère sur ce point, sous peine de réticence dolosive. En somme, l'intérêt de cette théorie serait de pouvoir au moins remettre en cause l'ensemble de l'opération. La présomption de connaissance d'une cause de nullité du premier contrat, qui pèserait sur le professionnel, permettrait, s'il passait outre ou l'ignorait, de faire tomber le second contrat.

462. En conclusion, il apparaît que les conditions de formation d'un contrat entre l'intermédiaire et l'intermédiaire ne présentent guère de particularisme par rapport à la théorie générale. Puisque l'intermédiaire est écarté du processus de conclusion de l'acte auquel il n'est pas partie, il faudrait s'en remettre à l'intermédiaire pour garantir la bonne formation du second contrat. Il paraît nécessaire qu'une obligation de bonne foi préside à la formation du contrat avec l'intermédiaire. Elle semble utile à l'efficacité du contrat, indépendamment du point de savoir qui sera tenu de son exécution.

Section 2. L'intermédiaire opaque, partie apparente à l'exécution du contrat

463. Le contrat passé par l'intermédiaire en son nom personnel est en bonne logique exécuté par ses soins, par application de l'article 1134 du Code civil. L'intermédiaire peut ainsi demeurer dans l'illusion qu'il est engagé contractuellement avec l'intermédiaire, dont il ignore que la fonction est de s'éclipser du contrat (§1). Tout du moins jusqu'à un certain point. En effet, il y a des cas bien déterminés, qui seront étudiés, dans lesquels l'intermédiaire peut combattre l'illusion contractuelle qu'on lui a imposée afin d'atteindre l'intermédiaire, réel bénéficiaire du contrat (§2).

§1. L'intermédiaire opaque, l'illusion d'un cocontractant pour l'intermédiaire

464. Dans la mesure où l'intermédiaire est partie au contrat, il est débiteur d'un certain nombre d'obligations envers l'intermédiaire, et réciproquement (A). Malgré tout, on doit garder à l'esprit l'originalité du mécanisme en présence : l'intermédiaire est en réalité le destinataire des charges et obligations nées du contrat (B).

A. Les obligations réciproques de l'intermédiaire opaque et de l'intermédiaire

465. Il existe un dénominateur commun à tous les intermédiaires opaques : dans la mesure où ils expriment leur consentement et ne représentent pas leur client intermédiaire, ils sont assez logiquement engagés comme partie au contrat. En conséquence, que l'intermédiaire sache ou non qu'il a affaire à un intermédiaire importe peu, puisque de son point de vue, son débiteur apparent est son cocontractant. On sait en effet que le contrat passé est définitif dès sa conclusion et qu'il n'est nul besoin d'une ratification⁷⁷¹.

466. Si l'intermédiaire et l'intermédiaire sont contractuellement tenus l'un envers l'autre, alors leurs obligations réciproques seront fonction du contrat conclu entre eux. Un auteur a remarqué que « parce qu'il agit en son nom, le commissionnaire est juridiquement tenu à l'égard des tiers avec qui il a traité : il sera vendeur ou acheteur, créancier ou débiteur du tiers

⁷⁷¹ En ce sens, F.Auckenthaler, « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant » : *D.* 1998, 53 et s., note 2.

- L'intermédiaire contractuel -

avec qui il a traité »⁷⁷². La remarque se généralise sans aucun doute à tout intermédiaire opaque, qui par définition, agit en son nom. Dès lors, il n'est pas envisageable de décrire les obligations réciproques des parties puisque leur lien peut être une vente, comme un transport, comme n'importe quel autre contrat. Par conséquent, il faut se reporter au droit spécial du contrat en cause pour en déduire les obligations qui en découlent entre les parties que sont l'intermédiaire et l'intermédié. Sur ce point, et c'est assez logique, il n'y a aucun particularisme à noter : par exemple l'intermédiaire chargé de vendre assume tout à la fois les risques de la chose, l'obligation de délivrance conforme et toutes les obligations accessoires qui pèsent d'ordinaire sur le vendeur, dont la garantie des vices cachés⁷⁷³. L'acheteur s'exécutera en payant le prix convenu entre les mains de son cocontractant apparent. Nul ne peut contester que ce paiement, fait de bonne foi, est libératoire.

467. Même lorsque l'intermédiaire est chargé de transporter un bien, il semble encore assumer pleinement la qualité de contractant avec le transporteur qu'il choisit librement et avec lequel il conclut la convention en son nom propre⁷⁷⁴. En somme, vis-à-vis de l'acheteur ou du transporteur, qui seront en grande majorité les partenaires contractuels issus de l'intermédiation, l'intermédiaire opaque se comporte comme un cocontractant. Néanmoins, des auteurs ont soulevé de manière convaincante qu'entre la représentation parfaite et l'absence de représentation, il convient de tenir compte de la représentation imparfaite. Celle-ci permet « d'intégrer le commettant dans le contrat passé entre le commissionnaire et le tiers »⁷⁷⁵. Il s'avère en effet que l'intermédiaire conserve la maîtrise de l'opération qui s'est conclue, certes sans lui, mais dans son principal intérêt.

B. Le rôle original de l'intermédiaire, pourtant tiers au contrat.

468. La technique du mandat sans représentation permet un dédoublement utile du lien d'obligation. Partie au contrat, l'intermédiaire est tenu vis-à-vis de l'intermédié sur le

⁷⁷² P.Chauvel, *Rép.com.Dalloz*, V°Commissionnaire, 1999, n°234, cite en outre Cass.civ., 14 juin 1892 : *DP* 1892, 1, 500, une jurisprudence ancienne qui témoigne que la solution n'est pas nouvelle.

⁷⁷³ Il a été admis que le commissionnaire pouvait être tenu d'une obligation de garantir les vices cachés de la chose vendue à l'acquéreur. Cass.civ.1^{ère} 19 janvier 1965 : *Bull.civ.* I, n°52. La cour d'appel ayant relevé que « les boulangers, qui reçoivent la farine, ne connaissent pas le meunier qui l'a fournie et qu'ils n'ont pas choisi », la Cour de cassation admet que le commissionnaire doit être assimilé au vendeur et en supporter les conséquences. Sur cette question, lire toutefois M-P Dumont, *L'opération de commission*, *op.cit.*n° 384.

⁷⁷⁴ Cass.com., 6 octobre 1992 : *Bull.civ.*VI, n°298.

⁷⁷⁵ Ph.Delebecque, note sous Cass.com. 20 février 1996 : D.1996, 290 spéc. n°10 qui s'en réfère à B.Starck, « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », in *Le contrat de commission*, *op.cit.*, p.147 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

fondement de la force obligatoire des conventions. Néanmoins, dans la mesure où il agit pour le compte d'autrui, il reporte la charge et le bénéfice de l'opération sur les épaules de son client, l'intermédiaire. Au final, on s'aperçoit que le *debitum* et l'*obligatio* sont détachés. Tandis que l'intermédiaire apparaît juridiquement lié à l'intermédié, il ne faut jamais s'écarter de la fonction même de l'opération : ainsi, le professionnel doit-il nécessairement opérer un transfert des charges et bénéfices de l'opération au profit de son client. C'est là la notion même d'intermédiation qui prend le dessus sur l'apparence créée. Comme l'a fort bien souligné un auteur, plus spécialement à propos du commissionnaire, mais dont le propos peut être généralisé à l'ensemble des intermédiaires opaques, « le commissionnaire est un intermédiaire, il n'a pas vocation à assumer le contrat qu'il fait pour le compte d'autrui, sa qualité de partenaire de l'opération est temporaire. Le contrat qui le lie à son commettant oblige celui-ci à l'en décharger »⁷⁷⁶.

469. Du point de vue de l'intermédié, s'il s'agissait d'un changement de cocontractant, c'est-à-dire d'une substitution opérée entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, se poserait un problème de consentement. Si l'on sait que selon la théorie générale des obligations, la cession de qualité de créancier est normalement indifférente pour le débiteur⁷⁷⁷, il en va autrement de la cession de contrat. La Cour de cassation a en effet imposé le consentement du cédé comme condition d'efficacité de la cession⁷⁷⁸. On ne peut manquer de s'interroger sur le point de savoir si l'opération par laquelle l'intermédiaire transfère les charges et obligations nées du contrat s'analyse en une cession de contrat. Si tel était le cas, d'une part, il conviendrait de soumettre cette mutation au consentement de l'intermédié. D'autre part, il faudrait considérer que l'intermédiaire ne serait déchargé que dans la mesure où l'intermédié aurait entendu le libérer⁷⁷⁹. Or, à l'évidence, cette contingence freinerait les prévisions de l'intermédiaire autant que de l'intermédié. Il ne s'agit donc pas de dire que l'intermédié doit donner son consentement mais plutôt de justifier pourquoi il n'a pas à le faire.

⁷⁷⁶ Ph.Didier, *De la représentation en droit privé, op.cit.*, n°119 (cette référence n'est pas celle de la thèse publiée mais celle de la thèse soutenue).

⁷⁷⁷ En effet, la cession de créance est valable dès sa conclusion entre les parties. Les formalités de l'article 1690 du Code civil, d'ailleurs totalement éludées en matière de cession de créances professionnelles, n'ont qu'un rôle de formalité de publicité, qui tend à s'amoindrir au demeurant. En ce sens : Cass.com. 28 septembre 2004 : *Bull.civ.IV*, n° 173 et Cass.com., 4 juin 1996 : *D.1996*, 630, note M.Billiau. Néanmoins, un auteur a récemment démontré que *l'intuitus personae* n'est pas nécessairement étranger au débiteur : D.Houtcieff, « Contribution à l'étude de *l'intuitus personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », préc.

⁷⁷⁸ Cass.com., 6 mai 1997 : *D.1997*, 588, note M.Billiau et Ch.Jamin ; *Defrénois* 1997, 977, note D.Mazeaud ; *JCP*, N, 1998, 770, note M-L Izorche, *Contrats Conc. Consom.* 1997, n°146, note L.Leveneur ; *RTDciv.1997*, 936, obs.J.Mestre.

⁷⁷⁹ Cass.civ.3^{ème}, 12 décembre 2001 à supposer que la cession conventionnelle de contrat suive réellement le régime de la délégation, ce qui est critiquable.

470. En effet, trois arguments semblent pouvoir accréditer cette idée. D'abord, on peut relever que le cocontractant, quoiqu'il ne connaisse que l'intermédiaire, peut savoir qu'il est le mandataire d'autrui. Dans ce cas, l'intermédié qui accepte le contrat ne peut ignorer l'existence d'une troisième personne. Il consent par avance à se lier à lui. Cette supposition n'a de sens que si le contrat passé n'est pas conclu *intuitu personae*. Or, les intermédiaires opaques ne se chargent principalement que des ventes ou des opérations de transport. Ensuite, à supposer que le cocontractant ignore la qualité d'intermédiaire, il peut toujours se réfugier derrière l'apparence. Dans ce cas, il n'est nullement question d'un transfert de contrat. Enfin, de manière générale, l'opération qui s'opère entre l'intermédiaire et l'intermédiaire ne peut s'analyser en une cession de contrat : l'intermédiaire qui a assumé et épuisé la qualité de partie ne peut la transférer et l'intermédiaire semble devoir *ab initio* être considéré, quoi qu'il n'y ait pas représentation, comme le véritable titulaire de la créance⁷⁸⁰.

471. Ce dédoublement du lien d'obligation peut ne pas apparaître en ce qui concerne l'intermédié. Dans bien des cas, la seule connaissance de l'intermédiaire, qu'il prend pour son cocontractant, lui suffit. Néanmoins, il est possible qu'en certaines hypothèses, il souhaite combattre l'apparence afin d'atteindre le maître de l'affaire.

§2. Les prérogatives de l'intermédié dans le rétablissement de la réalité

472. L'apparence peut être menée à son terme et le contrat parfaitement exécuté sans qu'aucun des protagonistes n'ait à s'en plaindre. Le transporteur qui a acheminé la marchandise à sa destination et a reçu paiement de sa prestation se moque probablement de savoir qui en était le propriétaire réel, masqué par la personnalité juridique du commissionnaire. Mais, dans des circonstances moins idéales, l'intermédié aurait bien besoin de percer l'opacité. S'il peut en théorie arguer d'une simulation, le recours pratique à cette action lui est finalement peu ouvert (A). L'exercice d'une action directe lui permettrait d'atteindre l'intermédiaire, mais cette action est bien loin, pour l'heure, d'être généralisée (B).

⁷⁸⁰ En ce sens, F.Auckenthaler, « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », préc.

A. L'action en déclaration de simulation

473. L'étude de l'influence de la volonté de l'intermédiaire pour combattre l'apparence créée par le recours à un intermédiaire nécessite d'abord qu'on identifie le domaine de la simulation (1) avant de s'attacher aux effets qu'elle provoque (2).

1. Le domaine de la simulation en cas d'intermédiation

474. Si l'on suppose que l'intermédiaire a connaissance de l'identité de l'intermédiaire, il convient de se demander dans quelle mesure il peut parvenir à l'atteindre sans se heurter à l'écran de la personnalité que dresse l'intermédiaire opaque. Autrement dit, l'intermédiaire peut-il dans tous les cas s'opposer à l'apparence ?

475. En principe, et on l'a vu, la réponse devrait être négative : c'est là d'ailleurs un des principaux attraits de l'intermédiation opaque que de laisser le maître de l'affaire dans l'ombre. L'intermédiaire est contractuellement lié à l'intermédiaire qui a agi en son nom. Il y a bien toutefois une exception, à laquelle on ne peut que songer s'il s'agissait de combattre une apparence pour rétablir une vérité juridique : nul n'ignore la théorie de la simulation. Pour autant, quels sont ceux des intermédiaires qui peuvent être qualifiés de simulateurs ?

476. Sur ce point, deux analyses doctrinales coexistent quant à l'analyse de l'interposition fictive⁷⁸¹ et amènent à des réponses différentes. Soit l'on considère que la simulation se caractérise par la volonté des parties, c'est-à-dire l'intermédiaire et l'intermédiaire, de tromper les tiers, dont l'intermédiaire, soit alors on estime que la simulation se déduit de l'existence de deux actes qui créent deux situations juridiques contradictoires⁷⁸². Dans le premier cas, il n'y a de simulation que dans la mesure où l'élément psychologique se décèle : or, bien peu d'intermédiaires opaques ont pour objectif de tromper autrui. La floraison de règles qui les encadrent emporte quelques réticences bien légitimes à considérer que l'un quelconque d'entre eux puisse être assimilé à un simulateur. Tout du moins faut-il exclure de cette catégorie les commandés, autant que les commissionnaires. Le recours à un intermédiaire opaque répond à différents impératifs, tels que la discrétion, la rapidité liée à l'autonomie du

⁷⁸¹ On a précédemment démontré que l'étude de l'interposition réelle ne convient pas en matière d'intermédiation. Voir *supra* n°442.

⁷⁸² Voir D.d'Ambra, *Rép.civ.*, V° Interposition de personne, 1998, préc., n°34 et n°35.

mandataire, la tranquillité, beaucoup plus qu'à la volonté de tromper les tiers. Partant de ce constat, on s'aperçoit qu'il y a peu de place pour une simulation-tromperie. A l'inverse, si la simulation se résume à la mise en place de deux situations contradictoires, on a tendance à y inclure l'ensemble des intermédiaires opaques. Ainsi, le commissionnaire se présente comme vendeur ou acheteur, alors qu'il ne devient jamais propriétaire des marchandises par lui conservées. Il y a bien deux situations contradictoires.

477. Pour parvenir à déterminer l'étendue de la théorie de la simulation en matière d'intermédiation, il apparaît éminemment nécessaire de trancher en la faveur de l'une des deux conceptions. Retenir la seconde conception reviendrait à viser toutes les opérations d'intermédiation opaque ; cette solution n'est pas satisfaisante. La simulation suppose, nous semble-t-il, une intention de tromper. Notre choix se porte donc sur l'adoption de la première analyse, soit la simulation-tromperie. Mais dans ce cas, il faut bien reconnaître que le périmètre de l'action en déclaration de simulation se réduit de manière assez importante. De nouveau, il paraît en effet déraisonnable de songer qu'un commissionnaire ou un commandé s'apparente à un simulateur. Ni l'un ni l'autre n'ont la volonté de tromper autrui⁷⁸³ ; ils ne cachent généralement pas d'ailleurs leur qualité d'intermédiaire, sans pour autant dévoiler l'identité du maître de l'affaire.

478. Il reste dès lors peu d'occasions pour les intermédiés de se prévaloir d'une simulation – soit finalement d'une interposition fictive au sens strict - si ce n'est lorsque l'intermédiaire peut être qualifié de prête-nom, c'est-à-dire lorsqu'on dénote véritablement une volonté de tromper les tiers⁷⁸⁴. Mais, même dans cette hypothèse, la remise en cause de l'apparence ne va pas de soi, ne serait-ce que parce que l'effet relatif des conventions s'y oppose manifestement. Pourtant l'article 1321 du Code civil ouvre une brèche.

2. Les effets de l'action en déclaration de simulation

479. Lorsqu'il apparaît qu'une convention a été conclue par le recours à un prête-nom, celui qui a la qualité de tiers au sens de l'article 1321 du Code civil peut préférer s'en tenir à l'acte apparent. Mais parallèlement, le tiers à la contre-lettre peut aussi préférer se prévaloir du

⁷⁸³ En ce sens, M.Dagot, *La simulation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de Droit privé, Tome 73, 1967, n°31 et D. d'Ambra, préc., n°60 et n°62.

⁷⁸⁴ Et encore faut-il que l'interposition de personne ne soit pas expressément prohibée, comme c'est le cas dans l'article 1596 du Code civil.

- L'intermédiaire contractuel -

contrat occulte dont il serait parvenu à établir l'existence. Le tiers à la contre-lettre dispose donc en principe d'une option. L'action en déclaration de simulation lui offre la possibilité d'atteindre le maître de l'affaire, plutôt que de demeurer lié au prête-nom. En matière d'intermédiation, il faut noter l'intérêt qu'offrirait cette option pour l'intermédié, envisagé comme un tiers à la simulation, lequel pourrait préférer se prévaloir du contrat conclu entre l'intermédiaire et l'intermédiaire (contrat de mandat) pour s'estimer lié à ce dernier. Mais, bien que l'interposition de personnes ne nécessite pas que l'acte ostensible et l'acte secret aient été conclus par les mêmes personnes⁷⁸⁵, ce qui laisserait une place aux opérations tripartites, dont l'intermédiation opaque, la jurisprudence considère que « *le prête-nom est personnellement et directement engagé envers celui avec lequel il a contracté, quand bien même ce cocontractant aurait eu connaissance de sa qualité* »⁷⁸⁶. L'action en déclaration de simulation serait alors sans effet, solution somme toute logique dans la mesure où le cocontractant était avisé de la situation. Néanmoins, un autre arrêt interdit au cocontractant qui a participé sciemment à la simulation de se prévaloir de l'acte ostensible⁷⁸⁷. C'est finalement la seule hypothèse dans laquelle l'intermédié atteint le maître de l'affaire, et pour cause : il s'est rendu son complice.

480. A l'examen, il apparaît que la simulation n'est donc pas un moyen complètement satisfaisant pour l'intermédié de faire obstacle à l'apparence créée. Il risque le plus souvent de s'enliser dans sa relation contractuelle avec l'intermédiaire opaque. On en vient alors à penser que la mise en œuvre d'une action directe constitue le moyen le plus sûr de passer outre l'intermédiaire, si opaque fut-il. Encore faut-il évidemment que ladite action soit reconnue.

B. La mise en œuvre d'une action directe⁷⁸⁸ par l'intermédié

481. Avant toute chose, il apparaît nécessaire de préciser que ni la jurisprudence ni la loi n'ont consacré d'action directe de l'intermédié au profit de l'intermédiaire, ou l'inverse, en termes généraux. Pourtant, il faut bien comprendre quels sont les enjeux attachés à la recherche d'une

⁷⁸⁵ Cass.civ.1^{ère}, 28 novembre 2000 : *RTDciv.*2001, 134, obs.J.Mestre et B.Fages.

⁷⁸⁶ Cass.com., 26 avril 1982 : *D.*1986, 233, note D.Rambure. Egalement Cass.civ.1^{ère}, 17 novembre 1999, *Contrats Conc. Consom.* 2000, n°42, note L.Leveneur.

⁷⁸⁷ Cass.civ.3^{ème}, 8 juillet 1992 : *JCP*, G, 1993, II, 21982, note G.Wiederkehr ; *RTDciv.*1993, 352, obs.J.Mestre.

⁷⁸⁸ Parmi les nombreuses études consacrées à la notion même d'action directe – notion qui n'est pas présentement étudiée mais dont on utilise les applications-, voir les thèses suivantes : H.Solus, *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil*, Paris 1914 ; A.Plancqueel, *Contribution à l'étude des actions directes*, Lille 1935 ; M.Cozyan, *L'action directe*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 92, 1969 ; Ch.Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 215, 1991.

action directe au bénéfice de l'intermédiaire (1), avant d'examiner les circonstances particulières qui l'entourent (2).

1. L'enjeu d'une action directe en cas d'intermédiation opaque

482. Il n'est pas possible de considérer que l'intermédiation opaque entraîne la création d'une relation directe entre l'intermédiaire et l'intermédiaire⁷⁸⁹, dans la mesure où l'intermédiaire a agi en son nom ce qui lui a conféré, ne serait-ce que provisoirement, la qualité de partie. Quelques auteurs ont toutefois proposé de s'appuyer sur le mécanisme de l'*undisclosed agency*, que connaît la *Common law*, par laquelle l'agent peut révéler sa qualité postérieurement à la conclusion de l'acte et entraîner de la sorte l'établissement d'une relation directe entre le tiers contractant et le *principal*, pour proposer qu'un lien direct soit reconnu entre le commettant et le tiers, quoique celle-ci soit en partie paralysée pour protéger le privilège du commettant⁷⁹⁰. Mais la démonstration, quoique séduisante, ne convainc pas. En effet, on ne voit pas par quel moyen juridique il serait possible de faire en sorte que celui qui a consenti en son nom puisse reporter le contrat sur l'intermédiaire, sauf à distendre la notion de représentation et à prononcer l'oraison funèbre du principe de l'effet relatif. En revanche, offrir à l'intermédiaire une action directe et générale lui permettrait de contourner l'intermédiaire opaque en lui permettant d'exercer en son propre nom et pour son compte un droit de poursuite contre l'intermédiaire, envisagé comme le débiteur de son débiteur. Cette action, dont l'objet est d'obtenir un paiement, aboutirait à une situation similaire à ce que l'intermédiaire peut faire en cas d'intermédiation transparente. Elle présenterait notamment l'intérêt de passer outre l'insolvabilité ou la faillite de l'intermédiaire. Mais cette prérogative, d'une efficacité redoutable, voire même absolue si l'action directe attribuée est parfaite⁷⁹¹, résulte le plus souvent d'une loi⁷⁹², plus rarement d'une jurisprudence⁷⁹³.

⁷⁸⁹ G. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, op.cit., n°91 et s.

⁷⁹⁰ Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, op.cit., n°106 et n°127, partage l'opinion de M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, op.cit., n°157 et s.

⁷⁹¹ L'action directe parfaite se distingue de l'action directe imparfaite en ce que la créance du débiteur principal est de plein droit affectée au bénéficiaire de l'action et bloquée en sa faveur.

⁷⁹² Pour des exemples, voir notamment l'article L.124-3 du Code des assurances qui offre une action directe à la victime d'un dommage contre l'assureur du responsable, l'article 1753 du Code civil qui permet au bailleur d'un immeuble d'atteindre directement le sous-locataire ou encore l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 qui autorise, sous certaines conditions, le sous-traitant à agir contre le maître de l'ouvrage.

⁷⁹³ Par exemple, si l'article 1994 alinéa 2 fonde l'action directe du mandant contre le mandataire substitué, l'action directe réciproque, c'est-à-dire celle conférée au substitué, résulte de la jurisprudence. Cass.civ.1^{ère}, 27 décembre 1960 : *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, op.cit., n°282.

483. Or, dans la mesure où les intermédiaires opaques ne sont pas reconnus par les textes sous une dénomination unique, il n'existe pas d'action directe en faveur de l'intermédié, pas plus d'ailleurs qu'au bénéfice de l'intermédiaire. Il n'y a d'ailleurs rien à regretter car une telle solution viendrait considérablement nier l'utilité de la distinction établie entre les intermédiaires : ils auraient tous en effet vocation à s'effacer totalement au profit de la création d'un lien direct entre les contractants extrêmes. Ce sont donc les actions directes exceptionnelles qui sont les plus pertinentes.

2. La reconnaissance exceptionnelle d'une action directe

484. L'intérêt d'une action directe au profit de l'intermédié n'étant plus à démontrer, il faut à présent délimiter les hypothèses dans lesquelles elle s'envisage (a), avant de s'interroger sur l'opportunité d'élargir son domaine autant que d'affiner ses effets (b).

a. Le domaine avéré de l'action directe de l'intermédié

485. Lorsque l'interposition fictive ne relève pas de la simulation, il n'y a pas de texte qui envisage une quelconque action directe du cocontractant contre le maître de l'affaire. L'opacité a vocation à demeurer jusqu'au bout. A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'une déclaration de command, on peut supposer que le commandé va rapidement dévoiler l'identité du command parce que l'opération, utilisée principalement en matière de vente, exposerait sinon à une double mutation. Donc, par essence, l'opacité y est éphémère. Très rapidement, puisque le Code général des impôts ne laisse qu'un délai de 24 heures, l'intermédiaire se retire du processus : on ne voit donc pas très bien quel intérêt il y aurait à rechercher une action directe puisque voilà les contractants extrêmes présentés et liés l'un à l'autre. Il reste alors une hypothèse dans laquelle la recherche d'une action directe peut s'avérer pertinente : proposer au contractant de franchir le commissionnaire.

486. Il s'agit donc bel et bien de se demander s'il existe une action directe contre le commettant au profit de l'intermédié. Mais le « tronc commun » des commissionnaires qu'établissent les articles L.132-1 et L.132-2 du Code de commerce n'envisage aucunement la question. Voilà un premier obstacle qui empêche *a priori* de penser que l'hypothèse est envisageable. Certes, l'argument n'est pas dirimant, car les magistrats pourraient avoir œuvré en ce sens. Mais en l'occurrence, ils ont affirmé avec vigueur que le commissionnaire,

- L'intermédiaire contractuel -

agissant en son propre nom, se trouvait personnellement et seul – la formule n'est pas anodine - engagé à l'égard des tiers avec qui il traite⁷⁹⁴. Le commettant ne peut aucunement être atteint. Toutefois, les juges du fond se sont montrés moins hostiles à l'action directe de l'intermédiaire ; ils ont même reconnu qu'elle était possible quand le nom du commettant lui a été révélé⁷⁹⁵. Jusqu'alors pourtant, la Cour de cassation avait négligé la simple connaissance de l'identité du maître de l'affaire par l'intermédiaire⁷⁹⁶. La confusion qui règne entre ces deux ordres de juridiction ne peut que laisser perplexe. Néanmoins, il paraît raisonnable de s'en tenir, pour cette première étape de réflexion, à la jurisprudence de la Cour de cassation et de considérer que l'action directe du cocontractant contre le commettant n'est en général pas permise⁷⁹⁷.

487. Pourtant, on en conviendra, il y a un cas particulier de commission dans lequel la formation même du contrat implique un droit direct d'action de l'intermédiaire contre l'intermédiaire : il s'agit de la commission de transport. En effet, l'article L.132-8 du Code de commerce fait état d'un contrat aux effets tripartites, ce qui autorise le transporteur à agir directement contre l'expéditeur sans qu'aucune clause contraire ne puisse l'en priver.

488. Dès lors, l'intermédiaire peut passer outre la procédure collective dont le commissionnaire de transport fait l'objet, ce qui constitue une parade des plus efficaces⁷⁹⁸. Ainsi, cette action directe, d'origine légale, se révèle-t-elle surpuissante. D'abord, parce qu'elle est impérative, ensuite, parce qu'elle est parfaite, ce qui bloque et affecte la créance du débiteur principal au profit de l'intermédiaire. Les juges en ont déduit que le voiturier qui n'a pas été réglé de ses prestations peut en exiger directement le paiement auprès de l'expéditeur qui n'est pas fondé à lui opposer les paiements faits par lui antérieurement au commissionnaire, même s'il ignorait, lors de ces paiements, l'existence du transporteur⁷⁹⁹.

489. Cette solution, redoutable pour l'expéditeur, paraît toutefois surprenante. Si l'on admet volontiers que le commissionnaire de transport, « n'est pas un commissionnaire comme les

⁷⁹⁴ Cass.com., 15 juillet 1963 : *Bull.civ.IV*, n°378.

⁷⁹⁵ T.com.Paris, 25 septembre 1985 et Lyon, 6 décembre 1985 : *Cah.dr.entr.*1986, n°27, p.10 et 12.

⁷⁹⁶ Cass.com., 7 mai 1962 : *Bull.civ.IV* n°240.

⁷⁹⁷ *Contra*, B.Starck, « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », in *Le contrat de commission, op.cit.*, 166.

⁷⁹⁸ Versailles, 21 novembre 2002 : *RJDA* 2003, n°719.

⁷⁹⁹ Cass.com., 26 novembre 2002 : *Bull.civ.IV* n°181 ; *RJDA* 2003, n°382.

- L'intermédiaire contractuel -

autres »⁸⁰⁰, notamment en ce qu'il assume une responsabilité plus lourde que celle qui pèse sur les autres intermédiaires et s'avère responsable du fait du transporteur auquel il s'est adressé⁸⁰¹, il n'y a guère de raison pour accorder une faveur au seul voiturier. Le bien-fondé de cette règle ne peut pas seulement se situer dans l'originalité de la commission de transport. On est autorisé à penser que c'est la portée de l'action directe de l'intermédiaire contre le commettant qu'il faudrait revoir.

b. Vers un souhaitable élargissement de l'action directe dans le contrat de commission

490. Bien que la Cour de cassation ne se soit pas encore montrée convaincue par la pertinence d'admettre une action directe de tout intermédiaire contre le commettant, certaines décisions, comme on l'a vu⁸⁰², n'ont pas hésité à la reconnaître. Pour appuyer cette évolution, il importe de démontrer que l'action directe reconnue au transporteur contre le commettant satisfait un impératif de sécurité des affaires qui mérite de s'étendre à toute forme de commission (α), à la condition que les intérêts du commettant ne soient pas négligés (β).

α . Une action directe élargie

491. L'article L.132-8 du Code de commerce marque un particularisme de la commission de transport. Il s'explique volontiers en raison de l'opération elle-même : chacun connaît d'avance l'ensemble des intervenants, si bien que la réforme apportée par la loi du 6 février 1998⁸⁰³ ne fait que mettre en adéquation une règle juridique avec la pratique des affaires. Mais on peut s'interroger sur l'opportunité d'élargir cette règle, justement lorsque les circonstances sont analogues. En somme, il paraît logique de se demander dans quelle mesure l'intermédiaire, qui connaît l'identité du commettant, peut agir contre lui, faisant fi de l'insolvabilité de l'intermédiaire. On le sait, la Cour de cassation n'y est point favorable⁸⁰⁴ mais il faut soumettre ce refus à l'épreuve de l'argumentation juridique fondée sur l'analogie.

492. Or, il y a très certainement un rapprochement qui s'impose avec le mandataire substitué. On sait en effet que l'article 1994, alinéa 2, du Code civil consacre une action directe, dont la

⁸⁰⁰ La formule est celle de F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op.cit. n°767.

⁸⁰¹ Voir *infra* n°546 et s.

⁸⁰² Voir *supra* n°486.

⁸⁰³ Loi n°98-69 sur l'amélioration des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier.

⁸⁰⁴ Voir *supra* n°486.

- L'intermédiaire contractuel -

qualification est d'ailleurs contestée⁸⁰⁵, au profit du mandant. La jurisprudence s'est chargée ensuite de la bilatéraliser, non sans avoir provoqué quelques vives critiques quant à la portée de l'action réciproque qu'elle venait de dégager⁸⁰⁶. Au final, on s'aperçoit que la solution a souvent été justifiée par la notion de représentation : le mandataire substituant est supposé s'effacer pour laisser place aux contractants extrêmes. Alors, il est évident curieux d'oser faire un parallèle avec la commission, qui met en cause un intermédiaire opaque. Pourtant, même s'il n'y a pas de représentation, il existe bel et bien un mandat entre le commettant et le commissionnaire. Dès lors, le donneur d'ordre doit pouvoir se réapproprier les effets personnels du contrat dont les effets réels se produisent dans son patrimoine⁸⁰⁷. Il n'est donc pas choquant que le transporteur ait une action directe contre le commettant. A l'image de ce qui est consacré en matière de sous-mandat, on devrait alors considérer que l'intermédiaire qui connaît l'identité du commettant puisse à son tour passer outre le commissionnaire. Généraliser l'action directe au-delà de la commission de transport paraît, à première vue, juridiquement possible.

493. Mais, pour cantonner l'efficacité d'une telle action directe à la seule commission de transport, on pourrait objecter que seul le transporteur est un commissionnaire substitué, ce qui justifierait que le législateur ait prévu une action directe dans cet unique cas, à l'image de ce qu'il a énoncé dans l'article 1994, alinéa 2, du Code civil. En somme, ce rapprochement avec le sous-mandat serait un obstacle à l'extension du domaine de l'action directe. Mais précisément, l'analyse serait fautive : le transporteur n'est justement pas un mandataire substitué. Le commissionnaire organise le transport dont le transporteur se charge : leurs missions sont donc totalement différentes. Deux raisons fondent en réalité l'action directe du transporteur ; il connaît le maître de l'affaire et sait que les effets du contrat ne concernent que lui. En conséquence, toutes les fois qu'un cocontractant sait qu'il s'est engagé avec un intermédiaire et qu'il connaît l'intermédiaire, un droit d'action directe devrait lui être reconnu afin de lui offrir un débiteur solvable.

⁸⁰⁵ Sur ce point, cf M.Coizian, thèse préc., n°72 et Ch.Jamin, thèse préc., n°19, tous deux estimant que l'action n'est que le résultat de la représentation. Voir également B.Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire*, *op.cit.*, n°332 et s. montrant que l'action du mandant contre le substitué ne saurait utilement être qualifiée d'action directe.

⁸⁰⁶ Face aux abondantes critiques formulées à l'encontre notamment d'un arrêt rendu en 1998 (Cass.com., 24 mars 1998 : *RTDciv.*1998, 932, obs. P-Y Gautier ; *Contrats Conc. Consom.* 1998, n°88, note L.Leveneur), les magistrats ont finalement posé une limite à l'action du substitué (Cass.com. 3 décembre 2002 : *D.*2003, 786, note B.Mallet-Bricout ; *Contrats Conc. Consom.* 2003, n°55, note L.Leveneur ; *RTDciv.* 2003, 312, obs. P-Y Gautier). Mais cette décision n'a pas non plus entièrement convaincu.

⁸⁰⁷ En ce sens M.Coizian, thèse préc. n°77 et n°78.

494. La levée du voile de l'intermédiation opaque a donc une incidence sur l'intermédiaire. Celui-ci peut d'ailleurs mettre en cause le commissionnaire qui est à l'origine de l'indiscrétion commise⁸⁰⁸. Mais le commettant ne devrait pas pouvoir être inquiété au-delà de ce qu'il doit encore.

β. Une action directe limitée

495. La combinaison des règles tirées du mandat sans représentation et de la sécurité des affaires milite très certainement en faveur de l'admission de l'action directe de l'intermédiaire contre le commettant. Mais cette action ne doit pas avoir la même portée que celle qui est déjà établie dans la commission de transport. On sait que dans ce dernier cas, le seul légalement reconnu d'ailleurs, le cocontractant peut réclamer la totalité de sa créance au commettant, sans que les paiements déjà opérés puissent lui être opposés. L'action directe dont il est titulaire est en effet une action parfaite. La solution résulte de l'arrêt précité de la Chambre commerciale en date du 26 novembre 2002. Précisément, la même solution, d'abord adoptée dans le cadre du sous-mandat, avait provoqué à juste titre les foudres de la doctrine⁸⁰⁹. Il conviendrait donc que l'action du cocontractant contre le commettant n'aboutisse que dans la mesure où l'intermédiaire est encore débiteur car son paiement de bonne foi entre les mains de l'intermédiaire doit avoir un double effet libératoire : il est quitte envers l'intermédiaire mais également envers l'intermédiaire. Il ne serait pas juste de considérer que le commettant puisse devoir payer deux fois. Il est en conséquence raisonnable de souhaiter que l'exception de paiement soit opposable à l'intermédiaire, c'est-à-dire que l'action directe qu'on revendique à son égard ne soit qu'imparfaite. En revanche, rien ne s'oppose à ce que l'action directe soit bilatéralisée.

496. Mais bien que la généralisation encadrée de l'action directe dans le contrat de commission se justifie par une logique contractuelle, liée au mandat qui unit l'intermédiaire opaque et l'intermédiaire, aucun arrêt de valeur certaine ne l'a pour l'heure confirmée. Il reste alors des voies plus traditionnelles qui permettront au cocontractant de l'intermédiaire opaque de surmonter son insolvabilité ou sa faillite. Parmi elles, on pense à l'action oblique, posée à l'article 1166 du Code civil. A la différence de l'action directe, elle n'est pas une action

⁸⁰⁸ Rouen, 25 juin 1904 : *DP* 1906, 2, 191.

⁸⁰⁹ Voir *supra* n°492.

- L'intermédiaire contractuel -

personnelle, mais peut permettre à l'intermédié en tant que créancier de l'intermédiaire, d'intenter des actions dont l'objet sera notamment d'accroître son patrimoine. Ainsi, l'intermédiaire se trouve à portée de l'intermédié ; on sait toutefois que le bénéfice de l'action ne profitera pas seulement au créancier qui l'intente et que l'opposabilité des exceptions peut diminuer lourdement son efficacité. Par ailleurs, et à titre subsidiaire, la voie de l'enrichissement sans cause reste ouverte à l'intermédié : l'intermédiaire ne doit pas s'être enrichi injustement à ses dépens. Mais cette seule allusion à l'action *de in rem verso* marque l'issue du raisonnement, à défaut d'un particularisme. L'étude des quasi-contrats constitue le stade ultime de la relation qui s'est créée entre l'intermédiaire et l'intermédié. Au-delà, il n'y a plus rien de contractuel et l'ultime voie qui s'offre à l'intermédié est fondée sur la recherche d'une faute délictuelle. Or, dans ce cas, rien ne distingue plus vraiment l'intermédié des véritables tiers.

CONCLUSION DU TITRE 1

497. La présentation des liens tirés de l'intermédiation transcende incontestablement l'unité de régime qui s'était dégagée dans la première partie de cette thèse. Quoique le pouvoir soit au centre de la profession d'intermédiaire, la notion de représentation n'apparaît pas nécessaire à la réalisation de cette mission. Principalement, c'est selon qu'il y a ou non représentation de l'intermédiaire vis-à-vis du tiers que l'on oppose la transparence à l'opacité de l'intermédiaire. La dualité est donc justifiée. Elle se traduit par une absence de lien contractuel entre l'intermédiaire et l'intermédiaire transparent, faute pour ce dernier de s'être exprimé en son propre nom, à l'inverse de l'engagement personnel et direct que prend l'intermédiaire opaque vis-à-vis du cocontractant. Plus précisément, lorsque l'intermédiaire est transparent et qu'il a correctement rempli sa mission, un lien de droit direct prend naissance entre les parties, à moins d'une fraude avérée dans la création de la situation juridique. A l'inverse, dans des cas où le contrat n'aurait pas dû s'établir entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, l'apparence est un palliatif efficace au manque de pouvoir de l'intermédiaire, expression qui vise tant le défaut que le dépassement de pouvoir. D'un autre côté, alors qu'en matière d'intermédiation opaque, l'intermédiaire aurait dû être le seul interlocuteur de l'intermédiaire, on a tenté de mettre en évidence les moyens qui s'offraient à ce dernier pour atteindre l'intermédiaire. Faute de représentation, il ne s'agit pas d'un lien contractuel direct : on ne peut en aucune manière évincer l'intermédiaire du lien qu'il a créé en son nom. En revanche, l'intermédiaire peut être soucieux de se procurer un débiteur solvable supplémentaire. Or, dans la mesure où il est établi que l'intermédiaire a agi dans l'intérêt de l'intermédiaire, qui supporte d'ailleurs les charges et avantages liés à l'opération, on propose d'instaurer une action directe réciproque entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. Pour le moment, une action de ce genre n'est accordée qu'aux transporteurs qui peuvent s'adresser directement au commettant pour obtenir paiement de leurs services. Hormis cette exception notable, les cocontractants extrêmes, masqués par l'intermédiaire opaque, s'apparentent alors à des tiers. L'intermédiaire, quant à lui, assume ainsi différentes fonctions selon la teneur du pouvoir qui lui a été confié ; la nature de sa responsabilité varie selon le rôle qu'il a accepté d'assumer ou qu'il a usurpé.

Titre 2. Les multiples responsabilités de l'intermédiaire

498. L'étude de l'intermédiaire contractuel ne serait pas complète si une réflexion d'ensemble n'était pas consacrée à sa responsabilité. En effet, ce professionnel, quelle que soit d'ailleurs sa fonction, s'expose à un double titre, tant en ce qui concerne l'exécution du contrat qui le lie à son donneur d'ordre qu'en ce qui relève de la mise en œuvre de son pouvoir. Bien que la souscription d'assurances, souvent rendue obligatoire par la loi, fausse un peu la question de la charge définitive de la dette⁸¹⁰, il n'en demeure pas moins nécessaire d'exposer successivement les responsabilités de l'intermédiaire à l'égard de l'intermédiaire (chapitre 1) puis à l'égard de l'intermédiaire (chapitre 2).

Chapitre 1. La responsabilité contractuelle de l'intermédiaire envers l'intermédiaire

499. L'intermédiaire, ainsi qu'on l'a décrit, joue un rôle variable. Simple courtier, dévoué mandataire ou diligent commissionnaire, il répond aux besoins que l'intermédiaire lui a définis. De même que la délimitation de la mission de l'intermédiaire avait pu sembler délicate et nuancée, il apparaît que les circonstances dans lesquelles sa responsabilité peut être engagée sont hétérogènes. D'une part, différents régimes de responsabilité se dessinent selon la qualité assumée par l'intermédiaire (section 1), tandis que d'autre part, la réparation du préjudice subi par l'intermédiaire demeure incertaine (section 2).

Section 1. Les différents régimes de responsabilité contractuelle de l'intermédiaire

500. Quelle que soit la nature du contrat d'intermédiaire, toute inexécution contractuelle relève du droit commun de la responsabilité civile contractuelle, soit des articles 1146 et suivants du Code civil. Mais, en raison de la nature variable des obligations mises à la charge de l'intermédiaire, différents régimes de responsabilité contractuelle se distinguent. Tandis que les courtiers sont tenus de leur fait personnel, ce qui constitue un principe (§ 1), les mandataires sont, à titre d'exception, présumés fautifs lorsqu'une inexécution totale est constatée (§ 2). Enfin, on doit réserver les hypothèses particulières, qui doivent être détaillées, qui posent un régime de responsabilité de l'intermédiaire pour autrui (§ 3).

⁸¹⁰ Voir *supra* n°120.

§ 1. Le principe : l'intermédiaire courtier responsable de son fait personnel

501. L'intermédiaire-courtier a un rôle d'entremetteur ; il lui est demandé de présenter un cocontractant, sans être tenu de passer l'acte. Sa mission contient généralement un aléa, qui justifie que, pour répondre à la classification des obligations telle que Demogue⁸¹¹ l'a définie, son obligation ne puisse être qualifiée que de moyens. La mise en cause de sa responsabilité, qui est contractuelle en vertu du mandat qui l'unit à l'intermédiaire, l'expose au paiement de dommages et intérêts par application de l'article 1147 du Code civil. Elle nécessite la démonstration d'une faute par l'intermédiaire (A), doublée de l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité (B).

A. Les fautes de l'intermédiaire courtier

502. La mission de l'intermédiaire, qui consiste à mettre deux personnes en relations contractuelles, se double parfois d'un mandat. Néanmoins, toutes les fois qu'il est question seulement de rechercher un tiers, on peut estimer qu'il s'agit par essence d'une tâche aléatoire. La notion d'information, sur le contrat à conclure ou sur autrui, est donc *a priori* une obligation de moyens (1), ce qu'un examen de jurisprudence sur l'appréciation de la faute peut utilement confirmer (2).

1. Le courtier débiteur d'une obligation de moyens

503. Par définition, aucun courtier ne peut promettre qu'il trouvera le partenaire idéal au client célibataire ou l'acheteur désireux de devenir propriétaire de tel bien au prix fixé par le vendeur. Néanmoins, il s'efforce donc d'y parvenir, ne serait-ce que parce que le paiement de sa commission en dépend le plus souvent⁸¹². Parce qu'il ne s'engage pas, la plupart du temps, sur le succès de l'opération, cet intermédiaire est donc principalement tenu d'une simple obligation de moyens. Ainsi, quand bien même il s'engagerait à trouver un acquéreur pour une certaine quantité d'actions, dans un délai d'un mois, la Cour de cassation a conforté la cour d'appel d'avoir admis qu'un tel engagement était seulement constitutif d'une obligation de moyens⁸¹³. Dans cette décision en effet, les juges ont unanimement pris en considération « *le caractère aléatoire que revêt nécessairement la recherche d'un acquéreur pour une*

⁸¹¹ R. Demogue, *Traité des obligations*, tome V, Paris, Arthur Rousseau, 1923, n°1237.

⁸¹² Voir *supra* n°174.

⁸¹³ Cass.com., 7 octobre 1997 : *Bull.civ.IV*, n°243 ; *QJ* 13 novembre 1997, n°91, obs. J-P D.

importante quantité de titres ». *A priori*, cet aléa est donc le propre des intermédiaires dont l'essentiel de la mission porte sur la recherche d'autrui. Il fonde juridiquement l'intensité de l'obligation retenue qui n'est dès lors que de moyens.

504. Néanmoins, si les faits de l'espèce témoignent d'un engagement précis du courtier à obtenir un résultat, les magistrats peuvent considérer qu'il s'agit alors d'une obligation de résultat. En effet, les parties, et notamment l'intermédiaire peuvent convenir qu'il n'y a pas d'aléa et prendre ainsi un engagement ferme de résultat. Un arrêt récent de la Chambre commerciale⁸¹⁴ témoigne justement de l'importance de la rédaction du contrat liant l'intermédiaire au courtier pour qualifier la nature de l'obligation qui incombait à ce dernier. Les juges du fond, souverains dans l'appréciation des faits, avaient estimé, dans cette affaire, que l'agence de communication d'un club de basket avait, en l'espèce, souscrit « *une véritable obligation de résultat* ». Selon le contrat en effet, l'agence s'était engagée à « *emmener* » au club un budget supplémentaire d'un montant minimum égal à 200 000 francs pour une saison, alors que son action a finalement généré une recette de 20 000 francs. La Cour de cassation a donc très logiquement rejeté le pourvoi de l'agence dès lors que les faits qu'elle reprochait à son client, le célèbre club de basket-ball de Limoges, ne pouvaient être à l'origine de l'absence de résultat promis. Cet arrêt est donc un modèle de pédagogie quant à la qualification d'une obligation de résultat, et quant au régime qu'il convient de lui appliquer⁸¹⁵. Néanmoins, il n'est pas représentatif du régime habituel de responsabilité des intermédiaires courtiers qui sont pour la très grande majorité tenus d'une simple obligation de moyens quant à la réussite de leur mission, ce qu'un examen jurisprudentiel confirme.

2. Variations jurisprudentielles sur l'appréciation de la faute

505. Les courtiers, dont l'activité principale consiste à s'entremettre, c'est-à-dire à présenter un cocontractant potentiel à leurs clients, sont débiteurs d'une obligation qui n'est que de moyen. Une étude jurisprudentielle attentive montre que leur faute ne peut se déduire d'une seule défaillance du contrat espéré, dès lors que les magistrats estiment que leur obligation essentielle est remplie. La faute s'apprécie donc par rapport à la façon dont l'obligation d'information a été exécutée (a). Néanmoins, il apparaît également en jurisprudence que le

⁸¹⁴ Cass.com., 8 janvier 2002 : D.2002, som.com. 2708, obs. J-P Karaquillo.

⁸¹⁵ Dans le même sens, à propos d'une société de conseil qui avait promis à un prestataire informatique un chiffre d'affaires minimum sur deux ans de cinq millions de francs, voir Paris, 10 janvier 2003, n° 02-9073 : *BRDA* 8/03, p.5.

courtier habituel est soumis à un régime plus sévère, ce qui facilite la démonstration de l'intermédiaire (b).

a. La faute du courtier liée à la mauvaise exécution d'une obligation d'information

506. Si l'intermédiaire n'est tenu que d'une simple obligation de moyens, l'intermédiaire supporte la charge de la preuve de la faute du professionnel, que l'inexécution soit totale ou partielle. Sa demande de dommages et intérêts est conditionnée par la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. La plupart des arrêts sont rendus sous le visa l'article 1147 du Code civil, ce qui confirme le rattachement de la responsabilité des intermédiaires courtiers aux règles de droit commun. Mais l'examen des décisions relatives à la mise en cause des courtiers vis-à-vis de leurs clients ne présente pas *a priori* de cohérence, tant il est fréquent que les plaideurs tentent d'accroître la portée de leur obligation d'information ou de conseil. Notamment, un arrêt avait autrefois considéré que le courtier pouvait être fautif de n'avoir pas avisé son client de sa situation irrégulière, due au non-paiement des primes par l'assuré, susceptible d'entraîner un refus de paiement de la garantie⁸¹⁶. C'est dire s'il paraît ardu de délimiter les fautes du courtier par rapport à l'obligation qui lui incombe. Toutefois, quelques traits caractéristiques permettent de dresser un tableau des circonstances dans lesquelles la responsabilité de l'intermédiaire peut être recherchée ou doit être au contraire exclue.

