

Préface

1. Le mandat est, aujourd'hui, un rouage essentiel de la vie juridique et économique. Instrument privilégié pour le fonctionnement des groupements – qu'ils aient ou non la personnalité juridique –, il est également le contrat le plus souvent utilisé par les intermédiaires dont le rôle ne cesse de croître dans notre société de services. Il intervient, en outre, dans la plupart des montages juridiques complexes. Cette mutation d'un contrat à l'origine conçu comme un « service d'ami » en une prestation de services à titre onéreux assurée par un professionnel s'est traduite par un renversement de la perspective, dont la portée n'est pas toujours claire en droit positif. Récemment, et à rebours de l'évolution qui vient d'être décrite, le mandat semble renouer avec ses origines. C'est ainsi la loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions et des libéralités, qui a introduit dans le Code civil un « mandat à effet posthume » afin de gérer tout ou partie de la succession pendant une période allant jusqu'à deux ans après le décès. C'est également la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs, qui a introduit un « mandat de protection future ». On retrouve ici un contrat, dégagé d'une finalité économique immédiate, qui intervient comme instrument de régulation sociale. Cette dualité radicale du contrat de mandat n'est pas sans peser sur sa réglementation. C'est ainsi que le critère d'identification de ce contrat reste incertain d'un arrêt à l'autre, d'un auteur à l'autre. De même, le régime de ce contrat, à peine ébauché par le Code civil, semble fréquemment hésiter entre ces deux pôles que constituent l'ordre marchand et l'ordre non marchand. L'insécurité juridique qui en résulte est de moins en moins tolérable s'agissant d'un contrat très prisé par la pratique.

2. Cet ouvrage se propose, tout d'abord, de révéler et de tenter de dissiper certains faux-semblants, certaines ambiguïtés, certaines controverses, relatifs aux critères du contrat de mandat afin de réduire les incertitudes que connaît aujourd'hui la pratique. À cette fin, les principaux critères de qualification proposés par la doctrine pour caractériser le contrat de mandat mais aussi l'opération même de qualification, ont été approfondis et critiqués. Ce sont tout d'abord les critères actuellement retenus par la doctrine pour caractériser le mandat – qu'il s'agisse de la distinction entre acte juridique et acte matériel

éprouvée par Monsieur Mustapha Mekki ou du critère de la représentation ramené à sa juste place par Monsieur Thomas Genicon – dont tant la consistance que la pertinence au regard du régime, dont ils commandent l'application, se sont révélées sujets à caution. De même, le critère de la gratuité adopté par le Code civil et par le droit positif jusqu'à la fin du XIX^e siècle, dont on pourrait penser qu'il renaît de ses cendres alors que le mandat est devenu récemment un instrument s'épanouissant dans l'ordre non marchand, s'est révélé être, sous la plume de Madame Sophie Pellet, particulièrement fuyant au point que l'on pourrait, peut-être à profit, lui préférer le critère du mandat désintéressé et renouer ainsi avec les enseignements de Domat. Ces nombreuses hésitations et difficultés à cerner les critères de qualification du contrat de mandat conduisent, d'ailleurs, l'ensemble de ces auteurs ainsi que Monsieur Benjamin Remy à déplacer le débat en suggérant de remettre en cause, selon des modalités différentes, l'agencement actuel du droit des contrats spéciaux afin que l'opération de qualification permette toujours la désignation du régime le plus adéquat.

3. Cet ouvrage se propose, ensuite, de dégager les implications exactes, en termes de régime, de l'opposition entre mandat à titre gratuit et mandat à titre onéreux en prenant plusieurs points précis du régime et en comparant les solutions retenues pour chacun de ces points, selon que l'on est en présence d'un mandat ressortant à l'ordre marchand ou à l'ordre non marchand. On perçoit à nouveau les difficultés que l'on peut rencontrer pour dégager les lignes de partage de la matière et ce, notamment en raison de la professionnalisation à venir des mandats de l'ordre non marchand et des implications particulières que commande l'idée de protection de la personne pour certains de ces mandats. Ces deux considérations doivent être prises en compte, comme le souligne Madame Laurence Gatti-Vergnes, à partir de l'exemple du mandat de protection futur, lors de l'élaboration d'un régime adéquat du choix du mandataire. Paradoxalement, le droit des sociétés, dont on pourrait penser qu'il est totalement inclus dans l'ordre marchand, connaît quelques hypothèses de mandats, s'agissant notamment de la représentation aux assemblées, qui ont été conçus comme des services d'amis. Madame Dorothee Gallois-Cochet révèle cependant qu'une telle conception est sans doute inadéquate pour éviter la présence de « maîtres chanteurs » dans les assemblées d'actionnaires et que l'on ne peut que se réjouir de la libéralisation de ce mandat imposée par le droit de l'Union européenne dès lors que la professionnalisation qui s'ensuivra sera justement délimitée à l'aide des règles d'ordre public, régissant le droit des sociétés. S'agissant de la réglementation de la responsabilité Madame Elsa Berry révèle, à partir de l'exemple du mandat de protection future dont on peut penser qu'il relève de l'ordre non marchand, que l'idée selon laquelle la gratuité du mandat doit susciter une plus grande mansuétude de la part du juge n'était pas la solution retenue par l'Ancien droit, ni celle prônée par Pothier. Plus encore, la professionnalisation que cette activité ne manquera

pas de connaître ainsi que l'idée de protection de la personne devraient tendre vers un régime de responsabilité qui ne soit pas trop laxiste tout en tenant compte de la situation spécifique du mandant ou du bénéficiaire du mandat. Ce phénomène de durcissement de la responsabilité du mandataire se retrouve, d'ailleurs, dans le secteur immobilier pour lequel Madame Marianne Faure-Abbad met en exergue l'accroissement jurisprudentiel de la responsabilité du mandataire-administrateur d'immeubles qui n'est surpassée que par « l'hyper-responsabilité » légale du promoteur immobilier. Enfin, Madame Agnès Pimbert démontre, à travers l'exemple du mandat d'intérêt commun, les difficultés que l'on peut rencontrer à dégager tant les critères que le régime d'application de cette exception au principe de libre révocabilité du mandat.

4. Au terme de ces analyses, on perçoit à quel point les critères de qualification généralement retenus par la doctrine pour dessiner le champ d'application de ce régime sont incertains, et combien le régime en question est lui-même variable. Plusieurs considérations, généralement perçues comme secondaires lors de la qualification de la situation des parties, se révèlent en pratique essentielles lors de la détermination du régime adéquat. Il en est ainsi tout particulièrement de la qualité de professionnel du mandataire même si la variété des situations que recouvre cette notion mériterait, elle aussi, une étude approfondie. Par ailleurs, le contexte même dans lequel le mandat s'insère vient donner à sa réglementation une coloration spécifiques et soulève parfois des problématiques particulières. Ainsi, par exemple, le souci de protéger une personne dans un état de faiblesse impose de reconsidérer certains des aspects du régime du mandat. Le rôle sans cesse croissant que notre société assigne au mandat ne peut donc se passer d'un renouvellement de la réflexion sur les contours exacts de cette institution, renouvellement que cet ouvrage, parmi d'autres, amorce en offrant de nouvelles problématiques singulières.

Benjamin REMY