

COMMISSION OUVERTE IMMOBILIER

Co-responsables :
JEHAN-DENIS BARBIER ET JEAN-MARIE MOYSE



Vendredi 29 mars 2013

Sous-commission exercice des nouvelles activités de l'avocat mandataire en transaction immobilière
Responsable : Jean-Marie Moysse

Réunion inaugurale de la nouvelle commission qui vient d'être créée pour faciliter l'exercice des nouvelles activités de l'avocat mandataire en transaction immobilière.

AU COURS DE CETTE RÉUNION, SERONT EXPOSÉS :

- Le cadre de l'intervention de l'avocat, mandataire en transaction immobilière dans le respect des règles déontologiques de la profession.
- Les documents qui sont à sa disposition pour exercer cette nouvelle activité de mandataire en transaction immobilière.
- L'aide que peut apporter l'ordre des avocats pour l'exercice de cette nouvelle activité.
- Les moyens de développer cette nouvelle activité à travers les services de l'ordre et les cabinets d'avocats.

LES THÈMES SUIVANTS SERONT DÉVELOPPÉS :

Jean-François Péricaud : La nouvelle activité de mandataire en transaction immobilière, le respect des règles déontologiques de l'avocat.

Jean-Marie Moysse : Les moyens nécessaires pour l'exercice de cette nouvelle activité, la documentation, l'aide qui pourrait être apportée par l'ordre pour le développement de cette activité dans le respect de nos règles professionnelles.

Michel Vauthier, président de l'AAMTI : Moyens d'action de la profession contre les activités concurrentielles.

Les magistrats des chambres spécialisées du tribunal et de la cour d'appel de Paris, seront contactés par les responsables de cette commission en vu de leur éventuelle participation à nos travaux.

Il en va de même des magistrats des chambres spécialisées de la cour de cassation.

La question posée par le développement de cette nouvelle activité mérite une concertation générale de tous les participants et une discussion sera ouverte au cours de la séance afin de recueillir les avis des personnes intéressées.

Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.



Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°148 du 25 avril 2013

[Avocats/Champ de compétence] Le point sur...

Compte-rendu de la réunion inaugurale de la sous-commission Exercice des nouvelles activités de l'avocat mandataire en transactions immobilières de la Commission ouverte Immobilier du barreau de Paris

N° Lexbase : N6774BT3



par Anne-Laure Blouet Patin, Directrice de la Rédaction

Le 29 mars 2013, s'est déroulée, dans un amphithéâtre comble, la réunion inaugurale de la sous-commission Exercice des nouvelles activités de l'avocat mandataire en transactions immobilières de la Commission ouverte Immobilier du barreau de Paris. Sous la responsabilité de Jean-Marie Moyse, cette réunion avait pour ambition de présenter le cadre de l'intervention de l'avocat mandataire en transactions immobilières dans le respect des règles déontologiques de la profession, les outils mis à sa disposition et les moyens proposés pour développer cette nouvelle activité. Présentes à cette occasion, les Editions juridiques Lexbase vous en proposent un compte-rendu.

Avocat mandataire en transactions immobilières et déontologie

L'articulation de ce nouveau métier avec les règles déontologiques de la profession a été présentée par **Jean-François Péricaud**, membre du Conseil de l'Ordre et délégué de Madame le Bâtonnier auprès des commissions ouvertes.

Ce nouveau métier, qui existe depuis quatre ans, est délimité par des règles très rigoureuses puisque tant le règlement intérieur national (RIN N° Lexbase : L4063IP8) que le règlement intérieur du barreau de Paris (RIPB) disposent

que cette activité d'intermédiaire immobilier de l'avocat ne doit être qu'accessoire pour lui et est délimitée par l'observation des règles professionnelles. Le rappel est important et il entraîne un certain nombre de conséquences.

Il s'agit tout d'abord d'une activité accessoire à l'occasion de laquelle l'avocat s'abstient de tout acte de démarchage, le tout en évitant les conflits d'intérêts.

L'avocat va donc pouvoir faire de la publicité mais sans qu'elle s'assimile à un démarchage en respectant les règles déontologiques portant sur une publicité ciblée et sous le contrôle de l'Ordre. Sur le conflit d'intérêts, Jean-François Péricaud se pose la question de savoir comment l'éviter lorsque l'avocat est en présence d'un acheteur et d'un vendeur dont les intérêts ne sont pas, finalement, identiques.

Si l'avocat passe outre le respect de ces règles il s'exposera à une procédure disciplinaire : dépôt d'une plainte entre les mains du Bâtonnier, enregistrement de la plainte sous huitaine, distribution devant une commission déontologique, et saisine de l'autorité de poursuite ou classement de l'affaire.