507. D'abord, il est manifeste que les juges portent leur attention sur le comportement du courtier, ce qui est assez logique puisqu'il s'agit de vérifier si l'obligation de moyens qui lui incombe a été remplie. C'est ainsi qu'un courtier, qui avait indiqué par courrier à l'assurée qu'il avait pris bonne note de l'adjonction de son activité de location, précisant que la garantie de l'assureur était limitée à une certaine somme par véhicule, « *avait induit sa cliente en erreur, en lui donnant à croire, inexactement, qu'elle était assurée pour cette nouvelle activité, de sorte qu'il avait ainsi manqué à son obligation d'information et de conseil* »⁸¹⁷. Il n'y a pas de doute que le maintien d'un assuré dans l'illusion d'une garantie constitue une circonstance fautive qui doit être sanctionnée, de la même façon qu'on peut reprocher à un courtier de ne pas s'être assuré de l'efficacité de la police souscrite. Il s'agit en effet de véritables et grossières négligences qui paralysent l'objet même du contrat. Par extension, un

⁸¹⁶ Cass.civ.1^{ère}, 24 mai 1965 : *Bull.civ.I*, n°327.

⁸¹⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 17 mars 2005, inédit, pourvoi n°03-20148.

courtier dont le comportement est susceptible de tromper le client, comme l'agence matrimoniale qui omet de vérifier les renseignements les plus élémentaires concernant l'âge des candidats⁸¹⁸, doit être condamné. Cependant, et quoique le client ait pu être déçu du résultat de son entremise, le courtier qui est à même de rapporter la preuve de ses diligences ne doit pas pouvoir être inquiété. C'est en ce sens que, dans le domaine du commerce électronique, des juges du fond ont considéré, à propos d'un courtier en ligne, qu'il n'était pas responsable de l'escroquerie pratiquée, grâce à son entremise, par un vendeur roumain à l'encontre d'un internaute acheteur⁸¹⁹. Deux raisons principales ont motivé la décision des magistrats : d'abord, le demandeur ne rapportait pas la preuve qu'il n'avait pas été livré du bien promis, objet présumé de l'escroquerie. Ensuite, et surtout, il a été affirmé que « *différents conseils de prudence sont donnés sur le site concerné aux clients, que de même différents renseignements sont fournis sur le profil du vendeur pour autant qu'il soit connu sur le site et qu'à cet égard il est patent que la société Ebay n'est qu'un intermédiaire technique qui n'engage sa responsabilité que dans cette limite* ». En somme, l'acheteur a été débouté en raison de sa propre négligence⁸²⁰ et faute d'avoir pu démontrer une lacune du site. Voilà qui prouve une nouvelle fois que le courtier n'est responsable que de sa faute avérée, ce que les magistrats ont désigné comme le régime de responsabilité de l'« intermédiaire technique ». Ces décisions relativement récentes témoignent d'une appréciation qui n'est pas très extensive de l'obligation qui pèse sur les courtiers, en ce sens que cet intermédiaire ne peut être tenu responsable de tous les déboires de son client. Cependant, il est des domaines, particulièrement arides, où les connaissances de l'intermédiaire sont attendues du client et leur délivrance appréciée avec plus de sévérité par les juges. Un arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2006⁸²¹ illustre, en ce qui concerne les intermédiaires en opérations de bourse, que leur responsabilité peut être engagée, dès lors qu'ils n'ont pas suffisamment prévenu leur client des risques attachés à ces opérations. En l'espèce, la client avait ouvert un compte par le biais d'un courtier en ligne et avait, entre le 29 août et le 4 septembre de la même année, investi plus de 85 000 euros en OSRD (opérations d'achat / vente sur le marché à Règlement différé). A peine quelques jours plus tard, le courtier avait informé sa cliente, par courrier recommandé, de l'insuffisance de la couverture. La cour d'appel, pour s'opposer à la

⁸¹⁸ Cass.civ.1^{ère}, 13 avril 1999 : *D.* 1999, IR 131, dans une affaire où le candidat potentiel au mariage avait en réalité dix ans de plus que l'âge qu'il avait mentionné lors de son inscription.

⁸¹⁹ TI Saint-Jean-de-Maurienne, 6 août 2003 : *juris-data* n°2003-241976, *Comm.com.électr.*2004, comm.30, obs. Ph.Stoffel-Munck.

⁸²⁰ Dans le même sens, v.TI Pau, 26 février 2004 : *juris-data* n°2004-241975, *Comm.com.électr.*2004, comm.32, obs. Ph. Stoffel-Munck, à propos d'un acheteur qui avait pris directement contact avec le vendeur, rencontré sur Ebay, se privant ainsi du système conventionnel de garantie proposé par le site.

⁸²¹ Cass.com., 31 janvier 2006 : *Bull.civ.IV*, n°19.

- L'intermédiaire contractuel -

demande de dommages et intérêts de la cliente, avait retenu que « *le risque attaché aux opérations boursières est connu de toute personne normalement au fait de l'actualité* » et n'avait pas manqué de relever son défaut de prudence autant que son absence de bon sens pour engager la totalité de ses économies. Toutefois, la Cour de cassation, qui ne pouvait remettre en cause cet état de fait, a mis en avant le caractère profane de la cliente pour retenir la responsabilité du courtier. Cette décision, qui peut paraître sévère, eu égard à la grande imprudence de l'intermédiaire, mérite toutefois l'approbation et se justifie, très probablement par les circonstances : d'une part, il y a lieu de penser que le courtage en ligne doit être plus particulièrement surveillé, parce qu'il ne met pas physiquement en présence les parties. D'autre part, en matière boursière spécialement, l'intermédiaire dispose d'un niveau de connaissances très largement supérieur à celui de son client, ce qui n'est pas le cas dans d'autres courtages, tels que le courtage matrimonial ou même le courtage en marchandises. Il est en somme logique que le néophyte s'en remette entièrement au professionnel dans certains cas.

508. Pourtant, s'il convient de porter une attention toute particulière à la teneur de l'information livrée par les courtiers pour estimer s'ils ont ou non commis une faute, il apparaît également que les magistrats examinent le comportement des intermédiaires, ceci prouvant que la teneur de l'obligation d'information est fonction de la compétence de celui qui la reçoit⁸²². La Chambre commerciale vient de sanctionner un courtier en financement pour avoir failli à son obligation d'information, en ne mettant pas en garde ses clients profanes du caractère disproportionné du prêt qu'ils ont sollicité⁸²³. A l'inverse, il paraît normal que l'obligation du professionnel puisse trouver une limite dans l'état des connaissances de l'intermédiaire, solution désormais classique en ce qui concerne la responsabilité des courtiers financiers⁸²⁴. Cette appréciation, par les magistrats, du degré de connaissance du client pour déterminer l'étendue de l'obligation de l'intermédiaire est tout à

⁸²² En ce sens, voir Toulouse, 22 février 2001 : D.2003, 169, obs.B.Beigner. Dans cet arrêt, la cour d'appel a débouté un assuré dont la demande tendait à faire condamner une compagnie d'assurance du fait de ses agents généraux pour ne pas l'avoir incité à souscrire une assurance supplémentaire couvrant le vol de bijoux et tableaux de valeur importante. Elle a relevé que l'agent général d'assurances est bien tenu d'une obligation de conseil à l'égard de l'assuré lorsque celui-ci ne connaît pas les techniques de l'assurance, obligation qui doit s'apprécier en fonction de la situation de l'assuré (nous soulignons).

⁸²³ Condamnant la banque et le courtier en financement, Cass.com., 20 juin 2006, pourvoi n°04-14114, publié au bulletin. En sens contraire, parce que le mari (et caution) de l'emprunteuse était cadre supérieur dans l'établissement prêteur, la banque n'a pas été condamnée, ce qui laisse croire que s'il y avait eu un intermédiaire, il n'aurait pas non plus été inquiété, face à une cliente avertie, voir Cass.com., 3 mai 2006, publié au bulletin.

⁸²⁴ Cass.com. 14 décembre 2004 : D.2005, AJ 360, obs.V.Avena-Robardet ; *Droit des sociétés*, mai 2005, n°96, obs. Th.Bonneau. L'arrêt énonce que « *le banquier teneur de compte de titres n'est pas tenu, en l'absence d'opérations spéculatives, à une obligation de mise en garde envers son client* ».

fait satisfaisante, en ce domaine particulièrement, en ce qu'elle rejoint les décisions rendues dans le cadre de la délivrance d'un concours bancaire par un banquier⁸²⁵. Il serait en effet critiquable que le client soit traité différemment selon qu'il a contracté un emprunt avec un intermédiaire ou directement avec un banquier. Dans d'autres domaines, il faut également saluer la sagesse des magistrats qui ont su délivrer les intermédiaires de l'ignorance prétendue de leurs clients, lesquels, animés par une certaine tendance consumériste, envisageaient l'obligation d'information de façon beaucoup plus étendue qu'elle ne l'est réellement. Par la généralité de ses termes, l'attendu d'un arrêt de la première Chambre civile du 2 juillet 2002⁸²⁶, mérite d'être reproduit : « *l'obligation de conseil de l'assureur ne peut s'étendre à des circonstances qui excèdent le cadre de l'opération d'assurance qu'il propose* ». Alors que la cour d'appel avait admis que l'intermédiaire en assurance (en l'espèce un agent, mais la généralité du propos permet une analogie avec le cas des courtiers) avait manqué à son obligation de renseignement et de conseil, la Cour de cassation a cassé l'arrêt, relevant que « *la possession d'un certificat de navigabilité conforme aux exigences réglementaires s'imposait à Monsieur X en- dehors de toute assurance du navire, sans qu'il incombe à l'assureur de lui rappeler cette obligation* ». Il n'y a donc pas lieu de reprocher à l'intermédiaire de ne pas avoir recherché si son client disposait de ce certificat, faute duquel il risquait une exclusion de garantie en cas de sinistre. On peut, dans cette affaire, sinon relever la légèreté du plaisancier, du moins saluer la solution de l'arrêt. En effet, si le recours à un courtier permet d'obtenir une aide précieuse et d'ailleurs attendue, l'intermédiaire ne doit pas se sentir déchargé de ses propres obligations. De la même manière, c'est avec beaucoup de justesse que la Cour de cassation a exclu la responsabilité d'un courtier d'assurances, dès lors que la cliente, en raison notamment de ses antécédents de vols non déclarés, « *ne pouvait ignorer l'utilité de l'existence de la garantie vol et devait s'en inquiéter lors de la remise en vigueur du contrat* »⁸²⁷. Il faut en effet garder à l'esprit que le professionnel n'a pas à substituer aux obligations qui incombent à son client, idée qu'un auteur a habilement analysée en soulignant que « ces arrêts permettent de montrer que l'obligation d'information du professionnel est une obligation sollicitée, sans quoi, justement, elle ne serait pas celle d'un professionnel »⁸²⁸. A ce sujet, si le courtier est reconnu pour une compétence particulière, notamment juridique, il est normal que son manque de connaissance à ce sujet puisse lui être

⁸²⁵ La responsabilité du banquier dispensateur de crédit paraît désormais bien fixée. Voir Cass.com, 20 octobre 2009 : *JCP*, G, 2009, II, n°46, 422, obs.S.Piedelièvre et la jurisprudence citée ; *JCP*, E, 2009, 2053, obs.D.Legeais.

⁸²⁶ Cass.civ.1^{ère}, 2 juillet 2002 : *D.*2003, 169, obs.B.Beignier.

⁸²⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 17 mars 2005, inédit, pourvoi n°04-10654.

⁸²⁸ B. Beigner, notes précitées.

- L'intermédiaire contractuel -

ensuite reproché. C'est sur ce raisonnement que s'est appuyée la première Chambre civile, pour condamner un agent immobilier et un notaire qui n'ont pas tenu compte d'une évolution jurisprudentielle antérieure de deux mois à la conclusion de l'acte⁸²⁹. La solution peut paraître un peu sévère, mais l'évolution du droit semblait en l'espèce prévisible et aucun des deux protagonistes, pourtant reconnus pour leur spécialité, n'en avait connaissance. Si le courtier qu'est l'agent immobilier n'était assurément tenu que d'une obligation de moyens, on ne peut pas nier qu'il a manqué à son devoir d'information en n'alertant pas son client, fermier cessionnaire d'un bail, qu'il n'avait aucun droit pour prétendre à une indemnité de reprise.

509. En résumé, il apparaît que la faute du courtier ne peut se résumer à un défaut de satisfaction du donneur d'ordre. Le comportement des deux parties doit être mis en balance afin d'identifier s'il y a véritablement eu un déficit d'information. A la décharge de l'intermédiaire, on ne peut que constater qu'il n'a pas la maîtrise de tous les éléments ; son entremise ne permet pas d'assurer totalement l'efficacité du contrat projeté⁸³⁰. En effet, il doit également s'en remettre à son client. La responsabilité des courtiers n'est donc pas si facile à mettre en cause. Néanmoins, lorsque le courtier a des relations privilégiées avec son client, on peut s'attendre à ce qu'il lui prodigue des conseils supplémentaires. C'est tout du moins ce que les magistrats estiment, facilitant par la même la tâche de l'intermédiaire.

b. La sévérité du juge à l'égard du courtier habituel

510. Tandis que le courtier semble libéré de toute suspicion de faute, dès lors que son obligation d'information paraît remplie, il apparaît assez clairement que, lorsqu'il est le courtier habituel de son client, ce que des relations établies dans le temps laissent présumer, une faute pourrait lui être reprochée dès l'instant où l'intermédiaire subit un préjudice. En somme, on attend bien davantage de ce professionnel, au point qu'il en viendrait presque à devoir se substituer à son client. Ainsi, il a été admis que le courtier était responsable de l'exclusion de garantie opposée par l'assureur dès lors qu'il avait dactylographié le formulaire de proposition de contrat et l'avait soumis à la signature de son client sans attirer son attention sur les risques d'une dissimulation. Dans la mesure où le document ne mentionnait aucun sinistre au cours des vingt-quatre mois précédents, tandis que l'assuré avait été impliqué à

⁸²⁹ Cass.civ.1^{ère}, 7 mars 2006 : *Bull.civ.I*, n°136 ; *RTDciv.*2006, 581, obs. P-Y Gautier.

⁸³⁰ A propos d'un chasseur de tête, tenu d'une simple obligation de moyen pour ce qui concerne le recrutement incertain du candidat désiré, voir Paris, 23 février 1990 : *D.*1990, IR, 73.

- L'intermédiaire contractuel -

plusieurs reprises dans un accident, le courtier a été retenu responsable dans la proportion des quatre cinquièmes du dommage subi par le client du fait de la fausse déclaration⁸³¹. Bien qu'en l'espèce le client aurait dû lui-même vérifier l'exactitude de la déclaration qu'il remplissait, les magistrats ont donc considéré que le courtier habituel n'aurait pas dû omettre de signaler à la compagnie d'assurance les antécédents qu'il ne pouvait ignorer. La qualification de courtier habituel place en conséquence ce dernier en situation de risque car elle lui impose de prendre des initiatives qui devraient en principe relever de la responsabilité de son client.

511. Peu de temps auparavant, la même chambre avait décidé que le courtier habituel était responsable de l'absence de garantie d'un risque, quand bien même la résiliation des précédents contrats aurait été seulement conseillée par le courtier en vue de regrouper les diverses polices et réalisée par le client⁸³². Cela prouve une nouvelle fois que le degré de conseil du courtier habituel est très élevé et s'apparente à une réelle immixtion dans les affaires d'autrui.

512. Ces décisions marquent un hiatus profond entre la sévérité de l'appréciation de la faute des courtiers et l'élasticité, pour ne pas dire la distension, du lien de causalité. La faute de ces courtiers ne paraît pas en rapport avec le préjudice de leurs clients ; ces derniers sont principalement responsables des dommages dont ils se plaignent. Mais, les magistrats reprochent pour l'essentiel aux courtiers d'avoir entretenu leurs clients dans l'illusion d'une garantie plus vaste. Pour autant, un courtier, fut-il habituel, n'a pas en principe le pouvoir de contracter à la place de son client. En estimant que les courtiers habituels doivent se substituer aux intermédiaires, le juge évalue l'usage qu'ils auraient dû faire de prérogatives dont ils ne disposent pas. Voilà pourquoi on peut espérer qu'à l'avenir, la faute des courtiers habituels soit appréciée plus strictement, sans pour autant que le préjudice du client fasse présumer la faute. Un arrêt plus récent semble avoir enfin amorcé un recul de la responsabilité de ces courtiers habituels. En l'espèce, un dirigeant avait, le 2 avril 1993, adhéré par l'intermédiaire de son courtier, au régime de garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise, déclarant que son entreprise ne connaissait pas de difficultés économiques ou financières. Lorsqu'en décembre 1995, l'adhérent avait sollicité la mise en œuvre de la garantie, l'assureur, qui venait d'apprendre que le 26 avril 1993, la société avait déposé son bilan, la lui a logiquement

⁸³¹ Cass.civ.1^{ère}, 13 novembre 1985 : *Bull.civ.I*, n°301 ; *D.*1986, 125, note H.Groutel.

⁸³² Cass.civ.1^{ère}, 13 mai 1985 : *Bull.civ.I*, n°144 ; *D.*1986, 125, note H.Groutel.

- L'intermédiaire contractuel -

refusée. L'assuré s'est tourné vers le courtier afin de mettre en cause sa responsabilité pour manquement à son obligation contractuelle d'information et de conseil. Il lui reproche de ne pas s'être davantage renseigné sur la situation financière de l'entreprise au moment de la souscription du contrat. La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et a rejeté le pourvoi. Son attendu de principe permet d'en revenir aux fondements du lien qui unit les parties au contrat d'intermédiaire et de justifier que le courtier, même habituel, n'endosse pas les devoirs et obligations qui pèsent sur son client. Elle énonce en effet que l'intermédiaire *« est présumé agir de bonne foi et que l'obligation de répondre avec loyauté et sincérité aux questions posées par l'assureur à l'occasion de l'adhésion à une assurance relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle »*⁸³³. Quoique inédite, cette décision présente un grand intérêt : elle met l'accent sur le rapport de confiance qui lie les parties et souligne, à juste titre, au nom de la bonne foi, qu'on ne saurait reprocher à un intermédiaire courtier ne pas s'être suffisamment méfié de son client. Un tel retour à l'orthodoxie permet de respecter le particularisme du courtier, dont on ne doit pas attendre qu'il se substitue à son client, ne serait-ce que parce qu'il n'a pas les pouvoirs d'un mandataire.

513. L'obligation d'information du courtier habituel, plus étendue que celle du courtier ordinaire, facilite, en ce qui concerne l'intermédiaire, la démonstration de la faute. Néanmoins, à supposer la faute prouvée, il lui incombe en tout état de cause d'établir son préjudice.

B. Le préjudice de l'intermédiaire

514. De l'étendue du préjudice de l'intermédiaire dépend naturellement l'attribution de dommages et intérêts. Sur ce point, on remarque que les courtiers sont, notamment en matière d'assurances, condamnés à réparer leur faute par la condamnation au paiement d'une somme équivalente à celle que l'intermédiaire aurait pu espérer recevoir de l'assurance. L'évaluation du préjudice est assez simple. Cependant, quand l'intermédiaire n'attendait pas précisément une exécution monétaire, comme c'est le cas notamment dans un courtage matrimonial, les juges du fond devront alors procéder à une évaluation, qui sera nécessairement arbitraire. En outre, il est loisible aux magistrats de se contenter de la démonstration de la perte d'une chance pour condamner le courtier : le caractère certain, avéré du préjudice n'est donc pas une

⁸³³ Cass.civ.2^{ème}, 21 octobre 2004, inédit, pourvoi n°03-17711.

- L'intermédiaire contractuel -

condition de la responsabilité. Ainsi, dans un arrêt récent, la Cour de cassation s'est retranchée derrière la position de la Cour d'appel de Papeete. Celle-ci, face au comportement d'un courtier qui a faussement affirmé qu'un navire était garanti, a retenu que « *la faute qu'il avait commise a eu pour conséquence, à la suite du sinistre survenu au bateau, de ne pas permettre à cette société [propriétaire du bateau] de faire bénéficier des garanties qu'elle pouvait avoir auprès de la compagnie [d'assurance] et de lui faire perdre une chance d'indemnisation, ce dont il résultait que la faute du courtier avait fait perdre à l'armateur la possibilité d'obtenir d'un tiers assureur la garantie du risque qui s'est finalement révélé* ». La Cour de cassation retient alors que la cour d'appel « *a ainsi caractérisé le lien de causalité entre la faute retenue et la perte de chance [...]* »⁸³⁴.

515. La référence à la perte d'une chance est ici particulièrement utile et ceci pour une double raison : d'abord, l'armateur pensait être assuré, tandis qu'il n'y a pas de certitude sur la volonté qu'aurait émise l'assureur de vouloir réellement couvrir le risque pour lequel il n'avait donné que des tarifications. Ensuite, à supposer que le bateau ait été réellement assuré, il faut encore se demander si le sinistre survenu faisait bel et bien l'objet de la garantie ou si au contraire, les circonstances de l'accident ne révélaient pas une hypothèse d'exclusion. Bref, on perçoit les incertitudes qui résultent des faits : puisque aucun contrat ne s'est formé avec l'assureur, l'intermédiaire n'avait de recours que contre son courtier. Or, si la faute de ce dernier était incontestable, le préjudice était sujet à caution. Par la référence à la notion de perte d'une chance, admise au demeurant dans d'autres domaines, comme par exemple en matière de responsabilité civile médicale ou en matière de responsabilité du banquier, dispensateur de crédit⁸³⁵, la victime ne peut évidemment espérer qu'une réparation partielle⁸³⁶. C'est à propos des avocats, qui, quoiqu'ils ne soient pas des intermédiaires n'en sont pas moins des mandataires, que les illustrations sont les plus nombreuses. Notamment, on sait que la réparation du préjudice né de la perte d'une chance nécessite que les magistrats déterminent si véritablement il existait des perspectives de succès : succès de l'action en justice radiée à tort par la seule initiative de l'avocat⁸³⁷ ou succès de l'opération juridique que le courtage

⁸³⁴ Cass.civ.1^{ère}, 21 octobre 2003, inédit, pourvoi n°00-12881.

⁸³⁵ Voir Cass.com, 20 octobre 2009, précité, arrêt qui retient que « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de contracter* ».

⁸³⁶ Cass.civ.1^{ère}, 27 mars 1973 : JCP, G, 1974, II, 17643, note R.Savatier. Voir aussi, Cass.civ.1^{ère}, 16 juillet 1998 : Bull.civ. I, n°260 ; D. Affaires 1998, 1530, obs.S.P ; JCP, G, 1998, II, 10143, note R.Martin.

⁸³⁷ Cass.civ.1^{ère}, 2 avril 1997 (visa de l'article 1147 du Code civil): Bull.civ.I, n°118 ; Defrénois 1997, 1435, obs. A.Bénabent. A l'inverse, les juges peuvent estimer que la demande de dommages et intérêts formulée par des clients à l'encontre de leur avocat défaillant doit être rejetée en cas d'impossibilité de succès de l'action. Voir Cass.civ.1^{ère}, 18 octobre 1978 : Gaz. Pal. 1979, 1, 118, note A.Damien.

- L'intermédiaire contractuel -

devait permettre s'il avait été correctement exécuté. Il est évident que ce ne sera pas facile pour les juges du fond d'estimer, en vertu de leur pouvoir souverain, quel effet l'obligation d'information correctement remplie aurait eue sur le client, mais cette solution paraît plus juste. En réalité, l'examen des décisions qui condamnent l'intermédiaire montre que la présence d'un assureur de responsabilité n'est pas tout à fait étrangère au renforcement des droits de la victime. Notamment, en ce qui concerne les agences de voyages, on a vu les juges se montrer sévères quant à l'admission d'une cause exonératoire et imaginatifs quant à la nature du préjudice réparable : la cour d'appel de Paris a ainsi admis la réparation du préjudice « *de détention et d'angoisse* » subi par les clients d'un voyageur séjournant en Malaisie qui avait été kidnappés et transportés sur l'île de Jolo, aux Philippines, refusant de considérer la prise d'otages comme un événement imprévisible⁸³⁸.

516. Enfin, il faut relever que seule la faute en rapport avec le préjudice subi par l'intermédiaire est susceptible d'entraîner une condamnation de l'intermédiaire : il s'agit là d'une application ordinaire du lien nécessaire de causalité. Cependant, on peut parfois remarquer une certaine souplesse des juges par rapport à cette exigence. En particulier, la décision par laquelle les magistrats ont considéré qu'un courtier était responsable des conséquences dommageables – en l'occurrence un défaut de garantie- du fait du non-paiement des primes par l'assuré est sur ce point contestable⁸³⁹. Certes, il est reproché au courtier de ne pas avoir tenu son client au courant des conséquences d'un non-paiement. Pour autant, la cause déterminante du rejet de la garantie par l'assureur est l'absence de paiement des primes. La solution est donc assez critiquable : considérer le courtier comme responsable de la situation de non-garantie à laquelle s'expose le client revient à le condamner malgré la faute de la victime. Tout au plus aurait-il fallu admettre dans ce cas, d'espèce il est vrai, un partage de responsabilités. Or, la seule lecture de l'arrêt ne permet pas d'exclure que le courtier ait été condamné à la réparation de l'entier préjudice, soit au paiement d'une somme équivalente au montant de la garantie non versée. En tous les cas, les courtiers ne sont donc pas à l'abri d'une mise en cause de leur responsabilité quand bien même ils n'auraient que subsidiairement contribué au dommage invoqué par l'intermédiaire. Cette jurisprudence est donc source d'incertitudes. Plus récemment, la Cour de cassation a cependant rendu un arrêt dont la solution est davantage en conformité avec les principes du droit de la responsabilité. S'il s'agit d'investissements opérés directement par le client par l'intermédiaire de sa banque sur

⁸³⁸ Paris, 23 janvier 2009 : *Dalloz actualité* 18 février 2009, obs.X.Delpech.

⁸³⁹ Cass.civ.1^{ère}, 24 mai 1965, préc.

des marchés à risques (en l'espèce sur le Monep, un marché à terme risqué), la banque manque à son devoir d'information en informant tardivement son client des risques encourus mais la réalisation de ce risque près de six années plus tard, à un moment où le client était devenu très expérimenté, ne trouve pas sa cause dans le défaut d'information⁸⁴⁰. En l'absence de lien entre la faute et le préjudice, le client a été débouté. Cette solution est juridiquement conforme à l'exigence d'un lien de causalité que certains magistrats ont pu, au nom de la cause du client, distendre exagérément. Or, il semblerait que l'obligation de couverture ne soit édictée que dans l'intérêt de l'intermédiaire et celui du marché, non pas dans l'intérêt du client par le truchement de la violation de l'obligation d'information⁸⁴¹. L'analyse habile de deux spécialistes de la matière bancaire selon lesquels « le droit boursier ne peut devenir l'égal du droit de la consommation car nul ne peut ignorer qu'une négociation en bourse est moins anodine qu'un achat dans un supermarché et nul n'est tenu de spéculer, si chacun est obligé de se nourrir et doit pouvoir le faire en toute sécurité »⁸⁴². La même remarque aurait tendance à s'appliquer pour toute forme d'intermédiation.

517. Quoique le courtage soit la mission première et essentielle de l'intermédiaire, on se doute qu'il existe un régime de responsabilité différent, applicable cette fois à l'intermédiaire qui serait investi d'un mandat.

§ 2. L'exception : l'intermédiaire mandataire présumé responsable de l'inexécution totale

518. Pour tous ceux des intermédiaires qui sont des mandataires au sens strict, c'est-à-dire qui disposent du pouvoir d'engager leurs clients, le régime juridique de leur responsabilité n'est pas unitaire, à l'image de qui vient d'être vu pour les courtiers. Toutefois, ces deux catégories d'intermédiaires ayant des pouvoirs différents, les règles qui s'appliquent ne sont pas identiques. En effet, pour ce qui concerne le mandataire, la jurisprudence pose une

⁸⁴⁰ Cass.com., 14 décembre 2004 : *Droit des sociétés*, mai 2005, n°95, note Th.Bonneau ; *Banque et droit*, mars-avril 2005, p.27, note H.de Vauplane et J-J Daigre.

⁸⁴¹ En ce sens, Y.Reinhard et S.Thomasset-Pierre, « Droit des marchés financiers », *D.2005*, Panorama 2601, spéc.p.2609. Lire également B. Le Bars, « Vers un retour à la jurisprudence traditionnelle en matière d'obligation de couverture ? », *Les Petites affiches* 2004, n°84, 11, qui indique que l'obligation de couverture est un mécanisme lié au fonctionnement du marché qui a pour objet d'anticiper un risque calculé et encadré suivant des normes de place. En revanche, l'obligation d'information est une notion qui doit conserver son caractère adaptable, évolutif. Le devoir du professionnel ne doit pas être le même suivant qu'il a affaire à un novice ou à un investisseur expérimenté, suivant qu'il intervient pour le compte d'une société ou d'un particulier ».

⁸⁴² H.de Vauplane et J-J Daigre, obs.préc., sous Cass.com., 14 décembre 2004.

présomption de faute en cas d'inexécution totale (A), tandis que l'inexécution partielle de sa mission oblige l'intermédiaire à démontrer une faute (B).

A. La présomption de faute en cas d'inexécution totale

519. Une lecture rapide des articles 1991 et 1992 du Code civil conduit à penser que le mandataire n'est responsable que d'une faute démontrée par l'intermédiaire, ce qui renvoie globalement à l'idée d'une obligation de moyens. Pourtant, il faut en réalité distinguer selon que l'inexécution est totale ou partielle. Dans le premier cas en effet, à l'inverse des courtiers, les intermédiaires-mandataires sont présumés fautifs suivant une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation (1). Cette solution, qui rompt le régime de responsabilité du mandataire selon l'ampleur de l'inexécution, n'est donc pas à l'abri de la critique (2).

1. L'exposé d'une présomption prétorienne

520. Comme il paraît difficile à un intermédiaire d'être certain du résultat de son intervention, en particulier parce qu'il ne maîtrise pas tous les facteurs qui rentrent en ligne de compte et que le comportement de l'intermédiaire peut être aléatoire, on s'accorde généralement à penser que l'obligation de l'intermédiaire-mandataire n'est que de moyens. L'article 1992 du Code civil, qui fait référence aux fautes que le mandataire pourrait commettre dans sa gestion, ne dément d'ailleurs aucunement l'analyse. Pourtant, la Cour de cassation a profondément modifié ce raisonnement lorsqu'une inexécution totale de l'obligation est constatée : elle considère qu'il s'agit d'une présomption de faute. Il a en effet été jugé que « *tout mandataire, salarié ou non, répond, au regard de son mandant, de l'inexécution de l'obligation qu'il a contractée et du préjudice qui en est résulté pour le mandant, l'inexécution de l'obligation faisant présumer la faute du mandataire, hors cas fortuit* »⁸⁴³. Plus récemment, la première Chambre civile a énoncé que « *le mandataire est, sauf cas fortuit, présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat* »⁸⁴⁴. La solution paraît simple, encore qu'elle ne soit pas à l'abri d'une critique. La présomption de faute permet simplement d'éviter à l'intermédiaire qu'il n'ait à démontrer un comportement répréhensible de son intermédiaire : ce dernier avait promis de présenter un tiers contractant et de passer l'acte pour le compte du mandant, il

⁸⁴³ Cass.soc., 30 novembre 1945 : D.1946, 155.

⁸⁴⁴ Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989 : D. 1989, 302, note Ch.Larroumet ; RTDciv. 1989, 558, obs. crit. P.Jourdain et 572, obs. Ph.Rémy.

- L'intermédiaire contractuel -

échoue. Dans ce cas, nul besoin de démontrer la faute puisqu'elle est présumée. Il semble que la Cour ait voulu fondre la nature des obligations mises à la charge du mandataire dans le cas particulier d'une inexécution totale ; peu importe alors qu'il s'agisse initialement d'une obligation de moyens ou de résultat.

521. En conséquence, lorsqu'il apparaît que la mission de l'intermédiaire-mandataire n'aboutit pas au résultat escompté, sa faute est présumée, ce qui dispense l'intermédiaire d'en apporter la preuve et revient à considérer l'obligation inexécutée comme étant de résultat. Cet exposé de l'état du droit positif laisse place à une réflexion sur son bien-fondé.

2. L'examen critique de cette présomption jurisprudentielle

522. La Cour de cassation ayant pris le parti de considérer que l'échec total de la mission du mandataire devait faire peser sur lui une présomption de faute, à suivre cette logique, la présomption de faute devrait néanmoins permettre la démonstration par l'intermédiaire d'un comportement non fautif. Or, c'est là la pierre d'achoppement, puisque la Cour n'envisage une exonération que par la preuve d'un cas fortuit. En conséquence, plus qu'une simple présomption de faute, il s'agirait d'une obligation de résultat dont l'inexécution entraîne une présomption de responsabilité, puisque le mandataire ne peut échapper aux conséquences du dommage subi par la preuve de son absence de faute. En ce sens, il a notamment été jugé que l'intermédiaire professionnel, négociateur et rédacteur d'un acte, est tenu de s'assurer que se trouvent réunies toutes les conditions nécessaires à l'efficacité juridique de la convention⁸⁴⁵.

523. La question de savoir si l'inexécution totale de l'obligation principale de l'intermédiaire pouvait être assimilée à une présomption de faute a logiquement suscité des émois doctrinaux. Certains auteurs tentent d'en justifier les raisons⁸⁴⁶, tandis que d'autres se montrent farouchement hostiles⁸⁴⁷, notamment en avançant, à juste titre d'ailleurs, que la notion d'aléa

⁸⁴⁵ Cass.civ.1^{ère}, 17 janvier 1995 : *Bull.civ.* I, n°29 ; *Gaz.Pal.* 1997, 1, 193, note G.Decocq.

⁸⁴⁶ Ph.Le Tourneau, *Rép.civil*, v°Mandat, 1992, n°295 qui relève que « lorsqu'il y a inexécution totale (l'expression est soulignée), la défaillance est si considérable qu'elle fait présumer la faute du débiteur [...] : en ce cas, l'obligation serait de résultat » (l'expression est également soulignée). Plus largement, sur ce sujet, voir G.Viney et P.Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op.cit.*, n°527-2.

⁸⁴⁷ V.Ch.Larroquet, note sous Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989, préc. , p.303, qui fait état d'une « regrettable confusion ».

dans le contrat s'y oppose⁸⁴⁸. Indiscutablement, le contrat d'intermédiaire résonne d'incertitudes quant à son issue ; dire que son échec révèle l'inexécution d'une obligation de résultat est un artifice. Mais cette requalification a au moins une vertu ; elle dégage le mandant de la charge de la preuve d'une faute dans les cas les plus graves. Face à la professionnalisation du mandat, dont les intermédiaires sont les exemples parfaits, cette présomption rétablit l'équilibre des forces. Néanmoins, on peut regretter cet attachement des magistrats à la notion de faute⁸⁴⁹, car il aurait été envisageable, dans ce cas précis d'une inexécution totale, de traiter des mandataires à l'image des promoteurs. Ces derniers sont réputés mandataires par la loi⁸⁵⁰ et sont soumis à la responsabilité de plein droit qui pèse sur les constructeurs⁸⁵¹. En réalité, le régime du louage d'ouvrage n'a pas contaminé le droit du mandat au-delà des promoteurs, dont certains contestent d'ailleurs qu'ils soient mandataires⁸⁵². Mais, puisque dans le raisonnement de la Cour de cassation, la preuve de l'absence de faute est sans incidence sur la responsabilité qu'encourt le mandataire, on peut avancer une nouvelle fois l'idée qu'il aurait été plus juste de considérer qu'une présomption de responsabilité pèse sur lui en présence d'une inexécution.

524. Pour autant, cette notion d'inexécution continue de susciter des réflexions sur la difficulté qu'il peut y avoir à appliquer cette règle jurisprudentielle. On observe une certaine réticence quant à la mise en œuvre de cette « règle rigoureuse »⁸⁵³ de la Cour de cassation et que « la distinction entre mauvaise exécution et inexécution est délicate à mettre en œuvre ; qu'il est singulier que l'obligation du mandataire ait ainsi une double nature (alternative) »⁸⁵⁴. Une mauvaise exécution est en elle-même une inexécution alors qu'il est bien certain que la Cour de cassation n'a pas eu la moindre intention de généraliser la présomption qu'elle a créée. D'ailleurs, une telle solution n'aurait eu aucun sens : tenus en toute circonstance de réparer les conséquences d'une inexécution, les mandataires auraient été considérés comme garants du parfait résultat, ce qui s'approcherait de l'effet qu'engendre une clause de ducroire.

⁸⁴⁸ Notamment, Ph.Pétel, *op.cit.*, n°10, qui trouve un écho favorable auprès de P.Jourdain, note préc. sous Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989. Contre la présomption de faute et le recours à la distinction des obligations de moyens et de résultat, P.Puig, *Contrats spéciaux, op.cit.*, n°910.

⁸⁴⁹ L'appréciation de la faute semblait chère aux yeux des rédacteurs qui ont pris soin, dans l'article 1992 du Code civil, de nuancer son appréciation selon que le mandat est onéreux ou gratuit. Puisque la faute n'a plus grand rapport avec l'inexécution totale, si ce n'est par une coquetterie de style, la nuance ne s'applique qu'en cas d'inexécution partielle.

⁸⁵⁰ Voir l'article 1831-1 du Code civil.

⁸⁵¹ Voir l'article 1792 du Code civil et *infra* n°543.

⁸⁵² Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux, op.cit.*, n°18 et n°712.

⁸⁵³ Ph.Malaurie, L.Aynès et P-Y.Gautier, *op.cit.*, n°567, à propos notamment de Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989, préc. et Ph.Pétel, *op.cit.*, n°99 et s., 146 et s.

⁸⁵⁴ Ph. Le Tourneau, précité, n°297.

- L'intermédiaire contractuel -

Il s'agit donc bien de l'inexécution totale de l'obligation promise que la Cour a entendu viser : par exemple, le mandataire, chargé de vendre des titres, serait responsable de n'avoir pas passé l'ordre, celui chargé de vendre une voiture, serait responsable si on la lui volait⁸⁵⁵, celui chargé de transporter un bien serait responsable de ne pas s'être exécuté. Tout est fonction finalement de l'étendue de la promesse que l'intermédiaire a faite à l'intermédiaire. Si rien n'a précisément été promis, mais que le résultat de la mission est insatisfaisant, la présomption n'a pas lieu de jouer et l'intermédiaire devra prouver la faute.

525. Ainsi que la Cour de cassation l'a clairement affirmé dans l'arrêt du 18 janvier 1989, « *cette présomption ne saurait être étendue à l'hypothèse d'une mauvaise exécution* ». De la sorte, si le résultat est atteint mais de manière imparfaite, incomplète, la mise en cause de la responsabilité de l'intermédiaire nécessite la preuve d'une faute.

B. La nécessaire preuve d'une faute en cas d'inexécution partielle

526. Toutes les fois que la mission de l'intermédiaire aura atteint son objectif mais de façon imparfaite, c'est à dire en cas de mauvaise exécution, la présomption de faute n'est pas applicable, ce qui impose à l'intermédiaire qu'il démontre la faute de l'intermédiaire⁸⁵⁶. Cette règle est logique puisque la présomption de faute qui s'applique en cas d'inexécution totale cède le pas en cas d'inexécution partielle⁸⁵⁷. Ainsi, le gestionnaire de patrimoine qui exécute les ordres donnés par le client, ou qui de son propre chef réalise la gestion qui lui paraît idoine, remplit-il sa mission. Néanmoins, si l'exécution de celle-ci dessert les intérêts du client, il est possible à ce dernier de solliciter des dommages et intérêts à condition de démontrer la faute de l'intermédiaire⁸⁵⁸. De même, un intermédiaire peut avoir entièrement rempli sa mission tout en ayant porté atteinte à l'intermédiaire, par exemple s'il est démontré qu'en ayant accepté un autre mandat, il a porté concurrence à son mandataire initial⁸⁵⁹.

527. L'inexécution partielle résulte souvent d'un défaut de loyauté, d'information ou de mises en garde attendues d'un professionnel. Une lecture *a contrario* de l'article 1992, alinéa 2, du Code civil permet d'affirmer que la faute de l'intermédiaire est appréciée plus sévèrement que

⁸⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1954 : *D.* 1954, 611.

⁸⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1989, préc.

⁸⁵⁷ R. Rodière, *Rép. civil*, V^o Mandat, n^o 188.

⁸⁵⁸ B. Bouloc, « La responsabilité en matière de gestion de titres », *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, 1999, p. 437.

⁸⁵⁹ A propos d'un mandat d'intérêt commun, v. Cass. com., 16 mars 1993 : *Bull. civ.* IV, n^o 109.

- L'intermédiaire contractuel -

celle d'un mandataire à titre gratuit. Il est censé savoir un certain nombre de choses et utiliser ces connaissances au profit de l'intermédiaire. A défaut, il engage sa responsabilité pour faute. Tel est le cas d'un commissionnaire de transport qui a été condamné par une cour d'appel puis par la Cour de cassation pour ne pas avoir averti son client des aléas liés à l'importation de marchandises au Nigeria. En l'espèce, le transport avait bel et bien été effectué mais une escroquerie du cocontractant sur place avait entraîné le maintien des marchandises sous contrôle des douanes nigérianes, avant qu'elles ne soient ensuite perdues. Le commissionnaire a dû réparer le préjudice du commettant pour la faute qu'il a commise⁸⁶⁰.

528. A l'instar de ce qui a été précédemment relevé relativement à la responsabilité des courtiers, il importe d'indiquer que les intermédiaires en gestion de patrimoine, qu'on peut qualifier de mandataires, répondent d'une inexécution appréciée distinctement selon la qualité du réceptionnaire de l'information. Le client qui tente d'arguer d'un défaut d'information alors qu'il est expérimenté et connaît le caractère spéculatif des marchés à terme risque d'être débouté⁸⁶¹ ; le client, qui a laissé le soin à son banquier de gérer son patrimoine, n'est pas fondé à se plaindre du défaut d'acquisition de certaines valeurs qui auraient pu entraîner la plus-value du portefeuille⁸⁶². L'adoption du règlement COB n°96-03 qui a suivi la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996⁸⁶³ a imposé diligence et loyauté au mandataire, ce qui, selon les premiers commentaires des professionnels concernés, indiquait une obligation d'information qui va « au-delà des obligations contractuelles habituelles »⁸⁶⁴. Pourtant, plus de dix années plus tard et après la transposition de la « directive MIF »⁸⁶⁵, il apparaît qu'attendre de l'intermédiaire qu'il se renseigne sur son client avant de lui conseiller ou déconseiller une opération n'est plus si marquant. Lui reprocher en tout état de cause de faire courir un risque financier à un client inexpérimenté et mal informé est une faute de nature à engager sa responsabilité, à condition que cette faute ait entraîné un préjudice. La Cour d'appel a rejeté, il y a peu de temps, l'action en responsabilité qu'une cliente a tenté d'exercer contre son banquier qui, par une gestion de fait, avait réorienté le profil du

⁸⁶⁰ Cass.com., 18 juin 1980 : *Bull.civ.IV*, n°265.

⁸⁶¹ Cass.com., 2 décembre 1997 : *Bull.civ. IV*, n°314.

⁸⁶² Cass.com. 12 juillet 1971 : *D.1972*, 153, obs. Ch.Gavalda ; *RTDcom.* 1972, 144, obs.M.Cabrillac et J-L Rives-Lange.

⁸⁶³ Loi n°96-597.

⁸⁶⁴ J-M Bossin et G. de Lambilly, « Gestion individualisée sous mandat : le statut se précise », *Banque* 1998, n°593, p.56 et s., spéc. p.57.

⁸⁶⁵ Directive européenne sur les marchés d'instruments financiers 2004/39/CE du 21 avril 2004, transposée en droit français par plusieurs textes qui ont conduit à la rédaction de nouvelles dispositions, dont l'article L.533-13 I du Code monétaire et financier, voir *supra* n°32.

portefeuille. Or, la cliente n'avait pas consenti à cette modification de stratégie, de sécuritaire devenue offensive. S'il y avait bien une faute du banquier, incapable de prouver que la cliente avait été informée de ce changement et l'avait accepté, la demande a été rejetée parce qu'aucune des positions n'ayant été liquidée, il n'y a pas de préjudice⁸⁶⁶. C'est une illustration en droit des intermédiaires financiers, de l'application des règles générales de responsabilité.

529. Ce qui est plus original, c'est que parfois, la preuve d'une faute est encore requise dans un domaine où précisément, les parties se sont entendues, sinon pour supprimer l'aléa inhérent au résultat du contrat, du moins faire en sorte que l'une des obligations qu'il contient soit érigée en obligation de résultat. Telle est précisément l'hypothèse des quotas. Ainsi, même si l'intermédiaire s'est contractuellement engagé à apporter un certain nombre d'affaires à l'intermédiaire, il semble que la Cour de cassation subordonne la mise en cause du mandataire à la preuve d'une faute⁸⁶⁷. La solution est un peu curieuse car si la non-réalisation de ces quotas ne peut s'apparenter à une inexécution totale, ce qui empêche la présomption de faute énoncée par la Cour de cassation de jouer, on se demande aujourd'hui quel peut être l'intérêt d'une telle stipulation. On aurait pu s'attendre à ce que la non-réalisation de quotas acceptés par les deux parties fasse présumer conventionnellement une faute de celui qui en était le débiteur. En somme, il ne suffit pas d'énoncer des quotas, pour renverser la charge de la preuve ; il faut encore prendre le soin de présumer que celui qui échoue dans leur réalisation est fautif, à charge pour lui de démontrer son absence de faute.

530. En outre, il apparaît opportun de réfléchir sur l'incidence du dépassement de pouvoirs sur la responsabilité des mandataires. Par principe, l'acte accompli par l'intermédiaire qui outrepassé ses pouvoirs est inopposable à l'intermédiaire⁸⁶⁸. En conséquence, le mandant n'a pas à subir les errances de son mandataire et ne peut se prévaloir d'un préjudice quelconque.

⁸⁶⁶ Paris, 15^{ème} ch. B, 10 juin 2005 : D.2005, Panorama, 2601, par Y.Reinhard et S.Thomasset-Pierre, préc.

⁸⁶⁷ Cass.com., 13 novembre 1990 : Bull.civ.IV, n°269 ; également cité par S.Bertolaso, *Juris-class.*, Responsabilité, V. Mandataire, 1999, n°42, qui y fait référence en sens contraire et estime qu'ainsi, « l'agent commercial peut s'astreindre volontairement à respecter des quotas. Il est conventionnellement tenu d'une obligation de résultat faisant peser sur lui une présomption de responsabilité ». Dans le même sens, Ph.Le Tourneau, *Rép.civ.*, V°Mandat, préc., n°297. Pourtant, l'arrêt de cassation énonce que la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et qu'il convenait d'établir que « le défaut de respect des quotas trouvait sa cause dans une faute du mandataire ». Dans le même sens, voir Cass.com., 11 mai 1993, inédit titré, pourvoi n° 91-13099. Dans cet arrêt, il est admis que l'agent commercial ne commet pas de faute du seul fait qu'il ne remplit pas ses quotas.

⁸⁶⁸ L'article 1989 du Code civil dispose seulement que « le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre ». Néanmoins, il a bien fallu s'interroger sur la sanction qui frappe un acte pour lequel le mandataire a manifestement dépassé ses pouvoirs. Voir *supra*, n°147.

- L'intermédiaire contractuel -

Mais, selon une orientation différente, on peut aussi estimer du mandataire qu'il doit faire preuve d'une part d'initiative inhérente à sa qualité de professionnel. L'acte pourrait bien alors ne pas être nul, ni inopposable dans son ensemble. Si l'utilité que l'intermédiaire en attendait est atteinte pour l'essentiel, il faudrait probablement considérer qu'il doit s'exécuter, sous réserve que l'intermédiaire soit tenu pour responsable des frais supplémentaires engagés ou des conditions financièrement moins intéressantes. L'intermédiaire, qui excède ses pouvoirs, exécute sa mission, mais dans des conditions non satisfaisantes. Il y aurait donc place, dans cette mesure, à une forme d'inexécution partielle, source de responsabilité pour faute. La Cour de cassation a également estimé que le transporteur, chargé de livrer des marchandises contre paiement par chèque ou en espèces, engage sa responsabilité pour avoir reçu une lettre de change acceptée, qui n'a finalement pas été payée par le banquier domiciliataire⁸⁶⁹. Dans cette espèce, rendue sous le visa de l'article 1984 du Code civil, il apparaît que les termes du mandat étaient clairs et précis. La faute semblait pourtant exclue pour les magistrats de la cour d'appel de Paris. Ils avaient considéré que le non-paiement des marchandises n'avait pas pour cause la remise d'une lettre de change acceptée puisque la remise d'un chèque aurait essuyé un refus identique du tiré, en raison de la clôture du compte du destinataire des marchandises. Cependant, par la cassation, la Cour montre qu'il y a une place, à côté de la nullité ou de l'inopposabilité de l'acte, à une action en responsabilité contre l'intermédiaire pour dépassement de pouvoirs.

