



Chapitre de livre

2007

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Le contrat de courtage immobilier

Thévenoz, Luc; Peyrot, Aude

How to cite

THÉVENOZ, Luc, PEYROT, Aude. Le contrat de courtage immobilier. In: Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier. Genève : Schulthess, 2007. p. 115–140.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4809>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 16:20

Le contrat de courtage immobilier*

LUC THÉVENOZ

Professeur à l'Université de Genève

AUDE PEYROT

Titulaire du brevet d'avocat

Les litiges relatifs au contrat de courtage occupent une place importante dans la jurisprudence de nos tribunaux. Ils portent presque inmanquablement sur la rémunération du courtier, dont l'exigibilité ou le montant sont souvent contestés par le mandant. Le caractère aléatoire de cette rémunération et ses conditions légales sont les causes de nombreux différends que, bien souvent, seul un jugement contraignant est à même de résoudre.

Le présent exposé vise à présenter les particularités du contrat de courtage, et tout particulièrement du courtage immobilier, à examiner – sans prétention à l'exhaustivité – quelques-uns des problèmes rencontrés en pratique et à livrer, quand elles existent, les solutions de la jurisprudence.

I. Le courtage, un mandat très particulier

Le contrat de courtage, qui fait l'objet des art. 412 à 418 du Code des obligations (ci-après CO), est un mandat très particulier à deux égards au moins. Il se distingue de la plupart des autres contrats de service par le caractère aléatoire de la rémunération du courtier¹. Celle-ci n'est due que si le mandant conclut un contrat valable avec un tiers, et pour autant que cette conclusion soit due à l'indication donnée par le courtier (courtage d'indication) ou aux négociations qu'il a menées pour lui (courtage de négociation). Cela découle

* Cette contribution est le reflet d'une conférence donnée le 5 mai 2006 par le Professeur Luc Thévenoz dans le cadre de la 6^e Journée du droit de la propriété 2006. Les auteurs adressent leurs remerciements à Madame Manjolia Manoku, qui a établi la documentation à la base du présent exposé.

¹ Arrêts du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3 et 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 2.3.

de l'art. 412 al. 1 CO². La rémunération du courtier est donc soumise à une condition suspensive potestative, qui est la conclusion d'un (autre) contrat auquel le courtier n'est pas partie³. Le Tribunal fédéral a insisté sur la liberté du mandant de renoncer, même de façon arbitraire, à l'affaire indiquée ou négociée par le courtier sans que ce dernier ait droit à une quelconque rémunération. Cette liberté est une prérogative reconnue au mandant par l'art. 413 al. 1 CO⁴. Elle n'est limitée que par l'abus de droit, que le Tribunal fédéral n'a appliqué à ce jour que dans un seul cas d'espèce⁵.

En contrepartie du caractère aléatoire de sa rémunération, le courtier n'a en principe pas l'obligation de déployer une activité en faveur du mandant : il est tenu d'une simple incombance⁶. Il n'engage dès lors pas sa responsabilité s'il n'entame ou ne poursuit pas de démarches pour rechercher un cocontractant potentiel. Il n'en va autrement que si les parties ont convenu du contraire, ce qui est notamment le cas dans un contrat de courtage exclusif. Les clauses dites d'exclusivité sont parfaitement valables et ont pour effet de mettre à la charge du courtier un véritable devoir de déployer une activité en faveur du mandant⁷. Nous reviendrons ultérieurement sur ces clauses et les conséquences de l'inactivité du courtier⁸.

Ce double caractère, aléatoire quant à la rémunération du courtier et discrétionnaire quant à son activité, confère au courtage un aspect unique et déconcertant. Le courtage est certes une variété de mandat⁹, ce qui ressort de la structure du code et du renvoi de l'art. 412 al. 2 CO, mais il se distingue nettement du mandat « proprement dit » des art. 394 ss CO. Tandis que la commission du courtier suppose le succès de ses efforts, la rémunération du mandataire ne dépend pas (ou pas principalement) d'un résultat, mais du temps consacré à l'affaire et aux efforts fournis. De même, à la différence du courtier, le mandataire ne peut renoncer à loisir à déployer son activité ;

² La doctrine indique encore l'existence d'un troisième type de courtage, non prévu par la loi, dénommé « courtage de présentation », où l'activité du courtier consiste à amener un tiers à entrer en relation avec le client en vue de négocier le contrat. Cf. AMMANN, n. 1 *ad* art. 412 ; RAYROUX, n. 4 *ad* art. 412. En cas de doute sur la nature du contrat, il y a lieu de retenir la forme de courtage la moins étendue, soit celle du courtier indicateur : arrêt du TF 4C.322/2003 du 5 avril 2004, c. 2.4.1.

³ Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 3.2 ; RAYROUX, n. 37 *ad* art. 412.

⁴ *Idem*.

⁵ Cf. *infra* IV/B/1.

⁶ ENGEL, p. 521, n. 102 ; RAYROUX, n. 27 *ad* art. 412 ; TERCIER, p. 733, n. 5064.

⁷ Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005 c. 3 ; arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, SJ 2000 I 321. De telles clauses peuvent impliquer une renonciation à l'exigence d'un lien de causalité comme condition à une rémunération du courtier. Cf. *infra* IV/B/2.

⁸ Cf. *infra* III et V/A.

⁹ TERCIER, p. 731, n. 5051.

il est moins libre dans celle-ci et doit se conformer aux instructions de son client (art. 397 CO)¹⁰. En cas de procédure judiciaire, le juge peut être amené à requalifier un contrat dont les clauses seraient ambiguës, ce qui crée une insécurité juridique non négligeable¹¹.

Comme exposé en préambule, les spécificités du courtage sont aisément sources de querelles entre les parties qui se disputent sur des questions récurrentes: Un contrat de courtage a-t-il été conclu en l'espèce? Le contrat principal (le contrat entre le mandant et un tiers) est-il venu à chef grâce à l'entremise du courtier? En présence de plusieurs contrats et de plusieurs courtiers, plusieurs rémunérations sont-elles dues? La rémunération stipulée *in casu* est-elle excessive et peut-elle être réduite par le juge?

II. La formation du contrat

Les biens immobiliers étant rares et les courtiers nombreux, on constate fréquemment des prises de contact insistantes entre courtiers et vendeurs potentiels. Il en résulte des situations ambiguës où un courtier croit (ou prétend croire) s'être fait promettre une rémunération en cas de succès alors que le vendeur est de l'opinion inverse. La première question que chaque partie doit se poser avant toute autre est celle de savoir si un contrat de courtage a été conclu.

La formation d'un contrat de courtage suppose un accord de volontés sur deux éléments essentiels. Selon la formule du Tribunal fédéral, «il doit être conclu à titre onéreux et les services procurés par le courtier, qu'il soit indicateur ou négociateur, doivent tendre à la conclusion d'un contrat, quelle qu'en soit la nature.»¹²

Le premier élément est sans ambiguïté. La rémunération du courtier doit faire l'objet d'un accord de principe entre les parties, selon lequel un salaire sera dû si l'activité déployée par le courtier aboutit à la conclusion du contrat principal. Un contrat qui prévoit que les services du courtier sont fournis à titre gratuit n'est pas un courtage, mais un mandat ordinaire¹³. Il n'est en

¹⁰ ATF 131 III 268, c. 5.1.2, SJ 2005 I 401; arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3.

¹¹ Cf. par exemple ATF 131 III 268, SJ 2005 I 401. Dans cette affaire, le courtier (spécialiste en matière de crédit maritime) prétendait qu'il était lié à son mandant non par un courtage mais par un mandat ordinaire, de sorte qu'il avait droit à des honoraires en fonction du temps consacré à rechercher un financement. Le Tribunal fédéral a considéré que les divers éléments du contrat plaidaient en faveur du courtage. Les démarches du courtier n'ayant pas abouti en l'espèce, il s'est vu dénier toute rémunération.

¹² Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; ATF 131 III 268, c. 5.1.2, SJ 2005 I 401.

¹³ AMMANN, n. 2 *ad* art. 412.

revanche pas nécessaire que les parties déterminent à l'avance le montant de la rémunération¹⁴.

Tel qu'énoncé par le Tribunal fédéral dans les arrêts précités, le second élément est moins clair. La formule employée ne permet pas de déterminer précisément le point essentiel sur lequel les parties doivent s'entendre. Il faut se référer ici à une décision de 1964, dans laquelle le Tribunal fédéral a affirmé: « Il est au contraire essentiel de connaître l'activité que le courtier doit exercer pour avoir droit au salaire promis. Le contrat de courtage ne lie donc les parties (art. 2 CO) que si celles-ci se sont entendues sur ce point. »¹⁵ Outre le principe de la rémunération, les parties doivent ainsi se mettre d'accord sur la *nature* de l'activité que le courtier doit fournir (par exemple courtage d'indication et/ou de négociation). Ce point de vue est suivi par la doctrine quasi unanime¹⁶. Si le contrat ne prévoit rien à ce sujet, un tel accord peut être déduit de l'attitude concluante des parties¹⁷. Il est toutefois préférable de régler expressément cet aspect dans le contrat.

