



Le mandataire apparent

Vous êtes conseiller municipal et le maire de votre commune a passé divers contrats avec des tiers sans même en avertir le conseil municipal. Vous vous demandez ce que valent ces contrats.

L'affaire est délicate dans la mesure où il s'agit de contrats de droit privé et que le litige éventuel relèvera de l'ordre judiciaire. Car en effet, dans un arrêt en date du 28 juin 2005 la Cour de cassation (première chambre civile) a agréé en ce domaine la théorie du mandat apparent, protectrice du tiers de bonne foi.

En l'occurrence il s'agissait de contrats de location de meubles passés avec une société par le maire, sans que le conseil l'en ait autorisé par une délibération. Lorsque, la commune ayant cessé de verser les loyers, la société lui demanda la résiliation du contrat et le versement de dommages et intérêts, elle invoqua la nullité des contrats. Elle perdit devant les juges du fond et se pourvut en cassation. La dispute portait donc sur la validité de contrats passés par un maire sans autorisation du conseil municipal. La municipalité prétendait qu'ils étaient nuls, le maire n'ayant pas la capacité de les conclure. Ce contre quoi la société invoquait la théorie du mandat apparent. Mais la municipalité prétendait à son tour cette théorie « non applicable en pareil cas ».

La Cour de cassation tranchât en faveur de la société, estimant qu'un maire pouvait engager la commune en vertu d'un mandat apparent. Elle en appliqua donc la formule, classique depuis 1962¹, au cas du maire : « malgré l'absence de délibération du conseil municipal, une commune peut être engagée par son maire qui a passé des contrats de droit privé au nom de celle-ci si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites exactes du pouvoir ».

Peut-être cet arrêt ne fait-il que consacrer l'application du mandat apparent dans le domaine des pouvoirs du maire. Mais nous pensons que, comme la fiction, comme la fraude, l'apparence est une théorie suffisamment obscure pour mériter que l'on y regarde de plus près. La théorie de l'apparence n'est jamais qu'une construction doctrinale et jurisprudentielle. Que ce soit dans cet arrêt de 2005 ou dans d'autres cas, comme dans celui qui nous intéresse, cette théorie gagnerait à être envisagée au regard de la distinction de l'autorisation et de la procuration. Nous pensons plus précisément à la formule « l'étendue des pouvoirs du mandataire », et au caractère légitime de la croyance. Dès lors, un examen plus attentif des circonstances pourrait faire que les solutions en vigueur soient reconsidérées.

Notre hypothèse est la suivante. La théorie du mandat apparent n'a pas pour objet de pallier à l'absence totale de procuration, elle suppose au contraire un mandataire réel, mais, de manière plus restreinte, hormis certains cas particuliers donc nous ne discuterons pas ici, elle vise à passer outre le défaut d'autorisation du mandataire par le mandant.

¹ Ass. plén., 13 décembre 1962, *D.* 1963.277, note J. Calais-Auloy ; *JCP* 1963.II.13105, note P. Esmein ; MM. Capitant, Terré et Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd. 2000, tome 2, n°267.

Pour bien discerner cette hypothèse il faut faire deux distinctions. Premièrement, il convient de distinguer la procuration de l'autorisation. La difficulté essentielle consiste à percevoir clairement cette distinction. Par la procuration, ou par l'habilitation, l'on est dans la représentation. Le mandataire reçoit le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du mandant. Ce pouvoir d'agir provient du mandant, il est remis au mandataire qui en dispose ensuite de son chef. Secondement, il convient de distinguer les pleins pouvoirs des pouvoirs limités. Il se peut que le mandataire puisse agir seul pour effectuer l'acte qu'il a en vue, il a alors les pleins pouvoirs ; mais il arrive aussi que son pouvoir soit limité et incomplet. Il lui manque alors, pour agir, un complément. C'est l'autorisation du mandant. Mais l'autorisation n'est pas une procuration. L'autorisation est un acte que le mandant effectue de son chef. Il ne délègue rien. Le pouvoir appartient au mandataire, mais ce pouvoir est incomplet parce que certains actes graves (comme les actes de disposition, surtout s'ils ont des immeubles pour objets) ne peuvent être laissés à la discrétion d'autrui. Le mandant doit intervenir personnellement.