531. Il est par ailleurs logique de rappeler que souvent, les intermédiaires sont tenus de certaines obligations de ne pas faire, comme celle de ne pas faire concurrence à son client. En tant que telles, et bien que leur non-respect ne soit pas constitutif d'une inexécution totale de l'intermédiation, elles permettent au client d'obtenir plus facilement un dédommagement. En effet, leur inexécution fait présumer la responsabilité de l'intermédiaire. Il s'agit là d'un cas particulier d'obligation de résultat appliqué en cas d'inexécution partielle du contrat et qui tient à la nature même de l'obligation. De façon plus générale, toute obligation de ne pas faire incluse dans le contrat d'intermédiaire est une obligation de résultat.

532. Enfin, dans la mesure où la plupart des intermédiaires, qu'ils soient mandataires *stricto sensu* ou courtiers, exercent leur profession sous forme de groupement social, il faut encore s'interroger sur la responsabilité qu'ils encourent du fait des personnes qu'ils se sont

⁸⁶⁹ Cass.com., 19 mars 1985 : *Bull.civ.* IV, n°103.

substituées. Cette question relève notamment de l'étude de la responsabilité de l'intermédiaire du fait d'autrui.

§ 3. Les cas particuliers d'intermédiaires responsables du fait d'autrui

533. L'hypothèse d'une mission mal exécutée par un substitué constitue une atténuation aux principes de responsabilité qui viennent d'être énoncés. En effet, il ne s'agit pas véritablement d'une responsabilité du fait personnel de l'intermédiaire, ni d'une hypothèse de responsabilité présumée. Il s'agit de cas particuliers de responsabilité d'un intermédiaire pour autrui. Il y a d'abord un cas commun de responsabilité des intermédiaires, qu'ils soient mandataires ou courtiers, du fait des personnes qu'ils se sont substituées (A). Parallèlement, certains intermédiaires sont considérés comme responsables du fait de l'intermédié dans des circonstances déterminées (B), ce qui peut surprendre dans la mesure où le choix du cocontractant par l'intermédiaire ne lui permet pas d'exercer sur lui un contrôle.

A. La responsabilité des intermédiaires du fait de leurs substitués

534. Bien que l'intermédiaire ait été choisi *intuitu personae*, il apparaît possible, comme on a pu le voir, qu'il délègue le pouvoir qu'il a reçu de l'intermédiaire⁸⁷⁰. A cette fin, son devoir de loyauté lui impose de choisir avec beaucoup de soin la personne réceptrice de la tâche qui lui incombait. En effet, loin de pouvoir brader la confiance qu'on a placée en lui, l'intermédiaire a tout intérêt à choisir un substitué digne de sa mission quelle qu'elle soit, car, en tout état de cause, il répondra par priorité de ses actes, indépendamment des recours qu'il pourrait ensuite former contre lui.

535. Pour ce qui concerne les intermédiaires mandataires, l'article 1994 du Code civil énonce que « le mandataire est tenu de rendre compte de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable ». Il est vrai que les textes qui régissent le sort des différents courtages ne se sont guère préoccupés du cas de figure dans lequel le courtier, impuissant à mener à bien seul les différentes missions qui lui ont été confiées, a choisi de s'entourer de

⁸⁷⁰ Voir *supra* n°262 et s. et les références citées.

personnes de confiance pour y parvenir. Toutefois, considérant que le courtier est tenu d'un mandat d'entremise, il n'y a pas vraiment d'obstacle qui empêche de procéder par analogie. De la sorte, tout intermédiaire est responsable des agissements de son substitué, lorsque la substitution n'a pas été spécialement autorisée.

536. Par ailleurs, les magistrats considèrent que même en présence d'une substitution autorisée, le mandataire initial a une obligation de surveillance vis-à-vis du substitué⁸⁷¹. Le mandataire initial est par conséquent responsable dans de nombreux cas : soit lorsque la substitution n'a pas été autorisée, soit lorsqu'elle l'a été, mais que le choix s'est révélé mauvais, parce que le substitué était, comme l'énonce l'article 1994 du Code civil, « *notoirement incapable ou insolvable* ». Dans toutes ces hypothèses, l'intermédiaire initial peut être tenu pour responsable des fautes commises par le tiers qu'il s'est substitué, ce qui implique nécessairement que l'intermédiaire soit parvenu à établir la preuve d'une faute du tiers⁸⁷². Dans le cas particulier du contrat de commission de transport, la règle est la même, encore qu'elle soit prévue par un texte spécial. L'article L.132-6 du Code de commerce énonce en effet que le commissionnaire est « *garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises* ». L'impression qui domine, dans ces divers cas de responsabilité du mandataire, est qu'il s'agit bien entendu d'un cas de responsabilité pour autrui, mais encore que la faute du mandataire originaire n'est pas étrangère à la règle. Que la substitution soit autorisée ou non n'ôte rien à sa licéité ; le mandataire use d'une prérogative à mauvais escient et doit en supporter les conséquences.

537. Mais, une lecture *a contrario* de l'article 1994 du Code civil suggère deux limites à la responsabilité des mandataires du fait d'autrui. D'une part, le mandataire n'est pas responsable des fautes que le substitué, désigné par l'intermédiaire, peut avoir commises. Dans ce cas, puisque le mandant a lui-même accordé sa confiance directement à un tiers qu'il a désigné, il convient de raisonner comme s'il s'agissait de deux mandats successifs mais distincts ; il serait tout à fait inique de faire peser sur le premier mandataire le poids du choix du second. D'autre part, il semblerait que le mandataire, qui a usé d'une prérogative de substitution qui ne lui était pas interdite, en s'entourant d'un second qui n'était pas « *notoirement incapable ou insolvable* », soit également à l'abri d'un cas de responsabilité

⁸⁷¹ Cass.civ.1^{ère}, 29 mai 1980 : *Bull.civ.* I, n°163.

⁸⁷² Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1997 : *Bull.civ.*IV, n°313 ; *D.Affaires* 1998, 282, obs.X.D ; *JCP*, G, 1998, II, 10160, note M.Storck ; *Contrats Conc. Consom.* 1998, n°42, note L.Leveneur.

- L'intermédiaire contractuel -

pour autrui. En effet, la rédaction de l'article 1994 du Code civil est sur ce point très précise. Néanmoins, la jurisprudence rechigne à appliquer cet article à la lettre et considère de longue date que le mandataire est responsable des agissements de celui qu'il s'est substitué, même s'il est capable et solvable, dès lors qu'une surveillance de ce dernier aurait permis d'en éviter les fautes⁸⁷³. Cette analyse est en adéquation avec les exigences qu'on peut légitimement attendre d'un mandataire professionnel ; il est vain de penser que l'*intuitus personae* s'oppose à une substitution que le monde des affaires a rendue nécessaire. Mais, la transmission d'un pouvoir continue d'être un acte fort, auquel doit s'associer un devoir de loyauté prépondérant. C'est en ce seul but de servir les intérêts de son client que le mandataire doit encore continuer de veiller sur les actes de celui auquel il a choisi de déléguer son pouvoir. On partage donc sans réserve l'analyse selon laquelle « la persistance de l'obligation du mandataire originaire et le contrôle du choix du substitué (c'est-à-dire la responsabilité du substituant en cas de mauvais choix) permettent en effet de maintenir la confiance inhérente au contrat de mandat »⁸⁷⁴.

538. Ainsi, si la responsabilité du mandataire diffère, selon que la substitution a été non autorisée, puisque dans le premier cas, il ne répond que de ses fautes de surveillance, tandis que dans le second, il est responsable dans tous les cas de son substitué⁸⁷⁵, il est toujours question du bon usage de la confiance qu'on lui a accordée. Mais, l'existence d'une relation triangulaire par le recours à l'intermédiation présente par ailleurs des cas originaux de responsabilité. Assurément, il s'agit là d'une atténuation sensible aux règles habituelles de responsabilité des intermédiaires puisqu'il est question de responsabilité du fait d'autrui, hors du cadre de la substitution et sans condition de subordination.

B. L'intermédiaire responsable du fait de certains intermédiés

539. A l'examen, il existe quelques dispositions qui offrent l'illustration de cas de figure originaux dans lesquels l'intermédiaire est responsable du fait d'un intermédié. Il y a d'abord les agences de voyages, à propos desquelles les lois successives ont expressément prévu un cas de responsabilité du fait d'autrui (1). Ensuite, on doit examiner le cas particulier du

⁸⁷³ Cass.civ., 10 décembre 1912 : *D.P* 1914, 1, 97, note L.Lacour, à propos d'un agent de change qui n'a pas décelé que le tiers qu'il se substituait se portait contrepartie et Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1965 : *Bull.civ.* I, n°71, à propos d'un mandataire en construction qui avait fait appel à un intermédiaire pour acheter des marchandises prenant un taux manifestement abusif.

⁸⁷⁴ E.Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, *op.cit.*, n°257.

⁸⁷⁵ Marquant déjà l'opposition de nature entre ces deux responsabilités, v. Cass.civ., 10 décembre 1912, préc.

promoteur (2) et du commissionnaire en transport (3). Il importe encore de détailler les conséquences d'un engagement de confiance (4) avant de relever que la loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui impose un régime de responsabilité de plein droit aux cyber-vendeurs, a de nouveau une incidence notable sur les intermédiaires qui entrent dans son champ d'application (5).

1. La responsabilité des agences de voyages⁸⁷⁶

540. Au sujet de la responsabilité des agences de voyages du fait d'autrui, un certain nombre de décisions intéressantes, qui en ont dressé les traits, ont autrefois été rendues sous le visa de la loi du 11 juillet 1975⁸⁷⁷. En substance, lorsque des clients français avaient à se plaindre de prestations médiocres d'un hôtelier, voire d'un défaut de sécurité de sa part ou d'un transporteur, il leur était plus simple de s'adresser à l'intermédiaire de voyages. Les tribunaux, sensibles à l'influence de mouvements de consommateurs, avaient progressivement élargi la responsabilité des agences de voyages, jusqu'à les rendre garants des prestataires de services auxquels elles s'étaient adressées pour le compte de clients⁸⁷⁸. Ainsi, il a été jugé que l'agence de voyages répond de l'hôtelier qu'elle *s'est substituée* quant à la sécurité des voyageurs⁸⁷⁹. Or, une telle solution rend nécessairement le juriste mal à l'aise car il n'y manifestement pas de place en l'espèce pour une substitution, pas plus d'ailleurs qu'il n'y en aurait pour un lien de subordination. Le voyageur, mandataire de son client, ne donne pas lui-même mandat aux hôteliers ou aux transporteurs, ni n'exerce sur eux une quelconque autorité. Au contraire, certains ont-ils soutenu avec justesse que ce sont aujourd'hui davantage les hôteliers et transporteurs qui donnent mandat aux agences de leur trouver des clients⁸⁸⁰. En conséquence, la notion de substitution n'a donc pas de justification juridique, ni économique. Elle n'était qu'un artifice pour rendre l'intermédiaire responsable contractuellement d'une faute qu'un tiers avait commise. L'hôtelier ou le transporteur sont en principe liés à leurs clients par un contrat de fourniture de services, tandis que l'agent de voyages agit en tant que

⁸⁷⁶ Lire la thèse de D.Tandonnet-Gency, *Les contrats conclus par les agences de voyages : histoire d'une évolution*, Paris XII, 2001.

⁸⁷⁷ Loi n°75-627 : D.1975, légis.274.

⁸⁷⁸ G.Viney, « La responsabilité du fait d'autrui », *JCP*, G, 1992, I, §19, 504. H.Groutel, « L'agent de voyages garant du fait des prestataires de services auxquels il a eu recours », *RCA* 1989, chr. n°21. P.Jourdain, « La responsabilité contractuelle des agences de voyages du fait des prestataires de services auxquels elles ont recours », *RTDciv.* 1989, 753.

⁸⁷⁹ Notamment Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1989 : *Bull.civ.I*, n°183 et Cass.civ.1^{ère}, 3 mai 2000 : *RJDA* 2001, n°127, p.125.

⁸⁸⁰ Cass.civ.1^{ère}, 15 et 29 janvier 1991, T.civ. Nouméa, 12 août 1991 : D.1992, 435, note P.Diener.

- L'intermédiaire contractuel -

mandataire lorsqu'il n'est pas revendeur ou organisateur. D'une part, l'article 1165 du Code civil aurait dû faire obstacle à ce que le client puisse actionner l'intermédiaire à la place de son débiteur contractuel. D'autre part, on ne saurait considérer qu'il s'agit d'une substitution au sens de l'article 1994 du Code civil : le voyageur ne peut déléguer que dans la limite de ses propres pouvoirs. On ne voit pas très bien, par exemple, comment il aurait pu procéder à une délégation d'obligation de sécurité. Mais, il est toutefois évident qu'un recours contre un hôtelier ou un transporteur, notamment à l'étranger, paraît irréalisable pour un client. De la sorte, la première Chambre civile avait suivi le raisonnement d'une cour d'appel, qui avait condamné une agence de voyages à réparer l'entier préjudice lié à un incendie survenu dans l'hôtel qu'elle avait réservé pour ses clients. La Cour de cassation a en effet considéré qu'il convenait de sanctionner non pas la perte d'une chance mais la réalisation d'un risque que cette agence a fait courir à ses clients qui, n'ayant pas été avertis du défaut d'assurance de l'hôtelier, n'ont pas été mis en mesure de souscrire eux-mêmes une assurance⁸⁸¹. La fin justifiant les moyens, on comprend la logique des magistrats français. Une justification juridique était néanmoins souhaitable.

541. En parallèle à ces décisions de droit national, une directive européenne du 13 juin 1990⁸⁸² avait établi une responsabilité contractuelle des agences de voyages du fait d'autrui. L'agence, dans ce texte européen, avait la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité par la preuve notamment d'une absence de faute. Néanmoins, le législateur français, lorsqu'il a transposé cette directive, a usé de la faculté qui lui était offerte à l'article 8. Il en a renforcé le régime afin de protéger les consommateurs. La loi du 13 juillet 1992⁸⁸³ a ainsi posé un véritable cas de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui rend l'agence de voyages responsables des fautes commises par les prestataires auxquels elle a eu recours sauf pour ce qui concerne l'activité de vente de titres de transport aérien ou de titres de transport non aérien sur des lignes régulières n'entrant pas dans le cadre d'un forfait touristique⁸⁸⁴. Si certains ont pu estimer, par l'analyse des premières décisions rendues, que l'agence commettait une faute

⁸⁸¹ Cass.civ.1^{ère}, 3 novembre 1983 : *JCP*, G, 1984, II, 20147, concl.P.Gulphe.

⁸⁸² Directive n°90/314 du 13 juin 1990.

⁸⁸³ Loi n°92-645 relative à la vente des séjours et circuits organisés : *JCP*, G, III, 65607 et *ALD* 1993, commentaires législatifs p.33 et s. par P.Py. Décret d'application n°94-490 du 15 juin 1994 : *ALD* 1994, commentaires législatifs p.219 et s. par P.Py.

⁸⁸⁴ Voir l'article L.211-18 du Code du Tourisme, résultant de l'ordonnance n° 2004-1391 du 20 décembre 2004, qui a édicté la partie législative du Code du tourisme, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005. A cette exclusion s'ajoutent le cas d'activités physiques pratiquées lors d'un séjour, puisqu'il y a une réelle participation du client et une impossibilité de maîtrise de la part du prestataire (en ce sens, Paris, 25^{ème} ch. B, 16 février 2001 : *D.* 2001, 234) et la circonstance d'un voyage exclusivement professionnel, non pas touristique, du déplacement en cause (en ce sens, Versailles, 12^{ème} ch. B, n° 201-49, 19 décembre 2002, société France E. c/ société L).

personnelle si elle collaborait avec des tiers « *présentant des garanties sérieuses insuffisantes* »⁸⁸⁵, il semble pourtant que la notion de faute de l'agence soit indifférente. Matériellement, aucune agence de voyages ne peut sérieusement détacher des représentants pour vérifier le bon état d'entretien d'hôtels ou de moyens de transport locaux. Au contraire, l'article 23 de la loi de 1992 (ancien article L.211-17 du Code du Tourisme)⁸⁸⁶ dispose que l'agence de voyages est « *responsable de plein droit* » à l'égard de son client de la bonne exécution du contrat. Reste, au-delà des querelles d'analyse, qu'on aboutit dans tous les cas à une solution quasi-identique : si faute de négligence ou de surveillance il y a, elle est de toute façon irréfragablement présumée. Le client de l'agence a ainsi une tâche facilitée : il n'a pas à rapporter la preuve d'une faute de l'agence dès lors que son activité entre bien dans le cadre de l'article 23 de la loi de 1992⁸⁸⁷. C'est au visa de cet article 23 de la loi de 1992 que la Cour de cassation a pu affirmer que l'agence de voyages est responsable de plein droit de l'exécution des obligations résultant du contrat⁸⁸⁸. Elle a donc cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé de reconnaître l'agence comme responsable du dommage lié à la chute d'une cliente, estimant qu'« *il n'apparaissait pas possible d'imputer la chute à une anomalie de l'escalier plutôt qu'à la maladresse de la victime* ». Mais, un auteur a pu attirer l'attention en estimant que « ce caractère objectif ne préjuge en rien de la nature même de l'obligation professionnelle assumée : si le contrat ne génère qu'une simple obligation de moyens, le consommateur doit prouver la faute de celui qui était chargé de l'exécuter ; il est seulement dispensé d'établir la faute personnelle de son propre contractant, la faute des “ autres prestataires de services ” suffisant à engager la responsabilité de ce contractant »⁸⁸⁹. Dans le même sens, on a pu lire, à propos des agences de voyages que la responsabilité de l'agence de voyage « ne suppose pas que le débiteur n'exécute pas son propre engagement au regard de son cocontractant mais implique seulement que la tierce personne engage elle-même sa responsabilité »⁸⁹⁰. Néanmoins, cet arrêt de la Cour de cassation⁸⁹¹ permet de penser que la victime peut être indemnisée sans avoir à démontrer une faute, pourvue qu'elle ait subi un

⁸⁸⁵ B.Lachassagne, note sous Cass.civ.1^{ère}, 16 février 1999 : *JCP*, G, II, 10323, spéc. p.1021.

⁸⁸⁶ Sur lequel, A. Bateur, « La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyage », *D.* 1996, 82.

⁸⁸⁷ Car l'article 24 de la même loi exclut de cette responsabilité de plein droit les opérations de réservation ou de vente qui n'entrent pas dans un forfait touristique lorsqu'elles sont relatives à des titres de transport. Sur la question de la détermination du domaine d'application de la loi du 13 juillet 1992, voir D.Tandonnet-Gency, « Les tendances récentes de la jurisprudence relative à la responsabilité des agences de voyages et la loi du 13 juillet 1992 », *Gaz.pal.* 2003, n°67, p.25.

⁸⁸⁸ Cass.civ.1^{ère}, 2 novembre 2005 : *JCP*, G, 2006, 10018, note M.Poumarède.

⁸⁸⁹ En ce sens D.Fenouillet, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », *RDC* 2004, n°4, 955, précité.

⁸⁹⁰ A.Chemel, *Juris-class.*, v°agence de voyages, préc., n°43.

⁸⁹¹ Cass.civ.1^{ère}, 2 novembre 2005, précité.

préjudice : en l'espèce, on ignorait si la chute était due à l'escalier mal entretenu ou à la maladresse de la victime. De la sorte, une faute n'a pas pu être imputée à l'hôtelier mais l'indemnisation a eu lieu parce que l'agence de voyages ne pouvait faire la preuve d'une cause d'exclusion de responsabilité (faute de la victime, fait d'un tiers imprévisible et insurmontable, force majeure). Quelques mois plus tôt, la première Chambre civile ayant refusé le recours de l'agence de voyages contre l'organisateur, en l'absence de faute démontrée de sa part⁸⁹², on pouvait encore se demander si la responsabilité de l'agence de voyages du fait de l'intermédiaire n'était pas seulement conditionnée par la démonstration, par l'intermédiaire, d'une faute de l'intermédiaire⁸⁹³. Il semble en réalité que l'existence d'une telle faute n'a une incidence que sur le recours du *solvens*, l'agence de voyages. En somme, il faut retenir que ce régime de responsabilité de plein droit instaure une responsabilité automatique et autonome de l'agent de voyages, dès lors qu'un dommage survient dans le cadre de l'exécution des prestations incluses dans le voyage commercialisé, sans que l'intermédiaire n'ait à démontrer la faute de l'agence. On considère que le client n'aurait même pas à démontrer la faute du prestataire local, le régime de responsabilité de plein droit impliquant une obligation de résultat emportant à la fois présomption de faute et présomption de causalité. L'objectif est d'éviter le risque d'insolvabilité du prestataire de service souvent étranger et la difficulté certaine d'exercer une action hors du territoire français.

542. La loi du 22 juillet 2009⁸⁹⁴ ne risque pas de remettre en cause ces principes. Le nouvel article 211-16 du Code du Tourisme continue en effet d'affirmer une responsabilité de plein droit de l'agence dans le cadre de la vente de forfaits touristiques. De ce régime demeure exclue, quoiqu'il y ait eu débat⁸⁹⁵, la vente de vols « secs » ou de titres de transport sur une ligne régulière, cas dans lesquels, en vertu des nouveaux articles L.211-16 et L.211-17 du Code du tourisme, la responsabilité des agences, envisagées comme mandataires, exige la preuve d'une faute. Cette évolution de la responsabilité des agences de voyages, sans distinction selon le mode de commercialisation, n'est pas sans rappeler certains mécanismes

⁸⁹² Cass.civ.1^{ère}, 15 mars 2005 : *Bull.civ.* I, n°138.

⁸⁹³ En ce sens, jugeant que l'agence « organisateur du voyage est tenue en cette qualité de veiller avec diligence à la bonne exécution de celui-ci et voit sa responsabilité engagée de plein droit du seul fait des dommages subis par ses clients » (TGI Paris, 26 juin 2003, comm. M-F Steinlé-Feuerbach, *Journal des accidents et des catastrophes*, www.jac.cerdacc.uha.fr, n° 46).

⁸⁹⁴ Loi n°2009-888, encore suspendue à la publication de son décret d'application, précédemment citée.

⁸⁹⁵ La nature de cette responsabilité a fait toutefois débat, en ce que la vente de vols « secs » ou de billet de transport sur une ligne régulière aurait pu relever, au titre des règles gouvernant la conclusion du contrat à distance, de la garantie posée à l'article L.121-20-3 du Code de la consommation.

- L'intermédiaire contractuel -

de responsabilité médicale⁸⁹⁶. C'est un peu dans le même esprit que successivement, les lois de 1992 et de 2009 se sont chargées de fournir au client un garant solvable sur le territoire national. Il faut dire que la pérennité du mécanisme d'assurance obligatoire garantissant les conséquences pécuniaires d'une responsabilité professionnelle⁸⁹⁷ n'y est pas du tout étrangère. Bien que la loi du 22 juillet 2009 permette désormais au voyageur d'opposer au client les limitations de responsabilité prévues par les conventions internationales, ce qui apparaît comme la nouveauté majeure de la loi quant aux intermédiaires⁸⁹⁸, le client continue d'avoir tout intérêt à passer par les services de l'agence plutôt que de contracter en direct avec les hôteliers ou les transporteurs. En cas de sinistre, le prix de la commission est largement compensé par les facilités qu'offre la loi de 2009. Il existe un paradoxe similaire dans le régime de responsabilité des promoteurs ; la loi, qui tend à instaurer un cas de responsabilité objective, renforce tout en même temps l'intérêt qu'il y a à contracter par leur intermédiaire.

2. La garantie des promoteurs

543. L'article 1831-1 du Code civil qualifie le contrat de promotion immobilière de « *mandat d'intérêt commun* » et soumet dans le même temps le promoteur aux dispositions de l'article 1792 du même code. La confusion des genres laisse d'avance présager un régime juridique tout à fait original⁸⁹⁹. Il est même certain qu'au-delà de ces promoteurs qu'évoque le Code civil, existent d'autres formes de promotion immobilière, exclusivement liées à la construction⁹⁰⁰. On classe dans cette seconde catégorie de promoteurs, *lato sensu*, les constructeurs de maisons individuelles, visés par l'article L.231-1 du Code de la construction, lesquels sont des constructeurs, tenus par conséquent des garanties afférentes à la construction (dont la garantie de parfait achèvement). Mais seul le sort des promoteurs prestataires de service retient ici notre attention en ce que mandataires de leurs clients, ils ont la qualité

⁸⁹⁶ On songe en particulier à la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 sur la création de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. Dans des circonstances voisines, dans lesquelles le recours de la victime paraissait confronté à la difficulté de faire la preuve d'une faute du médecin, les magistrats avaient, notamment en matière d'infections nosocomiales, modifié l'administration de la preuve. A l'issue de ce processus jurisprudentiel, la création d'un fonds d'indemnisation a permis de fournir un débiteur au patient, victime ou à ses ayants-droits.

⁸⁹⁷ Voir *supra* n°120.

⁸⁹⁸ Voir *infra* n°584.

⁸⁹⁹ Sur ce contrat, Ph.Malinvaud, Ph.Jestaz, P.Jourdain et O.Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 8^{ème} édition 2009.

⁹⁰⁰ En ce sens, F.Magnin, « Le promoteur immobilier : une définition extensive », *Les Petites Affiches* 1994, n°10.

- L'intermédiaire contractuel -

d'intermédiaire. A ce sujet, l'article 1831-1 du Code civil, issu d'une loi du 4 janvier 1978⁹⁰¹ dispose que « *tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ». L'alinéa second du texte poursuit : « *une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère* ». Au demeurant, cette dernière formule n'était probablement pas nécessaire puisque le premier alinéa pose une responsabilité de plein droit, ce qui, dans la pureté des principes, ne permet pas au promoteur de s'exonérer par la preuve d'une absence de faute.

544. La garantie du promoteur ne joue que lors de la construction d'un ouvrage⁹⁰². Tous les dégâts occasionnés lors de travaux ne seront donc pas matière à enclencher la responsabilité professionnelle des promoteurs. En revanche, si les conditions d'application de la loi sont remplies, il est indéniable que l'intermédiaire peut agir directement contre l'intermédiaire promoteur, sans avoir à démontrer quel corps de métier a commis une faute dans la réalisation de l'ouvrage. Par son statut de mandataire⁹⁰³ fixé par le contrat de promotion immobilière, le promoteur doit garantir le fait d'autrui. En effet, même s'il ne construit rien, le promoteur demeure tenu des garanties des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du Code civil (soit les garanties biennale et décennale) et de la bonne exécution des travaux. Soucieux une nouvelle fois d'accorder une indemnisation, les magistrats n'ont pas hésité à franchir l'obstacle lié à l'absence de contrat pour qualifier de « promoteur de fait » la société à laquelle le syndicat des copropriétaires avait confié une mission administrative pour le dépôt des demandes de restauration ainsi qu'une mission technique et financière comportant assistance pour la passation des marchés, surveillance et réception des travaux⁹⁰⁴.

545. Il s'agit une nouvelle fois, et par exception, d'un mécanisme autonome de garantie due par l'intermédiaire pour autrui. Quoiqu'un recours soit ensuite envisageable contre l'auteur du

⁹⁰¹ Loi n°78-12 du 4 janvier 1978. Pour une étude d'ensemble de cette loi, voir notamment Ph.Malinvaud et Ph. Jestaz, *JCP*, G, 1978, I, 2900.

⁹⁰² En conséquence, dès lors que des canalisations extérieures aux édifices ne constituent pas des ouvrages de bâtiment, la responsabilité de l'intermédiaire promoteur ne peut être recherchée que sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun pour faute prouvée. V. Cass.civ.3^{ème}, 11 juillet 1990 : *Bull.civ.III*, n°171, à propos de la responsabilité d'un entrepreneur et d'une architecte.

⁹⁰³ Sur l'application de l'article 1792-1 3° du Code civil, posant un principe de garantie biennale dû par le mandataire : Cass.civ.3^{ème}, 24 avril 2003 : *Rev.Droit imm.* 2003, 356, note Ph.Malinvaud.

⁹⁰⁴ Cass..civ. 3^{ème}, 8 avril 2009, n° 07-20706 : *Bull.civ.III*, n°81.

dommage, cette circonstance doit demeurer étrangère à l'intermédiaire. D'ailleurs, aucune stipulation contractuelle ne saurait y porter atteinte, car le régime des garanties liées à la promotion immobilière⁹⁰⁵ et à la construction est d'ordre public. En somme, le client est sûr d'être indemnisé puisque ces règles tendent à lui fournir un débiteur obligatoirement assuré. Si la garantie due par les commissionnaires en transport est un mécanisme supplétif de volonté, elle n'en demeure par moins inspirée du même souci : permettre à l'intermédiaire de trouver dans le seul intermédiaire un débiteur solvable.

3. La garantie des commissionnaires de transport

546. A propos du commissionnaire de transport⁹⁰⁶, l'article L.132-4 du Code de commerce, prévoit expressément qu'il « *est garant de l'arrivée des marchandises et effets dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la force majeure légalement constatés* ». L'article L.132-5 poursuit « *qu'il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets, s'il n'a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure* ».

547. Certes, une première remarque vient à l'esprit : il n'est pas véritablement question de responsabilité, mais de « garantie ». Pourtant, la référence, à deux reprises, à la force majeure pour ce soustraire à cette obligation de « garantie » légale suffit à prouver qu'il y a une similitude très forte, si ce n'est une totale assimilation, avec une présomption de responsabilité⁹⁰⁷. En conséquence, ils sont responsables de plein droit tant d'une inexécution - si la marchandise ne parvient pas à destination- que d'une mauvaise exécution -si la marchandise est livrée avec retard ou en mauvais état. Or, nécessairement, la faute n'est pas due à leur fait mais bel et bien du fait du tiers transporteur avec lequel ils ont contracté. Même s'ils ne sont pas nécessairement débiteurs finaux de l'indemnisation mise à leur charge, il y a là un régime qui ne leur est guère favorable par rapport à ce qui est généralement constaté en cas d'inexécution partielle d'un mandataire. Néanmoins, il a une nouvelle fois le mérite de renforcer l'attrait du recours à un intermédiaire, ici en matière de transport, d'autant que la Cour de cassation a récemment indiqué que le plafond de responsabilité fixé dans le contrat

⁹⁰⁵ L'article L.222-3 du Code de la construction vise la nullité du contrat de promotion immobilière qui ne ferait pas mention de la garantie de bonne exécution.

⁹⁰⁶ A propos duquel, Ph.Delebecque, « Actualité de la commission de transport », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B.Bouloc*, Dalloz 2007, p.301 et s.

⁹⁰⁷ Néanmoins, v. Cass.com., 22 juillet 1986 : *Bull.civ.IV*, n°187 et Cass.com., 16 novembre 1993 : *D.1993*, IR, 256. Ces deux décisions imposent aux juges du fond de caractériser une faute personnelle du commissionnaire, ce qui s'accorde mal d'un régime de responsabilité de plein droit.

- L'intermédiaire contractuel -

type de transport, résultant du décret du 6 avril 1999 (pour un montant de 4321,93 euros) était inapplicable à la demande d'indemnisation présentée par le commettant⁹⁰⁸. Ce dernier demandait réparation de son préjudice subi du fait du vol des marchandises, stockées dans un endroit inadéquat par le transporteur suite au refus du destinataire d'en prendre livraison en raison d'une erreur commise par le commissionnaire dans la préparation de commande. Il est logique qu'en l'espèce, le plafond, stipulé dans le contrat passé entre le transporteur et le commissionnaire en son nom, soit inapplicable au commettant qui ne l'a ni connu, ni accepté. Cette limitation n'a vocation qu'à s'appliquer à l'action récursoire du commissionnaire contre le transporteur.

548. En conséquence, le commissionnaire de transport est tenu d'une obligation de résultat et ne peut, à moins d'une stipulation particulière, s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui que par la preuve d'une cause étrangère⁹⁰⁹. Dans ce cas particulier de garantie du fait d'autrui, il est tentant d'expliquer cette absence de faveur du législateur par le fait que le commissionnaire agit en son nom en ayant toute latitude pour organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix. Pour cette raison, qui le différencie des autres mandataires, il est plus sévèrement tenu de surveiller le transporteur, dont il doit alors garantir tant une mauvaise exécution qu'une inexécution totale de l'obligation. A l'inverse, le renforcement de la responsabilité de l'intermédiaire qui s'est porté du croire trouve sa source dans une manifestation expresse de volonté, dans l'acceptation d'un engagement supplémentaire, non comme la conséquence directe d'une présomption légale.

4. La responsabilité de l'intermédiaire du croire

549. Qu'il soit courtier ou commissionnaire, l'intermédiaire peut avoir accepté de se porter du croire. Dans ce cas, et sans qu'il soit besoin de revenir sur cette hypothèse qui a déjà été décrite⁹¹⁰, l'intermédiaire endosse alors une forme de responsabilité pour autrui. Il faut certainement faire preuve de prudence quant à la qualification du mécanisme de du croire, tant les avis sont partagés⁹¹¹. Néanmoins, l'effet principal qui y est attaché consiste à solliciter de

⁹⁰⁸ Cass.com., 12 avril 2005 : *Bull.civ.* IV, n°90. L'arrêt permet en outre de refuser que le commissionnaire ne soit tenu qu'au paiement de sa « part » de responsabilité. Il est obligé de dédommager entièrement le commettant avant de pouvoir ensuite exercer une action récursoire.

⁹⁰⁹ Cass.com.11 décembre 2007, précité : *D.*2008, 82, obs.X.Delpech.

⁹¹⁰ Voir *supra* n°s 290 et s

⁹¹¹ Voir *supra* n°s 294 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

l'intermédiaire qu'il s'exécute à la place de l'intermédié, sans que l'intermédiaire ait besoin de démontrer une faute quelconque et sans que l'intermédiaire ne puisse se réfugier derrière son absence de faute. En conséquence, on est, une nouvelle fois, très proche d'une présomption de responsabilité, qui place l'intermédiaire dans une situation inconfortable. On sait que cet engagement supplémentaire de l'intermédiaire résulte d'une manifestation de volonté non équivoque et que ce supplément de service engendre généralement un surcoût pour l'intermédiaire. Mais, à l'évidence, le supplément de prix se trouve largement compensé par l'avantage que le mécanisme procure à celui qui le sollicite : l'intermédiaire se voit offrir deux débiteurs. Or, il n'est en principe pas naturel que l'intermédiaire soit tenu de réparer l'inexécution provoquée par le tiers qu'il a présenté. Il n'y a pas d'obligations solidaires sans consentement et la jurisprudence n'a pas dégagé de principe général de responsabilité *in solidum*⁹¹². De la sorte, il est tout à fait important de souligner que le mécanisme de ducroire procure à l'intermédiaire une garantie qui s'apparente à un cas de responsabilité pour autrui, au stade de l'obligation à la dette. Il est certain que du point de vue de la contribution à la dette, l'intermédiaire n'en est pas le débiteur final. S'il endosse le poids de la dette, ce n'est qu'à l'égard de l'intermédiaire, car, vis-à-vis de l'intermédié, il a tout intérêt à exercer un recours. L'intermédié serait enrichi sans cause s'il n'avait pas à assumer la charge finale d'une inexécution due à son fait. En somme, comme l'agent de voyage, le commissionnaire de transport ou le promoteur, l'intermédiaire du croire n'est responsable pour autrui que dans ses rapports avec son client et par exception au principe de responsabilité personnelle, soit parce qu'il l'a accepté, soit parce que la loi, pour des raisons pratiques le plus souvent, le lui impose. A ces cas bien identifiés s'ajoute le développement de l'économie numérique, qui, s'il ne concerne pas seulement les intermédiaires, contribue cependant à durcir leur régime de responsabilité, ce qui justifie que l'on en donne les grandes lignes.

5. La responsabilité de l'intermédiaire cybervendeur

550. La loi pour la confiance dans l'économie numérique⁹¹³, que l'on a précédemment étudiée en ce qu'elle oblige notamment certains intermédiaires à un protocole informatif détaillé qui renforce un peu plus le formalisme⁹¹⁴, s'est intéressée à la responsabilité des fournisseurs et

⁹¹² La jurisprudence dégage cependant quelques cas d'exception. En particulier, il a été jugé que le commissaire-priseur était responsable *in solidum* avec le vendeur envers l'acheteur d'un véhicule surévalué. V. Cass.civ.1^{ère}, 22 avril 1997 : *Defrénois* 1997, 1436, note A.Bénabent.

⁹¹³ Loi du 21 juin 2004 dite « LCEN ».

⁹¹⁴ Voir les articles 1369-1 et s. du Code civil.

- L'intermédiaire contractuel -

hébergeurs, à la suite de la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000⁹¹⁵. Souvent qualifiés d'« intermédiaires techniques », ces prestataires ne sont pas assimilables à des intermédiaires contractuels en ce qu'ils fournissent un accès ou un hébergement qui leur « appartient » et n'ont pas la fonction caractéristique de mettre en relation deux contractants en vue de la réalisation d'un contrat. Le contrat qu'ils concluent leur profite par priorité. En outre, il apparaît que pour ce qui les concerne, la LCEN⁹¹⁶ n'a pas durci leur responsabilité puisque l'article 6 I 7) dispose que « *les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». De la sorte, il ne paraît pas utile de détailler davantage la responsabilité de ces prestataires, qui d'une part ne sont pas des intermédiaires et d'autre part ne sont soumis qu'à un principe de responsabilité pour faute pour le maintien d'un contenu connu d'eux comme illicite.

551. Nonobstant, l'étude de la LCEN est pertinente au travers de son article 15, I, alinéa 1^{er}, qui dispose que « *toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ». Dès lors que l'article 14, alinéa 1^{er}, définit le commerce électronique comme « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* », par combinaison de ces deux textes, on en déduit que les intermédiaires qui ont proposé leurs services par voie électronique sont tenus de plein droit de la bonne exécution des obligations nées du contrat. Bien que la loi vise à distance « et » par voie électronique, l'expression « propose ou assure » incluse dans la définition autorise à comprendre que l'intermédiaire qui est entré en contact avec son client par un mode électronique (*email*, site Internet, voire même par communication téléphonique, désormais électromagnétique, donc électronique) entre dans le champ d'application de la loi pourvu qu'il ait été conclu à distance ou par procédé électronique, même si l'objet de la prestation de l'intermédiaire ne peut s'accomplir sur les réseaux. La délimitation du champ d'application que l'on propose n'est pas totalement certaine toutefois, car, la définition posée

⁹¹⁵ Avant d'être promulguée, cette loi a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, qui a exercé sa censure sur quelques dispositions (Décision du Conseil Constitutionnel n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000), notamment sur la fin de l'article 43-8 qui rendait l'hébergeur responsable pour n'avoir pas empêché la consultation d'un contenu dénoncé comme illicite ou préjudiciable par un tiers.

⁹¹⁶ Elle-même modifiée par la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006.

dans la loi a été critiquée en ce qu'elle serait « relativement imprécise et médiocrement exploitable »⁹¹⁷. Cependant, il apparaît que ce texte, loi de régulation qui a pour fonction principale de rassurer les utilisateurs d'Internet, « ne pouvait se permettre d'être ouvertement déséquilibré au détriment de ceux qu'il tentait d'appivoiser »⁹¹⁸, d'où l'émergence d'un nouveau cas de responsabilité pour autrui qui profite au client, qu'il soit professionnel, commerçant ou consommateur⁹¹⁹. Mais l'application de ce texte aux a pu susciter quelques difficultés, notamment en ce qui concerne les agences de voyages. En effet, l'article L. 211-17 du Code du tourisme, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1992, qu'on a précédemment évoquée, instaurait une responsabilité de plein droit de l'agence de voyages, que ses obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services. Mais, l'article L. 211-18 du même code excluait la responsabilité de plein droit pour la fourniture de « vols secs ». Parallèlement, l'article L. 121-20-3, alinéa 4, du Code de la consommation, qui reprend l'article 15 de la LCEN dispose : « *le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ». En conséquence, pour ce qui concernait la stricte activité de distribution de « vols secs » (ou billets de transport assimilés), il s'est élevé un sérieux doute quant au régime juridique applicable. Derrière un parallélisme évident entre la tournure de l'article 15, I, alinéa 1^{er} de la LCEN et celle de l'article 23 de la loi du 13 juillet 1992⁹²⁰, se cachait pourtant une sérieuse différence : soumise aux dispositions du Code du tourisme, l'agence de voyages qui se contentait de délivrer des billets « secs » n'avait pas à répondre de plein droit de l'inexécution du prestataire, tandis que soumise à la LCEN, elle en était tenue⁹²¹, sans d'ailleurs que le client n'ait à démontrer une faute de l'intermédiaire du commerce électronique, ni même une faute de l'intermédiaire. Pour redonner la « confiance » en l'économie numérique et en particulier simplifier la tâche du voyageur, quoi de plus séduisant

⁹¹⁷ X.Linant de Bellefonds, *Le droit du commerce électronique*, Que sais-je ?, PUF, 2005, p.3.

⁹¹⁸ J.Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004, n°4, 915.

⁹¹⁹ Car l'article L.121-20-3 du Code de la consommation a été modifié par l'article 15 II de la LCEN.

⁹²⁰ Appuyant également cette ressemblance entre les deux textes, voir C.Gory, « Le renforcement des droits du voyageur... », *Gaz.Pal.*2006, n°94, p.3, qui cite le rapporteur de la LCEN, J. Dionis de Séjour, pour lequel il s'agit de « rassurer l'acheteur en ligne en concentrant la responsabilité sur le vendeur en ligne (...) en l'appliquant au cas du commerce électronique, le dispositif de l'article 23 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours » car « Le régime de la vente de voyages constitue une référence pertinente, puisque l'organisation des voyages, comme le commerce en ligne, mobilise de très nombreux sous-traitants - hôtels, autocars, restauration » (JOAN, 9 janvier 2004, p. 193).

⁹²¹ G.Teissonnière, « La responsabilité des agences de voyages en ligne après l'adoption de l'article 15 de la LCEN », *Gaz.Pal.*2006, n°94, p.6.

que de lui procurer un débiteur solvable sans trop de difficultés ? Si l'on impose à la victime de prouver la faute d'un prestataire, au demeurant difficilement identifiable lors de transactions électroniques, on fait peser sur elle un fardeau probatoire bien lourd. Mais quelle régime convenait-il finalement d'appliquer aux agences de voyages vendant en ligne des « vols secs » et apparemment soumises aux deux textes⁹²² ? Il n'aurait pas été choquant de consacrer la primauté des dispositions tirées de la LCEN, en ce que l'article L.121-20-16 du Code de la consommation les déclare d'ordre public. Cependant, la jurisprudence, jusque très récemment encore, n'a pas pris cette voie⁹²³. L'hésitation pouvait cependant demeurer jusqu'à ce que la loi du 22 juillet 2009 conforte l'opinion jurisprudentielle dominante en soumettant le voyageur qui délivre des « vols secs » (ou autre billets de transport sur une ligne régulière) au régime de la responsabilité pour faute, lequel est moins favorable pour l'intermédiaire que ne l'est la LCEN.

552. Les cas de responsabilité de l'intermédiaire pour autrui n'apparaissent, en définitive, pas si nombreux et se justifient pour deux raisons : soit parce que l'intermédiaire a donné son consentement à un mécanisme de ducroire, soit parce que l'intermédiaire doit être particulièrement protégé en raison de sa faiblesse ou de ses lacunes –fondement sous-jacent des lois de 1992 et 2009 sur les agences de voyages, de 1978 relative aux promoteurs et de 2004 sur l'économie numérique- à moins qu'on ne lui facilite la preuve face à l'opacité de l'intermédiaire –cas du commettant à l'égard du commissionnaire en transport. Il apparaît alors que les causes de responsabilité de l'intermédiaire sont variées : souvent sa mise en cause découle d'une faute qui lui est personnelle, parfois résulte d'une mauvaise exécution de l'obligation par un tiers qu'il s'est substitué ou, dans les cas très précis qui ont été définis, est le fruit d'un mécanisme à la vertu purement indemnitaire. Mais la diversité de la mise en cause de la responsabilité des intermédiaires ne signifie pas que ce dernier sera condamné à réparer l'entier préjudice né de l'inexécution contractuelle. Différentes causes peuvent en

⁹²² C. Mutz, « Agences de voyages en ligne : enjeux et contraintes dans un marché en plein essor », *RLDI* 2009/48, étude n° 1589, p. 61.

⁹²³ Paris, 26 mars 2009 : *D.*2009, AJ 1413, obs.C.Manara, l'arrêt ayant énoncé qu' « *il convient de rechercher si le législateur, en édictant une responsabilité de plein droit dans le cadre des contrats à distance, avait l'intention de remettre en cause l'exception à cette responsabilité de plein droit de l'article L. 211-8 du code du tourisme. Cette intention ne peut être recherchée dans les travaux préparatoires de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, cette disposition étant issue d'un amendement présenté lors de la première lecture du texte à l'Assemblée nationale. Aucun élément ne peut permettre d'imputer une intention quelconque au législateur. Dès lors, il convient d'appliquer la règle selon laquelle la loi spéciale déroge à la loi générale. En conséquence, il y a lieu de dire que s'appliquent au présent litige les dispositions de l'article L. 211-8 du code du tourisme et que dès lors, la responsabilité d'une société de voyages ne peut être retenue qu'en cas de faute prouvée* ».

effet suspendre, diminuer ou supprimer l'obligation qui lui était faite, conformément à l'article 1147 du Code civil, de se soumettre au paiement de dommages et intérêts.

Section 2. Les incertitudes liées à la réparation du préjudice

553. La mise en cause de la responsabilité de l'intermédiaire selon les règles qui viennent d'être décrites aboutit généralement à un résultat incertain. D'abord, parce qu'il existe différents techniques de réparation d'un préjudice, selon que les parties ont ou non anticipé sur son évaluation (§1), ensuite parce qu'il existe des causes qui peuvent être opposées à l'intermédiaire pour écarter sa demande (§2).

§1. Des techniques de réparation diverses

554. La réparation de l'inexécution de l'intermédiaire ne peut se résumer au seul paiement de dommages et intérêts compensant l'entier préjudice. Le contrat d'intermédiaire est un contrat d'affaires qui préfère bien souvent ne pas s'en remettre au juge. Il apparaît de la sorte qu'un certain nombre de pratiques se substituent à la façon dont on répare ordinairement une inexécution totale ou partielle d'une obligation née du contrat. Plusieurs techniques de réparation coexistent et ne servent pas de manière identique les intérêts de l'intermédiaire. On doit distinguer la réparation neutralisée, par le jeu de l'exception d'inexécution (A) de celle qui est imposée par la sentence du juge (B). Enfin, un important développement mérite d'être consacré aux techniques de la réparation maîtrisée (C).

A. La réparation neutralisée

555. Propre aux contrats synallagmatiques, l'exception *non adimpleti contractus* consiste, pour l'une des parties, à suspendre l'exécution de sa propre obligation dans l'attente que le cocontractant exécute la sienne. L'exécution est donc suspendue, mais on peut aussi admettre que la réparation que l'inexécution entraîne est également neutralisée. Elle présente un certain intérêt dans le contrat d'intermédiaire en ce qu'elle permet, en quelque sorte, à la partie lésée, de se faire justice elle-même. Cependant, elle n'a d'attrait que dans la mesure où le cocontractant subissant une inexécution ne s'est pas déjà lui-même exécuté. Ainsi, elle

- L'intermédiaire contractuel -

apparaît particulièrement opportune du point de vue de l'intermédiaire. On a en effet eu l'occasion de souligner que la rémunération était fortement liée à l'idée de réussite⁹²⁴ ce qui fait que le client peut donc légitimement refuser le paiement tant que la mission de l'intermédiaire n'est pas exécutée.

556. Pour ce qui est de l'intermédiaire en revanche, il lui est plus délicat d'invoquer l'exception non *adimpleti contractus*, parce précisément, il exécute sa prestation en premier. Néanmoins, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive, comme le contrat qui lie la centrale à ses adhérents, il peut suspendre l'exécution à venir de ses obligations si l'intermédiaire a précédemment fait preuve de mauvaise volonté et s'il a rechigné à le régler. On peut considérer que le déréférencement provisoire s'analyse comme l'expression de l'exception d'inexécution. En revanche, si un courtier ou tout autre intermédiaire d'ailleurs, accepte de nouveau de faire affaire avec une personne qui vient de refuser indûment de lui régler sa commission, il ne peut en prendre prétexte pour s'abstenir de l'exécution du nouveau contrat. L'exception d'inexécution sert de neutralisation au sein d'un unique contrat ; elle ne peut servir de moyen de pression au travers des contrats suivants. En outre, il a été jugé qu'un agent commercial ne pouvait se réfugier derrière l'exception d'inexécution pour justifier la violation de son obligation de non-concurrence, prétendument liée au retard du mandant dans l'apurement des comptes de commissions⁹²⁵.