La conclusion du contrat de courtage n'est soumise à aucune forme particulière. Même s'il se rapporte à un immeuble, il peut être conclu oralement ou par actes concluants¹⁸. Si la forme orale suffit¹⁹, elle rend plus difficile la preuve du contrat, si celui-ci vient à être contesté. Le consentement d'une partie peut également résulter d'actes concluants (art. 1 al. 2 CO), c'est-à-dire de comportements qui expriment sa volonté de s'engager ou dont l'autre partie peut de bonne foi, selon le principe de la confiance, déduire cette volonté. Sur le plan procédural, il incombe au courtier qui réclame une rémunération de prouver les circonstances permettant de constater l'existence d'un accord entre les parties (art. 8 CC)²⁰. A défaut d'y parvenir, il sera privé de toute rémunération, même s'il a fourni des efforts importants.

La jurisprudence n'a pas, à notre connaissance, eu l'occasion de se prononcer sur des prétentions fondées, à titre subsidiaire, sur l'enrichissement illégitime ou la gestion d'affaires sans mandat. La piste ne paraît guère prometteuse car le courtier avec qui un client a refusé d'entrer dans un rapport contractuel ne peut généralement pas invoquer qu'il a fourni volontairement

¹⁴ Cf. *infra* IV/A.

¹⁵ ATF 90 II 92, JdT 1965 I 37, c. 6.

¹⁶ Cf. notamment ENGEL, p. 523; GAUTSCHI, n. 1a *ad* art. 412; MARQUIS, p. 180; RAYROUX, n. 11 *ad* art. 412; SCHWEIGER, p. 25; TERCIER, p. 732, n. 5058; *contra*: BUCHER, p. 236.

¹⁷ ATF 90 II 92, JdT 1965 I 37, c. 8; RAYROUX, n. 12 *ad* art. 412.

¹⁸ Arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003 c. 3.1, SJ 2004 I 257; arrêt 4C.54/2001 du 9 avril 2002 c. 2a, SJ 2002 I 557; arrêt du TF 4C.66/1992 du 29 septembre 1992, SJ 1993 p. 189.

¹⁹ Le Tribunal fédéral a notamment retenu la conclusion d'un contrat de courtage oral dans l'arrêt 4C.136/2004 du 13 juillet 2004, c. 2.2.1, partiellement reproduit dans ATF 130 III 633.

²⁰ Arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003, c. 3.1, SJ 2004 I 257.

un service en croyant par erreur qu'il en avait l'obligation (art. 63 al. 1 CO). Et le refus du client de se lier par un contrat manifeste sans ambiguïté que son intérêt ne commande pas une gestion d'affaire sans mandat (art. 422 al. 1 CO).

La conclusion du contrat de courtage est donc un souci central pour le courtier, et les tribunaux sont relativement souvent amenés à interpréter les comportements des parties pour déterminer si elle est intervenue, le cas échéant par actes concludants²¹. L'arrêt de principe en la matière a été rendu le 29 septembre 1992²². La propriétaire d'une villa avait répondu à une annonce ainsi libellée :

« Achète directement du propriétaire terrain ou villa (GE ou VD) paiement comptant. Discretion assurée. Intermédiaires s'abstenir [...] ».

Ayant pris contact avec l'auteur de l'annonce, la propriétaire avait affirmé clairement et à diverses reprises qu'elle ne souhaitait pas traiter avec un intermédiaire. Celui-ci lui adressa cependant un acheteur potentiel, que la propriétaire reçut et avec qui elle finit par conclure la vente. *In casu*, le Tribunal fédéral a débouté le courtier professionnel qui se cachait derrière l'annonce des fins de sa demande en paiement de la commission usuelle. Il a retenu que la partie venderesse avait clairement manifesté son refus de se lier par un contrat de courtage. Dans cette décision, et dans des arrêts ultérieurs²³, il a rappelé que le silence du vendeur à l'égard de telle ou telle démarche du courtier ne peut valoir déjà acceptation de celui-ci quant à la conclusion d'un contrat de courtage. Un tel accord ne peut être retenu que si l'on peut déduire du comportement du vendeur, sans aucun doute possible, une volonté correspondante²⁴. Comme le relève le Tribunal fédéral, cette jurisprudence restrictive vise à ne pas récompenser l'insistance de certains agents immobiliers qui reviennent constamment à la charge dans l'espoir de faire admettre la conclusion d'un contrat par actes concludants²⁵.

Quels sont les enseignements de cette décision ? Le premier est certainement le rappel qu'un contrat écrit vaut toujours mieux qu'un accord oral. *Post factum*, la commission paraît toujours trop chère au vendeur le mieux intentionné. Elle vient réduire un prix durement négocié et déjà diminué

²¹ Cf. arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003, c. 3.2, SJ 2004 I 257 ; arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 3a.

²² Arrêt du TF 4C.66/1992 du 29 septembre 1992, c. 2b, SJ 1993 p. 189.

²³ Arrêt du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003, c. 3.1, SJ 2004 I 257 ; arrêt du TF 4C.54/2001 du 9 avril 2002, c. 2a, SJ 2002 I 557 ; arrêt du TF 4C.333/2000 du 28 mars 2001, c. 2b.

²⁴ Selon la formule employée par le Tribunal fédéral dans les arrêts précités : « Une telle acceptation ne peut se déduire d'un comportement que si son interprétation permet, sans nul doute, d'en déduire l'expression d'un accord portant sur la conclusion d'un contrat. »

²⁵ Cf. les références citées sous notes 22 et 23.

d'autres prélèvements effectués par le notaire. Même s'il n'est pas exigé par la loi, un écrit clarifie les obligations respectives des parties, attire l'attention du mandant sur un élément important des coûts de la transaction projetée et facilite grandement la preuve d'un accord des parties sur tous les points qui y sont réglés. Le second est que dans les situations ambiguës, les tribunaux tendent à protéger le client inexpérimenté ou peu expérimenté sur le marché en question de préférence au courtier professionnel. Relevons qu'il existe des cas dans lesquels un accord par actes concluants a été retenu, mais ils concernaient généralement des parties liées à un moment ou à un autre par un accord écrit²⁶. On ne saurait donc trop insister sur l'importance d'un contrat écrit, dont en pratique il revient au courtier de proposer les termes.

III. Les obligations du courtier, notamment l'obligation de fidélité

On a déjà relevé que dans la règle l'activité du courtier est l'objet d'une incombance et non d'une obligation²⁷. En d'autres termes, il peut rester inactif sans s'exposer à devoir indemniser le mandant en raison de cette inactivité.

Cette règle ne va pas sans exception. Les tribunaux et la doctrine admettent que le courtier peut effectivement s'obliger à déployer une activité en faveur du mandant. Cela est la règle lorsqu'il se fait promettre une exclusivité²⁸. Importante dans son principe, cette exception ne semble pas donner lieu à un abondant contentieux judiciaire, sans doute parce que l'inactivité du courtier est toujours pour le mandant un juste motif de révoquer le contrat avec effet immédiat et sans indemnité (art. 404 CO). Le Tribunal fédéral a néanmoins eu l'occasion de juger dans un arrêt relativement récent que l'inactivité totale du courtier exclusif pouvait constituer une violation des obligations de sauvegarde et de diligence du courtier, susceptible d'entraîner la perte de son droit à rémunération, et ce quand bien même le mandant n'aurait pas respecté la clause d'exclusivité²⁹.

Lorsque le courtier déploie son activité, il est tenu, comme tout autre mandataire, d'une obligation de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO)³⁰. L'obligation de fidélité (ou de loyauté, qui en est synonyme) est renforcée par l'art. 415 CO, qui statue la perte du salaire si le courtier « agit dans l'intérêt

²⁶ Cf. par exemple arrêts du TF 4C.70/2003 du 6 juin 2003 et 4C.334/2000 du 29 janvier 2001.

²⁷ Cf. *supra* I.

²⁸ Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, SJ 2000 I 321; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 3.

²⁹ Arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, SJ 2000 I 321.

³⁰ AMMANN, n. 8 *ad art.* 412; RAYROUX, n. 28 *ad art.* 412; TERCIER, p. 733, n. 5066.

du tiers contractant au mépris de ses obligations, ou s'il se fait promettre par lui une rémunération dans des circonstances où les règles de la bonne foi s'y opposaient. »³¹

De façon générale, l'obligation de fidélité interdit au courtier de nuire aux intérêts de son mandant. Elle se traduit notamment par une obligation de confidentialité³² qui lui interdit de divulguer ce que le mandant lui a confié ou ce que lui-même a appris si cette révélation peut nuire au mandant. Il faut cependant être conscient du fait que le courtier immobilier joue également un certain rôle de conseiller pour la partie contractante, qu'il accompagne souvent longtemps dans la recherche d'un bien conforme à ses attentes et en faveur de laquelle il déploie une certaine activité (présentation du bien immobilier, renseignements et conseils divers). Parfois, le courtier s'autorise même à donner son avis sur le prix demandé par le mandant, suggérant parfois qu'une négociation est possible...