Il souligne que c'est la jurisprudence de l'Ordre qui apportera progressivement les réponses et qui permettra au mieux d'affiner la réglementation professionnelle pour l'adapter à cette nouvelle activité.

Quels sont les partenaires que l'avocat va rencontrer en se livrant à cette nouvelle activité ?

Pour **Jean-Marie Moyses**, il s'agit des agents immobiliers -présents depuis toujours-, des notaires -habilités depuis 1982 à se livrer à la négociation immobilière et à toucher des honoraires en pourcentage lorsqu'ils ont négocié la vente d'un bien immobilier pour lequel ils ont été mandatés-, les géomètres-experts -autorisés depuis 1996 à pratiquer la négociation immobilières-, et enfin, les avocats.

Le nécessaire mandat

Que ce soit pour les notaires ou les agents immobiliers, un mandat est nécessaire, le mandat apparent ne pouvant être admis. Pour les notaires, la règle a été posée dans un arrêt du 5 novembre 2009 (Cass. civ. 1, 5 novembre 2009, n° 08-18.056, F-P+B N° Lexbase : A8114EMH) et confirmé dernièrement le 20 mars 2013 (Cass. civ. 1, 20 mars 2013, n° 12-11.567, F-P+B+I N° Lexbase : A5887KAB) : *"Le mandant n'est tenu d'exécuter que les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné" et "le mandat apparent ne peut être admis au titre d'un acte conclu entre des parties disposant chacune d'un notaire, les notaires étant tenus de procéder à la vérification de leurs pouvoirs respectifs"*.

Il en est de même pour les agents immobiliers. En effet, dans un arrêt du 31 janvier 2008 (Cass. civ. 1, 31 janvier 2008, n° 05-15.774, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A5980D4A) la Cour de cassation a censuré une cour d'appel au visa des articles 1er et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 (N° Lexbase : L7536AIX) et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 (N° Lexbase : L8042AIP). Selon les dispositions de ces deux premiers textes, qui sont d'ordre public, *"les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales se livrant ou prêtant leur concours, d'une manière habituelle, aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives, notamment, à la vente d'immeubles, doivent être rédigées par écrit"*. De plus, selon l'article 72 du décret, *"le titulaire de la carte professionnelle 'transactions sur immeubles et fonds de commerce' doit détenir un mandat écrit précisant son objet et qui, lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, fait expressément mention de celle-ci"*. Et de conclure que le mandat apparent ne peut tenir en échec ces règles impératives.

Ainsi, ils ne peuvent pas engager leur client sans mandat.

Françoise Camara, Haut magistrat, a précisé que cette règle a été étendue à la gestion d'affaires par un arrêt du 22 mars 2012 (Cass. civ. 1, 22 mars 2012, n° 11-13.000, F-P+B+I N° Lexbase : A4232IGT), aux termes duquel la Haute juridiction a énoncé qu'il résulte de la combinaison des articles 1372 (N° Lexbase : L1478ABD) et 1375 (N° Lexbase : L1481ABH) du Code civil, ensemble les articles 1er et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et les articles 72 et 73 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, que la gestion d'affaires, qui implique la ratification ultérieure par le maître de l'affaire ou la démonstration *a posteriori* de l'utilité de la gestion, est incompatible avec les dispositions d'ordre public susvisées de la loi du 2 janvier 1970 et du décret du 20 juillet 1972, qui exigent l'obtention par le titulaire de la carte professionnelle "transactions sur immeubles et fonds de commerce" d'un mandat écrit préalable à son intervention dans toute opération immobilière.

Pour les agents immobiliers (loi du 2 janvier 1970, art. 6), comme pour les notaires (décret du 8 mars 1978, art. 11 N° Lexbase : L8649H3Q), les géomètres-experts (décret du 31 mai 1996 N° Lexbase : L1430IRE) et les avocats (RIPB, art. 6.3 et 6.4), le mandat conféré par le client **doit être écrit**.

Compte tenu de la réglementation applicable aux différents professionnels, soit par leur règlement intérieur, soit par les dispositions législatives et réglementaires et la jurisprudence de la Cour de cassation, les mandats qui leur sont conférés s'analysent comme des mandats de recherche d'acquéreur et non comme des procurations de vente. Il est donc très important d'être vigilant dans la rédaction du mandat. Au regard de la réglementation exigeant une procuration conférée au mandataire pour consentir à la vente, et en raison de la prohibition du mandat apparent, les échanges de correspondances dans le cadre d'un simple mandat de négociation et de recherche d'acquéreur ne peuvent jamais engager le client. **Cependant, ces échanges de correspondances, s'ils sont imprudents, peuvent être la cause de procès engageant la responsabilité du professionnel.**

Vers une modification du RIN ?