557. Dès lors, notamment parce que ce mécanisme présente un intérêt assez marginal pour les intermédiaires, une solution judiciaire demeure possible. D'ailleurs, chaque partie peut toujours préférer s'en remettre au juge pour qu'il impose la réparation de l'inexécution.

B. La réparation imposée

558. Les rapports entre l'intermédiaire et l'intermédiaire étant régis par les règles du mandat, l'inexécution contractuelle commise par l'intermédiaire peut concerner ou une obligation de faire (comme celle de faire procéder à la visite d'un bien en vue d'une location) ou une obligation de ne pas faire (comme celle imposée à un ancien intermédiaire de ne pas faire concurrence une fois le contrat rompu ou encore l'obligation pour un intermédiaire de ne pas délivrer une information secrète à un concurrent), voire même une obligation de donner

⁹²⁴ Voir *supra* n^{os} 174 et s.

⁹²⁵ Cass.com. 3 avril 2002, inédit, pourvoi n^o99-19463.

- L'intermédiaire contractuel -

(comme celle de restituer à l'intermédiaire les sommes qu'il détient pour lui au titre de sa mission). Or, selon la nature de l'obligation inexécutée, les modalités de la réparation seront nécessairement distinctes.

559. Si l'obligation de payer une somme d'argent peut toujours faire l'objet d'une exécution en nature (exécution forcée sur titre exécutoire – saisie), l'obligation de faire, comme celle de ne pas faire, ne se résout pas seulement en dommages et intérêts comme le laisserait à penser l'article 1142 du Code civil. L'article 1144 du même code permet en effet au créancier de l'obligation inexécutée de solliciter l'autorisation du juge pour faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur. De plus, selon l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1142 et de l'article 1184 du Code civil, l'inexécution d'une obligation de faire donne lieu en principe à une exécution forcée en nature. Mais, en matière d'intermédiation, on imagine assez mal cependant un mandant requérir la force publique afin de forcer l'intermédiaire à accomplir sa mission, même s'il demeure envisageable de le contraindre à respecter une clause de non-concurrence. On admet qu'il est possible, par le recours au juge des référés, d'ordonner à l'intermédiaire la cessation de l'activité concurrentielle interdite par le prononcé d'une astreinte⁹²⁶. Cependant, si celle-ci n'a pas l'effet souhaité, il faut admettre qu'il n'y a pas réellement d'exécution forcée possible. Reste alors au mandant la possibilité offerte par l'article 1144 du Code civil d'avoir recours au service d'un autre intermédiaire pour exécuter la mission, le surcoût financier de cette intervention pesant alors sur le premier intermédiaire. Cette intervention d'un tiers, qui va exécuter l'obligation de faire, constitue une « exécution mixte »⁹²⁷ en nature pour l'intermédiaire (créancier) et par équivalent pour l'intermédiaire (débiteur). En revanche, l'inexécution d'une obligation de ne pas faire en matière d'intermédiation ne pourra pas être corrigée par une exécution mixte, ici sans intérêt. Dès lors, le versement de dommages et intérêts sera seul capable de réparer le dommage déjà subi.

560. Enfin, on ne saurait envisager les modalités de réparation sans faire état de mécanismes propres aux intermédiaires. Il existe en effet des procédés d'assurance obligatoire et des fonds de garantie particuliers auxquels certains professionnels sont obligés d'adhérer⁹²⁸. En conséquence, ces organismes se comportent comme débiteurs de la réparation due au

⁹²⁶ En ce sens, D.Vidal, « Les clause de non-concurrence », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.98.

⁹²⁷ Ch.Larroumet, *op.cit.*, n°67 et n°69.

⁹²⁸ On peut notamment citer les agents immobiliers, les courtiers en assurance, les agences de voyages, certains commissionnaires... Voir *infra* n°120.

- L'intermédiaire contractuel -

comportement de l'intermédiaire. Lorsqu'une telle hypothèse se présente, l'intermédiaire tire un avantage conséquent : il ne risque pas d'assumer l'insolvabilité de l'intermédiaire.

561. Dans tous ces cas, la réparation est étroitement liée à l'importance du préjudice subi et laisse manifestement la part belle au juge. Pour chasser les aléas d'un procès, il est alors courant que les parties intègrent à leur contrat des clauses qui aménagent la réparation d'une inexécution. Fréquentes en matière d'intermédiation, ces stipulations ne sont pas toujours négociées ; elles sont parfois imposées au travers des contrats d'adhésion. Néanmoins, elles marquent en tout état de cause la maîtrise d'une des parties au moins sur la réparation.

C. La réparation maîtrisée

562. Dans des cas où les conditions de la responsabilité de l'intermédiaire seraient remplies, il est toujours possible de donner effet à des clauses qui auraient été valablement insérées au contrat lors de sa conclusion. Celles-ci ont différentes fonctions : soit la clause limite la responsabilité de l'auteur du dommage, voire l'anéantit (1), soit elle fixe par avance le montant de la réparation (2). Or, en raison de son particularisme, le contrat d'intermédiaire peut faire apparaître deux clauses différentes, ce qui conduit à réfléchir sur la façon dont ce conflit apparent doit s'articuler (3).

1. Les clauses élusives ou limitatives de responsabilité

563. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité offrent aux parties à l'intermédiation le pouvoir de maîtriser les conséquences de l'inexécution de l'intermédiaire en particulier (a). Néanmoins, les prévisions contractuelles sont de plus en plus malmenées car la jurisprudence multiplie les conditions d'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (b).

a. L'intérêt des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

564. Dans le cas d'une clause évasive, bien que les conditions virtuelles de la responsabilité de l'une des parties soient réunies, il sera fait totalement échec à l'action de l'autre. Dans le cas d'une clause limitative, les dommages et intérêts sont limités par avance en leur montant. En

toute hypothèse, ces clauses sont donc stipulées dans le seul intérêt du débiteur. Les secondes sont plus fréquentes que les premières, ce qui explique qu'on les détaille davantage.

565. Avant d'appliquer une clause contractuelle limitative ou évasive de responsabilité, il est nécessaire de s'interroger sur les conditions de sa création. Il importe en particulier d'indiquer que de telles clauses ne peuvent être efficaces que si elles ont été connues et acceptées par l'intermédiaire auquel on l'oppose. La plupart du temps, l'intermédiaire est confronté à un contrat d'adhésion qui le lie à l'intermédiaire. Il se contente d'acquiescer aux conditions générales et spéciales qui sont soumises à son consentement. La remarque vaut, tant pour le courtage que pour la plupart des mandataires et des commissionnaires. Or, un certain nombre de professionnels sont organisés au sein de fédérations ou de groupements qui pratiquent des conditions identiques. Il serait probablement vain de vouloir tous les citer mais, à titre d'exemple, on ne peut résister à l'envie d'en mentionner certains. Parmi eux figurent la Fédération nationale des agents commerciaux (sous la dénomination trompeuse de FNAC), la Fédération Nationale de l'immobiliers (FNAIM), la Fédération des organisateurs commissionnaires de transport (celle-ci a fusionné avec la Fédération des Loueurs et transporteurs industriels pour créer la TLF, Fédération des entreprises de Transport et Logistique de France), la Fédération d'Artisans du Monde (la FAM contrôle une centrale d'achat d'un genre nouveau, Solidar'monde, SA dont l'objectif est de réaliser du commerce équitable), la Fédération des agents généraux d'assurance (AGEA), le SNAV (Syndicat national des agents de voyages). De cette multiplication de fédérations professionnelles découle une recrudescence de contrats pré-rédigés dans lesquels figure souvent une clause limitative de responsabilité⁹²⁹. L'intérêt de l'intermédiaire est qu'il maîtrise par avance le plafond de l'indemnisation à laquelle il pourrait être condamné. En théorie, le processus de négociation contractuelle implique qu'une possibilité identique soit laissée à l'intermédiaire ; en pratique toutefois, on s'aperçoit que seuls les professionnels avertis s'arrogent ce droit.

566. Mais, qu'elles soient imposées à l'intermédiaire ou négociée entre les parties, les clauses limitatives ou évasives de responsabilité n'auront d'effet que tant qu'elles ont été valablement stipulées et à la condition supplémentaire que les circonstances ne permettent pas de les exclure. Il est en conséquence nécessaire de limiter avec précision leur domaine d'action, de façon à cerner les conditions de leur opposabilité.

⁹²⁹ A moins qu'il ne s'agisse d'une clause pénale...

b. Les obstacles à l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

567. Tout d'abord, il faut rappeler que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne sont opposables au donneur d'ordres, qui les a connues et acceptées, que dans la limite de leur caractère de lisibilité et de clarté. Il est dès lors logique que la Cour de cassation considère qu'une clause limitative de responsabilité, qui figurait au verso du bulletin de remise de marchandises signé par le préposé du donneur d'ordre, soit déclarée inopposable pour illisibilité et manque de clarté⁹³⁰. En outre, l'intermédiaire ne saurait être tenu par les conditions générales d'une organisation professionnelle s'il n'est pas rapporté qu'il avait eu connaissance de celles-ci et les avait acceptées⁹³¹, ce qui fait qu'on ne peut pas présumer qu'une clause a été acceptée du simple fait qu'on a contracté avec un intermédiaire. Rappelons cependant ici que la loi du 22 juillet 2009 va désormais permettre à l'agence de voyages d'opposer à l'intermédiaire les limitations de responsabilité prévues par les conventions internationales (nouvel article L.211-16, alinéa 1^{er}, du Code du Tourisme), nouvelle règle à inscrire dans le contexte précédemment évoqué de la responsabilité de plein droit qui pèse sur l'agence. Auparavant, l'agence de voyage était tenue, en vertu de la responsabilité de plein droit, illimitée, d'indemniser intégralement le client en cas de dommage, sans pouvoir lui opposer la limite du plafond indiquée dans la convention concernée (c'est-à-dire la convention de Montréal pour le transport aérien, Convention d'Athènes pour le transport maritime, Convention de Berne pour le transport ferroviaire). L'apport de la loi, qui sur ce point abaisse le niveau de garantie offert au client de l'agence, a quand même le grand mérite de mettre un terme à une solution critiquable du point de vue de l'agence, obligée d'indemniser intégralement son client, alors que le transporteur aurait été en droit, quant à lui, de lui opposer la limite conventionnelle.

568. Ensuite, il convient d'indiquer que ces clauses ne trouvent pas application lorsque l'intermédiaire ou son substitué, a commis une faute lourde⁹³² ou dolosive. Mais, on peut encore s'interroger sur le sort d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité qui porterait sur l'obligation essentielle d'une des parties. Qu'en est-il par exemple de la clause en

⁹³⁰ Cass.com., 14 avril 1992 : *Bull. civ.* IV, n°166 ; *D.*1992, IR, 164.

⁹³¹ CA Paris, 26 janvier 1981 : *Bull. transp.* 1981, 141.

⁹³² Désormais expressément remplacée par la faute inexcusable par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 introduisant l'article L. 133-8 du Code de commerce : « *Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport* ».

- L'intermédiaire contractuel -

vertu de laquelle l'intermédiaire, commissionnaire en transport, indique que si sa mission n'est pas remplie, il ne pourrait être tenu au-delà de 1000 euros de dommages et intérêts ? Si l'on s'en était tenu au premier arrêt Chronopost⁹³³, la clause par laquelle l'intermédiaire limite le montant des indemnités dues en cas d'inexécution de son obligation essentielle serait réputée non écrite par référence à l'article 1131 du Code civil relatif à la cause. Mais, un second arrêt Chronopost⁹³⁴, bien qu'ayant exclu la clause limitative de responsabilité, a appliqué le plafond légal d'indemnisation fixé par le contrat-type de messagerie, approuvé par décret. Il a toutefois réservé l'hypothèse d'une faute lourde du transporteur. Cette dernière a été définie, dans deux nouvelles affaires Chronopost⁹³⁵. D'abord, la Cour de cassation en a donné une définition négative : la faute lourde ne peut résulter du seul retard de livraison. Cela signifie que l'intermédiaire qui ne remplit pas sa mission, son obligation essentielle, ne commet pas de faute lourde. Ensuite, elle a précisément défini la faute lourde comme « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* ». Il y a lieu de souligner d'abord que les commissionnaires de transport sont directement concernés par ces arrêts Chronopost ; ils sont en effet soumis au contrat type messagerie, approuvé par le décret du 4 mai 1988⁹³⁶. Ils peuvent ainsi opposer à l'intermédiaire la clause limitative de responsabilité incluse dans le contrat type quand bien même leur obligation principale (c'est-à-dire l'obligation consistant à faire transporter les marchandises) ne serait pas exécutée ; la seule limite à cette opposabilité consiste en une faute lourde, dont la Cour de cassation n'a manifestement pas entendu élargir les contours. En effet, elle a encore récemment refusé de considérer que l'inexécution de l'obligation essentielle du contrat, qu'on peut définir comme

⁹³³ Cass.com., 22 octobre 1996 : *D.*1997, 121, note A.Sériaux ; *D.*1997, som .com. 175, note Ph.Delebecque ; *D.*1997, 145, note Ch.Larroumet, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité » ; *JCP*, G, 1997, II, 22881, note D.Cohen ; *JCP*, G, 1997, I, 4002, n°1, obs.M.Fabre-Magnan ; *Contrats, conc., consom.* 1997, n°24, obs.L.Leveneur ; *Defrénois* 1997, 333, obs. D.Mazeaud ; *RTDciv.*1997, 418, obs.J.Mestre.

⁹³⁴ Cass.com., 9 juillet 2002 : *JCP*, G, 2002, II, 10176, obs.G.Loiseau et M.Billiau ; *JCP*, G, 2002, II, 184, obs.J.Rochfeld ; *D.* 2002, 2837, note Ph.Delebecque ; *D.*2003, 457, note D.Mazeaud ; *Contrats Conc. Consom.* 2003, n°2, obs.L.Leveneur.

⁹³⁵ Ch.Mixte, 22 avril 2005, pourvoi n°02-18326 et pourvoi n°03-14112 : *JCP*, G, 2005, II, 10066, note G.Loiseau ; *D.*2005, 1864, note J-P Tosi ; *RTDciv.*2005, 604, obs. P.Jourdain. ; *RDC* 2005, 673, obs. D.Mazeaud et 753 obs. Ph. Delebecque.

⁹³⁶ Un contrat type appartient à la catégorie dite des actes type qui soit, ne créent ni obligations ni d'effets de droit (guides, modèles...) et ne sont donc pas susceptibles de recours, soit, constituent, au contraire, des décisions susceptibles de recours, notamment parce qu'ils contiennent des dispositions obligatoires, en ce sens, R.Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008, n°656. Le contrat type, approuvé par le décret n° 99-269 du 6 avril 1999, applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, a remplacé depuis lors le contrat type du 4 mai 1988. Il emporte un des règles obligatoires similaires. Ph.Delebecque, « Le nouveau contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises, » *D* 2000, 135.

- L'intermédiaire contractuel -

son obligation caractéristique, puisse s'apparenter à une faute lourde⁹³⁷. Concrètement, le client d'un commissionnaire en transport aura donc bien du mal à exclure le plafond légal d'indemnisation car la doctrine tend à considérer que « la faute lourde est une erreur, une négligence énorme, impardonnable, mais son auteur n'avait ni l'intention de nuire, ni même la connaissance du tort qui en résultera pour le créancier, il est encore de bonne foi »⁹³⁸. Autant dire en ce cas que l'intermédiaire aura à faire la preuve d'une incurie bien improbable. L'« inaptitude » du commissionnaire - professionnel dont les activités sont étroitement contrôlées et régulièrement surveillées - à l'accomplissement de sa mission contractuelle résultant d'une négligence d'une extrême gravité paraît aujourd'hui une circonstance rarissime. Pour ce qui concerne les autres intermédiaires, qui ne relèvent pas du contrat-type de transport routier établi par le décret précité, la question peut encore se poser de savoir s'ils peuvent faire porter une clause limitative ou exonératoire de responsabilité sur une obligation essentielle du contrat. *A priori*, un intermédiaire qui s'est engagé à présenter un cocontractant sérieux à son client ne peut pas limiter et encore moins exclure sa responsabilité s'il ne s'exécute pas. En effet, on peut estimer, en s'appuyant sur le premier arrêt Chronopost de 1996, précité, que son engagement est, dès l'origine privé de cause, puisque finalement, il ne s'est d'ailleurs jamais vraiment engagé, l'inexécution de son obligation essentielle n'emportant aucune contrainte. Bien que cette intrusion de la notion de cause dans le terrain de l'exécution du contrat n'ait pas unanimement convaincu la doctrine qui a commenté cet arrêt⁹³⁹, près de dix années plus tard, la Cour de cassation « récidive en fragilisant, au nom de la cause, la clause limitative de réparation stipulée dans le contrat conclu entre Chronopost et ses clients »⁹⁴⁰. S'appuyant sur l'article 1131 du Code civil, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la clause limitative d'indemnisation ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation

⁹³⁷ Cass.com., 21 février 2006 (4^{ème} arrêt de la série Chronopost) : D.2006, AJ 717, obs.E.Chevrier ; *Contrats Conc. Consom.* 2006, n°103, obs.L.Leveneur ; *RDC* 2006, 694, obs. D.Mazeaud.

⁹³⁸ F.Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op.cit.*, n°575.

⁹³⁹ En particulier Ch. Larroumet, sous Cass.com., 22 octobre 1996, précité, qui fait état d'une « bavure » ; selon D.Cohen, note précité sous Cass.com., 22 octobre 1996, l'arrêt dénote la volonté de la Chambre commerciale de faire du neuf avec la notion classique de cause, qui n'intervient normalement qu'au seul stade de la formation du contrat et ne joue aucun rôle lors de l'exécution. Il observe en outre que le recours à la notion d'obligation essentielle supposerait l'existence de plusieurs obligations ce qui n'était pas le cas et estime enfin, quant à la sanction prononcée, que le simple fait de décider que la clause soit réputée non écrite ne paraît pas adaptée à la sanction d'une obligation essentielle. Ce faisant, la Cour de cassation emprunte au régime des clauses abusives tout en refusant la qualification. En conclusion, il s'interroge sur le point de savoir si l'arrêt condamne l'ensemble des clauses limitatives de responsabilité dans les contrats. Il y voit le recul de l'autonomie de la volonté et de la liberté individuelle et le signe de l'interventionnisme croissant du juge.

⁹⁴⁰ D.Mazeaud, note sous Cass.com., 30 mai 2006 : D.2006, 2288 « Saga "Chronopost" : les maîtres du temps perdent une manche... ». Sous le même arrêt, voir également X.Delpech, *D.2006*, AJ 1599 ; *RDC* 2006, n°4, 1075, obs.Y-M Laithier.

- L'intermédiaire contractuel -

essentielle du contrat. Or, si en l'espèce les montres du client ont été perdues dans le transport, ce qui constitue certainement un manquement à une obligation essentielle, on peut alimenter le débat en soulignant que pour ce qui concerne la limitation d'indemnisation de l'intermédiaire, y compris en cas d'inexécution de l'obligation principale de l'intermédiaire, il n'y a pas d'absence de cause objective du contrat, puisque la stipulation d'un plafond en constitue encore une contrepartie. Ainsi, derrière cette justification de l'absence de cause avancée par la Cour de cassation, il y a davantage un souci de mettre à mal l'avantage excessif qu'un contractant s'est octroyé qu'un fondement juridique incontestable. Cependant, le déséquilibre qui en résulte est tout à fait injuste et il paraît nécessaire de prêter main-forte au créancier quasi-impuissant de l'obligation essentielle inexécutée. Il semble ainsi nécessaire de rétablir un principe de cohérence dans le débat contractuel : le comportement de l'intermédiaire qui s'engage sans s'engager vraiment est ainsi incohérent. La clause qui l'y autorise devrait pouvoir être écartée, comme l'est de manière très similaire la condition potestative. Dans les deux cas en effet, l'une des parties a pris trop d'ascendant sur le contrat, au point de pouvoir le faire échouer ou le priver de son effet attendu sans qu'il en répare les entières conséquences. Une telle faveur ne paraît pas tolérable. De la sorte, les intermédiaires n'ont pas intérêt à limiter ou exclure l'indemnisation qui résulte de l'inexécution de leur obligation essentielle : une telle clause serait sans effet et ils ne sont pas concernés, comme c'est le cas pour la plupart d'entre eux, par un plafond légal d'indemnisation qui aurait pu s'y substituer.

569. A l'aune de cas récents arrêts, on peut s'interroger, comme certains l'ont fait autrefois de manière générale⁹⁴¹, sur le domaine d'action résiduel des clauses de responsabilité spécifiquement dans le contrat d'intermédiaire. Il apparaît alors que, lorsque l'exonération ou la limitation de responsabilité n'est pas interdite par la loi (comme est l'est lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu avec un consommateur, ou encore pour le transporteur par l'article L.133-1 du Code de commerce tandis qu'elle ne l'est pas pour le commissionnaire, puisque l'article L.132-5 du même code l'y autorise, ce qui marque une différence de régime⁹⁴²), elle demeure efficace dans les contrats d'intermédiaires régis par un contrat type approuvé par décret, sauf la réserve d'une faute lourde. Mais, il n'est pas évident que les commissionnaires en transport

⁹⁴¹ Ph.Delebecque, « Que reste-t-il de la validité des clauses limitatives de responsabilité ? », *D.Affaires*, 1997, 235.

⁹⁴² En ce sens, B.Mercadal, *Rép.com.* Dalloz, v°Commissionnaire de transport, 1997, n°132.

routier soient visés pas le nouveau contrat type⁹⁴³. Pour les autres contrats, la clause limitative joue son rôle tant qu'elle ne porte pas atteinte à l'essence du contrat, soit à l'une de ses obligations essentielles, affirmation que les travaux de la Commission Catala sont loin de démentir en ce que l'article 1382-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription pose une règle identique⁹⁴⁴. Pour ce qui concerne par exemple la violation d'une clause d'exclusivité, de non-concurrence ou de secret apparaît, circonstance qui apparaît comme le terrain de prédilection des clauses exclusives ou restrictives d'indemnisation, la validité et l'opposabilité de ces dernières sont simplement conditionnées par leur connaissance et leur acceptation de la part de l'intermédiaire.

570. Toutefois, le contrat d'intermédiaire, toutes les fois qu'il s'applique en présence d'un non-professionnel, ne saurait s'affranchir des dispositions issues du droit de la consommation. Sur ce point, l'article R.132-1 6° du Code de la consommation⁹⁴⁵ considère comme abusives les clauses « *ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à la réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement à l'une quelconque de ses obligations* ». Normalement réservées aux contrats de vente, ces dispositions ont été étendues par la jurisprudence au contrat d'entreprise en des termes assez généraux. Pour atteindre le contrat de mandat, il n'y a dès lors qu'un pas, qui a été facilement franchi par le législateur⁹⁴⁶. Bien au-delà de la jurisprudence Chronopost, une telle interdiction vise l'ensemble des clauses relatives à l'inexécution d'une quelconque obligation de l'intermédiaire qui lui procure un avantage excessif vis-à-vis de l'intermédiaire-consommateur.

⁹⁴³ Il a été utilement affirmé que « le commissionnaire de transport ne bénéficie d'aucune limitation légale d'indemnité », B.Mercadal, préc., n°133, et bien que la loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 La Loi d'Orientation des Transports Intérieurs (dite LOTI), enrichie par la loi Gayssot du 6 février 1998, dispose en son article 8, § II, premier alinéa, que « *sans préjudice de dispositions législatives en matière de contrat et à défaut de convention écrite définissant les rapports entre les parties au contrat sur les matières mentionnées à l'alinéa précédent, les clauses de contrats types s'appliquent de plein droit* », le nouveau contrat type du 6 avril 1999 définit en son article 2.2 le donneur d'ordre, auquel la limitation peut être opposée, comme « la partie (expéditeur, commissionnaire de transport ou autre) qui conclut le contrat de transport avec le transporteur ». Toutefois, il a été judicieusement observé que dans la plupart des affaires qui ont été soumises à la Cour de cassation depuis dix ans « la qualification de commissionnaire de transport aurait pu être recherchée ». J-P Tosi, obs.sous Cass.Ch.mixte, 22 avril 2005, préc., relayé par D.Mazeaud, note préc.sous Cass.com., 30 mai 2006, n°6, ce qui fait qu'il peut demeurer un doute sur la possibilité pour le commissionnaire de transport d'opposer à son client la limitation légale, tandis qu'il ne fait aucun doute que ce même plafond peut lui être opposé en tant que « partie » par le transporteur.

⁹⁴⁴ En ce sens, D.Mazeaud, note précitée, spéc. p.22293, qui vise également l'article 1125, alinéa 2, de l'avant-projet Catala, selon lequel « *est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause* ».

⁹⁴⁵ Modifié par le décret n°2009-302 du 18 mars 2009, pris pour l'application de l'article L 132-1 du Code de la consommation modifié par le décret n°2009-302 du 18 mars 2009, modifié par la LME du 4 août 2008.

⁹⁴⁶ La loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 a sensiblement élargi le domaine des clauses abusives.

571. Enfin, lorsqu'une clause semble braver ces écueils qui menacent son opposabilité, on doit encore s'interroger sur un éventuel obstacle lié à la révision judiciaire. En effet, on pourrait soutenir qu'une clause limitative de responsabilité s'apparente à une clause pénale dérisoire, ce qui permettrait au juge d'en réviser le montant par application de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. Aucune décision n'a, semble-t-il, été rendue en ce sens mais c'est une nouvelle menace qu'on ne peut ignorer. Un auteur, quoique réticent à cette perspective, a soulevé à juste titre que « les clauses limitatives, ou *a fortiori* exonératoires, de responsabilité ne sont pas dans le vent ; c'est le moins que l'on puisse dire aujourd'hui où la mode est au principe de proportionnalité »⁹⁴⁷. La loi contractuelle paraît donc moins contraignante, ce que l'étude des clauses forfaitaires de dommages et intérêts confirme.

2. Les clauses d'évaluation forfaitaire de dommages et intérêts

572. Plutôt que de limiter, voire d'exclure l'indemnisation de l'intermédiaire, prérogative de plus en plus malmenée comme on l'a vu, les parties au contrat d'intermédiaire peuvent préférer évaluer forfaitairement et par avance le montant de l'indemnisation qui pèse sur le débiteur de l'obligation inexécutée. De la sorte, du point de vue de l'intermédiaire en particulier, ces clauses lui permettent de maîtriser par avance le montant dont il serait redevable envers l'intermédiaire en cas d'inexécution d'une de ses obligations. Concrètement, il s'agit soit d'un forfait de dommages et intérêts, soit d'une clause pénale. Ces deux stipulations, qui se distinguent en théorie assez aisément (a), tendent à se confondre en pratique, au point que le juge les contrôle aujourd'hui indifféremment (b).

a. Les différences théoriques entre la clause forfaitaire de dommages et intérêts et la clause pénale

573. La clause pénale et la clause forfaitaire de dommages et intérêts se ressemblent en ce qu'elles fixent toutes deux par avance la peine qui est due par le débiteur de l'obligation inexécutée. En conséquence, elles permettent en principe de maîtriser l'indemnisation en cas de responsabilité avérée et évitent alors au créancier de l'obligation inexécutée de faire la preuve d'un dommage. Mais, la clause pénale se distingue de sa jumelle en ce qu'elle remplit

⁹⁴⁷ Ph. Malinvaud, « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p.689, n°1.

- L'intermédiaire contractuel -

prioritairement une fonction comminatoire, dissuasive. L'article 1226 du Code civil en pose la définition suivante : « *la clause pénale est celle par laquelle une partie pour assurer l'exécution du contrat s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Ambivalente, elle remplit donc normalement une fonction coercitive, qui protège le créancier de l'obligation, mais est aussi stipulée dans l'intérêt du débiteur. C'est dans ce second aspect de peine conventionnelle qu'elle s'apparente au forfait de dommages et intérêts, puisque le présent propos se concentre sur la réparation de l'inexécution. Un auteur décrit ce changement de nature : « La clause ayant par hypothèse échoué dans son rôle de moyen de pression, la clause pénale se mue en instrument de répression destiné à punir le comportement coupable du débiteur. La peine, dont l'application est déclenchée par la seule inexécution illicite de l'obligation initiale du débiteur, inflige à celui-ci une sanction qui se traduit par une perte patrimoniale sans contrepartie »⁹⁴⁸.

574. Il faut enfin préciser que ces clauses ne s'appliquent que si les conditions de la responsabilité sont remplies et si elles n'ont pas pour effet de mettre à la charge du consommateur -intermédiaire- une « *indemnité d'un montant manifestement disproportionné* »⁹⁴⁹, ce qui les transformerait en clauses présumées abusives. C'est en ce sens que la Commission des clauses abusives a utilement recommandé la suppression de la clause pénale interdisant au mandant de traiter sans le concours du mandataire avec un acquéreur ayant été présenté par lui pour une durée indéterminée ou excessive, cette clause étant de nature à déséquilibrer le contrat⁹⁵⁰. De la même façon, les juges du fond ont repoussé les tentatives des agences de voyages - lesquelles avaient essayé de mettre à la charge de leurs clients les risques inhérents à la pratique de certaines activités nécessitant un rôle actif du voyageur, dont la motoneige ou le rafting - en jugeant que les clauses insérées au contrat d'intermédiaire, en contradiction avec la responsabilité de plein droit des agences, étaient abusives, au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation⁹⁵¹. Pour ce qui concerne le forfait de dommages et intérêts, l'article 1150 du Code civil l'exclut en cas de dol, solution que la Cour de cassation a dégagée pour la clause pénale en présence d'une faute lourde ou

⁹⁴⁸ D.Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 223, 1992, introduction p.7.

⁹⁴⁹ L'expression est celle de l'article R.132-2 3° du Code de la Consommation, modifié par le décret n°2009-302 du 18 mars 2009, pris en application de l'article L.132-1 du Code de la consommation, modifié par la LME du 4 août 2008.

⁹⁵⁰ Recommandation n°03-02 relative aux mandats de vente, de location ou de recherche d'un bien immobilier (BOCCRF du 12 mars 2004).

⁹⁵¹ Paris (17^e ch., sect. A), 19 mai 2008, RG n° 06/09508, inédit et Paris (17^e ch., sect. A), 10 novembre 2008, RG n° 06/876, inédit, cités par C.Gory, *Gaz. Pal.* 27 juin 2009, n°178, 31.

- L'intermédiaire contractuel -

dolosive⁹⁵². Pour le reste, il n'y a pas, sauf dans l'hypothèse du mandat confié à l'agent immobilier⁹⁵³, de forme particulière à respecter pour la validité de la clause. Le jeu de la clause est donc pour l'essentiel soumis à l'existence d'une inexécution contractuelle dans la mesure où le préjudice n'a pas à être démontré. En conséquence, si la partie qui était liée à une clause pénale en cas d'inexécution n'est pas fautive, elle ne doit normalement rien. La Cour de cassation a jugé qu'un agent commercial qui exerce de manière habituelle la profession d'intermédiaire en matière immobilière doit être soumis à l'application exclusive de la loi Hoguet⁹⁵⁴. En conséquence, la cour d'appel ayant annulé le contrat d'agence commerciale, il est logique d'en déduire que la clause pénale, qui sanctionnait l'acte de concurrence de l'intermédiaire après la cessation du contrat, ne doit pas recevoir application. L'agent commercial, assigné par son ancien mandant, a donc trouvé une astuce imparable : si le contrat est nul, sa responsabilité ne peut être engagée. Il ne peut donc être condamné au paiement de la clause pénale qui avait été stipulée. De façon symétrique d'ailleurs, bien que le présent développement concerne les aménagements de la responsabilité de l'intermédiaire, il importe de rappeler ici qu'une solution équivalente doit s'appliquer à l'intermédiaire. Un arrêt en particulier relatait qu'un client avait refusé de souscrire aux engagements irréguliers pris par l'intermédiaire, qui, chargé de vendre un bien avait bien établi une promesse de vente, mais à des conditions de vente différentes de celles énoncées dans le mandat⁹⁵⁵. En l'espèce, la cour d'appel avait revu la clause pénale à la baisse, mais par la cassation prononcée, il semble que la Cour considère que l'excès de pouvoir commis par le mandataire, combinée à une absence de ratification de l'acte, empêchent de retenir la faute de l'intermédiaire. Il apparaît donc que c'est à juste titre qu'il a pu ne pas exécuter les engagements souscrits par l'intermédiaire. En ce sens encore, la Cour de cassation vient de juger que « *le mandat de vente était nul, de sorte que l'agent immobilier se trouvait privé de sa vocation à bénéficier, fût ce en vertu du compromis, de la clause pénale en qualité de mandataire* »⁹⁵⁶.

575. Mais, si en théorie, la clause pénale peut être stipulée en faveur de tel créancier d'une obligation précise, il faut bien reconnaître qu'elle accompagne souvent les obligations de l'intermédiaire, professionnel avisé soucieux de limiter ainsi les risques. Elle aura alors

⁹⁵² Cass.civ.1^{ère}, 22 octobre 1975 : D.1976, 151, note J.Mazeaud.

⁹⁵³ L'article 78 alinéa 1^{er} du Décret 72-678 du 20 juillet 1972 pris pour l'application de la loi Hoguet du 2 janvier 1970 prévoit que la stipulation d'une clause pénale doit être mentionnée en caractères très apparents. La Cour de cassation a énoncé récemment que la sanction qui frappe le non-respect de cette obligation est la nullité du mandat. V. Cass.civ.1^{ère}, 17 septembre 2003, inédit titré, pourvoi n°01-01413.

⁹⁵⁴ Cass.com., 7 juillet 2004 : D.2004, 2230, obs.Y.Rouquet.

⁹⁵⁵ Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1992 : Bull.civ. I, n°298 ; *Defrénois* 1993, 1070, obs. G.Vermelle.

⁹⁵⁶ Cass.civ.1^{ère}, 8 octobre 2009, inédit, pourvoi n°08-14968.

tendance à perdre son caractère de coercition du point de vue de l'intermédiaire tandis que l'intermédiaire peut espérer son effet comminatoire. Elle conserve dès lors sa qualification de clause pénale et demeure applicable à condition toutefois que l'intermédiaire n'ait pas commis de faute lourde ou dolosive. Ainsi, il a été jugé que l'indemnité stipulée en cas de non-respect d'une clause de non-concurrence est une clause pénale admissible⁹⁵⁷. En conséquence, si l'intermédiaire ne respecte pas cette clause de non-concurrence, il connaît d'avance la sanction pécuniaire qui le frappera.

576. Toutefois, par le recours à l'article 1152 du Code civil, le juge peut contrôler la clause pénale excessive comme dérisoire et ce pouvoir s'est étendu aux forfaits de dommages et intérêts. La maîtrise de la réparation qui incombe à l'intermédiaire semble donc se soumettre à l'aléa judiciaire.

b. La confusion de la clause forfaitaire de dommages et intérêts et de la clause pénale entérinée par le juge

577. Quoiqu'en théorie, la distinction apparaisse clairement entre la clause pénale et le forfait de dommages et intérêts⁹⁵⁸ en raison du caractère comminatoire de la première, la pratique continue de les confondre notamment en ne prenant pas le soin d'adopter une qualification précise – à moins qu'elle ne prenne le soin d'adopter volontairement une qualification imprécise. Leur point commun étant de prévoir à l'avance les conséquences pécuniaires d'une inexécution contractuelle, on pourrait ne pas s'offusquer d'une telle confusion. En effet, la distinction présentait autrefois un intérêt : le juge n'exerçait son contrôle que sur les clauses pénales *stricto sensu*⁹⁵⁹. Désormais, le juge contrôle le caractère excessif comme dérisoire de toute clause par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution contractuelle⁹⁶⁰. Aujourd'hui, donc, point d'inquiétude semble-t-il à propos du contrat d'intermédiaire puisque dans tous les cas la clause peut être révisée : cette confusion, qui peut heurter la doctrine, a quand même le mérite d'assurer un régime unique de révision judiciaire à ces deux clauses qui ont, au moins pour partie, une fonction commune.

⁹⁵⁷ Cass.soc., 5 juin 1996 : *Defrénois* 1997, 737, obs.D.Mazeaud.

⁹⁵⁸ V.notamment D.Mazeaud, *op.cit.*, n°258.

⁹⁵⁹ Cass.civ.1^{ère}, 16 janvier 1985 : *RTDciv.* 1986, 103, obs.J.Mestre ; *JCP*, G, 1986, II, 20666, obs.G.Paisant ; D.Mazeaud, *op.cit.*, n°276 qui regrette cette solution.

⁹⁶⁰ Cass.civ.1^{ère}, 10 octobre 1995 : *D.*1996, som.116, obs.Ph.Delebecque ; *JCP*, G, 1996, II, 22580, obs. G.Paisant ; *JCP*, G, 1996, I, 3914, n°9, obs.M.Billiau.

578. En conséquence, chaque intermédiaire peut prévoir contractuellement une échappatoire à la mise en cause de sa responsabilité devant le juge tant que la loi ne s'y oppose pas. Malgré tout, le juge conserve un pouvoir d'appréciation toutes les fois que la stipulation sera considérée comme excessive. Il est une nouvelle fois question de mesure et de proportionnalité. Sur ce point, la Cour de cassation a confirmé le point de vue de juges du fond qui avaient estimé qu'il n'était pas utile de réviser une clause pénale fixée à 50 000 francs en cas de violation d'une clause de non-concurrence dès lors que « *pareille somme correspond au montant d'une seule commission pouvant être due à un agent immobilier à l'occasion d'une vente d'immeuble effectuée avec son concours* ». Il est aujourd'hui de jurisprudence constante que la disproportion s'apprécie par comparaison entre le montant de la peine conventionnelle et le préjudice subi⁹⁶¹.

579. Mais, l'assimilation entre la clause forfaitaire de dommages et intérêts et la clause pénale peut laisser craindre un désintéressement de la pratique. En effet, à force de considérer la seconde comme l'expression de la sanction d'un dommage, on finira par nier son premier effet comminatoire, jusqu'à écarter purement et simplement la clause en cas d'absence de préjudice. La Cour de cassation a d'ailleurs rendu un arrêt en ce sens et qui a, à juste titre fait l'objet de vives critiques⁹⁶². La clause pénale, en tant que peine privée, est liée à l'inexécution, mais doit normalement demeurer indifférente au préjudice subi⁹⁶³.

580. Bon nombre de doutes peuvent donc demeurer lorsqu'il s'agit d'exécuter une clause contractuelle liée à la maîtrise de l'indemnisation. Pour autant, leur vigueur n'est semble-t-il pas atteinte dans les contrats d'intermédiaire qui tendent à les multiplier. Or, en présence d'un cas de responsabilité de l'intermédiaire pour autrui, parmi ceux qui ont été décrits, deux clauses différentes peuvent s'opposer.

⁹⁶¹ A propos d'un agent commercial qui a dû verser le montant de la clause pénale, fixée à 50 000 francs, pour violation d'une obligation de non-concurrence, voir Cass.com., 3 avril 2002, inédit, préc., pourvoi n°99-19463.

⁹⁶² Cass.com., 16 juillet 1991 : D.1992, 365, note D.Mazeaud – solution qui « dénature la clause pénale » selon Ch.Larroumet, Droit civil, Tome III, 2^{ème} partie, *op.cit.*, n°690.

⁹⁶³ En ce sens, D.Mazeaud, *op.cit.*, n°461 et s.

3. La résolution du conflit entre deux clauses différentes

581. Le contrat d'intermédiaire est susceptible de faire naître un conflit entre deux clauses, l'une figurant au contrat conclu entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, l'autre pratiquée par l'intermédiaire. Certes, cette opposition possible quant aux plafonds de garantie, voire quant à l'existence même de celle-ci n'est pas fréquente. En règle générale, pour ce qui est du contrat principal, seules sont opposables les clauses qui ont été acceptées dans le contrat qui lie les parties. Mais on a mis en lumière l'existence de quelques cas notables de responsabilité pour autrui qui permettent à l'intermédiaire de s'adresser directement à l'intermédiaire au lieu de diriger l'action contre un intermédiaire mal connu et probablement moins solvable. Dans ce cas, il faut naturellement se demander laquelle des deux clauses il convient d'appliquer : celle qui concerne l'intermédiaire ou celle qui concerne l'intermédiaire ?

582. Pour bien comprendre les enjeux de ce choix, un exemple s'impose. Ainsi, dans les limites de ce que la loi française lui permet de faire, il est toujours possible qu'un intermédiaire, soucieux de se dégager d'une éventuelle mise en cause, stipule en sa faveur une clause limitative ou évasive de responsabilité. Dans l'hypothèse où cet intermédiaire serait par exemple un commissionnaire de transport, l'article L.132-5 du Code de commerce l'autorise à aménager sa responsabilité. Dans cette mesure, l'acceptation de la clause par l'intermédiaire la lui rend *de facto* opposable. Il n'y a donc dans ce cas aucune difficulté puisque la clause limitative de responsabilité du commissionnaire est opposable au commettant, sauf s'il est démontré qu'elle contredit la portée de l'engagement pris par le commissionnaire. Cependant, la mission des intermédiaires induit la plupart du temps qu'ils fassent appel à un prestataire de service, notamment un transporteur, qui lui-même pratique la limitation d'indemnisation. Or, dans les transports maritimes et aériens de marchandises et de personnes, si la loi interdit les clauses évasives de responsabilité, les clauses limitatives sont contrôlées mais néanmoins autorisées par la loi. Les plafonds légaux de la responsabilité des transporteurs constituent un minimum impératif pour le cocontractant⁹⁶⁴. De la même manière, en matière de transports terrestres de marchandises, l'article L.133-1 du Code de commerce prohibe les clauses évasives de responsabilité, solution qui ne doit toutefois pas

⁹⁶⁴ Le plafond est toutefois écarté en cas de dol s'il s'agit d'un transport maritime de marchandises, et en cas de dol ou de faute inexcusable s'il y a transport maritime de personnes ou transport aérien de personnes ou de marchandises.

- L'intermédiaire contractuel -

s'étendre aux clauses limitatives de responsabilité⁹⁶⁵. Bref, une question demeure : quel plafond s'applique lorsqu'un intermédiaire exerce son recours contre l'intermédiaire sur le fondement d'une responsabilité contractuelle pour autrui ? Faut-il s'en tenir à la loi des parties ou lever le plafond si le domaine en cause fait l'objet d'une disposition légale spécifique ?

583. Soit on estime que vis-à-vis de l'intermédiaire, seule compte la clause de responsabilité qui figure au contrat qu'il a conclu avec l'intermédiaire, soit on considère que la clause mentionnée au contrat dont l'inexécution est prétendue s'applique⁹⁶⁶. Il n'y a pas lieu *a priori* de privilégier une solution plus qu'une autre dans la mesure où dans les deux cas, la clause paraît opposable à l'intermédiaire. L'une a été acceptée directement, il n'y a donc pas de doute sur son opposabilité. En revanche, la clause contenue dans le contrat entre l'intermédiaire et le transporteur, paraît inopposable à l'intermédiaire, par l'effet relatif des conventions (article 1165 du Code civil). Néanmoins, il est envisageable de considérer que le pouvoir donné à l'intermédiaire rend la clause opposable à l'intermédiaire. Tout dépend donc finalement du point de savoir dans quelle mesure l'intermédiaire, agissant contre l'intermédiaire et fondant son action sur un cas de responsabilité du fait d'autrui, peut se voir opposer la clause limitative du contrat d'intermédiaire ou la clause limitative du contrat conclu par les soins de l'intermédiaire.

584. Dans la mesure où la Cour de cassation semble n'avoir jamais tranché la question de manière certaine, faute d'avoir été saisie du problème de façon aussi directe, il faut raisonner sur les deux branches qu'ouvre cette perspective. D'abord, il s'agit de savoir si l'intermédiaire peut être tenu plus sévèrement. En somme, on doit rechercher dans quelle mesure il peut être plus lourdement tenu, au titre de l'engagement de sa responsabilité contractuelle du fait d'autrui, que ne le serait l'intermédiaire dont il doit répondre. L'article 1134 du Code civil vient au secours de l'hypothèse. On peut donc, dans un premier temps, supposer que seules les clauses qui figurent au contrat d'intermédiation s'opposent à l'intermédiaire. Ainsi, si le client d'une agence de voyages, mécontent des conditions de transport, exerce un recours contre l'intermédiaire sur le fondement de l'article 23 de la loi n°92-645 du 13 juillet 1992, il doit

⁹⁶⁵ Cass.com., 3 janvier 1950 : D.1950, 225. L'arrêt énonce que la prohibition s'étend par exception aux clauses limitatives de responsabilité dans lesquelles l'indemnité stipulée serait dérisoire, ce qui aurait pour effet d'exonérer le transporteur de sa responsabilité.

⁹⁶⁶ En ce sens A. Batteur, « De la responsabilité des agences de voyages organisés. Vers un cas autonome de responsabilité contractuelle d'autrui », *JCP*, G, 1992, 131 qui indique qu'il serait « logique de décider que les clauses limitatives de responsabilité que l'hôtelier ou le transporteur aurait pu invoquer à l'encontre de la victime bénéficient à l'agence de voyage ». C'est d'ailleurs la solution qu'a retenue le législateur dans la loi du 22 juillet 2009.

- L'intermédiaire contractuel -

être intégralement indemnisé, alors que le transporteur, s'il avait été directement actionné, aurait opposé les plafonds de garantie figurant des les conventions internationales. Certains ont cependant opposé l'ancien régime de la loi n°75-627 du 11 juillet 1975 à la loi de 1992 et estimé que « la responsabilité de l'agence devient ainsi indépendante de celle du prestataire substitué puisque peu importe le comportement fautif ou non de celui-ci »⁹⁶⁷. Ce même article offre à l'intermédiaire un recours contre le transporteur. Il a été prétendu à ce sujet que l'agent de voyages amené à s'exécuter selon les termes qui le lient à son client, *solvens*, pourrait bien ensuite ne disposer que d'un recours partiel⁹⁶⁸. Or, l'agent de voyages étant un tiers au contrat de transport, il ne saurait se prévaloir de la violation de dispositions contractuelles, ce qu'a rappelé la Cour de cassation⁹⁶⁹. Dès lors, il ne saurait donc utilement fonder un recours en garantie, mais peut exercer un recours contre l'intermédiaire s'il parvient à en démontrer la faute⁹⁷⁰. En tout état de cause, l'assureur de responsabilité de l'agence, nécessairement exigé par la loi, doit indemniser la victime intégralement et disposera donc d'un recours subrogatoire. Notons alors que la clause limitative de responsabilité fixée par l'intermédiaire ne s'oppose pas à lui, pas plus qu'à l'intermédiaire, par application de l'article 1165 du Code civil. Ils sont en effet tiers au contrat. Cette première hypothèse montre comment le client d'un transporteur avait tout intérêt à s'adresser à une agence, plutôt qu'au transporteur directement, ceci afin d'être intégralement indemnisé par l'agence, sans se voir opposer une clause limitative de responsabilité. Par le mécanisme d'assurance obligatoire imposé par la loi de 1992, le client pouvait donc être certain de la solvabilité de l'agence. Mais la loi du 22 juillet 2009, si elle maintient cette exigence d'assurance, change cependant le résultat de cette réflexion. En effet, cette loi rend désormais opposable au client les clauses de limitations de responsabilités incluses dans les conventions internationales. L'indemnisation du client pourra donc être limitée dans ces cas précis où existe une telle convention. La nouvelle règle risque de susciter quelques réserves, voire quelques critiques, car elle aboutit à fausser le régime de responsabilité de plein droit de l'agence : en effet, ce qui était conçu comme un cas autonome de responsabilité pour autrui se calcule désormais sur la responsabilité du transporteur.

585. Dans un deuxième temps, il convient de raisonner selon une hypothèse strictement inverse. Cette fois le client assigne en responsabilité l'intermédiaire, mais on suppose que la

⁹⁶⁷ CA Paris, 5 novembre 1996 : *D.*1997, 292, note Y.Dagorne-Labbé.

⁹⁶⁸ D.Tandonnet-Gency, thèse préc., tome 2, n°483.

⁹⁶⁹ Cass.civ.1^{ère}, 22 juin 2004, pourvoi n°01-03926 : *Bull. civ.* I, n°181.