Le Tribunal fédéral a relevé que l'obligation de diligence et de loyauté imposée au courtier est plus limitée que celle du mandataire ordinaire³³. Au demeurant, il est aussi dans l'intérêt du mandant qu'un acheteur potentiel ne se méprenne pas sur le bien qui lui est proposé. En tant que professionnel de l'immobilier, le courtier est bien placé pour prévenir des malentendus qui pourraient plus tard faire avorter une négociation bien engagée, voire même déclencher la garantie du vendeur à raison des défauts après la transaction.

Distinguer entre une franchise de bon aloi et une indiscretion qui viole la loyauté due au mandant reste une question fort délicate, qui fait appel au bon sens et à la conscience déontologique du courtier. L'obligation générale de loyauté du courtier se traduit en principe par une obligation d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque de tels conflits se manifestent, d'éviter qu'ils ne portent préjudice au mandant³⁴. L'intensité de cette obligation et sa concrétisation sont complexes et diverses; elles ne permettent guère de généralités³⁵. La jurisprudence relative au double courtage – par lequel le courtier agit pour le vendeur et pour l'acheteur dans la même opération – est d'ailleurs nuancée; on y reviendra plus loin³⁶.

³¹ Cf. *infra* IV/B/3.

³² AMMANN, n. 8 *ad* art. 412; RAYROUX, n. 30 *ad* art. 412; TERCIER, p. 733, n. 5067.

³³ ATF 124 III 481, JdT 1999 I 455, c. 3a. Cf. également AMMANN, n. 2 *ad* art. 412; TERCIER, p. 737, n. 5092.

³⁴ RAYROUX, n. 32 *ad* art. 412.

³⁵ Sur le caractère fragmenté de l'analyse des conflits d'intérêts et la possibilité d'en systématiser le régime, cf. chapitre 1, *Conflicts of Interest: Disclosure, Incentives and the Market*, in L. THÉVENOZ et R. BAHAR (éd.), *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Markets*, Deventer (Kluwer Law International) et Zurich (Schulthess) 2007.

³⁶ Cf. *infra* IV/B/3.

Le courtier qui est investi d'un mandat large (par exemple parce qu'il doit participer activement à la négociation, à la rédaction ou à l'exécution du contrat principal) est censé agir au mieux des intérêts de son mandant. Il est réputé apte à choisir la technique de vente la plus avantageuse pour son client. A défaut, il peut engager sa responsabilité. Tel a été le cas dans une affaire de 1985 où le courtier, interrogé par son mandant, lui avait répondu qu'il était indifférent qu'il vende son fonds de commerce ou les parts de la société exploitante dont il était l'unique actionnaire. Le vendeur procéda selon la première méthode et découvrit par la suite qu'elle était bien plus désavantageuse sur le plan fiscal au vu notamment de l'apparition d'un bénéfice imposable dans le bilan de la société. Le Tribunal fédéral a estimé qu'un agent expérimenté doit pouvoir être au courant des incidences fiscales possibles qu'entraîne le choix d'une technique de vente plutôt que d'une autre. S'il est interrogé sur leurs avantages respectifs, il doit soit donner une réponse qui tienne compte des conséquences fiscales pertinentes, soit s'abstenir de répondre ou formuler des réserves. La responsabilité du courtier a été en l'espèce retenue tant au regard de l'art. 97 CO que de l'art. 41 CO, mais l'importance de sa faute a été diminuée en raison de diverses circonstances³⁷.

IV. Le droit à la commission³⁸

Le législateur fait mention dans les dispositions consacrées au courtage du « salaire » (*Lohn*) du courtier. Cette terminologie est malheureuse, puisque le mot s'applique aujourd'hui au travail exécuté à titre dépendant dans le cadre d'un contrat de travail³⁹. Le courtage constitue au contraire un service offert à titre indépendant et non pas subordonné, et dont la rémunération est aléatoire⁴⁰. Les termes de « commission » et de « provision » désignent plus adéquatement la rémunération du courtier.

A. Son montant

Comme indiqué précédemment, il est essentiel que le contrat de courtage ait été conclu à titre onéreux, c'est-à-dire qu'il prévoit le principe d'une rémunération en faveur du courtier si ses démarches sont couronnées de suc-

³⁷ SJ 1985 p. 69.

³⁸ Le remboursement des frais, réglé à l'art. 413 al. 3 CO, n'est pas discuté ici.

³⁹ AMMANN, n. 1 *ad* art. 413; RAYROUX, n. 3 *ad* art. 413.

⁴⁰ Cf. *supra* l.

cès. Mais il n'est pas nécessaire que son montant soit fixé d'avance⁴¹. Faute d'accord sur ce point, l'art. 414 CO dispose que le salaire du courtier sera déterminé par le tarif applicable, ou à défaut par référence à l'usage en la matière.

La notion de tarif est équivoque: elle désigne tant les tarifs officiels autrefois édictés par quelques cantons⁴² que les tarifs privés des associations professionnelles⁴³. Les tribunaux sont cependant méfiants à l'égard de ces derniers. En 1991, le Tribunal fédéral a relevé incidemment que ces tarifs, qui garantissent unilatéralement les intérêts de l'une des parties, ne peuvent être considérés comme l'expression de la pratique commerciale⁴⁴. En 1976, la Cour de justice genevoise a remis en cause la commission de 3% figurant dans le tarif professionnel de la Société des régisseurs en relevant que celui-ci n'est «aucunement officiel, ni l'expression d'un usage local», mais elle a finalement retenu que ce taux était «équitable»⁴⁵. L'*Obergericht* de Lucerne a jugé en 1968 que les tarifs professionnels pouvaient être considérés comme l'indice d'un usage, mais non comme l'usage lui-même⁴⁶. Pour sa part, la doctrine récente ne retient l'application des tarifs professionnels que s'ils correspondent à l'usage local au sens de l'art. 5 al. 2 CC⁴⁷.

Précisons toutefois, comme cela ressort de l'art. 414 CO, que la question de l'applicabilité d'un tarif ne se pose que lorsque les parties n'ont rien prévu quant au montant de la rémunération. Si le contrat de courtage se réfère expressément à un tarif, le montant de la provision est fixé conventionnellement⁴⁸. Le tarif en cause devient alors un élément contractuel et s'applique directement.

⁴¹ Cf. AMMANN, n. 2 *ad* art. 414 («*vertraglicher Nebenpunkt*»); RAYROUX, n. 1 *ss ad* art. 414.

⁴² MARQUIS (p. 116) recensait en 1993 l'existence de tels tarifs dans les cantons d'Argovie, Berne, Fribourg et Jura, qui ont entre-temps été abrogés. D'une manière générale, les régimes cantonaux d'autorisation des courtiers en immeubles ont été libéralisés ou supprimés en même temps que disparaissait, avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (RS 211.412.11), l'obligation pour les cantons de soumettre à autorisation le courtage des immeubles agricoles.

⁴³ AMMANN, n. 3 *ad* art. 414; RAYROUX, n. 3 *ad* art. 414.

⁴⁴ ATF 117 II 286, JdT 1992 I 303, c. 5b.

⁴⁵ Arrêt de la Cour de justice genevoise du 16 janvier 1976, SJ 1977 p. 33, c. Dc. En l'absence d'un accord des parties sur le montant du salaire du courtier, l'art. 414 CO renvoie le juge au salaire «usuel», qui doit être prouvé comme un fait s'il n'est pas notoire, et non à un salaire «équitable».

⁴⁶ Décision de l'*Obergericht* de Lucerne du 9 février 1966, RSJ 64 (1968) p. 140.

⁴⁷ RAYROUX, n. 4 *ad* art. 414.

⁴⁸ RAYROUX, n. 3 *ad* art. 414; TERCIER, p. 737, n. 5094.

B. Ses conditions légales

A teneur de l'art. 413 al. 1 CO, sous réserve de clauses contractuelles contraires, la commission n'est due au courtier que lorsque certaines conditions sont réalisées. Il faut d'abord que le vendeur et le courtier soient liés par un contrat de courtage⁴⁹. Il faut ensuite que le contrat principal recherché par le mandant soit conclu (ci-après 1), qu'il existe un rapport de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal (ci-après 2), et qu'il n'existe pas de cause de déchéance de la provision (ci-après 3).

Les parties sont néanmoins libres de prévoir que le courtier obtiendra une rémunération même si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas réalisée, ce dont il sera question ultérieurement⁵⁰.