Pour Jean-Marie Moise, la concurrence des professionnels constitués en Ordres vis-à-vis de ceux ayant la qualité de commerçant constitue une nouveauté dans le secteur de l'immobilier et pose la question d'une éventuelle collaboration pour la réalisation des missions qui leur seront confiées.

La difficulté majeure pour les avocats réside non dans l'obtention d'un mandat de négociation mais dans l'activité de négociation proprement dite, laquelle nécessite la recherche d'un client acquéreur, ce qui suppose la création d'un véritable service de négociation au sein du cabinet mandaté avec la réalisation d'expertises de valeur et un personnel spécialisé pour assurer les publicités nécessaires à la vente et les visites du bien. Le coût d'un tel service, loin d'être négligeable, doit être compensé par de nouvelles recettes permettant d'équilibrer cette nouvelle activité.

Il estime que l'impossibilité pour les cabinets d'avocats de se livrer à des publicités génériques portant sur cette activité, les publicités ne pouvant porter que sur les biens détenus par mandat donné au cabinet, empêchera un développement important de cette activité accessoire à l'activité traditionnelle de l'avocat. Le caractère accessoire de l'activité de négociation immobilière par rapport à la profession d'avocat et le coût de la création au sein du cabinet d'une structure de négociation permettent de penser à la nécessité, pour l'avocat, de solliciter l'assistance d'un professionnel à pleine compétence, tel un agent immobilier ou un administrateur de biens pour la réalisation du mandat qui lui a été confié.

Ce qui gêne Maître Moise est que, lors de la vente de biens d'envergure, il y a plusieurs intervenants : un conseil pour le vendeur, un pour l'acquéreur, quand ce n'est pas plusieurs professionnels de la négociation qui sont "branchés" sur le contrat. Cette intervention, qui pourrait avoir lieu au moyen d'une délégation du mandat de l'avocat au profit d'un professionnel réglementé, risque de se heurter à la règle de l'interdiction de la dichotomie telle que prévue par l'article 11.5 du RIN, lequel emporte interdiction "*à l'avocat de partager un honoraire quelle qu'en soit la forme avec des personnes physiques ou morales qui ne sont pas avocats*", même s'il s'agit de personnes faisant partie d'une profession réglementée.

Une autre difficulté réside dans le fait que l'avocat, conformément à l'article 11.3 du RIN, ne peut normalement recevoir d'honoraires que de la part de son client. En effet, lors de la conclusion d'une vente immobilière, il est fréquent que la rémunération de l'intermédiaire soit mise à la charge de l'acquéreur pour éviter qu'elle ne supporte, si elle était mise à la charge du vendeur, les droits d'enregistrement au taux de 5,09 %, auxquels s'ajouteraient les honoraires du notaire, portant cette charge à environ 6 %. Le mandat étant le plus souvent délivré par le vendeur du bien, la bascule de la rémunération sur l'acquéreur se heurtera à deux difficultés tenant, d'une part, au double mandatement nécessaire de l'avocat et, d'autre part, à l'interdiction de l'article 11.3 du RIN susvisée, ce qui est de nature à créer un conflit d'intérêts pouvant être sanctionné sur le plan déontologique.

Il estime que deux réformes sont, dès lors, souhaitables :

— pour faciliter la collaboration entre tous les professionnels de l'immobilier, l'avocat, le notaire ou le géomètre expert devraient être autorisés par la réglementation de leurs ordres respectifs, d'une manière exceptionnelle lors d'une négociation immobilière, à recevoir un double mandatement (mandat du vendeur et mandat de l'acquéreur) et à partager leurs honoraires de négociation avec d'autres professionnels, y compris ceux ayant la qualité de commerçant ;

— les professions constituées en ordres pourraient ainsi, à l'occasion de l'exécution d'un mandat confié par leur client, sélectionner parmi les professions traditionnelles de l'immobilier l'intervention d'un ou plusieurs professionnels à qui ils délégueraient la mission de rechercher l'acquéreur du bien. En l'état actuel de la réglementation, un avocat ne peut déléguer toute ou partie de son activité professionnelle qu'au profit d'un autre avocat.

La délégation de mandat est donc impossible, sauf modification du règlement intérieur.

Jean-François Péricaud a estimé que si sur le double mandatement, à condition qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts,

la porte était grande ouverte à la discussion, en revanche en ce qui concerne la collaboration entre professionnels, délégation et sous-traitance, c'est strictement interdit et cela le restera.