⁹⁷⁰ Cass.civ.1^{ère}, 15 mars 2005, pourvoi n°02-15940 : *JCP*, G, 2005, IV, n°1959 ; *RDC* 2005, 1068, obs. D.Fenouillet

clause limitative de responsabilité que lui oppose ce dernier lui offre une indemnisation moins importante que s'il ne s'était adressé à l'intermédiaire. Du point de vue du client, la règle est sans aucun doute regrettable⁹⁷¹. Peut-il pour autant se prévaloir des conditions contractuelles du prestataire de service ? On peut rétorquer que celui qui est responsable pour autrui emprunte sa responsabilité. Cependant, par combinaison des règles de l'article 1134 du Code civil et de l'article 1165 du Code civil, même s'il semble qu'il n'y ait pas lieu de faire subir à l'intermédiaire une responsabilité plus dure que celle qu'il s'était légalement ménagée, il faut raisonner en termes d'opposabilité. En conséquence, tout dépendra généralement du point de savoir si l'intermédiaire a ou non accepté la clause. Un arrêt, rendu au visa de l'article 1134 du Code civil, conforte cette règle⁹⁷². Suite à un sinistre survenu lors du transport de produits pharmaceutiques, confié à un commissionnaire, qui s'était adressé à un transporteur, l'intermédiaire et son assureur ont sollicité une réparation auprès de l'intermédiaire. Celui-ci a alors appelé en garantie le transporteur et la cour d'appel de Paris fait application de la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat liant l'intermédiaire au transporteur. Elle estime que lors du chargement, le client a reçu un exemplaire du récépissé de transport ; son absence de protestation à réception fait présumer qu'il a accepté le plafond de réparation qui y était mentionné. Or, la Cour de cassation casse l'arrêt. Elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'intermédiaire avait eu connaissance et avait accepté la clause discutée. La référence à l'article 1134 du Code civil pouvait en l'espèce se doubler d'un visa à l'article 1165 du même code, tant il apparaît que l'intermédiaire est considéré comme un tiers au contrat conclu entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. Il est vrai que cette décision s'appuie sur le particularisme du contrat de commission : le commissionnaire, à l'inverse du mandataire, agit en son nom. Le commettant n'est donc pas contractuellement lié au transporteur. Mais, son enseignement ne résulte aucunement de cette spécificité. Il révèle juste l'importance de l'opposabilité d'une clause contractuelle et on peut en déduire qu'en cas de responsabilité contractuelle pour autrui, seules s'appliquent les stipulations contractuelles incluses dans le contrat liant l'intermédiaire à l'intermédiaire⁹⁷³, à moins que ce dernier n'ait donné son consentement à une clause distincte. Cependant, l'intérêt pratique de la solution est

⁹⁷¹ Mais envisageable, selon certains auteurs, même en ce qui concerne les agences de voyages, La limitation de l'indemnisation serait en elle-même possible tant qu'elle n'est pas abusive, au sens donné par le Droit de la consommation et tant qu'elle ne porte pas sur la réparation d'un préjudice corporel. En ce sens, D.Tandonnet-Gency, article précité. Toutefois, cette tolérance paraît contraire au mécanisme de responsabilité de plein droit posé par la loi.

⁹⁷² Cass.com., 3 décembre 1985 : *Bull.civ.* IV, n°289.

⁹⁷³ Dans le même sens, Cass.com., 12 avril 2005, préc., *supra* n° 547, qui n'applique pas le plafond d'indemnisation inclus dans le contrat-type à la demande d'indemnisation du commettant et refuse que le partage de responsabilité ne lui soit opposé.

- L'intermédiaire contractuel -

sensiblement atténué par la similitude des conditions pratiquées par les intermédiaires et un certain nombre de prestataires de services, dont les transporteurs en grande majorité.

586. A l'issue de ces réflexions, on peut formuler la règle juridique suivante : lors de l'action en responsabilité exercée par le client contre l'intermédiaire responsable du fait d'autrui, les plafonds de garantie du contrat d'intermédiaire sont applicables, qu'ils soient inférieurs ou supérieurs à ceux pratiqués par le prestataire de services.

587. Cette étude des clauses liées à la réparation d'une inexécution montre que, si un large choix de techniques s'offre aux parties, dont l'intermédiaire en particulier, leur efficacité n'est pas certaine. En tout état de cause, on s'aperçoit que le contrat d'intermédiaire, en ce qu'il est la première étape d'une relation tripartite, ne facilite pas la prévisibilité. Néanmoins, il existe quelques circonstances, qui, à coup sûr, feront échec à la mise en cause de la responsabilité de l'intermédiaire.

§ 2. Les causes d'échec à la responsabilité de l'intermédiaire

588. Lorsqu'une hypothèse de responsabilité se dessine, soit parce que l'intermédiaire est présumé responsable, soit parce qu'une faute de sa part ou d'un de ses substitués peut être démontrée, le mécanisme de réparation ne se déclenche pourtant pas nécessairement. Deux types d'obstacles peuvent empêcher l'intermédiaire d'obtenir une indemnisation. D'une part, il existe des fondements légaux, dont les règles de prescription, qui permettent de se soustraire à une action en responsabilité (A), d'autre part, la manifestation de volonté de l'intermédiaire qui ratifie l'acte lui interdit ensuite de rechercher la responsabilité de l'intermédiaire (B).

A. Les causes légales d'échec à une action en responsabilité

589. Pour s'opposer à l'action en responsabilité contractuelle que l'intermédiaire pourrait intenter contre lui, l'intermédiaire dispose de plusieurs armes que la loi lui offre. Principalement, on songe à la prescription de l'action (1), à la possibilité de réparer un dépassement de pouvoir par une démonstration des conditions de la gestion d'affaires (2) et par la preuve d'une faute de la victime ou d'un cas de force majeure (3).

1. La prescription de l'action en responsabilité contractuelle

590. *Stricto sensu*, on le reconnaît volontiers, la prescription est tout sauf un cas d'irresponsabilité. Il s'agit au contraire d'une hypothèse dans laquelle une des parties remplit les conditions de la mise en cause de sa responsabilité : cependant, la victime ne peut l'invoquer car l'action est prescrite. Plus exactement, la prescription extinctive atteint le droit d'agir de la victime en raison du non-usage de ce droit pendant un laps de temps déterminé. L'article 2219 du Code civil la caractérise comme « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». Quoique la règle soit légale, c'est en quelque sorte par opportunité que l'auteur du préjudice n'aura pas à le réparer. Il y a là profondément une source de déséquilibre, voire d'injustice, entre les auteurs d'un même fait préjudiciable selon que leur victime tarde ou non à agir.

591. Longtemps, l'action en responsabilité a été soumise au délai de prescription trentenaire posé à l'ancien article 2262 du Code civil. Les parties au contrat d'intermédiation n'échappaient pas à la règle, à moins que l'une d'entre elles ou les deux n'aient été commerçantes, ce qui soumettait alors l'action en responsabilité au délai décennal de l'ancien article L.110-4 du Code de commerce. Mais ces délais de prescription marquaient une nouvelle fois une différence substantielle de traitement entre les intermédiaires commerçants et ceux qui ne l'étaient pas, sans qu'on puisse réellement arguer des impératifs de rapidité et de sécurité du monde des affaires pour le justifier. En effet, le milieu des affaires n'est pas du tout l'apanage des intermédiaires commerçants. D'ailleurs, confirmant la nécessité qui s'imposait de réduire la trop grande différence entre ces deux délais, l'avant-projet Catala avait fait le choix de restreindre à trois années la prescription de droit commun (voir l'article 2274 du Code civil proposé par la commission Catala⁹⁷⁴) suivant le chemin des Principes Unidroit⁹⁷⁵, ainsi que des Principes du droit européen du contrat. Pour autant, cela aurait conduit à une conséquence ennuyeuse : le délai de la prescription commerciale de dix ans serait alors devenu beaucoup plus long que celui de la prescription civile. On ne pouvait donc qu'appeler de nos vœux une simplification ; seule une harmonisation des délais de prescription civiles et commerciales pouvait permettre de mettre fin au « capharnaüm »

⁹⁷⁴ Et l'exposé des motifs par Ph.Malaurie du Livre troisième, titre XX, « De la prescription et de la possession, p.179 et s. de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, déposé au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005, *La Documentation française* 2006.

⁹⁷⁵ B.Fauvarque-Cosson, « Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple de la prescription extinctive », *RDC* 2004, 801 et s. également citée par Ph.Malaurie, exposé des motifs préc.

dénoncé par M. Malaurie. C'est en ce sens qu'il faut saluer la réforme de la prescription opérée par la Loi n°2008-561 du 17 juin 2008, qui a substitué au délai trentenaire, considéré par sa longueur excessive comme une menace trop durable contre certaines situations, un délai plus court (cinq ans) pour les actions personnelles ou mobilières (article 2224 du Code civil). Parallèlement, et c'est heureux, le délai de prescription des obligations nées entre commerçants (article L.110-4 du Code de commerce) a lui aussi été réduit au délai de cinq années. Les délais spéciaux qui avaient vocation à s'appliquer aux intermédiaires sont inchangés. En particulier, le délai de prescription *rationae materiae* visée à l'article 1792 du Code civil continue de s'appliquer : si le dommage atteint le gros œuvre, l'action en responsabilité dirigée contre le promoteur se prescrit par dix ans⁹⁷⁶. S'il s'agit du second, ouvrage, le délai est réduit à deux années⁹⁷⁷. Le délai ouvert aux intermédiaires a donc, pour l'essentiel, été substantiellement réduit, ce qui fait de la prescription un cas devenu plus probable d'échec à la mise en cause de la responsabilité des intermédiaires. Cependant, plutôt que d'espérer l'écoulement du temps, ils peuvent prendre les devants et tenter de démontrer que les conditions de la gestion d'affaires sont remplies afin d'échapper à leur sort.

2. L'application des règles de la gestion d'affaires

592. L'intermédiaire qui agit sans pouvoir en dépassant les strictes conditions qui lui avaient été imposées est susceptible d'engager sa responsabilité dans la mesure où son comportement est fautif. Toutefois, il peut néanmoins échapper à toute sanction s'il parvient à établir les conditions de la gestion d'affaires⁹⁷⁸. Celle-ci, définissable comme « un quasi-contrat en vertu duquel une personne, le gérant, accomplit des actes dans l'intérêt d'une autre, le maître ou le géré, sans qu'il l'en ait chargé⁹⁷⁹ » permet en effet de combler le vide de pouvoir dont l'acte de l'intermédiaire est atteint, ce qui gomme les conditions de mise en cause de sa responsabilité. En réalité, il s'agit d'une application particulière de la gestion d'affaires dont on sait qu'elle n'a pas seulement pour vocation de s'appliquer en matière de contrats mais concerne tout acte juridique accompli par une personne en l'absence d'autrui.

⁹⁷⁶ Plus qu'un délai de prescription, il s'agirait d'un « délai d'épreuve du bâtiment ». Voir F.Terré, Ph.Simler, Y.Lequette, *Les obligations, op.cit.*, n° 1481. Mais, avant que n'intervienne la réforme du droit de la prescription, en cas de faute lourde ou de dol du promoteur, la responsabilité de ce dernier pouvait être recherchée pendant trente ans. CE, 3 avril 1991 : *JCP*, G, 1992, II, 21827, note Ph.Godfrin.

⁹⁷⁷ V. l'article 1792-3 du Code civil.

⁹⁷⁸ V. les articles 1372 à 1375 du Code civil.

⁹⁷⁹ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la direction de R.Cabrillac, *op.cit.* V° Gestion d'affaires.

- L'intermédiaire contractuel -

593. Quand la gestion d'affaires est démontrée par l'intermédiaire, elle opère ratification tacite des actes de l'intermédiaire. En somme, s'il est établi que l'acte a été utile au maître bien qu'il n'y ait pas préalablement consenti, l'article 1375 du Code civil lui impose de s'exécuter. Ainsi, tandis que la formation du contrat d'intermédiaire nécessite le consentement des deux parties, le quasi-contrat qu'est la gestion d'affaires s'en distingue en ce qu'il résulte de la seule volonté du gérant, ici l'intermédiaire, qui prend l'initiative de passer un acte distinct de ce que son pouvoir. A l'instar de la ratification volontaire par l'intermédiaire, l'application de la gestion d'affaires entraîne rétroactivement une libération de l'intermédiaire. Mais à l'inverse d'une ratification, qui est une manifestation de volonté de l'intermédiaire, la gestion d'affaires ne nécessite aucun nouveau consentement ; l'intérêt et l'utilité que l'intermédiaire retire de l'acte passé sans son autorisation suffisent à le valider. De la sorte, non seulement l'intermédiaire ne peut plus être inquiété mais peut en outre être remboursé des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, voire obtenir le paiement d'une commission s'il est démontré que l'intermédiation préalablement autorisée par l'intermédiaire aurait été onéreuse⁹⁸⁰.

594. En somme, si l'intermédiaire parvient à démontrer l'utilité de l'acte qu'il a accompli pour le compte d'autrui, sa responsabilité ne peut être engagée pour la faute qu'il a commise en dépassant ses pouvoirs. D'ailleurs, la question peut alors se poser de savoir si véritablement en ce cas, l'intermédiaire serait à même d'enclencher un mécanisme de responsabilité. En effet, indépendamment de l'effet des articles 1372 à 1375 du Code civil, il est indéniable que, hormis la faute de l'intermédiaire, simple à démontrer, la preuve d'un préjudice semble exclue : dans la mesure où l'acte est utile et profite à l'intermédiaire, on ne voit pas très bien de quel préjudice il aurait à se plaindre. De la sorte, deux effets logiques résultent de la gestion d'affaires et des règles de la responsabilité civile ; d'une part, l'intermédiaire ne peut engager la responsabilité de l'intermédiaire, d'autre part, il est tenu de l'acte passé par ce dernier. De façon très similaire, quoique l'exonération de responsabilité de l'intermédiaire ne soit pas systématiquement totale, la démonstration d'une faute de la victime ou d'un cas de force majeure permet de faire obstacle à l'action en responsabilité intentée par l'intermédiaire.

⁹⁸⁰ A propos de l'entremise réalisée par un agent immobilier contacté par un notaire, v. Cass.civ.1^{ère} 2 juin 1970 : précité, voir *supra* n°177.

3. La faute de la victime et la force majeure

595. Bien que la référence à une cause étrangère en tant que moyen d'exonération de responsabilité ne soit pas propre aux contrats d'intermédiaires, il faut néanmoins relever l'hypothèse. Sans s'appesantir sur le sujet, il convient de dire que, sur le fondement classique de l'article 1148 du Code civil ou sur le fondement d'un texte spécifique⁹⁸¹, chaque partie peut tenter de démontrer la force majeure⁹⁸², dont l'imprévisibilité et le caractère irrésistible sont à l'heure actuelle les composantes essentielles⁹⁸³. L'avant-projet Catala n'a pas manqué l'occasion qui se présentait dans la réforme du Code civil d'intégrer au Code une définition d'ailleurs largement inspirée de la jurisprudence et qui résume la force majeure par les mêmes critères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité⁹⁸⁴. Pour le reste, il faut s'interroger sur le point de savoir si, dans tous les cas, le fait d'un tiers ou de la victime elle-même ont une incidence sur la responsabilité de l'intermédiaire, débiteur de l'obligation inexécutée.

596. Précisément, le fait du tiers ou de l'intermédiaire, victime, n'est une cause d'exonération totale de responsabilité de l'intermédiaire qu'autant qu'il présente les caractères de la force majeure. En outre, le tiers ne doit pas être un employé de l'intermédiaire car, dans ce cas, l'actuelle rédaction de l'article 1384 du Code civil, dans ses alinéas 1 et 5, pose dans ce cas un cas de responsabilité contractuelle pour autrui, solution que l'avant-projet Catala songe à étendre en l'absence même de subordination, au travers de la rédaction de son article 1360. En revanche, la faute de la victime peut avoir contribué au dommage sans pour autant avoir été irrésistible ou imprévisible. Dans ce cas, elle n'entraînera qu'une exonération partielle du débiteur de l'obligation inexécutée.

597. Plus généralement, il est facile de comprendre ces différences de points de vue concernant la faute de la victime ou le fait d'un tiers. En effet, si seule la force majeure doit être démontrée selon la loi, le but recherché est de supprimer intégralement les conditions de

⁹⁸¹ Tel que l'article L.132-4 du Code de commerce relatif aux commissionnaires par exemple.

⁹⁸² Au sujet de l'effet de l'annonce d'un ouragan sur les obligations du voyageur, lire C.Gory, « La force majeure à l'honneur : retour sur l'ouragan Emily », *Gaz.Pal.* 23 septembre 2008, n°267, p.19.

⁹⁸³ Le caractère d'extériorité de l'événement n'est en effet pas toujours requis. Ainsi, une grève dans une entreprise a pu parfois être retenue, alors même qu'il s'agit d'un cas interne rendant l'exécution impossible, comme une hypothèse de force majeure. V. à propos d'une grève sans préavis affectant l'ensemble du réseau SNCF, Cass.civ.1^{ère}, 6 octobre 1993 : *JCP*, G, 1993, II, 22154, note Ph.Waquet ; *JCP*, G, 1994, I, 3773, n°7, obs. G.Viney ; *RTDciv.* 1994, 873, obs. P.Jourdain.

⁹⁸⁴ Voir G.Viney, Exposé des motifs de l'avant-projet Catala, à propos de la réforme du droit de la responsabilité et l'article 1349, alinéa 3, de l'avant-projet.

- L'intermédiaire contractuel -

la responsabilité du débiteur⁹⁸⁵. La force majeure entraîne une exonération totale de responsabilité. Si au contraire le débiteur peut faire état de la faute de son cocontractant, celle-ci ne vient pas automatiquement faire disparaître sa propre responsabilité : elle la diminue à due proportion. En cela, elle est donc souvent retenue comme une cause d'exonération partielle. Néanmoins, il est admissible que la faute de l'intermédiaire ait pu empêcher l'intermédiaire de s'exécuter : dans ce cas, sa responsabilité peut ne pas être retenue, quand bien même quelques fautes légères pourraient lui être reprochées. C'est en ce sens qu'a jugé la Cour de cassation, saisie d'une demande de dommages et intérêts présentée par un vendeur contre un commissaire-priseur, auquel il reprochait d'avoir retiré de la vente, sans l'en avertir, le moule d'un sculpteur de renom inscrit au catalogue. Or, si l'intermédiaire a agi de la sorte, c'est parce qu'il a eu un doute sur la véracité des informations fournies par le propriétaire de l'objet et a préféré anticiper sur une nécessaire action en responsabilité qu'aurait ensuite intentée l'acheteur, trompé et déçu. La Cour de cassation admet qu'en cas de faute du mandant ayant entraîné l'inexécution de ses obligations par le mandataire, ce dernier ne saurait être tenu pour responsable⁹⁸⁶.

598. Aux circonstances d'échec à la responsabilité qui viennent d'être vues, et qui sont de source légale, se superpose un cas particulier, lié à une nouvelle manifestation de volonté de la part de l'intermédiaire. Ce dernier a seul en effet la possibilité de ratifier l'acte irrégulier passé par l'intermédiaire.

B. La ratification de l'acte de l'intermédiaire

599. L'hypothèse d'une ratification constitue probablement l'exemple le plus pur d'une cause volontaire d'échec à la responsabilité d'un cocontractant. Ce qui constituait une faute a été « racheté » par le donneur d'ordre. Son consentement anéantit rétroactivement à la fois la faute, le dommage et le lien de causalité. Les conditions de la responsabilité disparaissent. La ratification est un acte juridique unilatéral par lequel le mandant accepte de reprendre à son compte les actes passés par l'intermédiaire dépassant ses pouvoirs. En conséquence, l'intermédiaire est donc libéré totalement des actes ratifiés.

⁹⁸⁵ Voir du créancier, mais ce n'est pas le sujet : sur cette intéressante question néanmoins, C.Grimaldi, « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.*2009, 1298.

⁹⁸⁶ Cass.civ.1^{ère}, 7 février 2006 : *RTDciv.*2006, 341, note P-Y Gautier, cite Troplong, *Droit civil expliqué, Du mandat*, n°379, qui déjà indiquait autrefois que « si le mandat reste inexécuté, c'est son fait [celui du mandant] qui est en cause et l'on ne saurait rien imputer au mandataire ».

600. La ratification de l'acte par le mandant présente un double effet : elle décharge l'intermédiaire de toute responsabilité contractuelle envers l'intermédiaire en même temps qu'elle fonde l'engagement de l'intermédiaire vis-à-vis de l'intermédiaire par application de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil. Ces deux conséquences la rapprochent évidemment de la gestion d'affaires, précédemment étudiée. Le défaut de pouvoir qui affectait l'acte est couvert. La ratification opère une sorte de purge qui s'apparente à la confirmation d'un acte qui serait sous le coup d'une nullité relative. Un exemple jurisprudentiel permet de mieux saisir ce double effet. Un agent immobilier avait loué un appartement, sans disposer d'un mandat écrit. Les propriétaires avaient refusé de signer le bail en septembre 1995 mais avaient reçu les loyers pendant une année, jusqu'à ce que le locataire quitte le logement. C'est alors que les propriétaires, un peu tardivement sûrement, avaient assigné en responsabilité l'agent immobilier, se plaignant d'un prix de location trop bas. La cour d'appel avait rejeté cette demande, en estimant que la réception sans protestation des loyers valait ratification du bail. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation n'a pas manqué de rappeler qu'en vertu des articles 1 et 6 de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 (Loi Hoguet), qui sont d'ordre public, l'agent immobilier aurait dû disposer d'une convention écrite. Elle ajoute que par application de l'article 64 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972, le titulaire de la carte professionnelle « gestion immobilière » (nommée carte « G » par la pratique) doit détenir un mandat écrit qui précise l'étendue des pouvoirs et l'autorise à recevoir des biens, sommes ou valeurs à l'occasion de la gestion. En somme, elle entérine le défaut de pouvoir de l'intermédiaire en cause⁹⁸⁷. Mais, sa décision de rejet confirme la décision des juges du fond qui avaient estimé qu'il y avait ratification et qu'en conséquence, la demande d'indemnisation des propriétaires était irrecevable.

601. La ratification de l'acte passé par l'intermédiaire, ainsi qu'en dispose l'article 1998, alinéa 2 du Code civil peut être expresse ou tacite, ce qui justifie, comme l'illustre l'arrêt précité, qu'un pouvoir souverain soit laissé aux juges du fond pour en apprécier l'existence⁹⁸⁸.

602. Mais les développements qui précèdent laissent entière la question du sort des intermédiaires, tiers au contrat fondateur de l'intermédiation, qui ont nécessairement à connaître

⁹⁸⁷ Cass.civ.1^{ère}, 20 décembre 2000, inédit titré, pourvoi n°98-19648.

⁹⁸⁸ Cass.civ.3^{ème}, 2 mai 1978 : *Bull.civ.III*, n°173.

de l'intermédiaire. Pour ce qui les concerne, leurs rapports avec ce dernier n'étant pas forcément contractuel, en raison du jeu de la représentation, le préjudice dont ils pourraient avoir à se plaindre a des fondements différents. Il importe donc à présent d'éclaircir les différents régimes de responsabilité de l'intermédiaire envers l'intermédié.

Chapitre 2. La déclinaison des responsabilités de l'intermédiaire envers l'intermédié

603. L'intermédiaire, qui assume une mission variable selon les besoins de l'intermédiaire, se présente à l'intermédié sous diverses facettes. Comme on l'a vu, soit il endosse la qualité de partie apparente, soit il n'agit ouvertement qu'en qualité d'intermédiaire. Ainsi, s'il n'est que représentant, il n'engage sa responsabilité envers l'intermédié que sur un fondement extra-contractuel (section 1), tandis que s'il est un intermédiaire opaque, il doit répondre de ses fautes contractuelles (section 2).

Section 1. La responsabilité civile délictuelle de l'intermédiaire transparent

604. Le mécanisme de représentation opérant en matière d'intermédiation transparente, l'intermédiaire n'est pas le cocontractant de l'intermédié. Il n'a agi qu'ès qualités. Le défaut d'engagement contractuel entre l'intermédiaire transparent et l'intermédié laisse ainsi place à un principe de responsabilité délictuelle. Certaines entorses sont à relever et à rapprocher des évolutions probables du droit de la responsabilité pour autrui (§1). Mais, le principe demeure pour l'heure bien établi et l'étude des diverses fautes que peut commettre l'intermédiaire au préjudice de l'intermédié permet d'illustrer la variété des actions en responsabilité professionnelle qui peuvent être redoutées (§ 2).

§1. Le principe et ses probables évolutions

605. Bien qu'agissant selon les ordres de l'intermédiaire, l'intermédiaire transparent n'est pas en principe un subordonné. Il évolue librement dans son activité et peut s'autoriser à choisir ses clients. Il est libre la plupart du temps des moyens qu'il met en œuvre et n'a pas de compte à rendre sur la gestion de son temps. Son indépendance est donc établie ce qui justifie

- L'intermédiaire contractuel -

que par principe, il réponde seul de ses fautes délictuelles sans que l'intermédiaire puisse être tenu à sa place en qualité de commettant (A). Néanmoins, la doctrine entend manifestement élargir les cas de responsabilité pour autrui à tel point qu'il apparaît nécessaire de confronter l'un de ces objectifs de l'avant-projet Catala au sort de l'intermédiaire transparent (B).

A. L'exposé du principe

606. L'absence de lien contractuel direct entre l'intermédiaire et l'intermédié n'empêche pas la réalisation d'un dommage. Mais l'intermédié, qui est alors considéré comme un tiers, ne peut que se prévaloir des règles de la responsabilité civile délictuelle, fondées sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Il ne peut espérer utilement fonder un recours contre l'intermédiaire (1), car ce dernier n'est en principe pas responsable des fautes commises par l'intermédiaire auquel il s'est adressé. L'intermédié doit ainsi solliciter une réparation directement auprès de l'intermédiaire, qui répond de ses fautes délictuelles et de celles commises par les personnes qu'il a pu se substituer (2). Il n'y a d'exception notable à cette règle que si l'intermédiaire a pris un engagement personnel envers l'intermédié (3).

1. L'exclusion : l'inapplicabilité de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil à l'intermédiaire transparent

607. L'intermédiaire a pour mission de trouver un partenaire conforme aux attentes de l'intermédiaire. Dans une certaine mesure donc, il se soumet à ses souhaits, voire à ses ordres, au point qu'on pourrait se demander si l'intermédiaire n'est pas responsable de plein droit au lieu et place de son représentant. En somme, il s'agit de se demander si la notion de pouvoir n'induit pas une forme de dépendance, d'autant plus accentuée que l'intermédiaire transparent ne conclut jamais la convention en son nom et ne veut pas y être partie. En effet, il a déjà été jugé, à propos d'un mandat social, que la qualité de mandataire « *n'est pas nécessairement exclusive de celle de préposé* »⁹⁸⁹. Or, si un lien de subordination est démontré, l'article 1384, alinéa 5, du Code civil doit pouvoir être appliqué pour substituer la responsabilité de l'intermédiaire à celle de l'intermédiaire transparent.

608. Il convient donc de s'interroger sur le point de savoir si un intermédiaire transparent est le préposé de l'intermédiaire dans la mesure où la jurisprudence a donné une définition assez

⁹⁸⁹ Cass.civ.1^{ère}, 27 mai 1986 : *Bull.civ.* I, n°134.

- L'intermédiaire contractuel -

large du lien de subordination. Concrètement, elle a énoncé qu'il suppose essentiellement que les commettants « *ont le droit de faire un acte d'autorité en donnant à leurs préposés des ordres ou des instructions sur la manière de les remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, fût-ce en l'absence de tout louage de service, les emplois qui leur ont été confiés, pour un temps et un objet déterminé* »⁹⁹⁰. L'absence de contrat de travail n'est donc pas un obstacle dirimant et il est établi que l'intermédiaire exécute nécessairement un ordre. Pour autant, il exerce une activité autonome et indépendante et l'ordre donné par l'intermédiaire ne peut être qualifié d'acte d'autorité. L'intermédiaire travaille pour le compte de clients qui n'ont pas de pouvoir disciplinaire sur lui. En conséquence, l'aporie est tranchée. Par principe, l'intermédiaire n'est pas un préposé ce qui rend l'article 1384 alinéa 5 inapplicable.

609. Toutefois, deux séries d'exceptions demeurent : d'une part, si les circonstances de fait laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond témoignent d'un véritable lien de subordination entre l'intermédiaire et l'intermédiaire, on doit considérer que ce dernier est alors responsable de plein droit si l'intermédiaire a agi dans le cadre de ses fonctions⁹⁹¹. D'autre part, il peut exister un texte spécial qui réintègre la responsabilité de l'intermédiaire dans le giron de celle de l'intermédiaire. En particulier, l'article L.511-1 du Code des assurances, dans sa version résultant de la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005, dispose que « *l'employeur ou mandant est civilement responsable, dans les termes de l'article 1384 du code civil, du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de ses employés ou mandataires agissant en cette qualité, lesquels sont considérés, pour l'application du présent article, comme des préposés, nonobstant toute convention contraire* ». Visant tous les intermédiaires (courtiers, agents généraux etc...), ce texte peut laisser penser qu'il s'agit d'un cas de responsabilité du commettant du fait de son préposé. Cependant, il a été jugé que ce texte (à l'époque où, dans sa rédaction, il ne visait que l'agent général, mais cela paraît sans incidence sur le raisonnement), n'est qu'une faveur offerte à l'assuré⁹⁹² et ne prive pas le mandant d'un éventuel recours contre son agent. De la sorte, l'intermédiaire dispose de deux responsables, qu'il peut faire condamner *in solidum*⁹⁹³ et l'intermédiaire dispose ensuite d'une

⁹⁹⁰ Cass.crim., 7 novembre 1968 : *Bull.crim.*, n°291.

⁹⁹¹ Cass.Ass.Plén., 25 février 2000 (arrêt Costedoat) : *Grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit.*, n°225 ; *D.2000*, 673, note Ph. Brun ; *D.2000*, som.467, obs. Ph.Delebecque ; *JCP*, G, 2000, II, 10295, concl. R.Kessous, note M.Billiau ; *JCP*, G, 2000, I, 241, n°16, obs. G.Viney ; *RTDciv.2000*, 582, obs.P.Jourdain.

⁹⁹² Cass.civ.1^{ère}, 10 décembre 2002 : *D. 2003*, 510, concl. J.Sainte-Rose ; *RGDA* 2003, 129, note D.Langé.

⁹⁹³ En ce sens, Y.Lambert-Faivre et L.Leveueur, *Droit des assurances, op.cit.*, n°187.

- L'intermédiaire contractuel -

action récursoire contre l'intermédiaire⁹⁹⁴. Cela s'oppose donc au régime de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, car à l'évidence, la Cour de cassation n'applique pas à l'agent d'assurance le régime de faveur qu'elle applique au préposé depuis l'arrêt Costedoat (Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, préc.). Toutefois, ce mécanisme, réaffirmé par la loi du 15 décembre 2005, n'est pas sans rappeler les incidences qu'aurait l'avant-projet Catala si le nouveau cas de responsabilité qu'il envisage devait être adopté⁹⁹⁵.

610. En dehors de ces deux cas de figure, puisque le principe de responsabilité pour autrui n'a pas vocation à s'appliquer, l'intermédiaire demeure responsable de ses fautes commises.

2. Le principe : l'intermédiaire transparent responsable de ses fautes délictuelles et de celles commises par ses substitués

611. L'absence de lien contractuel direct entre l'intermédiaire transparent et l'intermédié s'explique pour deux raisons : - soit l'intermédié et l'intermédiaire ne contractent pas ensemble, comme c'est le cas pour les courtiers qui se contentent de présenter un candidat potentiel au contrat : il n'y a donc à aucun moment de lien contractuel entre eux.

Ainsi, l'agence matrimoniale fournit l'identité d'un certain nombre de personnes qui envisagent de se marier mais ne peut en aucune manière contracter une union pour le compte d'un de ses clients.

- soit l'intermédiaire et l'intermédié contractent ensemble, physiquement ou par voie électronique. La validité du contrat est, comme on l'a vu, soumise à des règles classiques. Pour autant, aucun lien contractuel ne se crée entre eux car, par le jeu de la représentation, l'intermédiaire recueille immédiatement et automatiquement les effets et obligations nés de ce contrat.

612. En conséquence, quoique l'intermédiaire transparent participe le plus souvent à la conclusion de la convention, du fait du jeu de la représentation, les droits et obligations qui résultent du contrat naissent immédiatement dans le patrimoine de l'intermédié. Dès lors que l'intermédiaire transparent s'efface de la relation contractuelle, il est logique que les rapports

⁹⁹⁴ Jugeant que le montant du recours contre l'agent doit être limité à la différence entre les primes qui auraient été dues et les primes qui ont été encaissés, suite à la fausse mesure de l'agent général dès lors que la réalité des mesures n'aurait pas entraîné le refus de garantie de l'assureur, voir Cass.civ.2^{ème}, 4 janvier 2006 : *Les Petites Affiches* 2006, n°128, 15, note D.Noguéro ; *RCA* 2006, n° 144, et chr. 5, note critique H. Groutel.

⁹⁹⁵ Voir *infra*, n°s 631 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

entre cet intermédiaire et l'intermédié soient régis par les règles de la responsabilité civile délictuelle⁹⁹⁶. Les articles 1382 et 1383 du Code civil sont donc les fondements juridiques privilégiés de toute action en responsabilité dirigée par l'intermédié contre l'intermédiaire ou vice versa. Dans la mesure où la notion de fait dommageable est très large, les hypothèses de responsabilité sont nombreuses. Il n'est en outre pas seulement question de faute personnelle. On sait que la substitution de mandataire est reconnue par le Code civil à l'article 1994 du Code civil et que l'intermédiaire répond alors des fautes de celui qu'il s'est substitué. De toutes façons, notamment dans l'hypothèse où l'intermédiaire exerce sa profession dans le cadre d'une structure sociale, il est également tenu des actes dommageables commis par ses préposés.

613. Il importe de consacrer un développement un peu plus détaillé à une question d'importance, relative au point de savoir si la faute contractuelle, commise par l'intermédiaire dans le cadre du contrat qui le lie à l'intermédiaire, engage la responsabilité délictuelle de son auteur envers l'intermédié qui aurait eu à en souffrir. La jurisprudence de la première Chambre civile admet que la faute délictuelle puisse être tirée d'une inexécution contractuelle relevée dans le contrat d'intermédiation. Ainsi, il a été jugé que « *l'agence immobilière est responsable du dommage subi par toutes les parties à une opération dont l'échec est imputable à ses fautes professionnelles, le fondement de cette responsabilité étant contractuel à l'égard de ses clients et délictuel à l'égard des autres parties* »⁹⁹⁷. En l'occurrence, l'intermédiaire avait manqué à son obligation d'information, ce qui avait entraîné une confusion commune aux deux parties. Nécessairement, sa responsabilité devait être contractuellement engagée envers son client en raison de la faute qu'il a commise, quoique des hésitations aient pu être soulevées en doctrine sur la nature de cette responsabilité découlant de l'inexécution d'une obligation d'information⁹⁹⁸. Mais, un désaccord jurisprudentiel surgit quant au point de savoir s'il est nécessaire que cette faute soit autonome par rapport à l'inexécution du contrat pour être susceptible d'engager la responsabilité civile délictuelle de son auteur envers le tiers lésé. Ainsi, la position de la Chambre commerciale apparaît bien plus restrictive que celle de la première Chambre, en ce que, pour refuser

⁹⁹⁶ Il faut cependant garder à l'esprit, mais c'est là une question qui n'a aucun rapport avec la notion de responsabilité, que l'intermédiaire croiroire dispose toujours d'un recours contre l'intermédié à la place duquel il a payé l'intermédiaire. Il s'agit d'un principe de subrogation fondé sur le paiement.

⁹⁹⁷ Cass.civ.1^{ère}, 16 décembre 1992 : *Bull.civ.I* n°316 ; *RTDciv.*1993, 362, obs.P.Jourdain ; *JCP*, G, 1995, I, 3664 n° 7, obs.G.Viney. Plus récemment, Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000 : *Contrats Conc. Consom.* 2000, n° 275, obs. L. Leveneur ; *RTDciv.* 2001, 146, obs. P. Jourdain ; Cass.civ.1^{ère}, 13 février 2001 : *RTDciv.* 2001, 367, obs. P. Jourdain ; Cass.civ.1^{ère}, 18 mai 2004 : *D.* 2005, obs. D. Mazeaud ; *RTDciv.* 2004, 516, obs. P. Jourdain.

⁹⁹⁸ En ce sens, P. Jourdain, obs.préc.

- L'intermédiaire contractuel -

l'action en responsabilité du tiers (un armateur) contre l'intermédiaire, elle a énoncé que « *si la faute contractuelle d'un mandataire (ici un courtier) à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi-délictuelle à l'égard d'un tiers, c'est à la condition qu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence* »⁹⁹⁹. Pour reprendre ses propres termes, il faut constater que « *le fait générateur du dommage, envisagé en lui-même, est indépendant du point de vue contractuel* ». Relevant qu'en l'occurrence, le mandataire avait seulement manqué à son obligation de conseil envers le mandant, elle indique que la cour d'appel a pu déduire de cette faute, dont seul le mandant pouvait se plaindre, qu'elle n'était pas de nature à engager la responsabilité du courtier. Quant à la troisième Chambre civile, elle paraît s'accorder avec la première chambre, cassant l'arrêt d'une cour d'appel, qui avait déclaré irrecevable l'action en responsabilité exercée par un tiers, victime des fautes contractuelles d'un mandataire, dans la mesure où « *la démonstration d'une faute extérieure à son mandat permettrait seule de retenir sa responsabilité propre* », ce qui n'est ni plus ni moins que la position de la Chambre commerciale. La troisième Chambre civile a alors énoncé, au visa des articles 1984 et 1382 du Code civil et en des termes suffisamment généraux pour marquer la volonté de poser un principe qu'en « *statuant ainsi, alors que le mandataire est personnellement responsable envers les tiers des délits ou quasi-délits qu'il peut commettre à leur préjudice dans l'accomplissement de sa mission, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹⁰⁰⁰. Ces décisions erratiques obligent malgré tout, dans le cadre de cette thèse, à prendre position. Or, le statut de l'intermédiaire, qui est un professionnel, le rend débiteur, envers le tiers cocontractant, d'un comportement éthique¹⁰⁰¹. On peut donc suggérer que toute faute contractuelle d'un intermédiaire qui cause à autrui un dommage constitue un fait générateur de responsabilité en ce sens qu'elle correspond à la violation d'une obligation morale. Si l'on admettait cette proposition, qui revient à justifier les arrêts des première et troisième chambres civiles de la Cour de cassation, la mise en cause de l'intermédiaire transparent par l'intermédiaire paraît facilitée, ce qui n'est pas nécessairement un problème, dans la mesure où les assurances de responsabilité, même hors des cas où elles sont obligatoires¹⁰⁰², sont en pleine expansion. Récemment, un important arrêt de la Cour de

⁹⁹⁹ Cass.com., 17 juin 1997 : *Bull.civ.IV*, n°187 ; *RTDciv.*1998, 113, note P.Jourdain ; *JCP*, G, 1998, I, 144, n°2, note G.Viney ; également cité par Ph. Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations, op.cit.* n°1000. Cass.com., 8 octobre 2002 : *JCP*, G, 2003, I, 152, obs. G.Viney et Cass.com.8 février 2005 : *RDC* 2003, 687, note D.Mazeaud.

¹⁰⁰⁰ Cass.civ.3^{ème}, 6 janvier 1999 : *Bull.civ.* III, n°33 ; *D.*2000, 426, note C.Asfar.

¹⁰⁰¹ En ce sens, P.Jourdain et G.Viney, obs. préc., qui estiment que le rayonnement contractuel de l'inexécution tient à la qualité de « professionnel » du débiteur.

¹⁰⁰² Notamment pour ce qui concerne les agents immobiliers, les courtiers en assurance... Voir *infra* n°s 120 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

cassation, rendu en assemblée plénière, a confirmé cette analyse, relevant que le tiers à un contrat peut invoquer un manquement contractuel qui lui cause un préjudice¹⁰⁰³.

614. Ainsi, bien que l'intermédiaire soit un tiers vis-à-vis de l'intermédié, il doit répondre à ce titre de ses fautes délictuelles, qu'on peut déduire, selon le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation, d'une inexécution contractuelle. L'intermédiaire reste en principe étranger à la réparation qui incombe à l'intermédiaire parce qu'il n'est pas possible d'appliquer l'article 1384, alinéa 5, du Code civil en l'absence d'un lien de subordination. Mais, il faut prendre garde de réserver les cas dans lesquels l'intermédiaire a pris un engagement personnel envers l'intermédié.

3. L'exception : l'engagement personnel de l'intermédiaire

615. Par exception aux règles de la représentation, qui désignent l'intermédiaire comme seul contractant de l'intermédié et réservent à l'intermédiaire la place de tiers envers ce dernier, il est tout d'abord possible que l'intermédiaire, en toute connaissance de cause, accepte de s'engager personnellement auprès de l'intermédié (a). Mais au-delà, il semble que la jurisprudence marque un pas nouveau : l'intermédiaire risque d'être personnellement engagé toutes les fois qu'il n'a pas manifesté l'intention de ne pas l'être (b).

a. L'engagement personnel tiré d'une manifestation de volonté de l'intermédiaire

616. L'intermédiaire transparent peut avoir volontairement souhaité s'engager personnellement auprès de l'intermédiaire (α). Hormis cette manifestation de volonté créatrice d'un lien de droit, il faut également considérer que l'intermédiaire peut avoir mis dangereusement sur une ratification de l'intermédiaire qui n'a pas eu lieu (β).

¹⁰⁰³ Cass. Ass.Plén., 6 octobre 2006 : *D.* 2006. 2825, note G. Viney ; *JCP*, G, 2006, II, 10181, avis Gariazzo et note M. Billiau ; *RTDciv.* 2007, 123, note P.Jourdain ; *RTDciv.*115, obs.J.Mestre et B.Fages ; *RLDC* janvier 2007, 5, obs.Ph.Brun et sur le blog de D.Houtcieff, <http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com>, « Tout est relatif...sauf la faute contractuelle », qui souligne que la possibilité d'invocation de « la faute contractuelle par le tiers, sans autre condition que celle de l'existence d'un dommage, méconnaît le vieux principe de l'effet relatif des conventions ».

α. Le dépassement de pouvoirs en nom personnel

617. Cette hypothèse désigne le fait pour un intermédiaire transparent de contracter, au-delà de sa mission, en son nom et pour son compte avec l'intermédié. Cet engagement est volontaire puisque l'intermédiaire a agi non pas comme représentant mais bel et bien en son nom. Dès lors, il ne s'agit peut-être pas vraiment d'une exception puisque l'intermédiaire agit hors du cadre de ses fonctions. On reconnaît que cela ne constitue pas en soi une atteinte directe au principe selon lequel l'intermédiaire transparent n'est jamais contractuellement engagé à l'égard de l'intermédié. Néanmoins, puisque de telles circonstances revêtent en pratique un caractère exceptionnel, il a semblé plus clair de les traiter comme tel.

618. Pour les besoins de la démonstration, on suppose donc que l'intermédiaire a manifesté une volonté différente de celle qu'il émet lorsqu'il conclut l'acte au nom et pour le compte de l'intermédiaire. Il doit avoir donné un consentement personnel qui montre qu'il entend s'engager vis-à-vis de l'intermédié. Nécessairement, il déplace sa responsabilité sur le terrain contractuel.

619. Ce cas de figure est un peu différent de celui d'un intermédiaire qui dépasse ses pouvoirs, c'est à dire se présente comme un représentant mais conclut des actes juridiques distincts de ceux que sa procuration lui permettaient de conclure. En effet, dans ce cas, on sait que l'acte pourrait être remis en cause en sa totalité¹⁰⁰⁴, sans pour autant contraindre l'intermédiaire juridiquement. Certes, il s'exposerait probablement à des dommages et intérêts d'origine contractuelle à l'égard de l'intermédiaire mais de fondement délictuel quant à l'intermédié. En aucun cas, il n'aurait manifesté la volonté de contracter avec ce dernier. Pour autant, on le répète, si l'intermédiaire profite de sa rencontre avec l'intermédié pour s'engager directement avec lui, il sera alors contractuellement tenu. Il n'y a d'ailleurs rien d'original car l'intermédiaire transparent quitterait cette qualité pour assumer celle de partie¹⁰⁰⁵. Un arrêt de

¹⁰⁰⁴ Pour illustrer un cas dans lequel le mandataire, chargé de conclure un bail, avait laissé figurer dans le contrat une clause en totale contradiction avec la volonté de l'intermédiaire, matérialisée par la procuration, ce qui a incité les magistrats à prononcer la nullité absolue du bail, voir Cass.civ.3^{ème}, 15 avril 1980 : *Bull.civ.I* n°73 ; *D.*1981, IR, 314 obs.J.Ghestin ; *RTDciv.* 1981, 155, obs. F.Chabas ; également analysé par Ph.Le Tourneau, *Rép.civil*, V° Mandat, *op.cit.*, n° 374. Sur le débat, auquel on a souhaité prendre part, en faveur de l'inopposabilité, voir supra n°147 et n°433.

¹⁰⁰⁵ Pourtant, un arrêt a affirmé que le fait qu'un mandataire qui dépasse son pouvoir déclare agir en nom personnel ne s'oppose pas à ce que le mandant ratifie ses actes. Voir Cass.civ.1^{ère}, 28 avril 1980 : *Bull.civ.I*, n°129, rendu à propos d'un éditeur français qui avait vendu à un éditeur étranger le livre d'un auteur, acte qui dépassait le pouvoir qui lui était donné. Les juges estiment qu'il a dans un premier temps été ratifié puisque l'auteur a fait remarquer que l'épreuve comportait des erreurs, avant de vouloir remettre en cause cette vente.

- L'intermédiaire contractuel -

la Chambre sociale illustre parfaitement cette situation. Un inspecteur de l'UAP, mandataire de cette compagnie, engage une secrétaire. Il la licencie pour motif économique avant de cesser lui-même son activité. La secrétaire prétend devoir être réintégrée dans la société car elle s'estime contractuellement liée à l'UAP. Cependant, la Cour de cassation rejette son pourvoi et relève que : « *la cour d'appel a pu décider que Monsieur P. [l'ancien inspecteur] qui n'avait pas agi en qualité de mandataire de la compagnie UAP, avait été seul employeur de Mme B.* » [l'ancienne secrétaire]¹⁰⁰⁶.

620. De façon similaire, si l'intermédiaire dépasse volontairement ses pouvoirs pensant engager l'intermédiaire, il peut là encore risquer d'être personnellement tenu.

β. L'engagement de porte-fort non ratifié par l'intermédiaire

621. Le mécanisme de porte-fort, visé par l'article 1120 du Code civil, n'a pas, *a priori*, sa place dans l'examen de l'intermédiaire contractuel, dont on sait qu'il agit en qualité de professionnel et dispose en principe d'un pouvoir. Mais, un intermédiaire, qui ne dispose pas du pouvoir de passer un acte précis, peut sciemment promettre à l'intermédiaire que l'intermédiaire ratifiera cet engagement. De la sorte, on admet volontiers que « la promesse de porte-fort n'est pas une technique générale d'action pour le compte d'autrui, comparable au mandat [...] ou au contrat de commission [...] elle est un mécanisme correcteur, qui a une fonction accessoire et supplétive et qui permet à une personne non habilitée à représenter un tiers, d'accomplir néanmoins une opération juridique pour le compte de ce tiers, en engageant sa propre responsabilité »¹⁰⁰⁷. En bonne logique, parce que la promesse de porte-fort n'est pas une « technique générale », elle ne devrait pas être étudiée dans la perspective d'élaborer une théorie relative aux intermédiaires professionnels. Nul ne peut subsister grâce à une activité de porte-fort. Mais, bien que ponctuelle, cette technique présente une utilité accessoire : dès lors, elle est susceptible d'être utilisée par un intermédiaire professionnel, mandataire par exemple, qui dépourvu de pouvoir pour passer un acte particulier au nom et pour le compte de son client, déciderait de se porter fort de la ratification ultérieure de celui-ci. Le procédé redevient alors l'outil indispensable d'un intermédiaire professionnel et mérite qu'on s'y intéresse.

¹⁰⁰⁶ Cass.soc., 25 avril 2001, inédit, pourvoi n°99-41390.

¹⁰⁰⁷ M. Storck, analyse de l'article 1120 du Code civil, *Juris-Class..civil*, Notarial répertoire, Contrats et obligations, Fasc. 7-2, 1992 n°2.

- L'intermédiaire contractuel -

622. En somme, l'absence de lien contractuel admise entre l'intermédiaire transparent et l'intermédié doit être largement tempérée par l'existence d'une promesse de port-fort. Néanmoins, il ne s'agit pas non plus d'une véritable exception, car la promesse de porte-fort n'est pas une promesse pour autrui, terminologie qui emporterait d'ailleurs son interdiction en raison de l'article 1119 du Code civil. On ne saurait obliger personne sans avoir recueilli son consentement. Au-delà de l'objectif que peut poursuivre l'intermédiaire, qui tend à créer un lien de droit entre l'intermédié et l'intermédiaire, par ratification de ce dernier, il faut considérer que c'est d'abord une manifestation de volonté non équivoque qui engage l'intermédiaire : celui-ci promet, donc il s'agit d'un acte juridique unilatéral. Mais le cas se distingue du dépassement de pouvoirs en nom personnel qui a été étudié précédemment. En effet, cette fois, l'intermédiaire transparent est juridiquement obligé de s'engager personnellement pour enclencher un mécanisme de porte-fort, mais on doit considérer qu'il n'a pas la volonté d'être tenu personnellement de l'engagement qu'il a pris. En quelque sorte, il prend un risque supplémentaire par rapport à sa fonction primitive d'intermédiaire transparent tout en espérant qu'à la fin du processus, il pourra s'effacer.