1. Conclusion d'un contrat principal et principe d'équivalence

Le droit du courtier à sa commission suppose d'abord la conclusion d'un contrat entre le mandant et la personne indiquée par le courtier indicateur ou avec laquelle le courtier négociateur a négocié. La simple possibilité conférée au mandant de conclure un contrat ne suffit pas⁵¹. Il faut que ce contrat soit conclu et valable en droit, ce qui exige en matière immobilière une vente passée en la forme authentique (art. 216 al. 1 CO)⁵². En revanche, point n'est besoin que le contrat ait été exécuté, c'est-à-dire que les prestations des parties aient été effectuées. Le paiement effectif du prix de vente n'est en principe pas une condition de la rémunération du courtier. Les parties peuvent toutefois faire usage de leur liberté contractuelle et prévoir que le courtier ne sera rémunéré qu'une fois le prix de vente acquitté. L'art. 413 al. 1 CO est une norme de droit dispositif à laquelle les parties peuvent déroger⁵³. L'intérêt d'une telle clause pour le vendeur est de faire participer le courtier aux risques d'une inexécution ou d'une exécution tardive du contrat principal. Il n'aura pas à payer de commission sur un prix de vente qu'il n'a pas (encore) perçu!

Quand le contrat principal conclu est-il conforme à celui envisagé par le contrat de courtage? La jurisprudence exige une équivalence économique (et non une identité juridique) entre l'opération pour laquelle le courtier a été

⁴⁹ Cf. *supra* II.

⁵⁰ Cf. *infra* V.

⁵¹ ATF 113 II 49, c. 1.

⁵² RAYROUX, n. 12 *ad* art. 412.

⁵³ SJ 1983 p. 593, c. 3a (contrat de courtage portant sur la vente d'actions d'une société); SJ 1979 p. 623.

engagé et le contrat principal. Ce principe d'équivalence exige d'examiner si le contrat effectivement conclu représente la même valeur et peut remplir la même fonction que le contrat souhaité par le mandant. En cas de procédure judiciaire, le juge est donc amené à interpréter le but économique poursuivi par le mandant et à rechercher s'il a été atteint par le contrat principal⁵⁴. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré la condition comme réalisée lorsque le mandant entendait se procurer des mandats d'architecte et qu'il a pu, grâce aux démarches du courtier, conclure en outre un contrat d'entreprise générale et vendre des terrains construits⁵⁵. La condition d'équivalence économique fut également retenue lorsque le propriétaire économique d'une société, exploitant un café-restaurant, avait chargé un courtier de rechercher un acquéreur pour le fonds de commerce (ce qui implique la cession du contrat de gérance et la vente de l'inventaire du restaurant) et qu'il finit par vendre la société d'exploitation⁵⁶. En revanche, la réalisation de cette condition fut niée lorsque le mandant entendait vendre une parcelle à CHF 600/m² alors que la vente fut finalement réalisée pour un prix de CHF 450/m²⁵⁷.

La condition d'équivalence économique est relativement sévère pour le courtier, puisqu'elle peut avoir pour effet de le priver de rémunération en cas d'écart sensible entre ce qui était souhaité et ce qui a été obtenu. Relevons toutefois qu'il suffit que les intentions principales du mandant soient réalisées, de légères différences ne devant pas porter préjudice au courtier⁵⁸.

Comme indiqué précédemment, la conclusion du contrat dépend de façon discrétionnaire du bon vouloir du mandant⁵⁹. Celui-ci peut en principe librement renoncer à conclure l'opération pour laquelle il avait engagé un courtier⁶⁰. De même, il peut librement conclure cette opération avec un autre acheteur que celui que lui a présenté le courtier.

Dans des circonstances exceptionnelles, l'art. 156 CO permet de sanctionner l'abus de droit du mandant qui aurait empêché « au mépris des règles de la bonne foi » la réalisation de la condition suspensive dont dépend la rémunération du courtier. Les principes dégagés par le Tribunal fédéral sont les suivants :

⁵⁴ Arrêt du TF 4C.320/2003 du 4 mars 2004, c. 2.1; arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 4baa; ATF 114 II 357, JdT 1989 I 177, c. 3a.

⁵⁵ ATF 114 II 357, JdT 1989 I 177, c. 3a et 3b, mais la commission a été réduite en raison du fait que l'opération ne s'est faite que pour une partie des terrains.

⁵⁶ Arrêt du TF 4C.320/2003 du 4 mars 2004, c. 2.2.

⁵⁷ Arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 4bcc.

⁵⁸ Arrêt du TF 4C.334/2000 du 29 janvier 2001, c. 4baa.

⁵⁹ Cf. *supra* l.

⁶⁰ Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 3.2; décision du *Handelsgericht* de Zürich du 30 janvier 1990, ZR 88 (1989) p. 279, c. IVb.

«Plus généralement, le mandant n'a aucune obligation d'accepter le contrat indiqué ou négocié par le courtier. Le droit au salaire du courtier est subordonné à une condition potestative suspensive qui est l'acceptation du contrat par le mandant. Celui-ci a la faculté de renoncer, même arbitrairement, à l'affaire sans avoir à rémunérer le courtier. Le mandant ne peut donc pas se voir reprocher l'exercice d'un droit que lui accorde la loi (art. 413 al. 1 CO), soit celui de refuser de conclure le contrat qui lui est proposé par le courtier; mais il doit exercer son droit dans les limites de la bonne foi (art. 2 CC). Ainsi, celui qui renonce à l'affaire proposée par le courtier dans le seul but de profiter de l'activité déjà déployée par celui-ci, sans bourse délier, peut se voir reprocher une attitude contraire à la bonne foi.

Le seul fait que le courtier soit privé de son droit au salaire si, en définitive, aucun contrat n'a été conclu avec l'une des personnes qu'il a contactée [sic], ne suffit pas à qualifier de mauvaise foi le comportement du mandant. Il faut que l'on soit à l'évidence en présence d'une attitude déloyale. On doit, en effet, se garder d'assimiler à un abus de droit tout comportement entraînant l'échec de la conclusion du contrat principal avec un client contacté par le courtier puisque, sauf stipulation contraire, le mandant n'a pas l'obligation de favoriser cette conclusion; la bonne foi n'exige pas qu'il sacrifie ses propres intérêts à cette fin. Ne sera donc sanctionné que le comportement revêtant un caractère déloyal.»⁶¹

Le Tribunal fédéral a tout récemment admis un tel abus de droit dans les circonstances suivantes⁶². Le propriétaire d'un immeuble locatif avait conclu un contrat de courtage non exclusif avec deux courtiers. Le premier déploya une activité importante et trouva un acquéreur potentiel en la personne de C. Un projet d'acte de vente fut établi avec ce dernier pour un prix déterminé. Le deuxième courtier indiqua toutefois être intéressé à acheter l'immeuble pour lui-même, en offrant un prix légèrement supérieur. Bien que C se fût aligné sur cette offre, le propriétaire décida de vendre l'immeuble au deuxième courtier tout en lui permettant de se substituer un autre acquéreur. Usant de cette faculté, le deuxième courtier céda ensuite son droit à C pour le prix auquel il l'avait acheté majoré d'un certain montant. Le premier courtier réclama sa rémunération en se prévalant du fait qu'il avait présenté l'acquéreur C à son mandant. Le Tribunal fédéral a fait droit à cette prétention: en substituant un tiers (le deuxième courtier) à la personne (C) que le premier courtier lui avait présentée, alors qu'il savait C être le véritable acquéreur final de l'immeuble, le mandant avait usé d'un subterfuge pour priver le premier courtier de sa commission; il s'était comporté de façon contraire à la bonne foi.

Relevons enfin que le moment de la conclusion du contrat principal qui donne lieu à la commission convenue est sans importance. Cette conclusion

⁶¹ Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 3.2.

⁶² Arrêt du TF 4C.93/2006 du 14 juillet 2006.

peut en particulier intervenir après la résiliation ou l'expiration du contrat de courtage, pour autant qu'elle résulte des démarches entreprises par le courtier⁶³. Une telle règle permet notamment d'empêcher qu'un vendeur, après s'être fait indiquer un acquéreur potentiel par le courtier, prive ce dernier de sa rémunération en résiliant le contrat de courtage avant de vendre l'immeuble à l'intéressé. La jurisprudence introduit donc une deuxième condition : l'exigence d'un lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal.

2. *Lien de causalité entre l'activité du courtier et le contrat principal*

Pour que la commission convenue soit due, il ne suffit pas que le contrat principal soit conclu, il faut encore qu'il existe un lien de causalité entre celui-ci et l'activité déployée par le courtier. Cette condition est d'une grande utilité pratique. Elle permet non seulement de déterminer si le courtier est fondé à réclamer une commission, mais aussi de trancher les litiges en présence de plusieurs courtiers.

Le lien de causalité est un lien psychologique entre les efforts fournis par le courtier et la décision du tiers. Il est apprécié avec une certaine souplesse. « Il n'est pas nécessaire que la conclusion d'un contrat principal soit la conséquence immédiate de l'activité fournie. Il suffit que celle-ci ait été une cause même éloignée de la décision du tiers satisfaisant à l'objectif du mandat. »⁶⁴ Une rémunération peut être due au courtier même si le contrat principal est conclu après la résiliation du contrat de courtage⁶⁵.