C'est en cas de pouvoirs limités que l'on parle de « mandat exprès » ou d'un « mandat spécial », et c'est aussi le domaine de prédilection, à notre sens, des mandats tacites et des mandats apparents. En certaines occurrences il se peut que l'on invoque le mandat apparent pour dire que le tiers a cru que le mandataire avait d'emblée les pleins pouvoirs, qu'il n'avait pas, autrement dit, besoin d'une autorisation. Mais nous pensons surtout aux cas où les pouvoirs du mandataire étant naturellement limités, l'on parle de mandat apparent pour dire que l'on a cru qu'il avait obtenu l'autorisation. L'usage du vocable de mandat est d'ailleurs alors abusif. Il devrait être réservé à la procuration. Parce que l'autorisation n'est pas une décision qui puisse être exercée par un autre que par celui qui en est l'attributaire. D'autant plus s'il s'agit précisément de celui qui la réclame. Sinon le mandataire recevrait en outre du mandant la faculté d'*auctor* (titulaire de l'*auctoritas*, qui délivre l'autorisation), et il cumulerait sur son chef les fonctions irréductibles d'*actor* (titulaire de la *potestas*, qui demande l'autorisation pour agir) et d'*auctor*. Cette confusion est structurellement impossible. Il resterait peut-être au mandataire à jongler entre les fonctions : commençant par demander l'autorisation en tant que titulaire du mandat principal, puis, délaissant ce titre, investissant son mandat d'*auctor*, s'accordant cette autorisation pour agir enfin de nouveau en tant qu'*actor*. Mais cela nous semble une hérésie. Par conséquent, derrière bien des mandats tacites et bien des mandats apparents, ce sont en réalité des autorisations tacites ou apparentes qui sont en cause.

Quoi qu'il en soit la théorie de l'apparence intervient bel et bien dans le domaine de l'autorisation. En revanche, nous ne croyons pas que l'apparence puisse pallier l'absence totale de procuration, ou alors ce serait de manière vraiment contestable². Bref, que ce soit dans notre affaire ou dans celle ayant donné lieu à l'arrêt de 2005, il y aurait intérêt à jouer sur la distinction entre autorisation et procuration. L'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales énonce que le maire est « d'une manière générale » chargé d'exécuter les décisions du conseil municipal, mais il faudrait voir quelles sont exactement « les formes établies par les lois et règlements » auxquelles renvoient les 6° et 7° lorsqu'il

² En réalité nous ne faisons là qu'indiquer une piste de recherche, et il faudrait y regarder de plus près. Par exemple sur trois arrêts cités dans l'ouvrage de MM. Capitant, Terré et Lequette, *op. cit.*, p. 564, au sujet de l'absence totale de mandat, Com., 29 avr. 1970 (BC IV n°137, p. 125) faisait une application vraiment très contestable de la théorie de l'apparence, avec Com. 17 oct. 1995 (*Contrats concurrence consommation*, 1996, n°4, obs. Leveneur) il s'agissait d'un contrat de franchise, et avec Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1978 (*JCP* 1978.II.18864, note Moneger) il s'agissait précisément pour le mari d'obtenir l'autorisation d'aliéner un bien commun.

envisage « le particulier ». Dans l'arrêt de 2005 les plaideurs parlaient d'autorisation. Mais un commentateur, publiciste, a employé le vocable d'habilitation, ce qui semble, à strictement parler, viser plutôt la procuration que l'autorisation³.

Le tout est de faire la distinction entre deux théories possibles pour le pouvoir du maire. Soit il dispose du pouvoir de représenter la Commune, et son conseil n'est là, au mieux, que pour l'autoriser, au pire, que pour le conseiller : c'est la conception autoritaire ou pontificale de la représentation. Soit c'est le conseil municipal l'organe représentatif de la Commune, et le maire n'est que son agent exécutif : conception collégiale ou conciliariste de la représentation. Si l'on peut se situer dans ce second schéma, alors, vu qu'en matière municipale, à la différence des statuts d'une société, du régime matrimonial d'époux ou d'un contrat de mandat entre deux personnes, il s'agit de règles de droit public sensées connues de tous, il sera difficile au tiers de dire que les circonstances l'autorisaient à ne pas vérifier les limites exactes du pouvoir du maire.

³ J.-D. Dreyfus, AJDA 2005, pp. 2124-2125.