623. Quoiqu'il ne soit pas question d'étudier présentement les conditions de formation de cette promesse, on relèvera tout de même que bien que la promesse soit un acte unilatéral, la capacité et le consentement s'apprécient tant du point de vue de l'intermédié, que du point de vue de l'intermédiaire promettant. Cette remarque est importante, principalement dans l'optique d'une utilisation de ce mécanisme correcteur par l'intermédiaire. Dans la mesure où il souhaite finalement lier l'intermédiaire, et ce de manière rétroactive¹⁰⁰⁸, il convient par avance de s'assurer de l'efficacité de cet engagement quant à la personne de l'intermédié : à quoi bon promettre une vente si l'intermédié est par exemple frappé d'une incapacité de disposer ? L'intermédiaire est censé prendre ses précautions quant à la personne de l'intermédiaire. S'il ne peut par avance, puisqu'il ne dispose pas de pouvoirs, s'assurer du consentement de l'intermédiaire, l'intermédiaire doit pour le moins vérifier que son client est juridiquement capable, s'il le souhaite ensuite, de réaliser l'acte promis. A défaut, la promesse ratifiée manquerait son but et l'intermédiaire en serait probablement tenu pour responsable.

¹⁰⁰⁸ Pour illustrer le caractère rétroactif de la ratification de la promesse, voir Cass.civ.1^{ère}, 8 juillet 1964 : D.1964, 560. En conséquence, si un agent immobilier, soucieux de faire profiter un de ses clients d'une bonne affaire signait l'acte de vente d'un immeuble, outrepassant ses pouvoirs mais se portant fort de la ratification par le client, c'est à la date de la promesse que le délai de deux ans de l'article 1676 du code civil (concernant la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes) commencera à courir. Par conséquent, l'acheteur qui aura donc ratifié ne sera à l'abri d'une action du vendeur que deux années après la promesse, marquant, par le jeu de la rétroactivité, l'engagement du tiers devenu partie.

La première chambre civile de la Cour de cassation a en effet récemment jugé que le défaut de ratification de l'engagement par le tiers entraîne l'inexécution de l'obligation de résultat que le promettant avait souscrite, peu important la validité de l'engagement qu'on avait promis de lui faire prendre¹⁰⁰⁹.

624. Si l'intermédiaire refuse de ratifier l'acte, alors l'intermédiaire promettant, qui a manqué à son obligation d'obtenir le consentement de son client, sera personnellement tenu envers l'intermédiaire. La raison en est qu'une telle promesse contient une obligation de résultat¹⁰¹⁰ dont l'inexécution doit entraîner le versement quasi-inéluctable de dommages et intérêts. Toutefois, l'intermédiaire ne s'était pas personnellement engagé au lieu et place de l'intermédiaire : il avait juste promis de procurer un consentement. Il ne s'est donc pas en principe obligé à garantir l'exécution de l'acte par l'intermédiaire¹⁰¹¹. En effet, il ne saurait être question de condamner l'intermédiaire à l'exécution en nature, puisque l'objet de son engagement est d'obtenir la ratification d'autrui. Toutefois, l'occasion est trop belle de préciser que la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment entériné l'existence de la promesse de porte-fort à des fins de garantie¹⁰¹². On parle alors de porte-fort d'exécution. Dans ce cas, l'engagement du promettant porte sur l'exécution du tiers de l'engagement préexistant auquel il a déjà généralement consenti. Ce mécanisme semble connaître un effet croissant, ne serait-ce que parce qu'il offre une garantie personnelle, qu'on pensait ne pas devoir se soumettre au formalisme du cautionnement¹⁰¹³. La Chambre commerciale a énoncé que « *celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même* ». Mais cet arrêt, qui consacre le détournement d'une institution destinée initialement à pallier le défaut de pouvoir du promettant, n'emporte pas

¹⁰⁰⁹ Cass.civ.1^{ère}, 25 janvier 2005 : *Bull.civ.I*, n°43 ; *Defrénois* 2005, 908, obs.J.Honorat ; *JCP*, G, II, 2006, 315, note Ph.Simler.

¹⁰¹⁰ L'analyse de la promesse de porte-fort en obligation de résultat est classique. Pour une illustration, Cass.civ. 3^{ème}, 7 mars 1978 : *Bull.civ.III*, n°108 ; *Defrénois* 1979, article 31928, note J-L Aubert. Egalement, Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 2^{ème} partie, *op.cit.*, n°826, qui indique que « l'obligation de porte-fort est une obligation de résultat en principe » puis que « Le créancier du porte-fort n'a donc pas à prouver que celui-ci a commis une faute ».

¹⁰¹¹ L'intermédiaire qui se porte fort n'entend donc pas assumer un engagement de du croire. Sur ce point, voir Ch.Larroumet, *Droit civil*, Tome III, 2^{ème} partie, n° 826 qui cite Cass.com., 22 juillet 1986 et Cass.civ.1^{ère}, 22 avril 1986 : *RTDciv.* 1987, 306, obs. J.Mestre, spéc.p.308 où l'auteur relève que le porte-fort ne vient pas, comme une caution, garantir l'exécution de l'obligation principale.

¹⁰¹² Cass.com., 13 décembre 2005 : *Bull.civ.IV* n°256 ; *Defrénois* 2006, 414, note E.Savaux ; *JCP*, G, II, 2006, 315, note Ph.Simler.

¹⁰¹³ Ph.Simler et Ph.Delebecque, *Droit civil*, *op.cit.*, n°337 et la même analyse au n°344 dans la précédente édition.

l'unanimité, ni dans sa pertinence, ni dans son interprétation¹⁰¹⁴. Création doctrinale, le procédé est qualifié dès ses premières apparitions de « faux porte-fort »¹⁰¹⁵ et son sacre jurisprudentiel suscite quelques réticences, certains ayant estimé que la référence au porte-fort d'exécution devrait « être exclue »¹⁰¹⁶. La soumission du porte-fort d'exécution à l'article 1326 du Code civil, qui résultait de la lecture de ce même arrêt, laissait toutefois penser qu'en cas de défaut de ratification doublé d'un défaut de formalisme, le porte-fort n'encourait alors que l'indemnisation du préjudice qu'il cause par l'inexécution de sa promesse, non pas au paiement équivalent à l'exécution de l'obligation principale. Mais la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil n'est à l'évidence plus requise. C'est sans y faire référence que la Cour de cassation a persisté dans l'affirmation d'une promesse de garantie, plus sévère qu'une promesse de porte-fort. Elle a de nouveau indiqué que « *celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage, accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers, à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même* »¹⁰¹⁷. Cette fois, l'absence de référence au formalisme de l'article 1326 du Code civil¹⁰¹⁸ permet de penser que l'intermédiaire doit se montrer très vigilant dans l'utilisation de cette technique d'anticipation sur un consentement ultérieur, au demeurant aléatoire.

625. En conclusion, il apparaît que l'intermédiaire transparent n'est que rarement tenu personnellement, à moins d'une volonté manifeste de l'être ou du défaut de consentement de l'intermédiaire promis à l'intermédiaire. Cependant, cette théorie peut être perturbée par des décisions jurisprudentielles plus sévères envers l'intermédiaire.

¹⁰¹⁴ Comparer E.Savaux, préc., qui évoque une garantie accessoire et Ph.Simler, préc., qui nie la qualification de garantie accessoire ou autonome, au profit de garantie indemnitaire, que réfute précisément le commentateur du Defrénois. Pour Ph.Malinvaud, *Droit des obligations*, LexisNexis Litec, 10^{ème} éd.2007, n°104, il s'agirait d'une « sûreté personnelle *sui generis* ».

¹⁰¹⁵ M.Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^{ème} éd., 2004, (nous soulignons volontairement l'édition, qui n'est pas la plus récente), n°33.

¹⁰¹⁶ E.Savaux, note sous Cass.com., 13 décembre 2005, préc.

¹⁰¹⁷ Cass.com. 18 décembre 2007, inédit, pourvoi n°05-14328, solution énoncée dans une espèce où c'est l'intermédiaire cette fois qui a pu bénéficier de l'obligation qu'a souscrite le promettant. Un contrat lui avait confié le soin de préparer l'introduction en bourse des titres d'une société moyennant le règlement par cette dernière des honoraires dus à ce titre et comportait une clause par laquelle M. X..., dirigeant et principal actionnaire de cette société, se portait fort de leur paiement. L'opération est stoppée deux jours avant son terme et la société mise en faillite ; l'intermédiaire se prévaut toutefois du droit à commission pour avoir rempli totalement sa mission et s'adresse à l'ancien dirigeant pour être payé. La chambre commerciale de la Cour de cassation lui a donné gain de cause, en retenant que le dirigeant a contracté l'engagement de se substituer à la société en cas de défaillance de sa part.

¹⁰¹⁸ Soumission artificielle et au demeurant contestée. Notamment, L.Aynès, P.Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 4^{ème} édition, 2009, n°325.

b. Vers un élargissement de l'engagement personnel de l'intermédiaire ?

626. Si l'on a jusqu'à présent supposé que l'intermédiaire transparent qui n'agit pas en son nom ne saurait être personnellement engagé, il faut bien reconnaître que certains arrêts ne sont pas si nets en ce qu'ils déduisent l'engagement personnel d'un mandataire à défaut d'engagement exprès à titre de représentant. En quelque sorte, ils donnent effet au dépassement de pouvoirs ce qui conduit à une solution inverse à celle qui vient d'être énoncée. Une sorte de présomption d'engagement personnel à défaut de mention contraire se dessine au sein tant de la troisième Chambre civile, que de la Chambre commerciale. Pour mieux comprendre cette évolution, il paraît donc nécessaire de reprendre successivement deux décisions récentes.

627. Dans une première espèce, un administrateur de biens, syndic de copropriété, avait commandé des travaux à un artisan, sous sa dénomination professionnelle, mais sans préciser les copropriétés concernées ou l'identité des propriétaires. La troisième Chambre civile a déduit de ces circonstances que le syndic devait être considéré comme ayant traité en son nom propre et était tenu de régler le montant des factures¹⁰¹⁹.

628. Ensuite, dans une autre espèce, une société avait souscrit un billet à ordre, au bénéfice d'une banque, sous la signature de son représentant, Mme S. Cette même personne appose une seconde fois sa signature en tant qu'avaliste. La Cour de cassation estime que dès lors que la même personne en la même qualité, ne peut être à la fois souscripteur et donneur d'aval, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a retenu, faute pour Mme S. d'établir avoir souscrit l'aval en tant que mandataire, qu'elle s'était personnellement engagée¹⁰²⁰.

629. Si on peut arguer du particularisme du droit cambiaire pour dénier une quelconque pertinence à ce dernier arrêt¹⁰²¹, il semble plus difficile de contester l'incidence nouvelle qui résulte du premier. A ce propos, la jurisprudence la plus récente apparaît aussi la plus surprenante. En effet, dans la mesure où le syndic avait agi ès qualités, il aurait semblé naturel

¹⁰¹⁹ Cass.civ.3^{ème}, 12 mai 2004 : *Bull.civ.III*, n°94.

¹⁰²⁰ Cass.com., 10 octobre 2000, inédit titré, pourvoi n°98-11441.

¹⁰²¹ Il est de jurisprudence constante que l'aval sans mention engage la responsabilité personnelle du signataire sans que les juges aient à rechercher si celui-ci est intervenu en qualité de gérant de société. Voir notamment Cass.com., 28 juin 1983 : *Bull.civ.IV*, n°90 ; *D.1984*, som.71, obs.M.Cabrillac et Cass.com., 6 octobre 1998 : *RTDcom.1999*, 164, obs. M.Cabrillac.

- L'intermédiaire contractuel -

qu'il soit libéré du paiement des factures, d'autant que les travaux n'avaient pas été accomplis manifestement pour son propre compte. En l'obligeant à régler l'artisan toutefois, on ne le prive probablement pas d'un recours subrogatoire. En effet, dans la mesure où la Cour fait état d'un engagement en « *son nom propre* », il faut certainement comprendre que l'intermédiaire n'a pourtant pas agi pour son propre compte, ce qui justifie son recours contre l'intermédié. Il n'est pas le débiteur final de ces sommes mais supporte le risque d'une insolvabilité de ses mandants. Voilà donc un curieux régime qui est imposé à ce mandataire, initialement transparent et dont l'opacité a été brusquement dénoncée par la troisième Chambre civile. Pourtant, pour parvenir à une solution similaire, la Cour aurait pu décider que s'imposait un mandat de payer, accessoire au mandat principal où relever qu'il résultait des circonstances que le syndic avait entendu garantir le paiement des factures par ses mandants¹⁰²². En somme, même si l'intermédiaire dispose d'un pouvoir -nul ne pourra contester que l'essentiel de la mission d'un syndic consiste à veiller au bon entretien des locaux et que son mandat l'oblige à faire procéder à toute réparation utile- il est possible qu'il s'expose à un engagement personnel vis-à-vis de l'intermédié.

630. Pour autant, on en convient, un seul arrêt ne peut convaincre de la légitimité d'affirmer l'émergence d'un nouveau principe. Certains auteurs ont depuis quelques années fait état d'un « mouvement vers l'engagement personnel (contractuel) du mandataire professionnel envers le tiers contractant »¹⁰²³, mais il importe de rappeler qu'un intermédiaire transparent est un représentant qui n'est pas censé s'engager personnellement avec l'intermédié. Il agit au nom et pour le compte d'autrui, ce qui justifie que l'opération correctement réalisée soit neutre pour lui, hormis son droit à commission. Toutefois, comme on l'a vu, il répond de ses fautes délictuelles et de celles commises par ses substitués s'il cause un préjudice à l'intermédié sans que l'intermédié ait à répondre de tels agissements. Pourtant, cet exposé qui est le reflet du droit positif mérite d'être comparé aux travaux de l'avant-projet Catala. Si les règles de responsabilité pour autrui devaient être modifiées, on peut légitimement se demander si l'intermédié n'aurait pas alors à assumer les fautes de l'intermédiaire transparent commises envers l'intermédié.

¹⁰²² Si l'engagement de ducroire est principalement censé garantir l'intermédié de l'exécution de ses obligations par l'intermédié, il peut aussi garantir l'intermédié.

¹⁰²³ Ph.Le Tourneau, *Rép.Civil V° Mandat, op.cit.*, n° 333 (même constat au n°287 dans la version du *Rép.civil*, du même auteur, datant de 1992) qui cite l'hypothèse relevée par D.Rambure-Barathon dans sa thèse, *Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe, op.cit.*, où l'auteur évoque, au n°185, les entreprises qui désignent parmi elles une entreprise pilote à titre de mandataire commun, responsable solidairement avec chacune d'elles pour les travaux qui leur incombent. Or, manifestement, il s'agit là d'un mandat accessoire à un louage d'ouvrage répondant à un régime très particulier et dont le régime ne peut se généraliser aux intermédiaires.

B. L'influence de l'avant-projet Catala sur la responsabilité de l'intermédiaire transparent

631. Si l'actuelle rédaction de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil ne permet pas de considérer que l'intermédiaire est responsable du fait de l'intermédiaire, sauf hypothèse très exceptionnelle où un lien de subordination pourrait être démontré, la lecture de l'avant-projet Catala semble ouvrir d'autres horizons. En effet, l'exposé des motifs de Mme Viney relate que « parce que les relations commettant-préposé ont été redéfinies de manière relativement stricte, un autre cas de responsabilité pour autrui a été prévu à la charge des professionnels qui encadrent ou contrôlent l'activité d'autres professionnels en situation de dépendance économique, que ceux-ci soient des membres de professions libérales comme, par exemple, le médecin qui travaille au profit d'une clinique, ou des commerçants, comme la filiale qui dépend d'une société mère, le concessionnaire ou le franchisé qui exerce son activité en partie au profit du concédant ou du franchiseur. La responsabilité du professionnel dominant serait alors engagée lorsque le fait dommageable commis par celui qui est en situation de dépendance serait en relation directe avec l'exercice de ce contrôle »¹⁰²⁴.

632. Ainsi se dessine un cas de responsabilité pour autrui hors du cadre de la subordination, ce qui pourrait bien concerner les intermédiaires, d'autant que la rédaction de l'article 1360 de l'avant-projet se contente de viser quelques exemples qui ne sont manifestement pas exhaustifs. Il est nécessaire d'en reproduire ici les deux alinéas. Le premier dispose que « *en l'absence de lien de préposition, celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité. Il en est ainsi notamment des établissements de soin pour les dommages causés par les médecins qu'ils emploient. Il appartient au demandeur d'établir que le fait dommageable résulte de l'activité considérée* ». L'alinéa second poursuit en ces termes : « *de même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs*

¹⁰²⁴ G.Viney, Exposé des motifs du sous-titre III, « De la responsabilité civile », p.141 et s. de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, déposé au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005, *La Documentation française* 2006.

- L'intermédiaire contractuel -

concessionnaires ». Comme on vient de le remarquer, ces deux formulations paraissent suffisamment larges pour englober, sinon la totalité des intermédiaires, du moins une bonne partie d'entre eux. La plupart des éléments de la théorie doctrinale élaborée au travers de l'article 1360, alinéa 1, sont présents. Le premier concerne l'absence de lien de préposition. Or, l'activité d'intermédiaire n'est pas caractérisée par un lien de subordination ; ainsi, ce premier verrou qu'avait posé l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, saute. Ensuite, la notion d'encadrement d'organisation ou de contrôle de l'activité professionnelle est plutôt vague. On doit donc pouvoir assez facilement y faire rentrer certains intermédiaires, dont les agents commerciaux, qui ont une mission de représentation, souvent exercée selon les règles fixées par leurs mandants. Leur activité, fort voisine de celle des VRP, se distingue essentiellement par l'absence de lien de subordination. Or, l'argument n'est plus dirimant pour appliquer un principe de responsabilité du fait d'autrui selon l'avant-projet Catala. La clientèle de l'agent commercial étant commune à celle du mandant, il est d'autant plus vraisemblable d'admettre que l'intermédiaire « organise » l'activité professionnelle de ce dernier. Si l'article L.511-1 du Code des assurances n'avait pas pris le soin de réserver le cas des intermédiaires d'assurance, nul doute que ces derniers entreraient dans le champ d'application de l'avant-projet Catala. Ils agissent selon un cahier des charges établi par la compagnie d'assurance et quoique indépendants, ils n'en sont pas moins « encadrés » par elle. Enfin, il paraît évident que l'intermédiaire, en général, tire un « avantage économique » de la mission qu'il a confiée à l'intermédiaire.

633. Mais, tandis que l'alinéa 1^{er} de l'article 1360, qui vise l'organisation ou l'organisation de l'activité d'autrui, fait référence à un second critère, qui est l'avantage économique, l'alinéa 2 du même texte renvoie au contrôle de l'activité d'une personne économiquement dépendante. C'est dire que les deux alinéas ont un objectif un peu distinct, qu'une lecture trop brève aurait tendance à confondre. En réalité, il semblerait que l'alinéa 2 vise à sanctionner civilement le cerveau d'un fait préjudiciable accompli par celui qui n'avait pas véritablement les moyens de s'y opposer. Ce but est de toute évidence à rapprocher d'un certain nombre de dispositions du Code de la consommation, en particulier tirées de l'ordonnance de 1986, des lois NRE, Galland et de la LME, qui sanctionnent déjà l'abus de dépendance économique. Ces lois avaient appréhendé l'abus en lui-même et s'étaient attachées à la réparation du préjudice subi par celui qui en souffre, dont les producteurs face aux géants de la Grande distribution. Mais, la question ne s'était, semble-t-il, pas encore posée de régler le sort du préjudice subi par le tiers, victime de celui qui agit sous la contrainte économique. Mme Viney expose d'ailleurs

que « ce cas de responsabilité serait tout à fait nouveau, mais les membres du groupe ont pensé qu'il serait extrêmement utile pour ajuster le droit de la responsabilité aux transformations qui ont affecté les structures économiques, aussi bien dans le secteur de la production que dans celui de la distribution. Il permettrait en effet de faire peser une part des responsabilités encourues à la suite de dommages causés à l'occasion des activités économiques sur les véritables décideurs, ce qui serait à la fois plus juste vis à vis des professionnels en situation de dépendance et plus protecteur des victimes ». En somme, l'avant-projet Catala, qui en règle générale n'a pas souhaité aller aussi loin que les principes Lando, refusant en particulier d'asseoir juridiquement le solidarisme contractuel, a pourtant marqué ici sa volonté de rétablir une certaine justice contractuelle. En effet, ce n'est pas tant la protection de la victime, que le souhait de sanctionner le dominant qui transparaît à la lecture de l'article 1360, alinéa 2. Le sort de la victime n'est finalement guère aménagé, bien que l'on puisse supposer que le concédant est plus solvable que le concessionnaire, puisqu'elle aurait probablement à exercer deux recours, au lieu d'un seul. Un premier contre le « décideur », en vue de l'indemnisation du préjudice subi en raison du contrôle que ce dernier a exercé ; un second contre l'auteur du fait, en vue d'obtenir dédommagement du surplus. Le souci d'atteindre et de sanctionner le comportement du « décideur » apparaît donc assez clairement comme l'objectif principal de cette extension de la responsabilité du fait d'autrui.

634. Reste donc à savoir si véritablement les intermédiaires auraient à souffrir de l'application de l'alinéa 2 de l'article 1360. A cette question, aucune réponse de principe ne saurait être apportée. Les concessionnaires, spécialement visés par le texte, pas plus que les franchisés, évoqués dans l'exposé des motifs, ne sont de véritables intermédiaires, au sens juridique du terme que l'on étudie. Au mieux sont-ils des intermédiaires économiques. Pourtant, la dépendance économique n'est pas totalement étrangère à l'intermédiation au sens strict. Evoquée au stade de la formation du contrat¹⁰²⁵, la violence économique s'est révélée d'un maniement délicat lorsqu'elle est exercée à l'encontre de l'intermédiaire. Souvent en effet, la dépendance économique se déduit du lien de subordination et la victime n'a plus alors qu'à démontrer l'abus de cette dépendance. Comme les intermédiaires ne sont généralement pas des préposés, la situation de dépendance ne peut résulter d'un lien de préposition. Il leur faut donc prouver la dépendance et l'abus. De la même manière, celui qui se prévaudrait de

¹⁰²⁵ Voir *supra* n°79 et s.

- L'intermédiaire contractuel -

l'article 1360, alinéa 2, du Code civil suivant les travaux de l'avant-projet Catala, devrait en conséquence apporter la preuve de la dépendance économique subie par l'intermédiaire, doublée de la démonstration de son propre préjudice en relation direct avec le contrôle de l'activité exercée. Sa tâche paraît épineuse ; elle n'en est pas moins réalisable. Spécialement, les intermédiaires qui sont attachés à un unique client sont-ils souvent en état de dépendance économique. La précarité de leur situation ne leur permet pas de s'opposer réellement aux volontés de l'intermédiaire et il n'est pourtant pas dans leur intérêt de solliciter la nullité du contrat qui les lie, sous peine de voir s'écrouler leur activité. Si une certaine jurisprudence, encore un peu timide, impose aux intermédiaires, qui bénéficient d'une exclusivité, de « *prendre des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels* »¹⁰²⁶, les travaux de l'avant-projet Catala semblent poursuivre l'effort de moralisation des contrats d'affaires.

635. Il apparaît en conséquence que certains intermédiaires, dont les agents commerciaux et les intermédiaires exclusifs, pourraient échapper à la responsabilité délictuelle dont ils ont à répondre à l'égard de l'intermédiaire si les dispositions de l'avant-projet Catala venaient à être adoptées. Le droit positif offrirait alors un nouveau cas de responsabilité pour autrui, soumis à de strictes conditions que l'intermédiaire devrait démontrer. L'avant-projet ne dit pas ce qu'il advient d'une action directement engagée contre l'intermédiaire alors que ces conditions sont remplies. Il serait donc judicieux, afin que le nouveau dispositif ait toute l'efficacité qui lui permette d'atteindre son objectif, que le juge ait la possibilité de soulever le moyen d'office. Mais, pour l'instant, ces brèves remarques n'ont pas d'incidence directe sur le sort de l'intermédiaire transparent qui continue de répondre personnellement des faits qui sont préjudiciables aux tiers, dont l'intermédiaire en particulier.

§2. L'illustration de la variété des fautes délictuelles de l'intermédiaire

636. La responsabilité délictuelle de l'intermédiaire envers l'intermédiaire fait partie intégrante d'une responsabilité professionnelle, plus large, puisqu'elle englobe les dommages causés aux tiers dans l'exercice de la profession mais également les dommages causés aux intermédiaires. Cette responsabilité civile professionnelle est souvent couverte par un mécanisme d'assurance obligatoire, qui présente l'avantage de fournir aux victimes un tiers solvable. Toutefois, notamment parce que l'obligation de souscrire une assurance contre ce risque professionnel

¹⁰²⁶ Cass. com., 24 novembre 1998 : précité, voir *supra* n°165.

n'est pas systématique, il apparaît essentiel de présenter les hypothèses de responsabilité de l'intermédiaire transparent à l'égard de l'intermédié. A cet égard, on peut envisager la faute à deux niveaux distincts : d'abord au moment de la formation du contrat avec l'intermédié (A), ensuite lors de son exécution (B).

A. la faute commise par l'intermédiaire au moment de la conclusion du contrat

637. Dès le stade de la formation du contrat, le comportement de l'intermédiaire vis-à-vis de l'intermédié peut être considéré comme fautif. Le courtier expert en tableaux qui a trouvé un collectionneur intéressé par une œuvre dont il assure faussement à ce dernier l'authenticité commet inévitablement une faute inexcusable. Qu'il s'agisse d'un dol, voire d'une erreur provoquée sur les qualités substantielles de la chose vendue importe peu. Source principale de nullité, du moins en théorie, ce comportement fonde aussi en pratique les demandes de dommages et intérêts. En effet, nombreuses sont les victimes qui souhaitent maintenir le contrat et solliciter des dommages et intérêts, tant auprès du cocontractant que de l'intermédiaire. Concernant l'action exercée contre ce dernier, les juges s'interrogent alors au coup par coup sur l'existence ou non d'une faute, doublée d'un contrôle de la réalité d'un préjudice qui s'y rapporte. Ce dernier, s'il fait défaut, ne permet pas en effet de retenir la responsabilité de l'intermédiaire. Par exemple, si l'intermédiaire a dépassé ses pouvoirs par négligence ou intentionnellement, l'intermédié qui parvient à être engagé par le jeu de la théorie de l'apparence ne peut solliciter de dommages et intérêts, dès lors qu'il n'a pas réellement souffert de cette faute. Il peut en revanche arguer d'un dommage réparable s'il voit s'échapper la possibilité d'un contrat passé par l'intermédiaire qui a dépassé ses pouvoirs sans que la théorie du mandat apparent puisse sauver l'acte¹⁰²⁷. Face à un comportement identique du mandataire, c'est donc la notion de préjudice réparable en rapport avec la faute qui permet ou non de faire aboutir l'action. Récemment, La Cour de cassation a estimé, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « *l'agent immobilier est tenu en sa qualité de professionnel de vérifier au besoin avec l'assistance d'un tiers que l'immeuble vendu par ses soins est conforme à la description qui en a été faite aux acquéreurs* »¹⁰²⁸, ce qui l'obligeait à s'assurer que le plancher en aggloméré revêtu d'un lino qui se trouvait dans les combles de la maison

¹⁰²⁷ En ce sens, D.Veaux, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », *op.cit.*, n°13. On peut toutefois se demander si, en pareil cas, l'intermédié n'a pas lui-même fait preuve d'une certaine négligence ; si la théorie du mandat apparent ne peut jouer, c'est que son erreur n'est pas légitime et il pourrait donc avoir lui-même contribué pour partie à la réalisation du dommage dont il se plaint.

¹⁰²⁸ M.Thioye, note sous Cass.civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005 (pourvoi n°02-15021), « Etendue du devoir d'information et de conseil de l'intermédiaire », *AJDI* 2006, 396, précité.

des époux X..., reposait sur des « solivettes » dont la résistance était suffisante pour pouvoir aménager ces combles sans faire de travaux supplémentaires. En l'espèce, il y avait donc une faute et un préjudice. La jurisprudence est abondante sur le contentieux lié à la vente d'un immeuble atteint par des insectes ou des coléoptères. Mais ses solutions erratiques ne permettent pas de dégager un critère fiable de responsabilité de l'intermédiaire immobilier. A coup sûr, on sait que le vendeur intermédiaire est tenu des vices cachés par application de l'article 1643 du Code civil, sauf pour lui à faire jouer une clause de non-garantie en étant de bonne foi. Quant à l'intermédiaire, les arrêts divergent. Ainsi, il a été jugé que « *l'absence de recherche de vices cachés -des termites en l'espèce- pouvant affecter le bien qu'elle était chargée de vendre ne constituait pas pour la société mandataire une faute envers l'acquéreur* »¹⁰²⁹.

638. Bien que la solution ait été réaffirmée notamment en 2000, par un arrêt dans lequel la Cour de cassation a énoncé que « *le manquement au devoir de conseil de l'agent immobilier par l'intermédiaire duquel la vente a eu lieu, n'est pas établi dès lors que les désordres affectant l'immeuble n'étaient pas apparents et que la preuve n'était pas rapportée qu'il avait eu connaissance du vice caché* »¹⁰³⁰, un doute subsiste. En effet, dans une autre affaire, un peu plus ancienne, la cour d'appel avait débouté l'acheteur de son action dirigée contre l'intermédiaire, dès lors qu'il n'était pas spécialiste du bois et que la présence de capricornes n'était pas connue de lui lors de la vente. Pour autant, la Haute juridiction a estimé qu'il convenait de prononcer une cassation de l'arrêt car l'intermédiaire avait manqué à son obligation de conseil¹⁰³¹. Jugée sévère¹⁰³², cette décision n'a pas, semble-t-il, été réaffirmée. Néanmoins, elle peut certainement ressurgir à tout moment.

639. Il est vrai cependant que depuis lors, une loi datant de 1999¹⁰³³ impose aux propriétaires de déclarer la présence d'insectes xylophages. En outre, l'article 8 de ce texte déroge à l'article 1643 du Code civil. En effet, si une vente d'immeuble a lieu dans un périmètre contaminé, la clause d'exonération de garantie pour vice caché prévue à l'article 1643 du Code civil, si le vice caché est constitué par la présence de termites, ne peut être stipulée qu'à

¹⁰²⁹ Cass.civ.1^{ère}, 20 juin 1995, pourvoi n°93-15510.

¹⁰³⁰ Cass.civ.1^{ère}, 20 décembre 2000 : *Bull.civ.* I, n°335.

¹⁰³¹ Cass. civ.1^{ère}, 18 avril 1989, pourvoi n°87-12053.

¹⁰³² Sur l'incidence des termites et capricornes dans la vente d'un immeuble, voir F-G Trebulle « L'information sur la présence de capricornes interdit de considérer la présence non révélée de termites comme un vice caché », note sous Cass.civ. 3^{ème}, 26 février 2003 : *Rev.Droit imm.* mai/juin 2003, p.245 à 248.

¹⁰³³ Loi n°89-471 du 8 juin 1999, tendant à protéger les acquéreurs et propriétaires d'immeubles contre les termites et autres insectes xylophages, commentée par Th.Revet, *RTDciv.*1999, chron.lég., 714.

- L'intermédiaire contractuel -

condition qu'un état parasitaire du bâtiment soit annexé à l'acte authentique et soit daté de moins de trois mois. Sans aucun doute, on partage le point de vue selon lequel la loi protège davantage l'acquéreur. Pour autant, il est moins certain que « les agents immobiliers voient donc les risques de responsabilité allégés par la responsabilité endossée par les notaires au moment de l'acte authentique »¹⁰³⁴. Quoique l'état parasitaire annexé à l'acte de vente libère l'agent immobilier, il semble que ce soit davantage le vendeur professionnel qui trouve son compte dans cette loi. En effet, celui-ci ne pouvait valablement stipuler de clauses de non-garantie¹⁰³⁵. Dans la mesure où la loi ne distingue pas, on peut se demander si tout vendeur n'a pas la possibilité aujourd'hui d'être libéré de sa garantie contractuelle par une clause dont l'efficacité est liée à l'annexe de l'état parasitaire. Pour l'intermédiaire immobilier, de toutes façons, il n'y a pas, selon le dernier état de la jurisprudence, de présomption de connaissance des vices cachés. Donc, à supposer que l'état parasitaire ne soit pas annexé, l'acquéreur peut encore certainement rechercher la responsabilité de l'intermédiaire, outre celle du notaire, mais doit toujours démontrer que ces derniers avaient connaissance du vice lors de la vente.

640. On peut enfin remarquer qu'il semble curieux que le texte fasse référence à l'efficacité des clauses d'exonération de garantie en présence d'un état parasitaire. En effet, si un tel document est annexé, il faut considérer raisonnablement que le vice n'est plus caché¹⁰³⁶. Dès lors, le vendeur, en vertu de l'article 1642 du Code civil n'a pas à le garantir. Il n'y a pas lieu, donc, de stipuler une quelconque clause que le vendeur soit ou non professionnel.

641. Quoique ces remarques permettent de comprendre que l'intermédiaire peut avoir un rôle perturbateur au moment de la conclusion du contrat sans endosser la qualité de partie, il faut poursuivre l'étude de sa situation paradoxale. Il est en effet encore possible que sa présence ait contribué à une inexécution contractuelle, bien qu'une fois encore, il ne soit pas partie au contrat.

¹⁰³⁴ Sur le commentaire succinct de cette loi, voir D.Tomasin, *Rev.Droit imm.* juillet/septembre 1999, p.441 et 442.

¹⁰³⁵ Cass.civ.3^{ème}, 3 janvier 1984 : *Bull.civ.*III, n°4.

¹⁰³⁶ Pour appuyer ce raisonnement, voir Cass.civ.1^{ère}, 8 janvier 1991 : *JCP*, N, 1991, II, 200, note L.Leveneur. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que la présence de termites, connue par l'acheteur au moment de la vente, ne constitue pas un vice caché.

B. La faute commise par l'intermédiaire lors de l'exécution du contrat

642. Il semble évidemment surprenant qu'un intermédiaire transparent puisse être en partie responsable d'une inexécution à un contrat dont il ne subit pas les effets. Pourtant, l'hypothèse est concevable dans la mesure où l'intermédiaire assiste l'intermédiaire au point parfois de s'en rendre complice. Dans ce cas, la jurisprudence est très nette : « *toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction* »¹⁰³⁷. Toutefois, il faut l'avouer, les illustrations de cette circonstance ne sont pas très nombreuses. Il conviendrait en effet d'imaginer que l'intermédiaire a présenté un cocontractant et au mépris de cette première convention, en a présenté un deuxième. C'est par exemple le cas d'une double promesse de vente pour un même bien. Ensuite, on peut supposer qu'un agent commercial engage la société, qu'il représente, avec un acheteur auquel il garantit l'exclusivité puis contracte au mépris de cette clause une seconde fois avec un autre acheteur.

643. La jurisprudence ne s'est jamais, semble-t-il, prononcé clairement sur cette hypothèse, tout du moins en matière d'intermédiaires. Cependant, à l'égard d'autres mandataires, la solution n'a pas été retenue, mais elle a néanmoins été avancée, en filigrane dans un attendu de la Cour de cassation : « *lorsque les administrateurs du séquestre d'une société n'ont contracté une dette qu'en qualité de mandataire, au nom et pour le compte de ladite société, les juges du fond ne sauraient les condamner solidairement avec la société au paiement de cette dette sans relever à leur encontre [...] une faute de nature à engager leur responsabilité personnelle* »¹⁰³⁸. En outre, et de façon plus nette, dans une affaire concernant un célèbre cycliste, la Cour a consacré cette possibilité. Le sportif avait conclu par le biais de son mandataire, la société Euroforce, un contrat d'exclusivité permettant à la société Vitagermine d'utiliser son image pour commercialiser des produits d'hygiène alimentaire. Au mépris de ce contrat, un second engagement a été pris avec la société La Vie claire, pour une utilisation sinon identique, du moins similaire. La première Chambre civile a confirmé la condamnation tant du cycliste, que de son mandataire et de la seconde société¹⁰³⁹. Quoique le mandataire en

¹⁰³⁷ Cass.com., 11 octobre 1971 : D.1972, 120, note X.D. Mais l'arrêt ne concerne pas il est vrai l'intermédiaire. Il a été rendu à propos d'un contrat de bière. Le grossiste se réfugiait derrière la résiliation pour affirmer qu'il ne pouvait être condamné à réparer le dommage subi du fait de la violation d'une exclusivité qui liait les détaillants que lui-même fournissait depuis lors.

¹⁰³⁸ Cass.com., 18 octobre 1967 : Bull.civ. IV, n°420.

¹⁰³⁹ Cass.civ.1^{ère}, 21 décembre 1987, inédit titré, pourvoi n°86-12942.

- L'intermédiaire contractuel -

question ne soit pas un intermédiaire, la solution vient appuyer l'idée que l'intermédiaire peut être lié à une inexécution du contrat auquel il n'est pas partie.

644. Nécessairement, l'intermédiaire qui agit de la sorte risque d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du mandant mais doit surtout répondre de sa participation active à la violation du contrat auprès de l'intermédié. Le dénominateur commun à tous les intermédiaires transparents consiste à ne pas s'engager contractuellement avec l'intermédié. Sauf dans des circonstances définies comme exceptionnelles, ils ont donc vocation à s'effacer du contrat passé par leurs soins. Néanmoins, une jurisprudence récente témoigne d'un risque supplémentaire qui guette l'intermédiaire transparent, mandataire parfait qui agit dans l'exercice de sa mission. Il est menacé dans certaines situations d'un engagement direct, ce qui consiste à appliquer les règles d'un mandat sans représentation¹⁰⁴⁰. Il y a en conséquence un changement de régime juridique particulièrement risqué. Pourtant, la distinction initialement ne fait aucun doute : les liens qui unissent l'intermédiaire opaque à l'intermédié ne sont pas de même nature.

Section 2. La responsabilité civile contractuelle de l'intermédiaire opaque

645. Dans la mesure où les intermédiaires opaques agissent en leur nom, on a vu qu'ils étaient contractuellement engagés envers l'intermédié. Dès lors, il semble évident que les règles de la responsabilité contractuelle trouvent à s'appliquer si un problème survenait lors de l'exécution du contrat. Pour autant, on sait également que l'intermédiaire n'agit que par mandat, c'est à dire sur un ordre : en ce sens, il est envisageable de penser que le maître de l'affaire, qui bénéficiera nécessairement du résultat de l'opération, est responsable de son mandataire.

646. Mais, deux raisons majeures viennent contrarier cette dernière analyse : d'abord, il n'y a pas de représentation qui permette de reporter les effets du contrat sur la tête de l'intermédiant. On ne saurait donc considérer que les conséquences d'une inexécution contractuelle puissent être transférées sur sa tête. Ensuite, toute forme de préposition étant exclue en matière d'intermédiation, il est impossible de retenir que l'intermédiaire est contractuellement responsable du fait de son préposé. L'article 1384, alinéa 5, est une

¹⁰⁴⁰ Voir *supra* n°626.

- L'intermédiaire contractuel -

nouvelle fois inapplicable. Les propositions de réforme du droit de la responsabilité pour autrui, contenues dans l'avant-projet Catala, semblent avoir moins de répercussions. En effet, à l'inverse de l'intermédiaire transparent, qui peut subir une certaine influence de l'intermédiaire, l'intermédiaire opaque paraît moins malléable. Toutefois, sa situation est plus risquée à l'égard de l'intermédiaire et le bon déroulement de l'opération est lié à la coopération de l'intermédiaire. On peut donc supposer que dans certains cas, l'intermédiaire opaque pourrait se trouver en état de dépendance économique, qui ne lui laisse pas toute la latitude requise et qu'en cas de dommage causé par l'intermédiaire, l'intermédiaire en serait alors tenu. Mais, ce raisonnement est une supposition qui ne trouve pour l'heure aucun fondement juridique.

647. En conséquence de ces deux exclusions, l'une écartant la représentation, la seconde excluant un cas de responsabilité pour autrui, il faut bien admettre que l'intermédiaire demeure engagé avec l'intermédiaire selon les règles de la responsabilité contractuelle : il n'est pas possible de considérer qu'il y a novation par changement de débiteur, même si l'intermédiaire a levé le voile sur l'identité de l'intermédiaire¹⁰⁴¹. Déjà évoquée pour justifier qu'il n'existe pas, de manière générale, d'action directe de l'intermédiaire contre l'intermédiaire en cas d'intermédiation opaque, un arrêt de la Cour de cassation affirme que le commissionnaire, agissant en son propre nom, se trouve personnellement et seul engagé à l'égard des tiers avec qui il traite¹⁰⁴².

648. Pour cette raison, le commissionnaire a qualité pour agir en résiliation d'un contrat pour défaut de paiement du cocontractant. Il peut demander des dommages et intérêts pour retard dans l'exécution du contrat. Certes, ces actions doivent profiter au maître de l'affaire qui en toute logique est le seul à subir un préjudice. Toutefois, il est dans l'intérêt de l'intermédiaire d'agir : au titre de son contrat avec l'intermédiaire, il s'expose lui-même à des sanctions s'il ne ménage pas les intérêts de son client. D'autre part, s'il s'est porté du croire, il a également intérêt à agir contre ce débiteur en réparation de son préjudice puisque lui-même aura payé l'intermédiaire au lieu et place du cocontractant¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ En ce sens, P.Chauvel, *Rép.com.Dalloz*, V°Commissionnaire, *op.cit.*, n°235.

¹⁰⁴² Cass.com., 15 juillet 1963 : cité *supra* n°705.

¹⁰⁴³ Paris, 15 mai 1990, *D.1990*, IR.158

- L'intermédiaire contractuel -

649. De façon symétrique, l'intermédié s'adresse en priorité à l'intermédiaire : en effet, il peut toujours croire que celui avec lequel il a contracté a agi non seulement en son nom mais également pour son compte. Mais à supposer qu'il connaisse l'intermédiation, le simple fait que l'intermédiaire ait agi en son nom personnel l'autorise de toutes façons agir directement contre lui¹⁰⁴⁴. Ceci semble évident et tout à fait conforme à la théorie générale des contrats : n'est engagé contractuellement que celui qui a personnellement consenti¹⁰⁴⁵.

650. On relèvera toutefois que ces principes de solutions ne sont pas sans danger. En réalité, ce n'est pas tant l'intermédiaire que son cocontractant qui s'expose à un risque. Ce dernier en effet peut se heurter à une procédure collective de l'intermédiaire qui lui rendrait plus difficile tant l'exécution du contrat qu'une action éventuelle en responsabilité. Hormis le transporteur, auquel la loi accorde une action directe contre l'expéditeur pour obtenir paiement de sa prestation (article L.132-8 du Code de commerce), les intermédiés sont plutôt mal lotis. Parallèlement, tant que l'intermédiaire ne commet pas de faute et qu'il ne s'est pas porté du croire, il ne subit pas véritablement le non-paiement d'un achat par l'intermédié. Ce risque final se reporte sur l'intermédiant. L'inexécution d'un transport ou un retard dans la livraison n'a guère de répercussions jurisprudentielles quant à la relation intermédié-intermédiaire. Généralement en effet, l'intermédiant est demeuré propriétaire des marchandises. C'est lui qui subit donc les avaries qui résultent du retard ou de l'inaccomplissement de la livraison. Or, comme on l'a vu alors, le commissionnaire en transport est responsable du fait du transporteur et doit indemniser son client par application pure et simple des articles L.132-4 et L.132-5 du Code de commerce¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ Il a été notamment jugé que le prête-nom est personnellement et directement engagé envers celui avec lequel il a contracté, quand bien même ce cocontractant aurait eu connaissance de sa qualité. Cass.com., 28 avril 1982 : D.1986, 233, note D.Rambure.

¹⁰⁴⁵ Bien sûr, il faut entendre l'expression au sens large et considérer qu'on est aussi censé avoir personnellement consenti par le biais d'un représentant valablement désigné. De la sorte, l'intermédiaire opaque pourrait être juridiquement engagé par une personne chargée de le représenter.

¹⁰⁴⁶ Voir *supra* n°546 et l'arrêt Cass.com., 12 avril 2005, cité.

CONCLUSIONS DU TITRE 2 ET DE LA SECONDE PARTIE

651. L'intermédiaire contractuel offre à celui qui sollicite ses services une grande souplesse. Selon que le donneur d'ordre souhaite plus ou moins s'engager avec l'intermédié, il est envisageable de faire varier le pouvoir de l'intermédiaire. La variété des fonctions assumées par ce dernier trouve alors une incidence directe dans les responsabilités qu'il assume envers l'intermédié. Si la profession d'intermédiaire se résumait à un mandat professionnel, nul doute que cet exposé aurait présenté moins d'intérêt. L'intermédiaire aurait assumé ses fautes, ainsi que celles commises par les personnes qu'il a pu se substituer, sur un plan extra-contractuel. La règle aurait été conforme à l'article 1165 du Code civil, qui vise l'effet relatif des conventions. N'ayant pas personnellement contracté avec l'intermédié, il n'aurait pas pu être personnellement inquiété par l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat qu'il a conclu au nom et pour le compte d'autrui. Mais, c'est là tout l'attrait du recours à un intermédiaire : on peut aussi exiger de lui qu'il s'engage en son nom. Dans ce cas, quoique les charges et obligations résultant du contrat ne lui reviennent pas à l'issue de l'opération, une période transitoire d'exécution le place en première ligne face à l'intermédié, qui ne connaît que lui. La jurisprudence de la Cour de cassation, pour l'heure hostile à l'élargissement d'une action directe de l'intermédié contre l'intermédiaire dont il aurait eu connaissance de l'identité, oblige l'intermédié à se tourner contre celui que le droit indique comme son contractant, c'est à dire l'intermédiaire¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁷ Cass.com., 15 juillet 1963 : préc.

CONCLUSION GENERALE

652. En abordant l'étude de l'intermédiaire contractuel, on ne pouvait ignorer l'écueil majeur qui risquait d'en résulter et qui tient à dresser un vaste catalogue des membres du sujet. Toutefois, il est apparu possible de constater, au travers de ces individualités, qu'on ne peut pas nier, des éléments qui les rapprochent, au point d'envisager, sinon une théorie générale, du moins certaines constantes. Parmi elles, très rapidement, la notion de mandat s'est imposée avec force pour caractériser le point de départ de la relation d'affaires qui unit l'intermédiaire à l'intermédiaire. Il y a en effet nécessairement un pouvoir, d'une étendue tout à fait variable, qui initie le contrat. Pour parvenir à cette idée que le mandat est à la base de l'intermédiation, il a fallu toutefois prendre quelques distances avec l'idée initiale que les rédacteurs du Code civil en avaient et admettre qu'il n'entraîne pas forcément représentation. De la sorte, les intermédiaires pouvaient être uniformément présentés, dans la relation qui les unit à leurs clients, comme des mandataires, investis d'un pouvoir, choisis *intuitu personae*, en fonction de leurs compétences. Nier les particularismes qui résultent des nombreux textes en vigueur aurait été artificiel. Il était au contraire nécessaire de montrer que chaque spécialité répond à des critères professionnels ou moraux distincts, mais que leur objectif est commun : protéger l'intermédiaire. Ce dernier, qui confère à autrui le pouvoir d'agir pour son compte, prend évidemment un risque, cependant tempéré par le choix qu'il exerce dans la désignation de son mandataire.

653. Incontestablement, l'*intuitus personae* a été l'élément moteur de la première partie de cette thèse. Il a permis d'abord d'évoquer toute la logique attendue d'un contrat d'affaire fondé sur la confiance : information développée à tous les stades, admission de l'erreur sur la personne, sanction de la violence économique, rééquilibrage judiciaire d'une commission mal évaluée et loyauté réciproque en cours d'exécution. En cela, le contrat d'intermédiaire s'est plutôt bien intégré dans le paysage du Droit européen des contrats. Mais l'*intuitus personae* contient en lui-même le germe de sa dégénérescence. Un contrat fondé sur la confiance est nécessairement précaire. Aucun mandat d'intermédiaire ne saurait être irrévocable ; il est

- L'intermédiaire contractuel -

seulement possible d'aménager les conséquences de la rupture. A première vue, comparativement au droit du travail, la règle paraît intolérable. A la réflexion, elle est la seule soupape envisageable aux prérogatives que le contrat confère. Engager autrui est une entorse sérieuse au principe d'autonomie de la volonté qu'il faut limiter par une possible résiliation unilatérale. Mais, l'avenir souhaité d'un droit plus juste commande d'encadrer davantage l'exercice de ce droit, à l'instar du régime de rupture du contrat d'agence commerciale. Il a été démontré que l'exigence d'un juste motif de révocation suffirait à combler les écarts regrettables entre les différents intermédiaires d'une part et le contrat d'intermédiaire et les autres contrats d'autre part.