Ce lien psychologique peut subsister en dépit d'une rupture temporaire des pourparlers entre le mandant et l'acheteur potentiel. Le temps écoulé entre les démarches du courtier et la conclusion du contrat principal est sans importance. Il se peut toutefois qu'une rupture définitive des pourparlers supprime tout lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion ultérieure d'un contrat avec l'acheteur potentiel, de sorte que le courtier perde irrémédiablement son droit à la commission⁶⁶. Tel a été le cas dans une affaire où l'acheteur potentiel, très insatisfait de l'activité du courtier en raison d'une information lacunaire, avait retiré son offre d'achat, s'était ensuite adressé au courtier concurrent également mandaté par le vendeur et avait finalement conclu la vente par l'intermédiaire de ce dernier. Le Tribunal fédéral

⁶³ Arrêt du TF 4C.322/2003 du 5 avril 2004, c. 2.4.1; ATF 97 II 355, c. 3.

⁶⁴ Arrêt du TF 4C.93/2006 du 14 juillet 2006, c. 2.1; arrêt du TF 4C.259/2005 du 14 décembre 2005, c. 2, SJ 2006 I 216.

⁶⁵ Cf. *supra* IV/A/1.

⁶⁶ Cf. arrêts cités sous note 64.

a considéré que la conclusion du contrat principal était l'œuvre exclusive du second courtier⁶⁷.

Dans une affaire récente concernant le transfert d'un joueur de football du Servette FC, le Tribunal fédéral a affirmé, à propos d'un contrat de courtage d'indication, que « le lien de causalité requis existe si le courtier prouve qu'il a été le premier à désigner le tiers intéressé et que c'est sur la base de cette indication que les parties sont entrées en relation et ont conclu le marché. »⁶⁸

Devant les tribunaux, il appartient au courtier de prouver le rapport de causalité. Sa tâche est facilitée par l'existence d'une présomption de fait : si la preuve d'une activité objectivement propre à favoriser la conclusion du contrat principal est rapportée, la jurisprudence présume que cette activité a effectivement entraîné cette conclusion, pour autant que le contraire ne ressorte pas des circonstances⁶⁹. La présomption de fait allège le fardeau de la preuve, mais ne le renverse pas⁷⁰. Le mandant conserve de son côté la possibilité de démontrer l'absence de lien de causalité entre les efforts du courtier et la conclusion du contrat principal⁷¹.

Si le droit à une commission requiert en principe l'existence d'un rapport de causalité, le mandant peut toutefois renoncer conventionnellement à cette exigence pour favoriser le courtier, comme on le verra plus loin⁷².

3. Absence de déchéance (art. 415 CO)

Si le courtier parvient à démontrer qu'un contrat principal a été conclu et que cette conclusion est due à son activité, il peut en principe prétendre à une commission, à moins que le mandant ne démontre qu'il est déchu de son droit. L'art. 415 CO dispose : « [l]e courtier perd son droit au salaire et au remboursement de ses dépenses, s'il agit dans l'intérêt du tiers contractant au mépris de ses obligations, ou s'il se fait promettre par lui une rémunération dans des circonstances où les règles de la bonne foi s'y opposaient ». Cette disposition sanctionne, dans des circonstances particulières, les man-

⁶⁷ Arrêt du TF 4C.259/2005 du 14 décembre 2005, SJ 2006 I 216.

⁶⁸ Arrêt du TF 4C.136/2004 du 13 juillet 2004, partiellement reproduit dans ATF 130 III 633 et SJ 2005 I 28.

⁶⁹ Arrêt du TF 4C.259/2005 du 14 décembre 2005, SJ 2006 I 216, c. 2 ; arrêt du TF 4C.136/2004 du 13 juillet 2004 (arrêt Servette FC), dans lequel la présomption de fait a été appliquée avec succès, un lien de causalité ayant été retenu entre la conclusion du contrat principal et l'indication du courtier.

⁷⁰ ATF 120 II 248, c. 2c ; ATF 117 II 256, c. 2b.

⁷¹ Décision de la Cour de justice genevoise du 30 novembre 1990, SJ 1991 p. 217.

⁷² Cf. *infra* V/A.

quements graves du courtier à son devoir de diligence et de loyauté envers le mandant⁷³.

L'application de cette norme a été principalement discutée dans des situations de double courtage où le courtier agissait simultanément pour les deux parties au contrat principal⁷⁴. Le double courtage n'est pas prohibé de façon absolue; il est admis dans certaines limites précisées par le Tribunal fédéral.

Dans un arrêt de 1985⁷⁵, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'un courtier indicateur mandaté tant par l'acheteur que le vendeur d'un même immeuble. Le premier lui avait promis CHF 30 000, à titre de provision, et le second CHF 40 000. La vente a été conclue pour un montant de CHF 1 450 000. Le vendeur a payé le montant convenu au courtier. L'acheteur ayant refusé pour sa part de verser la rémunération promise, le courtier l'a actionné en paiement. Le Tribunal fédéral a relevé que « [e]u égard au danger inhérent à la défense d'intérêts contradictoires, le double courtage n'est en principe admissible que dans d'étroites limites, soit en règle générale pour le cas du courtier indicateur ». Il a admis en l'espèce la validité du double courtage d'indication, dans la mesure où le courtier n'avait pas à défendre des intérêts opposés. Cela étant, il a donné raison sur le principe à l'acheteur qui invoquait subsidiairement le caractère excessif de la rémunération totale de CHF 70 000 relativement au prix de vente, et a renvoyé le dossier à l'instance inférieure⁷⁶. Dans un arrêt de 1998⁷⁷, le Tribunal fédéral a précisé que le double courtage était admis à condition qu'il n'ait pas été exclu contractuellement et qu'il ne conduise pas à une collision des intérêts en présence.

Il semble donc que seul le double courtage d'indication soit compatible avec l'art. 415 CO. Le double courtage de négociation crée un conflit d'intérêts insoluble, puisqu'une même personne ne peut négocier en même temps dans l'intérêt du vendeur, qui recherche un prix élevé, et dans celui de l'acheteur, qui recherche un prix bas. Certains auteurs l'admettent à titre exceptionnel⁷⁸, par exemple lorsque le courtier a reçu des instructions précises quant aux conditions auxquelles la transaction doit être conclue⁷⁹.

La prudence reste de mise, comme le suggère un arrêt récent du Tribunal fédéral relatif à la double représentation⁸⁰. Dans cette affaire, le courtier,

⁷³ MARQUIS, p. 155 s. Cf. également ATF 106 II 224, JdT 1981 I 153, c. 4, qui énonce que l'art. 415 CO sanctionne spécialement certains abus.

⁷⁴ TERCIER, p. 734, n. 5070 et p. 677, n. 4694.

⁷⁵ ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499.

⁷⁶ Cf. *infra* VI pour la problématique de la réduction du salaire excessif.

⁷⁷ ATF 124 III 481, c. 3a, JdT 1999 I 455 (courtage d'assurances).

⁷⁸ HOFSTETTER, p. 167; MARQUIS, p. 163; RAYROUX, n. 3 *ad* art. 415.

⁷⁹ RAYROUX, n. 3 *ad* art. 415.

⁸⁰ Arrêt du TF 4C.35/2005 du 11 août 2005.

initialement mandaté par l'acheteur, avait agi comme intermédiaire entre les parties dans la négociation en vue de la vente d'unités de PPE. Bien qu'agissant pour l'acheteur, le courtier représenta le vendeur lors de la conclusion de l'acte devant notaire. Le Tribunal fédéral a rappelé ici qu'un acte conclu par l'effet d'une double représentation était nul, « à moins que le risque de porter préjudice au représenté ne soit exclu par la nature de l'affaire, que celui-ci n'ait spécialement autorisé le représentant à conclure le contrat ou qu'il ne l'ait ratifié par la suite ». *In casu*, il a considéré que le conflit d'intérêts n'avait pas porté préjudice au vendeur car celui-ci et son avocat avaient pu examiner préalablement le projet d'acte de vente, ils avaient pris connaissance de la procuration rédigée par le notaire en vue de ladite représentation et une copie de l'acte de vente passé avait ensuite été envoyée au vendeur représenté, sans que celui-ci ne soulève d'objection. En outre, le mandat conféré par l'acheteur au courtier autorisait ce dernier à négocier, mais pas à conclure en son nom.

Dans une situation de double courtage ou double représentation, le courtier est en tous les cas tenu d'informer ses mandants de cette circonstance⁸¹, voire de requérir des instructions.

C. En cas de pluralité de courtiers

Il n'est pas rare que la conclusion du contrat principal soit le résultat de la présentation du même client par plusieurs courtiers. Par exemple, un amateur peut répondre à l'annonce de divers courtiers, en ignorant que leurs démarches portent sur le même bien immobilier. La question de la rémunération est en priorité réglée par le critère du lien de causalité. Seul le courtier dont l'activité aura conduit à la conclusion du contrat de vente a droit à une commission.