654. Au-delà de cette première démarche, qui a conduit à généraliser la notion de contrat d'intermédiaire, comme le contrat précaire par lequel une personne choisit un professionnel et lui confère un pouvoir susceptible de l'engager juridiquement, il est alors apparu nécessaire de contribuer à éclaircir les fonctions de l'intermédiaire. La deuxième partie de cette thèse a révélé les multiples facettes de son action auprès des tiers, destinés à devenir des contractants. L'unicité de la présentation des intermédiaires dans les rapports qui les lient aux intermédiaires n'était plus de rigueur dans une relation qui englobe l'intermédiaire. Tout l'intérêt de cette étude a été, d'une part, de démontrer les incidences de la représentation, permettant la création d'un lien contractuel direct entre l'intermédiaire et l'intermédiaire. Mais, d'autre part, il fallait aussi mettre en avant ceux des intermédiaires qui font écran entre les contractants extrêmes. Leur rôle, appréciable en certaines circonstances où le donneur d'ordre préfère demeurer dans l'ombre, est d'une grande ambiguïté, car, leur opacité les oblige à conclure le contrat en leur nom, ce qui leur confère la qualité de partie, tandis que le bénéfice ou les charges de l'opération sont à attribuer à l'intermédiaire. En somme, c'est au travers de la mise en œuvre d'un pouvoir, aux contours bien délimités, qu'apparaît cette grande opposition de régime entre les intermédiaires transparents et opaques. A cette occasion, il a semblé raisonnable d'admettre que toute procuration n'est pas nécessairement exécutée fidèlement, ce qui a induit une réflexion sur la situation de l'intermédiaire et notamment sur la protection que la théorie de l'apparence lui procure. Plus globalement, outre la systématisation des liens qui résultent de l'intermédiation, cette seconde partie de l'étude tend à montrer que l'intermédiaire subit un régime de responsabilité qui est conforme à l'apparence sous laquelle il s'est présenté à l'intermédiaire. S'il a agi en qualité de représentant, il n'est lié que par les principes de la responsabilité civile extra-contractuelle, à moins d'avoir pris un engagement supplémentaire en son nom personnel, ce qui viendrait à modifier son apparence initiale. S'il a agi en son

- L'intermédiaire contractuel -

nom, il s'est travesti en contractant et s'expose à répondre de ses fautes contractuelles. Il y a là une grande cohérence, qui peut frôler l'évidence, mais qui permet de croire en la pérennité d'une notion-caméléon qu'on pense promise à un développement certain. Malgré la mise en garde d'un auteur, qui indiquait il y a quelques années que « si, par commodité, on peut parler d'intermédiaires pour désigner toute cette masse de personnes, sans cesse croissante, qui s'entremettent entre les différents partenaires civils et commerciaux, il est permis de souhaiter que les rédacteurs d'actes et les magistrats se méfient de la qualification *New look* bien imprécise et lui préfèrent les bonnes vieilles qualifications légales de mandataire, courtier, commissionnaire ou autres agents commerciaux »¹⁰⁴⁸, on se plaît à espérer que cette modeste contribution à l'étude des intermédiaires contractuels, encore mal aimés, initiera un mouvement inverse.

¹⁰⁴⁸ Note J.Mestre, sous Cass. com. 22 mai 1991 : *RTDciv.*1992, 86, précité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, TRAITES :

ANTONMATTEI (P-H) et RAYNARD (J.), *Contrats spéciaux*, LexisNexis Litec, 6^{ème} éd., 2008.

AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 4^{ème} édition, 2009.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil théorique français*, Tome 6, Librairies techniques, 6^{ème} édition par P.Esmein, 1951.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome XXIV, 5^{ème} éd. par A.Wahl.

BENABENT (A.), *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2008.

BERR (H.) et GROUDEL (H.), *Grands arrêts du droit de l'assurance*, Dalloz, 1978.

BIGOT (J.) et LANGE (D.), *Traité de droit des assurances*, Tome 2 : La distribution de l'assurance, LGDJ, 1999.

(2^{ème} édition, avec la contribution de Jean-Louis Respaud, *Traité de droit des assurances*, Tome 2 : L'intermédiaire d'assurances, LGDJ, 2009 à paraître).

BLAISE (J-B), *Droit des Affaires – Commerçants Concurrence Distribution*, LGDJ, 5^{ème} édition 2009.

BONNEAU (Th.) et alii., *La modernisation des activités financières*, éd. Joly 1996.

BRULLIARD (G.) et LAROCHE (D.), *Précis de droit commercial*, PUF, 7^{ème} éd., 1970.

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.) et PETEL (Ph.), *Droit des sûretés*, LexisNexis Litec, 8^{ème} éd., 2007.

CABRILLAC (R.), (sous la direction de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis Litec, 3^{ème} éd., 2008.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008.

CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 8^{ème} édition 2007.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H.Capitant, PUF, 8^{ème} éd. corrigée, 2007.

DE LAMBERTERIE (I.), ROUHETTE (G.), *Les Principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, 1997.

DE LAMERTERIE (I.), ROUHETTE (G.), TALLON (D.) et WITZ (Cl.), version française consolidée des *Principes du droit européen du contrat*, Société de Législation Comparée, 2004.

DEMOLOMBE (Ch.), *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome 1, éd. Durand et Pédone Lauriel, Paris, 1868.

DE VAUPLANE (H.) et BORNET (J-P), *Droit des marchés financiers*, Litec, 3^{ème} édition, 2001.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations*, tome V, Paris, Arthur Rousseau, 1923.

FLOUR (J.), AUBERT (J-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations*, tome 1, *L'acte juridique*, Sirey, 13^{ème} éd, 2008.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire illustré latin-français*, Librairie Hachette, 1934.

GHOZI (A.), Cours de DEA de Paris II, Activité des entreprises, *Les éléments d'une théorie des contrats spéciaux*, année universitaire 1998-1999.

GUYON (Y.), *Droit des affaires*, Tome 1 : Droit commercial général et sociétés, Economica, 12^{ème} éd. 2003.

HAMEL (J.), (étude sous la direction de), *Le contrat de commission*, Dalloz, 1949.

HOUTCIEFF (D.), *Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 2^{ème} éd., 2008.

HUET (J.), *Traité de droit civil sous la direction de J.Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001.

LAMBERT-FAIVRE (Y.) et **LEVENEUR (L.)**, *Droit des assurances*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2005.

LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, Tome 3, *Les obligations, Le Contrat*, Economica, 6^{ème} édition, 2007.

LASANTE (J-C) et **LALANNE (B.)**, *Attention, chasseurs de têtes!*, Bourin, 2004.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, Tome XVI, E.Bruylant, 4^{ème} éd., 1887.

LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2008-2009, Dalloz, 2008.

LINANT DE BELLEFONDS (X.), *Le droit du commerce électronique*, Que sais-je ?, PUF, 2005.

LUCAS DE LEYSSAC (Cl.) et **PARLEANI (G.)**, *Droit du marché*, Thémis, Droit privé, PUF, 2002.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2008.

MALAURIE (Ph.), **AYNES (L.)** et **GAUTIER (P-Y.)**, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 4^{ème} éd, 2009.

MALAURIE (Ph.), **AYNES** (L.) et **STOFFEL-MUNCK** (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007.

MALINVAUD (Ph.), *Droit des obligations*, LexisNexis Litec, 10^{ème} éd., 2007.

MALINVAUD (Ph.), **JESTAZ** (Ph.), **JOURDAIN** (P.) et **TOURNAFOND** (O.), *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 8^{ème} édition 2009.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2008.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, tome 3, 2^{ème} volume, 5^{ème} éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1980.

MORETEAU (O.), *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2000.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 11^{ème} éd.

PLANIOL (M) et **RIPERT** (G), *Traité pratique de droit civil français*, Tome XI, 2^{ème} éd. par A.Rouast, R.Savatier, J.Lepargneur et A.Besson, LGDJ, 1954.

POTHIER (R-J.), *Traité du contrat de mandat, Œuvres*, Tome 6, éd. Bugnet, 1861.

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, Hypercours, Dalloz, 3^{ème} éd. 2009.

RAY (J-E), *Droit du travail, Droit vivant, 2009/2010*, éd.Liaisons, 18^{ème} éd. actualisée et augmentée, 2009.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, réédit. LGDJ en 1998.

RIPERT (G.) et **BOULANGER** (J.), *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, tome 1, LGDJ, Paris, 1956.

RIPERT (G.) et **ROBLOT** (R), *Traité de Droit commercial*, Tome 2, LGDJ, 17^{ème} éd. par Ph.Delebecque et M. Germain, 2004.

ROBERT (P.), *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, 40^{ème} éd., Le Robert, 2006.

ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Recueil de jurisprudence civile*, v^o proxénète, 4^{ème} édition 1769.

SIMLER (Ph.) et **DELEBECQUE (Ph.)**, *Droit civil, Les sûretés, La Publicité foncière*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, LexisNexis Litec, 4^{ème}éd., 2008.

SIMON (G), (étude sous la direction de), *Statut de l'intermédiaire sportif en Europe : étude comparée et propositions d'unification*, Laboratoire de Droit du Sport de l'Université de Bourgogne, Juillet 2000.

STARCK (B.), **ROLAND (H.)**, **BOYER (L.)**, *Droit civil, Obligations, Tome 2 : Le contrat*, Litec, 6^{ème} édition, 1998.

STORCK (M.), *Juris-class. civil*, v^o promesse de porte-fort, analyse de l'article 1120 du Code civil, Fasc. 7-2, 1992.

TERRE (F.), **SIMLER (Ph.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009.

TROPLONG, *Droit civil expliqué, Du mandat*.

ULPIEN, *Digeste*, Livre1, titre XIV, *De proxeneticis*, loi 1.

VALLANSAN (J.), *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du livre IV du Code de commerce*, Litec, 2006.

VINEY (G.) et **JOURDAIN (P.)**, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006.

THESES, OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES :

ANCEL (P.), *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, 1989.

ANDRE (M-E.), *Les contrats de la grande distribution*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise n°25, 1991.

ASSI-ESSO (A-M.), *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, Strasbourg, 1987.

AYNES (L.), *La cession de contrat*, Economica, 1984.

BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, 1989.

BECQUE (S.), *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse Paris II, Editions Panthéon-Assas, 2004.

BONFILS (S.), *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, LGDJ, Droit & Economie, 2005.

BOULANGER (J.), *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933.

BOUT (R.), *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 1972.

CALAIS-AULOY (J.), *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 17, 1961.

CHEN (C-W.), *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 340, 2000.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *L'intuitus personae dans les contrats* », thèse Paris II, 1973.

CORGAS-BERNARD (Ch.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

- COUSI (P.) MARION (G.)**, *Les intermédiaires du commerce*, Paris, LGDJ, 1963.
- COZIAN (M.)**, *L'action directe*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 92, 1969.
- DAGOT (M.)**, *La simulation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 73, 1967.
- DANIS-FATOME (A.)**, *Apparence et contrats*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 414, 2004.
- DEVESA (Ph.)**, *L'opération de courtage*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise n°30, 1993.
- DIDIER (Ph.)**, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 339, 2000.
- DISSAUX (N.)**, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Lille 2, 2006.
- DUMONT (M-P)**, *L'opération de commission*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, n°45, 2000
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 221, 1992.
- FLATTET (G.)**, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, Paris, 1950.
- GAILLARD (E.)**, *La notion de pouvoir en droit privé*, Economica 1985.
- GIVERDON (C.)**, *L'évolution du contrat de mandat*, Paris, 1947.
- GRIGNON (Ph.)**, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, n°44, 2000.
- HOUTCIEFF (D.)**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

IMBERT (Ph.), *Les contrats d'intermédiaires du commerce international : contribution à leur étude en droit français*, Toulouse, 1996.

JAMIN (Ch.), *La notion d'action directe*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 215, 1991.

JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 318, 1999.

KOSTIC (G.), *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, thèse Paris V 1997.

KRAJESKI (D.), *L'intuitus personae dans les contrats*, Imprimerie La Mouette 2001, Collection Doctorat et Notariat.

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 335, 2000.

LEREBOURGS-PIGEONNIERE (P.), *Du prête-nom ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, Paris, Arthur Rousseau, 1898.

MALLET-BRICOUT (B.), *La substitution de mandataire*, thèse Paris II, Editions Panthéon-Assas, 2000.

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 223, 1992.

MAZEAUD (D.) et **JAMIN** (Ch.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998.

MORETEAU (O.), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, Lyon, 1990.

PELLETIER (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan 2004, Collection Logiques juridiques.

PETEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, n°20, 1988.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 208, 1989.

PIGACHE (Ch.), *Le mandat d'intérêt commun (élément d'une théorie générale du contrat d'intérêt commun)*, Paris V, 1991.

PILLET (G.), *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Bibl. de l'Institut André Tunc, Tome 1, LGDJ 2004.

PLANCQUEEL (A.), *Contribution à l'étude des actions directes*, Lille, 1935.

RAMBURE-BARATHON (D.), *Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe*, Paris I, 1981.

ROUSSEAU (J.), *Essai sur la notion juridique de simulation*, Paris, 1936.

SOLUS (H.), *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil*, Paris 1914.

SONET (A.) *Le préavis en droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 337, 2000.

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 172, 1982.

TANDONNET-GENCY (D.), *Les contrats conclus par les agences de voyages : histoire d'une évolution*, Paris XII, 2001.

VIRASSAMY (G.), *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 190, 1986.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques, contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 253, 1996.

WITZ (Cl.), *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980.

ARTICLES, CHRONIQUES, FASCICULES, COMMENTAIRES LEGISLATIFS :

ALBIGES (C.), « Le mandat de se porter caution », *D.*2002, 706.

ALEXANDRE (D.), *Juris-class. civ.*, v°Mandat, Art.1991 à 2002, Fasc.2, 1989.

AMRANI-MEKKI (S.), « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, *Deffrénois* 2003, 369.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDciv.* 1999, 771.

ANDRE (M-E), « *L'intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p.23.

ATIAS (Ch.), « Mandat de vendre et offre de vente [protection du client de l'agent immobilier et protection du vendeur] », *D.*2003, 1922.

AUCKENTHALER (F.), « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant » : *D.* 1998, 53.

AUQUE (F.), « La commission-affiliation », *AJDI* 2001, 1059.

AYMERIC (N-H.), « Sur le sous-commissionnaire de transport », *RTDcom.*2009, 493.

AYNES (L.), « Vers une déontologie du contrat ? », Cycle droit et technique de cassation, 6^{ème} conférence, 11 mai 2006, Grand'Chambre de la Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour de cassation.

(http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/intervention_m._aynes_9141.html)

AZOULAI (M.), « L'élimination de l'*intuitus personae* dans les contrats », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, sous la direction de P.Durand, LGDJ, 1960, p.1.

BARRIERE (F.) (sous la coord.), dossier Fiducie, *D.* 2007, 1346.

BATTEUR (A.),

- « De la responsabilité des agences de voyages organisés. Vers un cas autonome de responsabilité contractuelle d'autrui », *JCP*, G, 1992, 131.

- « La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyage », *D.* 1996, 82.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- « Florilèges autour des qualifications d'agent commercial ou de mandataires d'intérêt commun et des indemnités de fin de contrat », *RDC* 2006, 1174.

- « Le séisme tranquille du "rapport Hagelsteen" », *RLC* 2008/15, n° 1073.

BENABENT (A.), *Juris-class. Contr. et Distr.*, Fasc. 480.

BERTOLASO (S.), *Juris-class civil*, Responsabilité civile, v°. Mandataire, Fasc.415, 1999.

BLANLUET (G.) et **LE GALL (J.-P.)**, « La fiducie, une oeuvre inachevée », *JCP*, G, 2007, I, 169.

BOSSIN (J-M) et **DE LAMBILLY (G.)**, « Gestion individualisée sous mandat : le statut se précise », *Banque* 1998, n°593, p.56 et s.

BOULOC (B.), « La responsabilité en matière de gestion de titres », *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, 1999, p.437.

BOUTEILLER (P.), « De la validité du mandat *post-mortem* », *Les Petites Affiches* 1988, n°127, p.18.

BRUNET (A.), « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz, 1983, p.85.

BRUSCHI (M.), « L'intervention d'un tiers dans la conclusion du contrat », Lamy Droit du contrat, 2005, n°155.

CALAIS-AULOY (J.),

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTDciv.*1994, 223.

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTDcom.* 1998, 115.

CATALA (P.), « La "propriété" de l'information », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985.

CATALA (P.), (sous la direction de), « Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », déposé au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005, *La Documentation française 2006*.

CHAUVEL (P.), *Rép.com. Dalloz*, V°Commissionnaire, 1999.

CHEMEL (A.), *Juris-class.civ.*, v° Agences de voyages, Art. 1382 à 1386, Fasc. 312-1, 1995.

COSTES (L.), « Directive "Commercialisation à distance de services financiers" : renforcement de la protection des consommateurs », *Bulletin d'actualité Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, novembre 2002, n°152, p.1.

COURET (A.), « Les entreprises d'investissement », in *La modernisation des activités financières*, par Th. Bonneau et alii, éd. Joly, 1996, p.57.

CUIF (P-F), « Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTDcom.* 2005, 1.

D'AMBRA (D.), *Répertoire civil*, v°Interposition de personne, 1998.

DE QUENAUDON (R.), *Juris-class.civ.*, v°Mandat, Art. 1984 à 1990, Fasc.10, 1999.

DE VAUPLANE (H.), « La responsabilité civile des intermédiaires », *Rev. Droit Bancaire* 1999, 228.

DELBARRE (F.) et LAVABRE (C.), « Centrales d'achat et de services », *D.*1985, 165.

DELEBECQUE (Ph.),

- « Que reste-t-il de la validité des clauses limitatives de responsabilité ? », *D.Affaires*, 1997, 235.

- « Actualité de la commission de transport », *in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B.Bouloc*, Dalloz 2007, p.301 et s.

DERRIDA (F.),

- « Les obligations du commissionnaire », *in Le contrat de commission*, Etudes sous la direction de J.Hamel, Dalloz 1949, p.97.

- *Rép.civ.*, 2^{ème} éd., v°Apparence.

DION (S.), « Examen d'agent sportif : FIFA hors jeu », *D.*2007, 924.

DURANTON (G.), *Rép. com.* Dalloz, v°Courtiers, 1999.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Etudes offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, 301.

- « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, 573.

FAUVARQUE-COSSON (B.),

- « Le changement de circonstances », Colloque de la RDC, *Durées et contrats*, Paris 22 octobre 2003, *RDC* 2004/1 numéro spécial p.67.

- « Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple de la prescription extinctive », *RDC* 2004, 801.

FAUVARQUE-COSSON (B.) et MAZEAUD (D.), « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *Les Petites Affiches* 2006, n°146, p.3.

FENOUILLET (D.), « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », *RDC* 2004, n°4, 955.

FERRIER (D.),

- « Le mandat de l'agent immobilier », *JCP*, G, I, 1976, 2795.

- « Le déréférencement d'un fournisseur par une centrale d'achat », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.45.

FERRIER (D.) et **FERRE (D.)**, « La réforme des pratiques commerciales (Loi n°2008-476 du 4 août 2008) », *D.*2008, 2234.

GASTINEL (E.), « Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles – obligation de non-concurrence et de confidentialité », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de L'institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.197.

GELOT (B.), « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Deffrénois* 1995, 1201.

GHESTIN (J.),

- « Le mandat d'intérêt commun », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Joly éditions, 1991, p.105.

- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP*, G, 1992, I, 3628.

- « La pratique abusive des mandats de recherche d'un acquéreur », *Rev. Dr. et Patrimoine* janvier 1993, p.68.

GHESTIN (J.) et **MARCHESSAUX VAN MELLE (I.)**, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1^{er} février 1995 », *JCP*, G, 1995, I, 3854.

GORE (F.), « Le commissionnaire du croire », in *Le contrat de commission* sous la direction de J.Hamel, Dalloz, 1949, p.291.

GORY (C.),

- « Le renforcement des droits du voyageur... », *Gaz.Pal.*2006, n°94, p.3.

- « La conception restrictive de l'APS concernant la garantie financière : revers et succès », *Gaz.Pal.* 2008, n°267, p.16.

- « La force majeure à l'honneur : retour sur l'ouragan Emily », *Gaz.Pal.* 2008, n°267, p.19.

GOROVTSEFF (A.),

- «La lutte autour de la notion de sujet (Etudes de principologie du droit) – Exposé critique des doctrines actuelles sur le sujet de droit », *RTDciv.* 1926, 882.

- «Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit », *RTDciv.* 1927, 1.

GRIGNON (Ph.), « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p.127.

GRIMALDI (C.), « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.*2009, 1298.

GROUDEL (H.), « L'agent de voyages garant du fait des prestataires de services auxquels il a eu recours », *RCA.* 1989, chr. n°21.

HASSLER (Th.), « L'intérêt commun », *RTDcom.*1984, 581.

HAUSER (J.), « L'adoption à tout faire », *D.*1987, 205.

HEIDSIECK (G.), « Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial) », *JCP, G,* 1990, 3432.

HENNEBELLE (D.), « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP, E,* 2000, 1366.

HOUTCIEFF (D.), « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTDciv.* 2003, 3.

HUET (J.),

- « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D.*1993 chr.331.
- « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP*, E, 1994, I, 309.

IZORCHE (M.L.), « A propos du mandat sans représentation », *D.*1999, 369.

JAMIN (Ch.),

- « Révision et intangibilité du contrat, ou de la double philosophie de l'article 1134 al. 1 du Code civil », *Rev. Dr. et Patrimoine*, mars 1998 p. 46 et s.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Etudes J.Ghestin*, LGDJ, 2001, p.441.
- « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D.*2003, 2878.

JEGOUZO (L.), « La réforme des agences de voyages ou le voyage d'Ulysse », *Gaz.Pal.*2009, n°178, 6.

JOURDAIN (P.),

- « L'obligation de *se renseigner* (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*1983, chr.139.
- « La responsabilité contractuelle des agences de voyages du fait des prestataires de services auxquels elles ont recours », *RTDciv.* 1989, 753.

KUHN (C.), « Une fiducie française », *Rev. Dr. et Patrimoine*, avril 2007, p. 32.

LACHIEZE (Ch.), « La délégation-sûreté », *D.*2006, 234.

LASSERRE-JEANNIN (F.) et LE BARS (B.), « Le modèle dans le contrat de mandat », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la direction de Th.Revet), 2005, LGDJ, 333.

LATREILLE (A.),

- « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1^{ère} partie) », *Les Petites Affiches*, 7 août 2006, n°156, p.4.

- « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, 2006, n°157, p.4.

LAZERGES (Ch), « Les mandats tacites », *RTDciv.* 1975, 222.

LE BARS (B.), « Vers un retour à la jurisprudence traditionnelle en matière d'obligation de couverture ? », *Les Petites affiches* 2004, n°84, 11.

LE CANNU (P.), « Du monopole en matière financière », in *La modernisation des activités financières*, par Th. Bonneau *et alii*, éd. Joly, 1996, p.127.

LE GAC-PECH (S.), « Rompre son contrat », *RTDciv.* 2005, 223.

LE TOURNEAU (Ph.),

- « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.*1987, 101.

- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *D.*1990, 21.

- « De l'évolution du mandat », *D.*1992, 157.

LEAUTE (J.), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTDciv.*1947, 288.

LEDUC (F.), « Réflexions sur la convention de prête-nom ; contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *RTDciv.* 1999, 283.

LELOUP (J-M), « La directive européenne de 1987 sur les agents commerciaux », *JCP*, G, 1987, I, 3308.

LESCOT (P.), « Le mandat apparent », *JCP*, G, 1964, I, 1826.

LE TOURNEAU (Ph.), *Rép.civil*, v°Mandat, 2006.

LEVENEUR (L.), « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », *Contrats Conc. Consom.*1996, chr.n°4.

LIBCHABER (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 - 1^{ère} partie », *Defrénois* 2007, 1094.

LUCAS DE LEYSSAC (Cl.) et PARLEANI (G.), « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, 601.

MAGNIN (F.), « Le promoteur immobilier : une définition extensive », *Les Petites Affiches* 1994, n°10.

MAINGUY (D.), « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, 1999, 165.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J-L.), « A propos du contrat de "commission-affiliation" », *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz 2007, 705.

MALINVAUD (Ph.), « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, p.689.

MALINVAUD (Ph.) et JESTAZ (Ph.), commentaire de la loi n°78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction (dite loi Spinetta) : *JCP*, G, 1978, I, 2900.

MALAURIE (Ph.), exposé des motifs du Livre troisième, titre XX, « De la prescription et de la possession, p.179 et s. de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, déposé au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005, *La Documentation française* 2006.

MALAURIE-VIGNAL (M.), « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats Conc. Consom.* 2008, chr.n°238.

MAZEAUD (D.),

- « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? » *Rev. Droit et Patrimoine*, juin 1995 p.42.

- « L'attraction du droit de la consommation », *RTDcom.* 1998, 95.

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz 1999, p.603 et s.
- « A propos du droit virtuel des contrats : réflexion sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec 1999, p.205.
- « Durées et ruptures », *RDC* 2004, 129.
- « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, 363

MERCADAL (B.), *Rép.com.* Dalloz, v°Commissionnaire de transport, 1997.

MESTRE (J.),

- « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution », in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p.13.
- « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz 1999, p.677 et s.

MICHAELIDES-NOUAROS (G.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil », Rapport général des Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions* (Journées grecques), tome XXVIII, Economica, 1977, p.5 et s.

MICHAUD (E.) et **DESBIOLLES (J-P)**, « Vers de nouvelles formes d'intermédiation », *Banque*, n°603, 1999, 34.

MIELLET (D.), « Les clauses d'indemnisation au profit des mandataires sociaux tendent-elles à être reconnues ? », *JCP*, G, 2001, I, 212.

MONTELS (B.), « La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence », *RTDcom.* 2002, 417.

MUIR-WATT (H.),

- « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », *Mélanges Yves Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.303.
- « Reliance et définition du contrat », *Mélanges Michel Jeantin*, 1999, p.57 et s.

MUTZ (C.), « Agences de voyages en ligne : enjeux et contraintes dans un marché en plein essor », *RLDI* 2009/48, étude n° 1589, p. 61.

NAJJAR (I.),

- « Le mandat *post mortem*, Réflexions sur un “acte neutre” », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey 1985, p.499.

- « Mandat et irrévocabilité », *D.*2003, 708.

NICOLAS-MAGUIN (M-F), « Le mandat exclusif », *D.*1979, 265.

NOURISSAT (C.), « La violence économique : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, 369.

PADE (O.), « Le mandat double. De la nécessaire transparence dans la double représentation », *RJcom.*, 2002, 339.

PAISANT (G.),

- « Propositions pour la réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP*, G, 1994, I, 3772.

- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1^{er} février 1995 », *D.*1995, 99.

- « Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1^{er} février 1995 », *D.*1995, 223.

PARLEANI (G.), « Les clauses d'exclusivité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.55.

PAULIN (Ch.), « Réflexions sur la distinction entre contrat de transport et contrat de commission », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p.325 et s.

PENNEAU (A.), « Contrat électronique et protection du cybercontractant, Du Code de la consommation au Code civil », *Les Petites Affiches*, 13 mai 2004, n° 96, p. 3 et s.

PEROT-REBOUL (C.), « Commercialisation à distance des services financiers : champ d'application de la directive », *Revue Lamy Droit des affaires*, juin 2003, n°61, p.5.

PERROT (R.), « Le mandat irrévocable », Travaux de l'Association Henri Capitant, tome X, 1956, p.446.

PIZZIO (J-P.),

- « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.*1982, 91.

- « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTDcom.*1998, 53.

PLAISANT (R.), « Les contrats d'exclusivité », *RTDcom.*, 1964, 1.

PUTMAN (E.), «L'obligation d'immatriculation après le décret du 10 juin 1992 », *RJcom.*1993, 1.

PY (P.),

- commentaire de la loi n°92-645 relative à la vente des séjours et circuits organisés : *ALD* 1993, commentaires législatifs p.33 et s.

- commentaire du décret d'application n°94-490 du 15 juin 1994 : *ALD* 1994, commentaires législatifs p.219 et s.

REINHARD (Y.) et **THOMASSET-PIERRE (S.)**, « Droit des marchés financiers », *D.*2005, Panorama 2601, spéc.p.2609.

RENUCCI (J-F), « L'identité du cocontractant », *RTDcom.*1993, 441.

RENET (Th.), commentaire de la loi n°89-471 du 8 juin 1999, tendant à protéger les acquéreurs et propriétaires d'immeubles contre les termites et autres insectes xylophages, *RTDciv.*1999, chron.lég., 714.

RIZZO (F.)

- « A propos de l'activité d'intermédiaire du sport », *Rev. Droit et Patr.*2001, n°91, p.40.

- « Les contrats d'agent sportif (aspects de droit interne) », *D.*2005, 2594.

ROCHFELD (J.),

- « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004, n°4, 915.

- « Fiducie », *RTDciv.* 2007, 412.

RODIERE (R.), *Rép.civil*, v°Mandat.

RUDDEN (B.), « Le juste et l'inefficace, pour un non-devoir de renseignement », *RTDciv.*1985, 91.

SALLE DE LA MARNIERE (E.), « Le mandat irrévocable », *RTDciv.*1937, 241.

SAVATIER (R.), « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.*1959, 47.

SEDALLIAN (V.), « Actualités du commerce du droit de l'électronique », *Lamy Droit de l'Immatériel*, septembre 2005, 33.

SIMLER (Ph.), « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée (à propos de trois espèces jurisprudentielles récentes) », *JCP*, G, 1971, I, 2413.

SIMON (F-L.), « L'identification du contrat de franchise et des contrats voisins », *Les Petites Affiches* 2008, n°243, 11.

SINAY-CYTERMANN (A.), « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP*, G, 1994, I, 3804.

SOURIOUX (J-L), « La croyance légitime », *JCP*, G, 1982, I, 3058.

SORIA (M.), *Rép.com.*, V°Centrales et groupements d'achat, 1987.

STARCK (B.), « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », in *Le contrat de commission*, Etudes sous la direction de J.Hamel, Dalloz, 1949, p.147.

STOUFFLET (J.), « Le mandat irrévocable, instrument de garantie », *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p.477.

STORCK (M.), « L'activité de gestion de portefeuille », *Rev. Droit Bancaire* 1990, 196.

TANDONNET-GENCY (D.), « Les tendances récentes de la jurisprudence relative à la responsabilité des agences de voyages et la loi du 13 juillet 1992 », *Gaz.Pal.* 2003, n°67, p.25.

TAQUET (F.), « Brève approche sur une réforme timide, La loi n°2000-627 du 6 juillet 2000 », *Gaz.Pal.* 19-21 août 2001, p.2.

TEISSONNIERE (G.), « La responsabilité des agences de voyages en ligne après l'adoption de l'article 15 de la LCEN », *Gaz.Pal.*2006, n°94, p.6.

TILCHE (M.) et CHAO (A.), « Le commissionnaire est-il mandataire ? », *BTL* 1993, 745.

TOMASIN (D.), commentaire succinct de la loi n°89-471 du 8 juin 1999, tendant à protéger les acquéreurs et propriétaires d'immeubles contre les termites et autres insectes xylophages, *Rev.Droit imm.* juillet/septembre 1999, p.441.

VAN EECKHOUT (A.) et FARASSE (F-X) « Le contrat de référencement, un gage de sécurité pour le portail ? », *RDC* 2004, n°2, 502.

VEAUX (D.), « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil français », Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Journées grecques, tome XXVIII, Economica, 1977.

VIDAL (D.), « Les clause de non-concurrence », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.98.

VINEY (G.),

- « La responsabilité du fait d'autrui », *JCP*, G, 1992, I, §19, 504.

- exposé des motifs du sous-titre III, « De la responsabilité civile », p.141 et s. de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, déposé au Ministre de la Justice le 22 septembre 2005, *La Documentation française* 2006.

VIVANT (M.), « Les clauses de secret » in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.101.

WAHL (A.), « Le courtage matrimonial », *RTDciv.* 1904, 474.

WITZ (Cl.), « Force obligatoire et durée du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats* (sous la direction de P.Rémy-Corlay et D.Fenouillet), Dalloz, 2003, p.175.

NOTES DE JURISPRUDENCE :

AGUILA (Y.), concl. sous CE, 9 juin 2006 : *JCP*, G, 2006, II, 10 161.

ARLIE (D.),

- note sous Cass.com. 22 octobre 1996 : *D.* 1998, 511.

- note sous Cass.com., 13 décembre 2005 : *D.* 2006, 2244.

ASFAR (A.), note sous Cass.civ.3^{ème}, 6 janvier 1999 : *D.*2000, 426.

AUBERT (J-L.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 2 juin 1970 : *Defrénois* 1971, 596.

- note sous Cass.civ. 3^{ème}, 7 mars 1978 : *Defrénois* 1979, article 31928.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 11mars 1986 : *Defrénois.* 1987, 404.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 28 avril 1987 : *D.*1987, som.455.

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1988 : *Defrénois* 1989, 760.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 9 novembre 1999 : *Defrénois* 2000, 250.

AVENA-ROBARDET (V.), note sous Cass.com. 14 décembre 2004 : *D.*2005, AJ 360.

AYNES (L.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 31 mai 1988 : *D.*1989, som. 289.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1989 : *Defrénois* 1989, 1049.

- obs. sous Cass.com., 16 avril 1996 : *D.*1996, som. 333.

- note sous Cass.com .17 juin 1997: *Defrénois* 1997, 1424.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 5 février 2002 : *D.* 2002, som.com., 2838.

- obs. sous Cass. civ.1^{ère}, 28 octobre 2003 : *RDC* 2004, 273.

BANDRAC (M.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 31 mai 1988 : *RTDciv.*1989, 111.

BECQUE (E.) et **CABRILLAC (H.)**, Cass.com., 26 juin 1956 : *RTDcom* 1957, 156.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), note sous Cass.com., 8 juillet 2003 : *RDC* 2004, 394.

BEIGNIER (B.), obs. sous Toulouse, 22 février 2001 et Cass.civ.1^{ère}, 2 juillet 2002 : *D.*2003, 169.

BENABENT (A.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 2 avril 1997 : *Defrénois* 1997, 1435.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 22 avril 1997 : *Defrénois* 1997, 1436.

- obs. sous Cass.com., 3 février 1998 : *D.*1999, 185.

BERNARD (J.), communic. sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *JCP*, G, 1991, II, 21752.

BESSON (A.), note sous Cass.civ.1^{ère} 28 octobre 1968 : *RGAT* 1969, 176.

BILLIAU (M.) et **JAMIN (Ch.)**, note sous Cass.com., 6 mai 1997 : *D.*1997, 588.

BILLIAU (M.),

- obs. sous Cass.com., 21 juin 1994 : *JCP*, G, 1994, I, 3803, n°10.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 octobre 1995 : *JCP*, G, 1996, I, 3914, n°9.

- note sous Cass.com., 16 avril 1996 : *JCP*, G, 1996, II, 22689.

- note sous Cass.com. 4 juin 1996 : *D.*1996, 630.

- note sous Cass., Ass.Plén, 25 février 2000 : *JCP*, G, 2000, II, 10295.

- note sous Cass. Ass.Plén., 6 octobre 2006 : *JCP*, G, 2006, II, 10181.

BOISMAIN (C.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 16 mai 2006 : *Les Petites Affiches* 2006, n°138, p.18.

BONNEAU (Th.),

- note sous Cass.com., 14 décembre 2004 (pourvoi n°02-13638) : *Droit des sociétés*, mai 2005, n°95.

- note sous Cass.com. 14 décembre 2004 (pourvoi n°03-10099) : *Droit des sociétés*, mai 2005, n°96.

- note sous Cass. Ass.Plén., 9 oct. 2006 : *JCP G* 2006, II, 10175.

BOSSIN (J-M.) et DE LAMBILLY (G.), « Gestion individualisée sous mandat : le statut se précise », *Banque*, 1998, n°593, p.56.

BOULOC (B.),

- obs. sous Cass.com., 3 juillet 2001 : *RTDcom*.2002, 150.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 2 octobre 2001 : *RTDcom*. 2002, 361.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 16 octobre 2001 : *RTDcom* 2002, 361.

- obs. sous Cass.com., 28 mai 2002 : *RTDcom*.2003, 158.

- obs. sous Cass.com.7 juillet 2004 : *RTDcom*.2005, 162.

- note sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *RTDcom*.2009, 202.

BRUN (Ph.),

- note sous Cass., Ass.Plén, 25 février 2000 : *D*.2000, 673.

- note sous Cass. Ass.Plén., 6 octobre 2006 : *RLDC* janvier 2007, 5.

CABRILLAC (M.),

- obs. sous Cass.com., 28 juin 1983 : *D*.1984, som.71.

- obs. sous Cass.com., 23 mai 1995 : *JCP*, E, 1995, I, 513 n°7.

- obs. sous Cass.com., 2 avril 1996 : *JCP*, E, 1996, I, 584 n°5.

- obs. sous Cass.com., 15 octobre 1996 : *RTDcom*.1997, 123.

- obs. sous Cass.com., 6 octobre 1998 : *RTDcom*.1999, 164.

CABRILLAC (M.) et RIVES-LANGE (J-L.), obs. sous Cass.com. 12 juillet 1971 : *RTDcom*. 1972, 144.

CALAIS-AULOY (J.),

- note sous Cass., Ass.Plén., 13 décembre 1962 : *D*.1963, 277.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 29 avril 1969 : *D.S* 1970, 23.

CASEY (J.), note sous Cass.com .17 juin 1997: *D*.1998, 208.

CHABAS (F.), obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 15 avril 1980 : *RTDciv.* 1981, 155.

CHAPUT (Y), note sous Cass. com., 21 avril 1976 : *JCP*, G, 1977, II, 18605.

CHARTIER (Y.),

- rapp. sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *D.*1991, 417.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 12 mai 1993 : *D.*1993, 411.

CHAUVEL (P.), note sous Cass.com., 8 janvier 2002 : *Rev.Dr. et Patrimoine*, juin 2002, p.105.

CHAZAL (J-P),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 30 mai 2000 : *D.*2000, 879.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *D.*2002, 1862.

CHEVRIER (E.),

- obs. sous Paris, 8 novembre 2000 : *D.*2001, 232.

- obs. sous Cass.com., 25 juin 2002 (pourvoi n°99-20959) : *D.*2002, AJ 2467.

- obs. sous Cass.com., 25 juin 2002 (pourvoi n°00-14326) : *D.*2002, AJ 2529.

- obs. sous Cass.com. 10 déc. 2003 : *D.* 2004, 210.

- obs. sous Cass.com., 21 février 2006 : *D.*2006, AJ 717.

COHEN (D.), note sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *JCP*, G, 1997, II, 22881.

CORNU (G),

- note sous Cass., Ass.Plén., 13 décembre 1962 : *RTDciv.* 1963, 572.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 29 avril 1969 : *RTDciv.* 1969, 804.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 14 février 1979 et Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1980 : *RTDciv.* 1981, 409.

COURTIER (J-L), note sous Cass.com., 15 février 2000 : *Les Petites affiches* 2000, n°247, p.21.

CREDOT (F) et GERARD (Y), obs. sous Cass.com., 15 octobre 1996 : *Rev. Droit Bancaire* 1996, 233.

D.(J-P), Cass.com., 7 octobre 1997 : *QJ* 13 novembre 1997, n°91.

DAGORNE-LABBE (Y.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 18 avril 1989 : *Defrénois* 1990, 288.
- note sous Cass.com., 15 décembre 1992 : *Defrénois* 1994, 50.
- note sous Cass.com., 24 mai 1994 : *Les Petites Affiches*, 1996, 37.
- obs. sous Cass.com., 27 février 1996 : *Defrénois* 1996, 1205.
- note sous Paris, 5 novembre 1996 : *D.Affaires* 1997, 292.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 2 octobre 2001 : *JCP*, G, 2002, II, 10094.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 5 février 2002 : *D.2002*, 2640.
- note sous Cass. civ.1^{ère}, 31 octobre 2007 : *D.2008*, 522.

DAMIEN (A.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 18 octobre 1978 : *Gaz. Pal.* 1979, 1, 118.

DE GOUTTES (R.), avis sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *Gaz.Pal.* 24 mai 2008, n°145.

DE VAUPLANE (H.) et DAIGRE (J-J.), note sous Cass.com., 14 décembre 2004 : *Banque et droit*, mars-avril 2005, p.27.

DELEBECQUE (Ph.)

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 avril 1987 : *D.1988*, 1.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 octobre 1995 : *D.1996*, som.116
- note sous Cass.com., 20 février 1996 : *D.1996*, 290.
- note sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *D.1997*, som.com.175.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 13 mai 1998 : *Defrénois* 1999, 366.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 13 octobre 1998 : *D.1999*, som.com., 115.
- note sous Cass., Ass.Plén , 25 février 2000 : *D.2000*, som.467.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001 : *D.2001*, som.com. 3243.
- obs. sous Cass.com., 28 mai 2002 : *D.2003*, som. 459.
- note sous Cass.com., 9 juillet 2002 : *D. 2002*, 2837.
- obs. sous Ch.Mixte, 22 avril 2005 : *RDC* 2005, 753.

DELPECH (X.),

- note sous Cass.com., 30 mai 2006 : *D.2006*, AJ 1599.
- note sous Cass. Ass.Plén., 9 oct. 2006 : *D. 2006*, 2525.
- note sous Cass.com.11 décembre 2007 : *D. 2008*, 82.

- note sous Cass.com. 8 juillet 2008 : *D.2008*, 2140.
- note sous Paris, 23 janvier 2009 : *Dalloz actualité*, 18 février 2009.

DEMOGUE (R.),

- obs. sous Caen, 23 février 1904 : *RTDciv.* 1906, 163.
- obs. sous Cass.civ., 20 avril 1904 : *RTDciv.* 1904, 853.
- obs. sous Pau, 9 août 1904 : *RTDciv.* 1905, 133.
- obs. sous Trib. de Toulouse, 15 juin 1906 : *RTDciv.* 1907, 101.
- note sous Cass.civ., 30 décembre 1935 : *RTDciv.* 1936, 496.

DERRIDA (F.), note sous Cass.com., 23 mai 1995 : *D.1995*, 413.

DERRUPE (J.), note sous Cass.com., 20 février 1996 : *RTDcom.* 1996, 443.

DESHAYES (O.), obs. sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *L'essentiel Droit des contrats*, n°2, p.4.

DIENER (P.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 15 et 29 janvier 1991, T.civ. Nouméa, 12 août 1991 : *D.1992*, 435.

DONTENWILLE (H.), concl. de Ch.Mixte, 23 novembre 1990 : *Gaz.Pal.*1991, 1, 380.

DUPICHOT (J.), note sous Cass.com. 3 avril 1984 : *Gaz.Pal.* 1984, 2, 708.

ESMEIN (P.), note sous Cass., Ass.Plén., 13 décembre 1962 : *JCP*, G, 1963, 13105.

ESSOMBE-MOUSSIO (J-J.), note sous Paris, 27 janvier 1998 : *Bull.Joly Bourse et produits financiers*, mai-juin 1998, 245.

FAGES (B.),

- note sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *RTDCiv.* 2008, 672.
- note sous Cass.civ.3^{ème}, 2 juillet 2008 : *RTDciv.* 2008, 674.

FABRE-MAGNAN (M.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 17 janvier 1995 : *JCP*, G, 1995, I, 3843.

- obs. sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *JCP*, G, 1997, I, 4002, n°1.

FADEUILHE (P.), note sous Paris, 12 janvier 2000 : *D.*2001, 2067.

FENOUILLET (D.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 15 mars 2005 : *RDC* 2005, 1068.

FERRIER (D.),

- obs. sous Cass.com., 30 novembre 1982 : *Cah. Dr. entr.* 2/1983, 25.

- obs. sous Cass.com., 7 octobre 1997 : *D.* 1998, som. 333.

- note sous Cass.com., 8 janvier 2002 : *D.* 2002, som.3009.

- note sous Cass.com., 12 mai 2004 : *D.* 2005, 150.

G.A., note sous TGI Nevers, 3 novembre 1971 : *D.*1972, 183.

GAILLARD (E.), note sous Cass.Ass.Plén, 28 mai 1982 : *D.*1983, 349.

GAUTIER (P-Y.),

- obs. sous Cass.com., 14 mars 1995 : *RTDciv.*1996, 195.

- obs. sous Cass.com., 7 octobre 1997 : *RTDciv.*1998, 130.

- obs. sous Cass.com., 24 mars 1998 : *RTDciv.*1998, 932.

- obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 29 avril 1998 : *RTDciv.*1998, 930.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 13 mai 1998 : *RTDciv.*1998, 927.

- note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *RTDciv.*1999, 646.

- obs. sous Cass.com., 26 octobre 1999 : *RTDciv.* 2000, 136.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 2 octobre 2001 : *RTDciv.* 2002, 118.

- note sous Cass.com., 8 janvier 2002 : *RTDciv.*2002, 323.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 5 février 2002 : *RTDciv.*2002, 119.

- note sous Cass.com. 3 décembre 2002 : *RTDciv.* 2003, 312.

- obs. sous Cass.com., 28 mai 2002 : *RTDciv.*2002, 833.

- note sous Cass. soc., 25 octobre 2005 : *RTDciv.*2006, 139.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 7 février 2006 : *RTDciv.*2006, 341.

- note sous TGI Versailles, 28 mars 2006 : *RTDciv.*2006, 576.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 7 mars 2006 : *RTDciv.*2006, 581.

- note sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 ; *RTDciv.* 2008, 498.

- note sous Cass. Ass.Plén., 9 oct. 2006 : *RTDciv.*2007, 145.

GAVALDA (Ch.), obs. sous Cass.com. 12 juillet 1971 : *D.*1972, 153

GHESTIN (J.),

- note sous Cass.com., 14 mars 1972 : *D.*1972, 547 et 643.

- obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 15 avril 1980 : *D.*1981, IR, 314.

GODFRIN (Ph.), note sous CE, 3 avril 1991 : *JCP*, G, 1992, II, 21827.

GORY (C.), note sous Paris, 19 mai 2008 et Paris, 10 novembre 2008 : *Gaz. Pal.*27 juin 2009, n°178, 31.

GRIDEL (J-P), note sous Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *D.*2002, 1860.

GRIGNON (Ph.),

- note sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *JCP*, E, 2000, 266.

- obs. sous Cass.com.8 juillet 2003 : *Cah. dr. entr.* 2003, n° 5, p. 46.

GROUDEL (H.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 13 novembre 1985 et Cass.civ.1^{ère}, 13 mai 1985 : *D.*1986, 125.

- note sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *RCA* 1997, comm.n°48, « Abus en tous genres ».

- note sous Cass.civ.2^{ème}, 4 janvier 2006 : *RCA* 2006, n° 144, et chr. 5, note critique, «L'étendue du recours de l'assureur, condamné sur le fondement de l'article L. 511-1 du Code des assurances, contre son mandataire ».

GROSSER (P.), obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 25 mai 2005 : *JCP*, G, 2005, II, 1747.

GUILLOT (E-J), note sous Cass.civ.3^{ème}, 17 juillet 1980 : *JCP*, G, 1981, II, 19659 (1^{ère}espèce).

GULPHE (P.), concl. de Cass.civ.1^{ère}, 3 novembre 1983 : *JCP*, G, 1984, II, 20147.

GUVENOT (J.), note sous Cass. soc., 24 février 1977 : *D.*1978, 75.

HAUSER (J.), obs. sous Dijon, 7 mai 1996 : *RTDciv.*1997, 397.

HEIDSIECK (G.), obs. sous Cass.com., 23 octobre 1990 : *JCP*, E, 1991, II, n°212.

HEMARD (J.),

- obs. sous Paris, 16 avril 1953 : *RTDcom.*1953, 724.

- note sous Cass.com., 21 décembre 1953 : *RTDcom.*1955, 377.

- note sous Cass.com., 6 janvier 1981 : *JCP*, G, 1982, II, 19829.

HONORAT (A.), obs. sous obs. Cass.com., 2 avril 1996 : *D.*1996, som. 339.

HONORAT (J.),

- obs. sous Cass.com., 20 février 1996 : *Defrénois* 1996, 653.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 25 janvier 2005 : *Defrénois* 2005, 908.

HOUIN (R.), note sous Cass., Ass.Plén., 13 décembre 1962 : *RTDcom.* 1963, 333.

HOUTCIEFF (D.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 9 novembre 2004 : *RDC* avril 2005, 403.

- note sous Cass.Ass.Plén., 9 oct. 2006 : *D.* 2006, 2933.

HUET-WEILLER (D.), obs. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *RTDciv.* 1991, 517.

IZORCHE (M-L.), note sous Cass.com., 6 mai 1997 : *JCP*, N, 1998, 770.

J.F., obs. sous Cass.com., 26 octobre 1999 : *D.*2000, AJ.10.

J.M., note sous Cass.civ.1^{ère}, 3 juin 1980 : *Gaz.Pal.* 1981, 1, 172.

JAMIN (Ch.),

- note sous Cass.com., 7 octobre 1997 : *D.* 1998, 413.

- note sous Cass.com., 20 janvier 1998 : *D.*1998, 413.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 13 octobre 1998 : *D.*1999, 197.

- note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *JCP*, E, 1999, 1242.

- note sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *JCP*, E, 1999, 1827.

J.L., note sous Cass.com., 10 décembre 1996 : *QJ*, 30 avril 1997, n°9 p.4.

JOURDAIN (P.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989 : *RTDciv.* 1989, 558

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 16 décembre 1992 : *RTDciv.*1993, 362.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 6 octobre 1993 : *RTDciv.*1994, 873.

- note sous Cass.com.,17 juin 1997 : *RTDciv.*1998, 113.

- obs. sous Cass., Ass.Plén, 25 février 2000 : *RTDciv.*2000, 582.

- obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000 : *RTDciv.* 2001, 146.

- obs. sous Cass.civ. 1^{ère}, 13 février 2001 : *RTDciv.* 2001, 367.

- obs. sous Cass.civ. 1^{ère}, 18 mai 2004 : *RTDciv.* 2004, 516.

- obs. sous Ch.Mixte, 22 avril 2005 : *RTDciv.*2005, 604.

- note sous Cass. Ass.Plén., 6 octobre 2006 : *RTDciv.* 2007, 123.

- note sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *RTDciv.* 2008, 485.

KARAQUILLO (J-P.), obs. sous Cass.com., 8 janvier 2002 : *D.*2002, som.com. 2708.

KESSLER (G.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 15 mai 2007 : *AJDI* 2008, 143.

KESSOUS (R.), concl. de Cass., Ass.Plén, 25 février 2000 : *JCP*, G, 2000, II, 10295.

LACHASSAGNE (B.), note sous, note sous Cass.civ.1^{ère}, 16 février 1999 : *JCP*, G, II, 10323.

LACHIEZE (Ch.), note sous Cass.com., 12 mai 2004 : *JCP*, E, 2004, 1592.

LACOUR (L.),

- note sous Cass., Req., 28 mars 1904 : *D.*1905, 1, 65.

- note sous Cass.civ., 10 décembre 1912 : *D.P* 1914, 1, 97.

LAITHIER (Y-M.), obs. sous Cass.com., 30 mai 2006 : *RDC* 2006 n°4, 1075.

LANGE (D.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 10 décembre 2002 : *RGDA* 2003, 129.

LARROUMET (Ch.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 4 février 1975 : *JCP*, G, 1975, II, 18100.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989 : *D.* 1989, 302.
- note sous Ch.Mixte, 23 novembre 1990 : *D.*1991, 121.
- note sous Cass.com., 16 avril 1996 : *D.*1996, 571.
- note sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *D.*1997, 145, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité ».

LAWSON-BODY (L.), note sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *Les Petites Affiches*, 2000, n° 60, p. 16.

LEBEL (Ch.), obs. sous Cass.com. 9 janvier 2001 : *Rev. Proc.coll.*2002, 90.

LEGEAIS (D.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1989 : *JCP*, G, 1989, II, 21363.
- note sous Ch.Mixte, 23 novembre 1990 : *JCP*, G, 1991, II, 21642.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 18 février 1997 : *JCP*, E, 1997, n°17, p.97.
- note sous Cass.com. 17 juin 1997 : *JCP*, E, 1997, n°44, p.235.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001 : *JCP*, E, 2001, 758.
- obs. sous Cass.com., 19 avril 2005 : *RTDcom.*2005, 582.
- obs. sous Cass.com. 8 juillet 2008 : *RTDcom.*2008, 828.
- note sous Cass.com, 20 octobre 2009 : *JCP*, E, 2009, 2053.

LEGUAY (G.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 9 juillet 2003 : *Rev. Droit imm.* novembre-décembre 2003, 539.

LELOUP (J-M.), note sous CJCE, 12 décembre 1996 : *D.*1997, 438.

LEMOULAND (J-J.), obs. sous Paris, 1^{er} décembre 1999 : *D.*2000, som.415.

LEPAGE (A.), obs. sous TGI Paris, 2 juillet 2008, *Dr.pénal* 2008, chr.10, n°48.

LEVENEUR (L.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 8 janvier 1991 : *JCP*, N, 1991, II, 200.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 24 novembre 1993 : *Contrats Conc. Consom.* 1994, chr.n°3, « Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité ».
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1994 : *Contrats Conc. Consom.* 1994, n°155.
- obs. sous Cass.com., 4 juin 1994 : *Contrats conc., consom.* 1994, n°243.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 19 décembre 1995 : *Contrats Conc. Consom.* 1996, n°57.
- note sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *Contrats Conc. Consom.* 1997, n°21.
- obs. sous Cass.com., 22 octobre 1996 (arrêt Chronopost): *Contrats, Conc., Consom.* 1997, n°24.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 18 février 1997 : *Contrats Conc. Consom.* 1997, n°74.
- note sous Cass.com., 6 mai 1997 : *Contrats Conc. Consom.* 1997, n°146.
- note sous Cass.com., 7 octobre 1997 : *Contrats Conc, Consom.* 1998, n°20.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1997 : *Contrats Conc. Consom.* 1998, n°42.
- note sous Cass.com., 24 mars 1998 : *Contrats Conc. Consom.* 1998, n°88.
- note sous Cass.civ.1^{ère} 16 juin 1998 : *Contrats Conc. Consom.* 1998, n°127.
- note sous Cass.com., 26 octobre 1999 : *Contrats Conc. Consom.* 2000, n°41.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 17 novembre 1999, *Contrats Conc. Consom.* 2000, n°42.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000 : *Contrats Conc. Consom.* 2000, n° 275.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 14 novembre 2000 : *Contrats Conc. Consom.* 2001, n°37.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001 : *Contrats Conc. Consom.* 2001, n°102.
- note sous Cass.com., 8 janvier 2002 : *Contrats Conc., Consom.* 2002, n°87.
- note sous Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *Contrats Conc. Consomm.* 2002, n°121.
- obs. sous Cass.com., 9 juillet 2002 : *Contrats Conc. Consom.* 2003, n°2.
- note sous Cass.com., 3 décembre 2002 : *Contrats Conc. Consom.* 2003, n°55.
- obs. sous Cass.com., 12 mai 2004 : *Contrats Conc. Consom.* 2004, n°104.
- obs sous Cass.com., 21 février 2006: *Contrats Conc. Consom.* 2006, n°103.

LIBCHABER (R.),

- obs. sous Cass. civ.1^{ère}, 28 octobre 2003 : *Defrénois* 2004, 378.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 21 février 2006 : *Defrénois* 2006, 1223.

LINDON (R.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 29 avril 1969 : *JCP*, G, 1969, II, 15972.

LOISEAU (G.) et BILLIAU (M.), obs. sous Cass.com., 9 juillet 2002 : *JCP*, G, 2002, II, 10176.

LOISEAU (G.), note sous Ch.Mixte, 22 avril 2005 : *JCP*, G, 2005, II, 10066.

LOUSSOUARN (Y), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 2 juin 1970 : *RTDciv.* 1971, 137.

LUCAS (X.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 16 mai 1995 : *JCP*, G, 1996, II, 22736.

M.P., note sous Cass.com., 18 octobre 1967 : *D.S* 1968, 23.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J-L), note sous Cass.com., 26 février 2008 : *JCP*, E, 2008, n°20, p.38.

MALAURIE-VIGNAL (M.),

- note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *Contrats Conc. Consom.* 1999, n°56.

- obs. sous Nîmes, 13 juillet 2000 : *Contrats Conc. Consom.* 2000, n°162.

- note sous Cass.com., 8 janvier 2002 : *Contrats Conc., Consom.* 2002, n°78.

MALINVAUD (Ph.), note sous Cass.civ.3^{ème}, 24 avril 2003 : *Rev.Droit imm.* 2003, 356.

MALLET-BRICOUT (B.), note sous Cass.com. 3 décembre 2002 : *D.*2003, 786.

MANARA (C.), Paris, 26 mars 2009 : *D.*2009, AJ 1413.

MARTIN (D.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 juin 1988 : *JCP*, G, 1989, II, 21366.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 5 février 2002 : *JCP*, G, 2003, II, 10029.

MARTIN (D-R),

- note sous Cass.com., 2 juin 1993 : *D.*1993, 613.

- note sous Cass.com., 27 février 1996 : *Les Petites affiches* 1997, n°21, p.7.

MARTIN (D-R) et SYNDET (H.), note sous Cass. Ass.Plén., 9 oct. 2006 : *D.* 2007, 753.

MARTIN (R.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 12 mai 1993 : *JCP*, G, 1993, II, 22132.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 16 juillet 1998 : *JCP*, G, 1998, II, 10143.

MASSIP (J.),

- obs. sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *Defrénois* 1991, 948.

- note sous Cass.civ.1^{ère} 22 juillet 1987 : *D.*1988, 172 et *Defrénois* 1988, 317.

MAUGER-VIELPEAU (L.), note sous TGI Paris, 3 mai 2000 : *D.* 2000, 640.

MAZEAUD (D.),

- note sous Cass.com., 16 juillet 1991 : *D.*1992, 365.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 24 novembre 1993 : *Defrénois* 1994, 818.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1994 : *Defrénois* 1995, 347.

- obs. sous Cass.com., 18 octobre 1994 : *Defrénois* 1995, 332.

- obs. sous Cass.com., 16 avril 1996 : *Defrénois* 1996, 1018.

- obs. sous Cass.soc., 5 juin 1996 : *Defrénois* 1997, 737.

- obs. sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *Defrénois* 1997, 333, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps... »

- note sous Cass.com., 6 mai 1997 : *Defrénois* 1997, 977.

- obs. sous Cass.com., 20 janvier 1998 : *D.*1999, som.114.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 13 octobre 1998 : *Defrénois* 1999, 374.

- note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *Defrénois* 1999, 371.

- obs. sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *Defrénois* 1999, 1004.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 11 mai 1999 : *Defrénois* 1999, 992.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *D.*2002, som.2844.

- note sous Cass.com., 9 juillet 2002 : *D.*2003, 457.

- obs. sous Cass.com., 24 septembre 2003 : *RDC* 2004, 260.

- obs. sous Cass. civ.1^{ère}, 28 octobre 2003 : *RDC* 2004, 273.

- note sous Cass.civ. 1^{ère}, 18 mai 2004 : *D.* 2005.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 30 juin 2004 : *D.*2005, 1828, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? ».

- note sous Cass.com., 8 février 2005 : *RDC* 2003, 687.

- obs. sous Ch.Mixte, 22 avril 2005 : *RDC* 2005, 673.

- obs sous Cass.com., 21 février 2006 : *RDC* 2006, 694.

- note sous Cass.com., 30 mai 2006 : D.2006, 2288 « Saga “Chronopost” : les maîtres du temps perdent une manche... »

MAZEAUD (J.), Cass.civ.1^{ère}, 22 octobre 1975 : D.1976, 151.

MESTRE (J.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 16 janvier 1985 : *RTDciv.* 1986, 103.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 22 avril et 22 juillet 1986 : *RTDciv.* 1987, 306.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 28 avril 1987 : *RTDciv.* 1987, 537.
- note sous Cass.com., 22 mai 1991 : *RTDciv.*1992, 86.
- note sous Cass.civ.3^{ème}, 8 juillet 1992 : *RTDciv.*1993, 352.
- obs. sous Cass. com., 3 novembre 1992 : *RTDciv.* 1993, 124.
- obs. sous Cass.com., 21 juin 1994 : *RTDciv.*1995, 113.
- obs. sous Cass.com., 5 mars 1996 : *RTDciv.* 1996, 904.
- obs. sous Cass.com., 16 avril 1996 : *RTDciv.*1997, 132.
- obs. sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *RTDciv.*1997, 418.
- obs. sous Cass.com., 6 mai 1997 : *RTDciv.*1997, 936.
- obs. sous Cass.com., 7 octobre 1997 : *RTDciv.*1998, 370.
- note sous Cass.com., 25 novembre 1997 et Cass.com., 3 février 1998 : *RTDciv.*1998, 361.
- obs. sous Cass.com., 20 janvier 1998 : *RTDciv.*1998, 675.
- obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 29 avril 1998 : *RTDciv.*1999, 89.
- note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *RTDciv.*1999, 98.
- note sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *RTDciv.*2000, 107.

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- obs. sous Cons.constit., 9 novembre 1999 : *RTDciv.*2000, 109.
- obs. sous Cass.com., 7 mars 2000 : *RTDciv.* 2000, 829.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 28 novembre 2000 : *RTDciv.*2001, 134.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 6 mars 2001 : *RTDciv.*2001, 589.
- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *RTDciv.* 2002, 502.
- obs. sous Cass.com. 10 déc. 2003 : *RTDciv.*2004, 285.
- obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 25 mai 2005 : *RTDciv.*2005, 772.
- note sous Cass. Ass.Plén., 6 octobre 2006 : *RTDciv.*115.
- note sous Cass.Ass. plén., 9 oct. 2006 : *RTDciv.*2007, 115.

MONEGER (J.), obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 20 avril 1988 : *JCP*, G, 1989, II, 21229.

MOULY (J.), note sous Cass.soc., 3 juillet 1990 : *D.*1991, 507, 2^{ème} espèce.

NAJJAR (I.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 juin 1988 : *D.*1989, 181.

NOGUERO (D.), note sous Cass.civ.2^{ème}, 4 janvier 2006 : *Les Petites Affiches* 2006, n°128, 15.

P.P., note sous Cass.civ.1^{ère} 28 octobre 1968 : *JCP*, G, 1969, II, 15837.

PAISANT (G.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 16 janvier 1985 : *JCP*, G, 1986, II, 20666.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 avril 1987 : *JCP* G, II, 20893.

- note sous Cass.civ.3^{ème}, 9 janvier 1991 : *D.*1991, 481.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 octobre 1995 : *JCP*, G, 1996, II, 22580

- note sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *JCP*, G, 1999, II, 10205.

PATARIN (J.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 28 juin 1988 : *RTDciv.*1989, 116.

PAUFFIN DE SAINT-MOREL (M.), note sous Cass.civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1986 : *RGAT* 1986, 612.

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), note sous Cass.com., 28 mai 2002 : *JCP*, E, 2002, 2063.

PETIT (B.), note sous Cass.com., 12 janvier 1999 : *JCP*, G, 1999, II, 10070.

PICOD (Y.), note sous Cass.com., 24 novembre 1998 : *JCP*, G, 1999, II, 10210.

PIEDELIEVRE (S.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 18 février 1997 : *Gaz. Pal.*1997, som.11.

- note sous Cass.com. 17 juin 1997: *Les Petites Affiches* 1998, n°63, p.33.

- note sous Cass.com, 20 octobre 2009 : *JCP*, G, 2009, II, n°46, 422.

PIERRE (Ph.), note sous Paris, 12 janvier 2000 : *JCP*, G, 2000, II, 10433.

PLAISANT (R.), note sous Rennes, 9 juillet 1974 : *JCP*, G, 1975, II, 17990.

POULLAIN (B.) note sous Cass.com., 27 mai 1997 : *Rev. Dr. et Patrimoine* 1997, n°52, p.18.

POUMAREDE (M.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 2 novembre 2005 : *JCP*, G, 2006, 10018.

PRIEUR (E.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 13 avril 1983 : *D.*1984, 273.

PUTMAN (E.), note sous Saint-Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989 : *JCP*, G, 1990, II, 21504.

RAMBURE (D.), note sous Cass.com., 26 avril 1982 et Cass.com., 28 avril 1982 : *D.*1986, 233.

RAYMOND (G.), obs. sous Cass. civ.1^{ère}, 4 mai 1999 : *Contrats Conc. Consom.* 1999, n°134.

REMY (Ph.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 18 janvier 1989 : *RTDciv.* 1989, 572.

- obs. sous Ch.Mixte, 23 novembre 1990 : *RTDciv.*1991, 360.

RIVES-LANGE (J-L.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 10 mai 1989 : *Banque* 1989, 758.

ROBLOT (R.), Cass.com., 26 juin 1956 : *JCP*, G, 1956, II, 9600.

ROCHFELD (J.), obs. sous Cass.com., 9 juillet 2002 : *JCP*, G, 2002, II, 184.

ROLLAND (A.), note sous CA Amiens, 13 décembre 1973 : *D.* 1975, 452.

ROUQUET (Y),

- note sous Cass.crim., 28 novembre 2000 : *D.*2001, 856.

- obs. sous Cass.com., 7 juillet 2004 : *D.*2004, 2230.

- obs. sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *D.*2008, AJ.1412.

ROUQUIE (S.), note sous Cass.com., 7 juillet 2004 : *JCP*, E, 2004, n°768.

S.P., obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 16 juillet 1998 : *D. Affaires* 1998, 1530.

SAINTE-ROSE (J.), concl. de Cass.civ.1^{ère}, 10 décembre 2002 : *D.* 2003, 510

SAINT-JOURS (Y.), note sous Cass.com., 22 mai 1991 : *JCP*, G, 1992, II, 191.

SAINTOURENS (B.), obs.sous Cass.com.7 juillet 2004 : *RTDcom.* 2005, 42.

SALVAGE (Ph.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 juin 1988 : *JCP*, N, 1989, II, 74.

SAVATIER (R.),

- note sous Req. 20 février 1922 : *D.*1922, 1, 201.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 27 mars 1973 : *JCP*, G, 1974, II, 17643.

SAVAUX (E.), note sous Cass.com., 13 décembre 2005 : *Defrénois* 2006, 414.

SERIAUX (A.), note sous Cass.com., 22 octobre 1996 : *D.*1997, 121.

SERRA (Y.),

- note sous Cass.com., 4 janvier 1994 : *D.*1995, 204.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 11 mai 1999 : *D.*2000, som.312.

- note sous Cass. soc., 10 juillet 2002 (trois arrêts): *D.*2002, 2491, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail ».

SIMLER (Ph.),

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 31 mai 1988 : *JCP*, G, 1989, II, 21181.

- note sous Cass.civ.1^{ère}, 25 janvier 2005 : *JCP*, G, 2006, II, 315.

- note sous Cass.com., 13 décembre 2005 : *JCP*, G, 2006, II, 315.

SONET (A.), note sous Cass.com., 12 mai 2004 : *JCP*, G, II, 10184.

STEINLE-FEUERBACH (M-F), obs. sous TGI Paris, 26 juin 2003, *Journal des accidents et des catastrophes*, www.jac.cerdacc.uha.fr, n° 46.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 3 avril 2002 : *Comm.com.électr.*2002, n°89.

- obs. sous TI Saint-Jean-de-Maurienne, 6 août 2003 : *Comm.com.électr.2004*, comm.30.
- note sous TI Pau, 26 février 2004 : *Comm.com électr.2004*, com.33.
- obs. sous TI Pau, 26 février 2004 : *Comm.com.électr.2004*, comm.32.
- note sous Cass.com., 12 mai 2004 : *RDC 2004*, 943.

STORCK (M.),

- note sous Cass.com., 27 mai 1997 : *JCP*, G, 1997, II, 22930.
- note sous Cass.com., 2 décembre 1997 : *JCP*, G, 1998, II, 10160.

STOUFFLET (J.), note sous Cass.com., 19 avril 2005 : *JCP*, E, 2005, 916.

TEILLIAIS (G.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 15 mai 2002 : *Les Petites Affiches 2003*, n°114, p.4.

TERRE (F.), note sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *JCP*, G, 1991, II, 21752.

THIOYE (M.),

- note sous Cass.com.7 juillet 2004 : *AJDI 2006*, 236.
- note sous Cass.civ. 1^{ère}, 29 novembre 2005 (pourvois n°02-14628 et n°02-15021), « Etendue du devoir d'information et de conseil de l'intermédiaire », *AJDI 2006*, 396.
- note sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *AJDI 2008*, 878.
- note sous Cass.civ.3^{ème}, 2 juillet 2008 : *AJDI 2009*, 49.

THOMAT-RAYNAUD (A-L.), note sous Cass. Ass.Plén. 9 mai 2008 : *D.2008*, 2328.

THOMASSET-PIERRE (S.), obs. sous Paris, 16 novembre 2001 : *D.2002*, 1668.

THOUVENIN (D.), note sous Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991 : *D.1991*, 417.

THUILLIER (H.), obs. sous Cass.civ.3^{ème}, 2 octobre 1974 : *JCP*, G, 1976, II, 18247.

TOMASIN (D.), obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1988 : *Rev. Droit imm.*1989, 368.

TOSI (J-P), note sous Ch.Mixte, 22 avril 2005 : *D.2005*, 1864.

TREBULLE (F-G), note sous Cass.civ. 3^{ème}, 26 février 2003 : *Rev.Droit imm.*, mai/juin 2003, p.245 à 248, « L'information sur la présence de capricornes interdit de considérer la présence non révélée de termites comme un vice caché ».

VERMELLE (G.), obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1992 : *Defrénois* 1993, 1070.

VINEY (G.),

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 16 décembre 1992 : *JCP*, G, 1995, I, 3664 n° 7.

- obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 6 octobre 1993 : *JCP*, G, 1994, I, 3773, n°7.

- note sous Cass.com., 17 juin 1997 : *JCP*, G, 1998, I, 144, n°2.

- obs. sous Cass., Ass.Plén, 25 février 2000 : *JCP*, G, 2000, I, 241, n°16.

- obs. sous Cass.com., 8 octobre 2002 : *JCP*, G, 2003, I, 152.

- note sous Cass. Ass.Plén., 6 octobre 2006 : *D.* 2006. 2825.

VION (M.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 28 février 1989 : *Defrénois* 1989, 34530.

VIRASSAMY (G.),

- obs. sous Cass. com., 3 novembre 1992: *JCP*, G, 1993, II, 22164.

- note sous Cass.com., 3 juillet 2001 : *JCP*, E, 2002, n°24, p.1002.

WAQUET (Ph.), note sous Cass.civ.1^{ère}, 6 octobre 1993 : *JCP*, G, 1993, II, 22154.

WIEDERKEHR (G.), note sous Cass.civ.3^{ème}, 8 juillet 1992 : *JCP*, G, 1993, II, 21982.

X.D., note sous Cass.com., 11 octobre 1971 : *D.*1972, 120.

X.D., obs. sous Cass.civ.1^{ère}, 2 décembre 1997 : *D.Affaires* 1998, 282.

INDEX ALPHABETIQUE

-A-

ABUS DE POUVOIR, 53, 147.

- dépassement ou absence de pouvoirs, 145, 411, 413, 415, 416, 423, 530, 617 et s., 622, 626.
- détournement de pouvoirs, 283, 413.
- sanctions, 147, 419, 420, 422, 530.

ACCES A LA PROFESSION (condition d')

- monopoles, 5, 15, 54, 106 et s., 124, 126, 198, 244.
- moralité, 7, 13, 118 et s., 150, 244, 263, 373, 427.
- niveau d'étude, 114 et s., 373.
- solvabilité (assurance et garanties), 120.

ACTION DIRECTE, 491 à 496, 635, 647, 650.

- action directe parfaite, 482, 488, 495.
- action directe imparfaite, 495.
- enjeu, 482 et s.

ADJUDICATION, 447, 459.

- commissaire-priseur, 5, 106, 110, 131, 249, 597.
- vente en ligne (exclusion), 5, 106.

AGENCE D'ESCORT, 14.

AGENCE DE PUBLICITE, 16, 149, 263, 267, 273, 371, 372.

AGENCY, 4, 482.

AGENT COMMERCIAL

- mandat civil, 55
- immatriculation, 55 à 58, 123, 306, 368.
- loyauté, 165, 166, 271, 312.
- rupture, 322, 327, 347, 367 et s.

AGENT ARTISTIQUE, 16, 120, 124, 190.

AGENT D'ASSURANCE, 30 à 32, 125, 364, 609.

AGENT SPORTIF, 5, 116, 191, 282.

AGENT DE VOYAGES, 115, 540 à 542, 551.

AGREMENT, (v° accès à la profession)

ALEA, 295, 501 à 504, 520, 523, 529.

APPARENCE (théorie de l'), 418 et s.

- conditions, 423, 424.
- effets, 342, 430, 637.

ASSURANCES OBLIGATOIRES, 12, 498, 542, 550, 560, 585, 636.

AUTONOMIE DE LA VOLONTE, 24, 147, 287, 349, 353, 408, 419, 653.

AVOCAT, 138, 250, 273, 310, 312, 515.

-B-

BAIL, 131, 132, 190, 406, 508, 600.

BONNE FOI,

- bonne foi et consentement, 30, 85, 86, 398, 462, 637.
- bonne foi et erreur légitime, 342, 423.
- bonne foi et exécution, 139, 140, 163, 164, 167, 230, 271, 280, 332, 348, 512.
- bonne foi et faute lourde, 568.
- bonne foi et fraude, 413, 415.
- bonne foi et paiement, 466, 495.

BLANC-SEING, 40.

-C-

CAPACITE

- capacité de l'intermédiaire, 96 et s.
- capacité de l'intermédiaire, 127 et s.

CAPRICORNES, 239, 638.

CAUSE

- illicéité ou immoralité, 7 à 14, 119, 207, 400 à 402, 450 à 461.
- déséquilibre des prestations, 77, 225 à 229, 317, 568.

CAUTIONNEMENT, 63 à 66, 85, 294, 323, 624.

CENTRALES

- centrales d'achat, 3, 73, 75, 76, 300, 332, 333.
- centrales de référencement, 3, 73, 75, 254 à 260.

CHASSEURS DE TETE, 15, 71, 124, 176.

CLAUSE ELUSIVE OU LIMITATIVE de dommages et intérêts

- intérêt, 564 à 566.
- obstacles, 567 à 571.

CLAUSE PENALE

- forfait de dommages-intérêts (confusion), 577 à 579
- forfait de dommages-intérêts (différence), 573 à 575

CLAUSES ABUSIVES, 151 à 157, 317, 574.

COHERENCE (principe de), 166, 348, 568.

COLLABORATION (obligation de), 163 à 168.

COMMISSAIRE-PRISEUR (v°adjudication)

COMMISSION (contrat de), 439, 440.

- commission de transport, 52, 293, 487 et s., 524, 527, 536, 546 et s.
- centrales de référencement (v°centrales)

COMMISSION (droit à), (v°rémunération)

COMMISSION-AFFILIATION (contrat de), 23

CONFIANCE

- contrat de confiance, 21, 30, 32, 35, 67, 117, 146, 150, 166, 167, 224, 263, 277, 284, 285, 287, 373, 408, 412, 512, 653.
- confiance et non-concurrence, 313, 317.
- confiance et rupture, 331, 332, 336, 341, 343, 347 à 349, 355, 359, 362, 371.
- confiance et secret, 307, 311, 312.
- confiance et substitution, 534 à 538.

CONFIANCE LEGITIME

- v°cohérence.
- *estoppel*, 166.
- *reliance*, 348.

CONFIDENTIALITE (clause de), (v°secret)

CONSENTEMENT

- information, 29 et s.
- liberté d'expression, 40 à 43.
- moment de la rencontre de volontés, 44 à 46.

CONSEIL, (v° information)

CONTREPARTIE

- condition de loyauté, 280 et s.
- vente, 276 à 278.

COURTAGE

- adoption, 13, 207.
- courtier d'assurances, 29 à 32, 125, 131, 247, 286, 508.

- agence immobilière, 17, 45, 51, 101, 115, 125, 131, 132, 154, 155, 190, 204, 217, 223, 239, 249, 264, 268, 354, 355, 390, 426, 508, 574, 600, 637.
- agence matrimoniale, 6 à 11, 45, 50, 60, 133, 312, 507.
- agent sportif, 5, 16, 191, 282.
- centrale de référencement (v°centrale)

CYBERINTERMEDIAIRE

- contrat électronique, 41, 60, 507, 551, 611.
- courtage en ligne, 5, 14, 21, 507.
- hébergeur et fournisseur (exclusion), 550.

-D-

DECLARATION DE COMMAND, 447, 448, 453, 485.

DEDIT, 360.

DELEGATION DE CREANCE, 298, 299.

DEMARCHAGE, 39, 45, 60, 83, 314.

DEREFERENCEMENT, 73, 556.

DOUBLE INTERMEDIATION, 266 à 274.

DUCROIRE (clause de)

- définition et illustrations, 290 à 293.
- effet, 300 à 302, 549, 648
- nature, 294 à 299.

-E-

EFFET RELATIF (des conventions), 287, 407, 478, 482, 583, 585, 651.

ESTOPPEL, (v°confiance légitime)

EXCEPTION D'INEXECUTION, 555, 556.

EXCLUSIVITE (clause d'), 304 et s.

-F-

FAUTE LOURDE ET DOL, 200, 568, 574, 575.

FIDUCIE, 443, 444.

FORFAIT DE DOMMAGES ET INTERETS, 573, 574, 577, 579.

FORMALISME

- consensualisme, 40, 41, 43.
- formalisme de certains mandats, 48 et s.
- formalisme légal de certains actes, 60 et s.
- formalisme prétorien de certains actes, 63 et s.

FRAUDE

- conditions, 415 à 417.
- effet, 412 à 414.

-G-

GESTION D’AFFAIRES, 20, 44, 177 à 179, 592 à 594.

GESTION DE PORTEFEUILLE, 53, 124, 273, 287, 528.

GERANCE-MANDAT, 23.

GOLDEN PARACHUTE, 357, 358.

-H-

HONORAIRES, (v° rémunération)

-I-

INCAPACITE DE L’INTERMEDIAIRE

- incapacités générales, 98 à 104.
- incapacités professionnelles, 105 à 126.

INCAPACITE DE L’INTERMEDIANT

- incapacités, 129 à 135.
- procédures collectives, 137 à 140.

INFORMATION (obligation d’)

- obligation contractuelle, 238 à 260, 613.
- obligation pré-contractuelle, 29 à 35.

INOPPOSABILITE (v° dépassement de pouvoirs, sanctions)

INTERMEDIAIRE (définition de l’), 3

INTERMEDIANT (définition de), 17.

INTERMEDIATION

- critères, 17 et s.
- distinction du louage d’ouvrage, 19.
- distinction du louage de services, 23, 608.
- exclusion de la revente, 3.

INTERMEDIIE (définition de), 17.

INTERPOSITION DE PERSONNE

- interposition fictive (v° prête-nom)
- interposition réelle, 442 à 444.

INTUITUS PERSONAE,

- contrat conclu *intuitu personae*, 22, 25, 29, 30, 38, 43, 69, 89, 93, 158, 166, 167, 303, 311, 318, 321, 653.
- *intuitus peronae* et précarité, 319 à 321, 323, 333, 336, 341, 343, 346, 347, 363, 369.
- *intuitus personae* et réduction d’honoraires, 224.
- *intuitus personae* et substitution, 263, 327, 534, 537.

-L-

LESION, 130, 225, 229, 230.

LOYAUTE, 22, 30, 32, 81, 85, 86, 158, 159, 163, 165, 166, 230, 267, 269, 271, 281, 283, 307, 310, 318, 332, 348, 416, 512, 528, 534, 537, 653.

-M-

MANDAT, (v° pouvoir)

MANDAT D’INTERET COMMUN,

- critères restrictifs, 364, 365, 366.
- contrat d’agence commerciale, 165, 367 à 369.
- contrat d’agence d’assurance, 364.
- contrat de promotion, 364
- rupture, 363 et s.

-N-

NON-CONCURRENCE (clause de), 313 à 317.

-O-

OFFRE, 36 à 39, 43, 172, 267.

OBLIGATION DE MOYENS, 501 à 508, 519, 520, 551.

OBLIGATION DE RESULTAT, 504, 522, 523, 529, 531, 623, 624.

-P-

PACTE CIVIL DE SOLIDARITE, 337, 338.

PARTIE (notion de), 404 à 409.

PERTE D'UNE CHANCE, 355, 514, 515, 540.

PORTE-FORT (promesse de)

- effet, 294, 623.
- notion, 621, 622.
- porte-fort de ratification, 624.
- porte-fort d'exécution, 624.

POURPARLERS, 28 à 35, 216.

POUVOIR

- pouvoir d'accomplir un acte juridique pour autrui, 145 à 148, 286, 287.
- pouvoir d'entremise, 149, 150.

PREAVIS (délai de)

- absence, 336, 344, 346 à 348, 374,.
- utilité, 331, 337, 338, 343, 359, 364, 371.

PRESCRIPTION

PRETE-NOM, 440, 446, 451, 453, 479.

PROMOTION IMMOBILIERE, 16, 50, 364, 523, 543 à 545, 552, 591.

PROPORTIONNALITE (principe de), 225, 228, 316, 317, 373, 571, 578.

-R-

RATIFICATION

- ratification et absence de pouvoirs, 28, 44, 574, 599 à 602.
- ratification et gestion d'affaires, 40, 593.
- ratification et promesse de porte-fort, 294, 616, 621 à 624.

REDDITION DE COMPTE, 342.

RELIANCE, v° confiance légitime

REMUNERATION

- charge, 189 à 192.
- étendue, 193 à 214.

- gérant d'affaire professionnel, 177 à 179.
- onérosité et réussite, 174 à 179.
- onérosité et service, 180 à 184.
- principe d'onérosité, 173 à 176.
- pouvoir de révision judiciaire, 220 à 231.
- régime des salariés (exclusion), 158 à 187.

REPARATION (techniques de), 544 à 587.

REPRESENTATION

- effet, 129, 148, 155, 349, 377, 404 et s.
- limites, 411 à 414 (fraude) et 418 à 434 (apparence).
- mandats sans représentation, 438 à 454.
- notion, 18, 19, 147, 172, 381, 382.

RESPONSABILITE (de l'intermédiaire)

- contractuelle envers l'intermédiaire, 499 à 532.
- contractuelle envers l'intermédié, 645 à 650.
- délictuelle envers l'intermédié, 604 à 614.
- du fait de l'intermédié, 540 à 552.

RESPONSABILITE DU FAIT D'AUTRUI

- agences de voyages, 540 à 542.
- agent d'assurances, 609.
- commissionnaires de transport, 546 à 548.
- incidence de l'avant-projet Catala, 631 à 635.
- intermédiaire du croire, 549.
- promoteur, 543 à 545.
- substitution d'intermédiaire, 534 à 538.

RESPONSABILITE (échec à la)

- faute de la victime et force majeure, 595 à 598.
- gestion d'affaire (v° ce mot)
- prescription, 590, 591.
- ratification (v° ce mot)

REVOCACTION

- principe de révocation *ad nutum*, 335, 336.
- atténuations, 351 à 370.

RUPTURE DU CONTRAT, 320 à 370.

- atténuations, 331, 332, 337, 351 à 370.
- liberté, 330, 335, 336, 341, 342.
- mort, 320 à 328.
- terme, 319, 340.

-S-

SECRET

- atteinte à la vie privée, 312.
- loi « informatique et libertés », 311.
- clause de confidentialité, 310 à 312.

SIMULATION, 474 à 479.

SOLIDARISME, 228, 633.

SOUS-MANDAT

- substitution de mandataire, 21, 262, 263, 327, 612.
- responsabilité du mandataire, 534 à 538.

SYNDIC, 627, 629.

-T-

TERMITES, 239, 637, 639.

-V-

VICE APPARENT, 249.

VICE CACHE, 182, 249, 638, 639.

VICE DU CONSENTEMENT

- dol, 32, 34, 81 à 88, 271, 387 à 391, 461, 637.
- erreur, 32, 34, 90, 91, 390, 391.
- erreur sur la personne, 21, 89, 91 à 93, 119, 158.
- violence, 70 à 81, 634, 653.

VRP (voyageur représentant placier), 3, 23, 101, 307, 315, 632.

TABLE DES MATIERES
(les chiffres renvoient aux pages)

TABLE DES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
I. Une notion diffuse	6
II. Les critères de l'intermédiaire	17

PREMIERE PARTIE : Le contrat d'intermédiaire, contrat de confiance précaire, conclu <i>intuitu personae</i>
--

Titre 1. L'<i>intuitus personae</i> dans la formation du contrat	29
Chapitre 1. Les conditions de formation	30
Section 1. L'obligation d'information dans les pourparlers	30
§1. L'intermédiaire, débiteur de l'obligation d'information dans les pourparlers	30
§2. Le contenu de la notion d'obligation d'information dans les pourparlers	32
Section 2. La rencontre de volontés	36
§1. L'initiateur du contrat	36
§2. La libre expression du consentement	37
§3. Le moment de la rencontre de volontés	40
Section 3. Le formalisme de protection de l'intermédiaire	42
§1. Le formalisme légal du mandat de certains intermédiaires	42
§2. Le formalisme légal ou jurisprudentiel de certains actes passés par des intermédiaires	49
A. Le formalisme spécial d'origine légale	50
B. Le formalisme spécial d'origine prétorienne	51

Chapitre 2. Les conditions de vitalité	54
Section 1. L'absence de vices du consentement	54
§1. La violence, risque d'une confiance accordée sous la contrainte	55
A. La violence commise par l'intermédiaire	55
B. La violence commise par l'intermédiaire	60
§2. Le dol, source de manipulation déloyale de l'intermédiaire	62
§3. La prise en compte de l'erreur sur la personne, marque d'un contrat conclu <i>intuitu personae</i>	65
Section 2. La capacité	67
§1. Les règles de capacité du côté de l'intermédiaire	67
A. Les règles générales de capacité juridique de l'intermédiaire	68
1. L'incidence de la minorité sur la profession d'intermédiaire	68
2. Le sort de l'intermédiaire incapable associé	71
B. Les conditions particulières de capacité professionnelle de certains intermédiaires	72
1. Le respect des monopoles	72
2. Le respect des particularismes professionnels	75
a. Les qualités professionnelles attendues par le législateur	75
α. Le titre (ou l'expérience)	75
β. L'honneur	78
χ. La solvabilité	79
b. Les qualités professionnelles contrôlées par des procédures d'agrément	81
§2. Les règles de capacité relatives à l'intermédiaire	86
A. Les cas d'incapacité avérée	86
1. Les hypothèses classiques d'incapacité d'un intermédiaire	86
2. Le cas particulier d'une procédure collective dirigée contre le débiteur intermédiaire	89
B. Le risque d'incapacité future	93
Section 3. Le pouvoir de l'intermédiaire	94
§1. Le pouvoir d'accomplir un acte juridique	94
§2. Le pouvoir d'entremettre	97

Section 4. Le contrôle des clauses abusives	98
Conclusion du titre 1	103
Titre 2. Les effets du contrat de confiance	104
Chapitre 1. Les obligations communes	104
Section 1. Les obligations de l'intermédiaire	104
§1. L'obligation de collaboration	104
§ 2. L'obligation de rémunération	109
A. Le principe d'onérosité du contrat d'intermédiaire	110
1. La genèse du principe	110
2. La signification du principe d'onérosité	111
a. L'onérosité souvent liée à la réussite	111
α. L'étude des lois spéciales qui conditionnent la rémunération de l'intermédiaire	112
β. L'étude de la jurisprudence qui octroie une rémunération au gérant d'affaire professionnel	115
b. L'onérosité parfois liée à l'idée de service	117
c. Le statut de l'intermédiaire, exclusif du régime des salariés	120
B. Le contenu double de l'obligation pécuniaire	121
1. La charge de la rémunération	121
2. L'étendue de l'obligation pécuniaire	123
a. Le principe de la double obligation pécuniaire	123
α. Le paiement des frais et salaire	123
β. Le remboursement des pertes	126
b. Quelques hypothèses de remboursement de salaire et d'avances	127
α La rémunération et le remboursement des frais en cas de forfait	127
i. L'hypothèse d'une mission réussie	127
ii. L'hypothèse d'une mission manquée	128
β. La rémunération et le remboursement des frais en l'absence de forfait	130
C. La rémunération de l'intermédiaire à l'épreuve du temps	132
1. Le droit à commission maintenu dans le temps	132

2. Le rôle du juge face à une commission apparue inéquitable	134
a. Un pouvoir de révision judiciaire établi	134
b. Les fondements évolutifs du rééquilibrage judiciaire	135
Section 2. Les obligations de l'intermédiaire	141
§1. La mise en relation de l'intermédiaire avec un partenaire contractuel	141
§2. La délivrance d'informations utiles au contrat projeté	142
A. L'affirmation d'une obligation d'information à la charge de l'intermédiaire	143
B. Le contenu de l'obligation d'information de l'intermédiaire	144
1. L'information sur le contrat à conclure	145
2. L'information sur autrui	150
a. La notion d'information sur autrui	150
b. Le renseignement à la charge des centrales : une exception ?	151
α. La centrale libérée du renseignement dans le temps	151
β. L'étendue de l'obligation d'information sur autrui des centrales, simple aménagement du principe	153
§3. Les modes d'exécution des obligations de l'intermédiaire	154
A. L'exécution personnelle n'est pas obligatoire	155
B. L'exécution loyale est de rigueur	158
1. L'exécution loyale à l'épreuve de la double intermédiation	158
2. L'exécution loyale à l'épreuve de la contrepartie	162
a. L'intermédiaire contrepartiste à une vente	162
b. L'intermédiaire contrepartiste à un acte autre qu'une vente	166
Chapitre 2. Les obligations modulables	168
Section 1. Les marques d'une confiance renforcée	168
§ 1. La conclusion de l'acte par l'intermédiaire	169
§ 2. La clause de ducroire	170
A. L'engagement de ducroire de l'intermédiaire	170
1. La volonté de se porter ducroire	171
2. La nature de l'engagement de ducroire	173
B. La portée de l'engagement de ducroire à l'égard de l'intermédiaire	176

Section 2. Les marques d'une confiance surveillée	178
§1. La clause d'exclusivité	178
A. L'intermédiaire exclusif	178
B. L'intermédiaire exclusif	180
§2. La clause de confidentialité	182
§3. La clause de non-concurrence	185
Conclusion du titre 2	189
Titre 3 : La précarité du contrat d'intermédiaire	190
Chapitre 1. La clause tacite de rupture du contrat liée à la mort d'une des parties	190
Section 1. La mort d'une des parties, cause d'extinction du contrat	190
Section 2. La mort de l'intermédiaire et le maintien exceptionnel du contrat	192
Chapitre 2. La précarité du mandat entre vifs	195
Section 1. La rupture du contrat provoquée par l'intermédiaire	195
Section 2. La rupture du contrat subie par l'intermédiaire	198
§1. Le principe de la libre rupture	198
A. Un droit de résiliation unilatérale original	198
B. Un droit de rupture dangereux ?	202
§2. Les atténuations à la liberté de rupture	210
A. Les stipulations contractuelles aliénant la liberté de rupture du mandant	210
1. Le mandat stipulé irrévocable	211
2. Les clauses d'aménagement de la rupture du contrat	213
B. La réparation de la rupture subie par le mandataire d'intérêt commun	216
C. La réparation de la rupture subie par l'agent commercial	220
Conclusion du titre 3	225
Conclusion de la première partie	227

DEUXIEME PARTIE : La variété de mise en œuvre du pouvoir de l'intermédiaire

Titre 1. La déclinaison des liens issus de l'intermédiation	229
Chapitre 1. L'intermédiation transparente	230
Section 1. Le pouvoir de l'intermédiaire, support juridique du lien contractuel entre l'intermédiaire et l'intermédié	230
§1. L'intermédiaire, acteur de la formation du contrat	230
A. Le pouvoir donné à l'intermédiaire	231
B. Les conditions de formation du contrat passé avec l'intermédié	231
1. Le consentement	232
a. L'examen surprenant du consentement donné par l'intermédiaire	232
b. Un examen nécessaire, confirmé par l'étude des vices du consentement	233
2. La capacité	236
a. La capacité de l'intermédiaire	236
b. La capacité de l'intermédiaire	237
3. L'objet et la cause des obligations et du contrat	238
§2. L'intermédiaire transparent, absent de l'exécution du contrat	240
Section 2. Les limites aux effets de la représentation	244
§1. La fraude : une limite protectrice de l'intermédiaire	244
A. L'utilité de la notion de fraude	244
B. La difficulté de la notion de fraude	246
§2. L'apparence : une limite protectrice de l'intermédié	248
A. L'influence du comportement de l'intermédiaire dans la création de l'apparence	248
1. La situation malaisée de l'intermédié	249
2. L'examen des circonstances de nature à sauver l'acte	249
a. Les conditions d'application du mandat apparent	250
b. Les conditions particulières liées à la qualité d'intermédiaire	251
B. La faible incidence du comportement de l'intermédiaire dans la mise en œuvre de l'apparence	253

Chapitre 2. L'intermédiation opaque	256
Section 1. L'intermédiaire opaque, partie à la formation du contrat	256
§1. La conclusion personnelle du contrat par l'intermédiaire opaque	256
A. L'identification des intermédiaires opaques	256
1. La commission	257
2. L'interposition de personne	258
a. L'interposition réelle exclue du domaine d'étude	258
b. L'interposition fictive, forme de mandat sans représentation	260
3. La déclaration de command	261
B. Les intermédiaire opaques, mandataires non représentants	262
§2. Les conditions de formation du contrat entre l'intermédiaire opaque et l'intermédié	264
A. L'unique prise en compte de l'intermédié et de l'intermédiaire opaque : un constat	265
B. L'absence regrettable de particularisme de l'intermédiation opaque : une réflexion	266
Section 2. L'intermédiaire opaque, partie apparente à l'exécution du contrat	268
§1. L'intermédiaire opaque, l'illusion d'un cocontractant pour l'intermédié	268
A. Les obligations réciproques de l'intermédiaire opaque et de l'intermédié	268
B. Le rôle original de l'intermédiaire, pourtant tiers au contrat	269
§2. Les prérogatives de l'intermédié dans le rétablissement de la réalité	271
A. L'action en déclaration de simulation	272
1. Le domaine de la simulation en cas d'intermédiation	272
2. Les effets de l'action en déclaration de simulation	273
B. La mise en œuvre d'une action directe par l'intermédié	274
1. L'enjeu d'une action directe en cas d'intermédiation opaque	275
2. La reconnaissance exceptionnelle d'une action directe	276
a. Le domaine avéré de l'action directe de l'intermédié	276
b. Vers un souhaitable élargissement de l'action directe	278
dans le contrat de commission	
α. Une action directe élargie	278
β. Une action directe limitée	280
Conclusion du titre 1	282

Titre 2. Les multiples responsabilités de l'intermédiaire	283
Chapitre 1. La responsabilité contractuelle de l'intermédiaire envers l'intermédiaire	283
Section 1. Les différents régimes de responsabilité contractuelle de l'intermédiaire	283
§ 1. Le principe : l'intermédiaire courtier responsable de son fait personnel	284
A. Les fautes de l'intermédiaire courtier	284
1. Le courtier débiteur d'une obligation de moyens	284
2. Variations jurisprudentielles sur l'appréciation de la faute	285
a. La faute du courtier liée à la mauvaise exécution d'une obligation d'information	286
b. La sévérité du juge à l'égard du courtier habituel	290
B. Le préjudice de l'intermédiaire	292
§ 2. L'exception : l'intermédiaire mandataire présumé responsable de l'inexécution totale	295
A. La présomption de faute en cas d'inexécution totale	296
1. L'exposé d'une présomption prétorienne	296
2. L'examen critique de cette présomption jurisprudentielle	297
B. La nécessaire preuve d'une faute en cas d'inexécution partielle	299
§ 3. Les cas particuliers d'intermédiaires responsables du fait d'autrui	303
A. La responsabilité des intermédiaires du fait de leurs substitués	303
B. L'intermédiaire responsable du fait de certains intermédiaires	305
1. La responsabilité des agences de voyages	306
2. La garantie des promoteurs	310
3. La garantie des commissionnaires de transport	312
4. La responsabilité de l'intermédiaire du croire	313
5. La responsabilité de l'intermédiaire cybervendeur	314
Section 2. Les incertitudes liées à la réparation du préjudice	318
§1. Des techniques de réparation diverses	318
A. La réparation neutralisée	318
B. La réparation imposée	319

C. La réparation maîtrisée	321
1. Les clauses élusives ou limitatives de responsabilité	321
a. L'intérêt des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité	321
b. Les obstacles à l'opposabilité des clause limitatives ou exonératoires de responsabilité	323
2. Les clauses d'évaluation forfaitaire de dommages et intérêts	328
a. Les différences théoriques entre la clause forfaitaire de dommages et intérêts et la clause pénale	328
b. La confusion de la clause forfaitaire de dommages et intérêts et de la clause pénale entérinée par le juge	331
3. La résolution du conflit entre deux clauses différentes	333
§ 2. Les causes d'échec à la responsabilité de l'intermédiaire	337
A. Les causes légales d'échec à une action en responsabilité	337
1. La prescription de l'action en responsabilité contractuelle	338
2. L'application des règles de la gestion d'affaires	339
3. La faute de la victime et la force majeure	341
B. La ratification de l'acte de l'intermédiaire	342
Chapitre 2. La déclinaison des responsabilités de l'intermédiaire envers l'intermédié	344
Section 1. La responsabilité civile délictuelle de l'intermédiaire transparent	344
§1. Le principe et ses probables évolutions	344
A. L'exposé du principe	345
1. L'exclusion : l'inapplicabilité de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil à l'intermédiaire transparent	345
2. Le principe : l'intermédiaire transparent responsable de ses fautes délictuelles et de celles commises par ses substitués	347
3. L'exception : l'engagement personnel de l'intermédiaire	350
a. L'engagement personnel tiré d'une manifestation de volonté de l'intermédiaire	350
α. Le dépassement de pouvoirs en nom personnel	351
β. L'engagement de porte-fort non ratifié par l'intermédiaire	352
b. Vers un élargissement de l'engagement personnel de l'intermédiaire ?	356
B. L'influence de l'avant-projet Catala sur la responsabilité de l'intermédiaire transparent	358

§2. L'illustration de la variété des fautes délictuelles de l'intermédiaire	361
A. La faute commise par l'intermédiaire au moment de la conclusion du contrat	362
B. La faute commise par l'intermédiaire lors de l'exécution du contrat	365
Section 2. La responsabilité civile contractuelle de l'intermédiaire opaque	366
Conclusions du titre 2 et de la seconde partie	369
CONCLUSION GENERALE	370
BIBLIOGRAPHIE	373
INDEX ALPHABETIQUE	416
TABLE DES MATIERES	421

VU : le Président du jury :

VU : les Membres du jury :

VU et permis d'imprimer : le Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – économie – sciences sociales