Si toutefois il n'est pas possible de déterminer en pratique laquelle des activités a été décisive de sorte que la conclusion du contrat paraît due aux efforts parallèles de plusieurs courtiers, le Tribunal fédéral retient un partage de la commission entre eux proportionnellement à leur contribution au succès de l'affaire. Il est indifférent à cet égard que les courtiers aient été commis simultanément ou successivement⁸².

⁸¹ GAUTSCHI, n. 2h *ad art.* 415; RAYROUX, n. 3 *ad art.* 415.

⁸² ATF 72 II 421, JdT 1947 I 293. Cette règle du partage proportionnel a été rappelée dernièrement dans l'arrêt du TF 4C.178/2001 du 28 novembre 2001, c. 3b. Le Tribunal fédéral y a relevé qu'elle ne faisait pas l'unanimité en doctrine et qu'elle ne valait que si aucun accord contraire n'avait été conclu. Pour un cas d'application de cette règle, cf. la décision de la Cour de justice genevoise du 30 novembre 1990, SJ 1991 p. 217, c. 2b.

Cette règle est critiquée en doctrine⁸³. La plupart des auteurs proposent de la nuancer en fonction des situations. Les solutions avancées ne sont pas uniformes. Les propositions vont notamment dans le sens d'une distinction entre les cas où le mandant a commis *simultanément* plusieurs courtiers et ceux où il les a sollicité *successivement*⁸⁴ et/ou selon que le courtage est d'indication ou de négociation⁸⁵.

Le courtier qui entend se prémunir contre le risque d'un tel partage de la commission cherchera à obtenir une clause d'exclusivité de son mandant.

D. Débiteur de la rémunération

En principe, la rémunération du courtier est à la charge du mandant, dont c'est l'obligation principale⁸⁶. Il arrive cependant que les parties au contrat de courtage prévoient qu'elle devra être réglée ou supportée par un tiers⁸⁷.

On peut hésiter sur la qualification du contrat qui prévoit que l'intermédiaire sera rémunéré par le tiers qu'il est chargé d'indiquer ou avec lequel il doit négocier⁸⁸. S'agit-il d'une simple modalité de règlement de la commission due par le mandant⁸⁹? Le mandant se porte-t-il implicitement fort de la prestation du tiers (art. 111 CO)? Ou encore le courtier fournit-il un service gratuit au mandant, auquel cas on peut se demander s'il relève encore du courtage⁹⁰? Il paraît difficile de qualifier abstraitement des situations qui ne peuvent être appréciées qu'au regard des enjeux et des circonstances du cas d'espèce.

V. Le renforcement du droit à la commission

Les courtiers sont généralement mécontents du caractère aléatoire conféré par la loi à leur rémunération. Le Tribunal fédéral l'a reconnu en ces termes :

⁸³ GAUTSCHI, n. 15b *ad* art. 412; HOFSTETTER, p. 165, n. 6; TURRETTINI, p. 169 s.

⁸⁴ Cf. par exemple HOFSTETTER, p. 165, n. 6

⁸⁵ Cf. HOFSTETTER, p. 165, n. 6; TURRETTINI, p. 163 ss. MARQUIS, p. 215 ss, estime pour sa part que le mandant doit dans tous les cas verser à chaque courtier la rémunération totale qu'il lui a promise, si les conditions sont remplies.

⁸⁶ RAYROUX, n. 36 *ad* art. 412.

⁸⁷ Cf. par exemple l'arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, où le contrat de courtage prévoyait que la commission devait être versée par l'acheteur, sous contrôle du mandant.

⁸⁸ Indécis : ATF 124 III 481 c. 4a, JdT 1999 I 455 (courtage d'assurances).

⁸⁹ Arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.1 (courtage immobilier).

⁹⁰ Dans ce sens : arrêt du TF 4C.17/2003 du 28 janvier 2004, c. 3.2.2 (« contrat de réservation » se rapportant à la conclusion d'un contrat d'entreprise).

«Il est au contraire normal que le courtier cherche, par un accord avec son mandant, à se protéger contre certaines conséquences très dures du caractère aléatoire de ce type de contrat.»⁹¹ La pratique contractuelle voit donc fleurir des clauses qui tendent à renforcer le droit à la commission en atténuant son caractère aléatoire⁹².

En soi, de telles clauses sont licites, puisque les règles sur la rémunération du courtier sont supplétives, et l'on songe ici tout particulièrement à l'art. 413 al. 1 CO. En pratique, elles ont presque toutes pour effet d'atténuer ou de supprimer l'exigence d'un lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat principal.

A. Les clauses d'exclusivité

Les plus fréquentes de ces clauses prennent la forme d'une promesse d'exclusivité. Les clauses d'exclusivité simples consistent à interdire au mandant de faire appel à d'autres intermédiaires⁹³. Les clauses d'exclusivité dites renforcées lui interdisent en outre de conclure tout contrat avec une personne qui ne lui a pas été présentée par le courtier⁹⁴. Doivent être rangées dans cette seconde catégorie les clauses qui obligent le mandant à adresser au courtier tous les intéressés qui prendraient directement contact avec lui.

La finalité des clauses d'exclusivité est de garantir au courtier qu'il sera rémunéré, complètement ou partiellement⁹⁵, même si la conclusion du contrat principal résulte de l'activité d'un autre ou du mandant lui-même. Elles impliquent donc une renonciation à l'exigence d'un lien de causalité entre son activité et la conclusion du contrat principal⁹⁶.

Ces clauses ne signifient en revanche pas que le courtier aura droit à une provision, indépendamment de toute activité⁹⁷. Bien au contraire, doctrine et jurisprudence admettent qu'elles mettent à la charge du courtier une véritable obligation d'agir⁹⁸. Si le courtier exclusif reste inactif, ou l'est insuffi-

⁹¹ ATF 100 II 361, c. 3d.

⁹² RAYROUX, n. 18 *ad art.* 412.

⁹³ Arrêt du TF 4C.94/2000 du 20 juillet 2000, c. 1.

⁹⁴ Pour un exemple de clause d'exclusivité renforcée figurant dans des conditions générales incorporées à un contrat, cf. arrêt du TF 4C.320/2003 du 4 mars 2004.

⁹⁵ Cf. notamment SJ 1973 p. 298, où le courtier s'était fait promettre une commission usuelle selon le tarif d'une association professionnelle si la vente résultait de son activité et une commission réduite de 1% dans le cas contraire.

⁹⁶ Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; arrêt du TF 4C.94/2000 du 20 juillet 2000, c.1; ATF 100 II 361, c. 3d; AMMANN, n. 13 *ad art.* 412.

⁹⁷ Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; ATF 100 II 361, c. 3d.

⁹⁸ Arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, c. 3a, SJ 2000 I 321; RAYROUX, n. 27 *ad art.* 412; TERCIER, p. 733, n. 5066.

samment, et que le mandant conclut un contrat avec un tiers, il perd son droit à la commission malgré la clause d'exclusivité⁹⁹.

Dans un arrêt de 1974¹⁰⁰, le Tribunal fédéral a jugé que la clause d'exclusivité n'est soumise à aucune forme particulière de sorte qu'elle pourrait même être convenue par actes concluants¹⁰¹. Les juges fédéraux ont cependant durci le ton dans des arrêts ultérieurs, puisqu'ils ont jugé que la partie qui entend déroger à l'art. 413 al. 1 CO doit le faire avec suffisamment de clarté¹⁰². Ils ont rappelé qu'en cas de doute sur l'existence d'une clause d'exclusivité ou sur sa portée, la disposition ambiguë est interprétée en défaveur de la partie qui l'a rédigée, tout particulièrement s'il s'agit d'un courtier professionnel¹⁰³.

Les clauses d'exclusivité bien rédigées stipulent que la commission de courtage est due même si le mandant a vendu son bien sans s'y conformer. Si l'exclusivité a été promise sans que les conséquences juridiques de sa contravention soient stipulées, le mandant répond du dommage aux conditions de l'art. 98 al. 2 CO: le courtier supporte alors le fardeau de la preuve de son dommage et de la causalité naturelle et il peut se voir opposer une faute concomitante¹⁰⁴.

En pratique, la plupart des contrats de courtage immobiliers exclusifs (ou les clauses d'exclusivité elles-mêmes) sont limités dans le temps. La jurisprudence estime qu'une telle limitation est superflue du fait que le contrat de courtage, exclusif ou non, peut être résilié en tout temps conformément à l'art. 404 CO¹⁰⁵.

B. Les garanties de provision (au sens étroit)

Le courtier peut-il se faire promettre une commission, totale ou partielle, même si le contrat principal n'est pas conclu? En particulier, le contrat peut-il stipuler que la commission est due aussitôt que le courtier a présenté une

⁹⁹ Arrêt du TF 4C.257/1999 du 17 janvier 2000, c. 3b, SJ 2000 I 321. Dans cette affaire, le courtier avait déployé une faible activité en début de mandat, puis plus aucune pendant une année, alors qu'il savait la vente de l'immeuble était pressante. Le Tribunal fédéral y a vu une violation des obligations de sauvegarde et de diligence du courtier qui justifiait une suppression totale de la rémunération du courtier, et non pas une simple réduction. ATF 103 II 129, c. 3. Cf. *supra* III.

¹⁰⁰ ATF 100 II 361.

¹⁰¹ ATF 100 II 361, c. 4; AMMANN, n. 14 *ad* art. 412.

¹⁰² Cf. notamment arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 3; arrêt du TF 4C.94/2000 du 20 juillet 2000.

¹⁰³ Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005, c. 6 (mandat exclusif); arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 2.4.2 (garantie de provision). Cf. également *infra* V/C à propos de l'interprétation des clauses ambiguës.

¹⁰⁴ ATF 100 II 361, c. 4; RAYROUX, n. 40 *ad* art. 413.

¹⁰⁵ ATF 100 II 361, c. 3d.

contrepartie apte et disposée à conclure le contrat aux conditions annoncées par le mandant, même si l'affaire n'aboutit pas ?

Les clauses qui poursuivent une telle finalité sont des « garanties de provision » au sens strict¹⁰⁶. Elles sont en soi licites car elles ne violent aucune règle impérative. Le Tribunal fédéral a indiqué dans un arrêt récent que l'art. 413 CO est de droit dispositif, de sorte que les parties étaient libres de « convenir d'une garantie de provision assurant au mandataire des honoraires, même si l'affaire n'a pas abouti »¹⁰⁷. Quinze ans auparavant, le tribunal d'appel de Bâle-Ville avait également admis la licéité d'une telle clause, pour autant que le courtier présente un tiers souhaitant conclure aux conditions du contrat de vente proposé, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁰⁸. Il conviendrait encore d'ajouter la condition que ce tiers ait la capacité financière de s'exécuter.

Cela étant, de telles clauses tendent à éloigner le contrat du courtage pour le rapprocher du mandat. Dans une décision de 2005, le Tribunal fédéral a indiqué que « [l]e contrat qui ne subordonne pas la rémunération du courtier au succès de son intervention, mais la fixe par exemple, selon le temps qu'il a consacré à l'affaire et les efforts qu'il a déployés, de sorte que des honoraires sont dus même si le résultat recherché n'a pas été atteint ne saurait être qualifié de contrat de courtage, mais bien de mandat ordinaire. »¹⁰⁹

C. Importance de la rédaction de ces clauses

Les clauses qui viennent d'être évoquées (clause d'exclusivité et garanties de provision au sens strict) s'écartent des règles légales. Pour qu'elles puissent déployer l'effet voulu, elles doivent être rédigées avec clarté et n'être pas contredites par d'autres dispositions du contrat. L'examen attentif de la jurisprudence montre que les juges, confrontés à une incertitude ou une contradiction, tranchent le plus souvent en défaveur du courtier, qui intervient en tant que professionnel et qui est presque toujours l'auteur du contrat signé

¹⁰⁶ Cette dénomination est parfois utilisée comme terme générique englobant les divers types de clauses permettant au courtier de renforcer son droit à la provision, dont les clauses d'exclusivité.

¹⁰⁷ Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004, c. 2.3. Cf. également *infra* V/C à propos de cette décision, dans laquelle le Tribunal fédéral a considéré que la clause litigieuse ne prévoyait pas avec suffisamment de clarté qu'une rémunération serait acquise au courtier même en l'absence de résultat.

¹⁰⁸ Décision du Tribunal civil de Bâle-Ville du 30 mai 1990, BJM 1991 p. 252.

¹⁰⁹ ATF 131 III 268, c. 5.1.2, SJ 2005 I 403. En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la volonté présumée des parties était de lier la rémunération du courtier à la conclusion d'un contrat principal. Il a donc qualifié de courtage le contrat conclu entre un armateur et un courtier financier spécialisé en crédit maritime. Constatant ensuite l'absence de résultat, il a dénié au courtier le droit à une rémunération.

par le mandant. L'importance de la rédaction de ces clauses est illustrée par deux exemples récents.

Dans le premier¹¹⁰, une actionnaire d'une société holding à caractère familial souhaitait vendre sa participation. Les pourparlers entre actionnaires ayant échoué, elle conclut un « mandat exclusif » avec une société spécialisée. Le contrat comportait la clause suivante: « Notre rémunération sera calculée sur la base de 1% de la valeur de la participation ou des actifs cédés dans le cadre de [sic] négociations que nous aurons conduites. » La provision était due « quelle que soit l'identité de l'acquéreur, y compris les coactionnaires bénéficiant d'un droit de préemption ». L'opération se fit en définitive avec l'un des frères de la venderesse, sans que l'activité de l'intermédiaire y ait contribué. Le courtier factura néanmoins des honoraires, en se prévalant du caractère exclusif du mandat et de la clause précitée. Tant la Cour de justice genevoise que le Tribunal fédéral ont débouté l'intermédiaire des fins de sa demande en paiement, au motif qu'il ne ressortait pas de façon suffisamment claire du contrat qu'une rémunération était due même si l'activité n'avait pas contribué au résultat final. Il a considéré en particulier qu'« il incombait à la demanderesse, dont l'administrateur était courtier professionnel et dont l'avocat avait rédigé le contrat, de prévoir avec suffisamment de clarté la dérogation à l'art. 413 al. 1 CO qu'elle entendait obtenir. »

Dans la seconde affaire¹¹¹, le contrat de courtage stipulait notamment que le mandant s'engageait à « payer au mandataire, dès que le mandataire lui aura indiqué une personne prête à acheter le bien immobilier au prix indiqué à l'art. 3 ci-dessus, une commission de [...] ». Le courtier présenta des personnes prêtes à acquérir aux conditions annoncées. Le vendeur augmenta alors ses exigences en matière d'acompte, qui furent refusées. Le vendeur rompit alors les discussions et conclut la vente avec d'autres acheteurs aux conditions qui avaient été acceptées par les premiers intéressés, y compris l'acompte. Le courtier se fonda sur la clause susmentionnée pour réclamer sa commission. Il fut débouté, le Tribunal fédéral considérant que cette clause ne prévoyait pas avec suffisamment de clarté qu'une rémunération lui serait acquise même en l'absence de résultat.

Il faut conclure de ces décisions que les juges sont réticents à admettre qu'une commission est due si elle ne repose pas directement et concrètement sur une transaction procurée au mandant par le courtier lui-même. Les expressions ambiguës et les contradictions sont généralement interprétées au bénéfice du client. Les courtiers doivent ainsi faire preuve d'une attention particulière dans la formulation de ces clauses.

¹¹⁰ Arrêt du TF 4C.228/2005 du 25 octobre 2005.

¹¹¹ Arrêt du TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004.

VI. La réduction des commissions excessives

A teneur de l'art. 417 CO, « lorsqu'un salaire excessif a été stipulé soit pour avoir indiqué une occasion de conclure un contrat individuel de travail ou une vente d'immeuble, soit pour avoir négocié l'un de ces contrats, il peut être, à la requête du débiteur, équitablement réduit par le juge. » Outre la protection du mandant, le Tribunal fédéral estime que cette règle tend à « empêcher des gains injustifiés et leur fâcheux effets sur le marché immobilier »¹¹². Elle est de droit impératif, de sorte que les parties ne peuvent renoncer valablement à l'exception qu'elle contient¹¹³.

L'art. 417 CO s'applique à tout contrat portant sur l'aliénation d'un immeuble¹¹⁴. Il n'est en revanche pas certain si cette norme sanctionne uniquement la commission stipulée par les parties ou si elle peut aussi s'appliquer aux tarifs au sens de l'art. 414 CO. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, tout en marquant une préférence pour la première solution¹¹⁵.

Savoir si une commission est excessive requiert un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Le juge opère par comparaison en recherchant les rémunérations versées habituellement¹¹⁶. En matière immobilière, la commission correspond généralement à un pourcentage du prix de vente obtenu, souvent fixé par un barème dégressif. Une commission peut dépasser légèrement le tarif ou le taux usuel sans pour autant correspondre à un salaire excessif¹¹⁷. Cela résulte du fait que l'art. 417 CO doit être interprété de façon restrictive, dans la mesure où il entrave la liberté contractuelle des parties¹¹⁸.

Pour des exemples concrets, la jurisprudence a tenu pour admissibles les rémunérations suivantes :

- un taux de 3% sur un prix de vente de CHF 1 695 000¹¹⁹ ;
- un taux de 3% du prix de vente de diverses parcelles s'élevant à CHF 16 400 000, ce qui correspondant à un salaire de CHF 492 000¹²⁰ ;

¹¹² RAYROUX, n. 1 *ad art.* 417; TURRETTINI, p. 87.

¹¹³ ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499, c. 3a.

¹¹⁴ Cf. à ce sujet RAYROUX, n. 3 *ad art.* 417.

¹¹⁵ ATF 117 II 286, JdT 1992 I 303, c. 5b.

¹¹⁶ Arrêts du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.2.1; 4C.362/1999 du 22 mars 2000, c. 4baa.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ Arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.2.1; ATF 106 II 56.

¹¹⁹ Arrêt du TF 4C.121/2005 du 5 juillet 2005, c. 4.2.2.

¹²⁰ Arrêt du TF 4C.362/1999 du 22 mars 2000. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a pris en compte les circonstances suivantes: la vente avait porté sur des parcelles qui auraient pu être vendues séparément, auquel cas, un taux de 3% aurait paru adapté car se référant à des transactions

- un taux de 3.57% pour des ventes immobilières portant l'une sur CHF 1 750 000 et l'autre sur CHF 2 800 000, alors que le taux usuel, au moins pour le second montant, aurait été de 3%¹²¹.

Ont en revanche été considérées comme excessives les rémunérations suivantes :

- un taux de 11% comparé à une commission usuelle se situant autour des 2%¹²² ;
- un taux de 10% du prix de vente d'une villa, correspondant à un salaire de CHF 25 000¹²³ ;
- un taux de 5% pour un prix de vente de CHF 300 000¹²⁴.

En cas de double courtage¹²⁵, le Tribunal fédéral a jugé que le salaire déterminant pour la base de calcul est la rémunération totale perçue par le courtier. Il n'y a pas lieu de traiter séparément le salaire promis respectivement par les deux parties au contrat principal. Dans l'affaire en question, le courtier s'était fait promettre des rémunérations respectives de CHF 30 000 et CHF 40 000. Le salaire global de CHF 70 000 correspondait à 4.8% du prix de vente, ce qui a été jugé *a priori* excessif par le Tribunal fédéral. Faute de constatations suffisantes sur ce point, il a renvoyé l'affaire à la juridiction inférieure pour qu'elle complète le dossier, non sans lui indiquer une clé de répartition entre les parties à la vente pour le paiement du salaire du courtier, après éventuelle réduction¹²⁶.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, le mandant ou son conseil devra être attentif à conclure expressément à une réduction de salaire au sens

moins onéreuses; aucune des parcelles n'était construite, ce qui plaidait en faveur d'un taux de rémunération plus élevé; les mandants avaient accepté de rémunérer le courtier à un taux de 3% alors qu'au moment de signer le contrat, ils savaient que son activité était pratiquement terminée. Le Tribunal fédéral a considéré en définitive que la rémunération se situait à la limite de ce qui est admissible, en raison du prix élevé de la transaction. Il a considéré que la cour cantonale n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation, en considérant le salaire comme non excessif et a confirmé le jugement querellé.

¹²¹ Arrêts du TF non publiés du 16 juin 1999, cités dans l'arrêt 4C.362/1999 du 22 mars 2000, c. 4baa.

¹²² ATF 83 II 151, c. 4c. Cette commission a été considérée comme « manifestation excessive » et d'autant plus choquante que l'intimé n'était pas courtier de profession, de sorte qu'il ne pouvait arguer du fait que la réussite de cette affaire compensait les échecs subis dans d'autres cas. Il n'avait en outre pas de frais généraux. La commission a été réduite de CHF 20 000 à CHF 6000.

¹²³ Arrêt de la Cour civile valaisanne du 4 juin 1992, RVJ 1993 p. 290, qui a retenu que le courtier n'avait exercé qu'une activité d'indication, qu'il n'avait pas prouvé que cette activité lui aurait occasionné des frais importants ni qu'il devait supporter des frais généraux.

¹²⁴ Arrêt de la Cour civile valaisanne du 5 juillet 1977, RVJ 1977 p. 356.

¹²⁵ Lequel est admis à des conditions restrictives, cf. *supra* IV/B/3.

¹²⁶ ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499. Cf. *supra* VI/B/3 pour les autres aspects de cette décision.

de l'art. 417 CO. La disposition prévoit en effet que le salaire peut être réduit par le juge « à la requête du débiteur ». Cela dit, vu le but d'intérêt public de la norme, les juges se montrent peu formalistes à cet égard. S'il est sans conséquence que la partie omette de conclure expressément à la réduction, il faut néanmoins que les conclusions tendent implicitement, de près ou de loin, à la réduction du salaire. Ceci est notamment le cas si le mandant conclut à une libération de dette totale¹²⁷.

VII. La fin du contrat

Le contrat prend ordinairement fin par son exécution, c'est-à-dire lorsque le but qu'il visait a été atteint, à savoir la conclusion d'un contrat principal. Il s'éteint lorsque la durée pour lequel il était prévu arrive à échéance, sans que le courtier n'ait pu réaliser sa mission. Il peut en outre faire l'objet d'une résiliation en tout temps par l'une ou l'autre partie¹²⁸ en application de l'art. 404 al. 1 CO¹²⁹. Selon le Tribunal fédéral, ce droit est de nature impérative¹³⁰. Un courtage conclu pour une durée déterminée peut donc également être résilié avant son terme¹³¹. Les parties ne sont pas tenues de respecter un délai d'avertissement (préavis) pour ce faire¹³². La résiliation peut en outre intervenir sans motif¹³³.

Les peines conventionnelles visant à sanctionner une résiliation anticipée ne sont pas admissibles¹³⁴. Selon le Tribunal fédéral, une telle clause insérée dans le contrat ne peut empêcher une partie de révoquer le contrat en tout temps. Elle peut néanmoins garantir le respect des obligations respectives des parties (par exemple une clause d'exclusivité) tant que la révocation n'intervient pas. La peine peut par ailleurs être réduite si elle est disproportionnée¹³⁵.

La question de savoir si une partie peut réclamer la réparation du dommage causé par une résiliation en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO) est

¹²⁷ ATF 111 II 366, JdT 1986 I 499, c. 3a; ATF 83 (1957) II 153, c. 4a.

¹²⁸ La loi parle de « révocation » du contrat, qui s'applique au mandant, et de « répudiation », qui s'applique au courtier.

¹²⁹ Cf. ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1. Pour les autres causes d'extinction du contrat, cf. TURRETTINI, p. 173 ss.

¹³⁰ ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1.

¹³¹ ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, c. 1. AMMANN, n. 6 *ad* art. 412; HOFSTETTER, p. 159.

¹³² MARQUIS, p. 230; TERCIER, p. 692, n. 4808.

¹³³ RAYROUX, n. 19 *ad* art. 412; TERCIER, p. 739, n. 5107.

¹³⁴ AMMANN, n. 6 *ad* art. 412.

¹³⁵ ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150.

controversée en doctrine. La majorité des auteurs qui y répondent par l'affirmative reconnaissent en tout cas que cette disposition ne peut s'appliquer que de façon restrictive¹³⁶.

Rappelons enfin que lorsque le contrat principal est conclu *après* la résiliation du rapport de courtage, la commission est acquise au courtier si la vente est due à l'activité qu'il a déployée¹³⁷.

¹³⁶ Cf. RAYROUX, n. 21 *ad* art. 412, qui se réfère aux développements de Marquis, pp. 230-239, exposant les avis de divers auteurs.

¹³⁷ Arrêt du TF 4C.322/2003, c. 2.4.1; ATF 95 II 355, c. 3. Cf. *supra* IV/B/1.

Bibliographie

- Caterina AMMANN, Art. 412-418 OR, *in* Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I, 3^e éd., Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 2265-2282.
- Hannes BAUMANN, Die Courtage des Versicherungsmaklers, thèse, Zürich: Schulthess, 1996.
- Eugen BUCHER, Obligationenrecht: besonderer Teil, 3^e éd., Zürich: Schulthess, 1988
- Pierre ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne: Staempfli, 2000.
- Josef HOFSTETTER, Deuxième section: Le contrat de courtage, *in* Le mandat et la gestion d'affaires, édition française révisée et mise à jour, Fribourg: Editions Universitaires, 1994 [Traité de droit privé suisse, VII,II,1], p. 155-171.
- Ernst A. KRAMER, Aktuelle Judikatur zum Vertragsrecht der Absatz- und Geschäftsmittler, *Pratique juridique actuelle* 1997 p. 165-171.
- Christian MARQUIS, Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier, Lausanne: Payot 1993.
- François RAYROUX, Art. 418-418 CO, *in* Commentaire romand du Code des obligations I, sous la dir. de L. Thévenoz et F. Werro, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 2109-2132.
- Werner SCHWEIGER, Der Mäklerlohn, thèse, Zürich 1986.
- Pierre TERCIER, Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zürich: Schulthess, 2003, p. 729-740.
- Pierre TURRETTINI, Le contrat de courtage et le salaire du courtier, thèse, Genève 1952.