De son côté, Françoise Camara considère qu'il n'y a pas de problème de conflits d'intérêts dans le double mandatement puisqu'il s'agit de négocier un contrat qui recueillera l'accord consensuel et convergent du vendeur et de l'acquéreur ; à défaut cela s'assimilerait à une vente forcée.

Les moyens d'action de la profession contre les activités concurrentielles

Maître Michel Vauthier, président de l'Association des avocats mandataires en transactions immobilières (AAMTI), a brièvement rappelé l'historique de ce nouveau métier.

Le conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, en sa séance du 21 avril 2009, a autorisé les avocats à exercer l'activité de mandataire en transactions immobilières, ce que ne leur permettait pas la loi "Hoguet" du 2 janvier 1970. Cette loi est venue réglementer les activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, et vise essentiellement les agents immobiliers. Professionnel de l'immobilier, l'agent immobilier doit, pour exercer son activité remplir certaines conditions requises par la loi. Cependant, la loi "Hoguet" vient également réglementer les modalités d'intervention de l'avocat en matière immobilière en le plaçant hors de son champ d'application. Les avocats peuvent exercer à titre accessoire l'activité de mandataire en transactions immobilières. Un avocat n'a pas à remplir les conditions requises pour l'agent immobilier pour faire de l'intermédiation immobilière *"en considération du contrôle dont leur activité professionnelle fait l'objet ainsi que des garanties financières qu'ils offrent pour l'exercice de cette activité"*. Alors que les notaires ont commencé à exercer cette activité en 1982, les avocats sont restés plus réservés sur cette activité s'interrogeant sur son aspect commercial.

L'article P.6.2.0.4 du RIPB précise que l'activité d'avocat mandataire en transactions immobilières doit constituer pour l'avocat une activité accessoire. L'annexe XV du RIPB, adoptée lors de la même séance du 21 avril 2009, est venu préciser les modalités d'application de l'activité d'avocat mandataire en transactions immobilières. Enfin, le CNB a mis en ligne en 2012 son guide pratique sur ce nouveau métier de l'avocat.

Créée en novembre 2009, l'AAMTI propose de faire connaître cette activité en regroupant les avocats qui l'exercent. Michel Vauthier estime que la chance de l'avocat réside dans la possibilité d'avoir des biens entre ses mains sans avoir à les rechercher. De plus cela valorise l'intervention de l'avocat dans la rédaction des actes et particulièrement de l'avant-contrat. Mais il est nécessaire d'être vigilant pour que ce créneau ouvert aux avocats ne soit pas occupé par ceux que l'on nomme les "braconniers du droit". Il cite à cet égard le cas d'un site internet, contre lequel une action est cours, qui se présente comme un site d'avocats, qui regroupe les logos de barreaux, du CNB ou encore même de l'acte d'avocat, et il faut se rendre aux mentions légales pour savoir qu'il y a derrière un agent immobilier qui essaye de se placer...

Instruments à la disposition des avocats pour ce nouveau métier

La promesse d'achat

Elle consiste à recueillir le consentement de l'acquéreur ; elle ne peut pas être accompagnée de versement de fonds sinon elle est nulle. En effet, aux termes de l'article 1589-1 du Code civil ([N° Lexbase : L8427ASW](#)), *"est frappé de nullité tout engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage un versement, quelle qu'en soit la cause et la forme"*.

Il s'agit de matérialiser l'offre plus que de lui donner un caractère obligatoire.

Jean-Marie Moyse attire l'attention sur la pratique de nombreuses agences immobilières qui consiste à faire ratifier les lettres par le vendeur sans se soucier du contenu. Une offre d'achat n'est jamais complète et ne peut pas cerner toutes les caractéristiques d'un bien immobilier. C'est la raison pour laquelle il conseille de n'utiliser que des offres d'achat type dans lesquelles il y a au moins deux soupapes de sécurité :

- une durée de validité de l'offre d'achat limitée dans le temps ;
- et une clause prévoyant dans l'intérêt du vendeur qu'en cas de ratification un avant contrat sera établi dans une durée déterminée avec versement de 5 ou 10 % du montant du prix de vente et à défaut les conventions seront caduques.

La promesse unilatérale de vente

La promesse unilatérale de vente se définit comme un acte sous seing privé ou un acte authentique aux termes

duquel seul le vendeur prend l'engagement de vendre son bien pendant un certain délai au profit d'une personne dénommée "le bénéficiaire".

La promesse est consentie sur une durée déterminée ; à défaut de réalisation de la vente dans ce délai, elle sera caduque sans aucune formalité autre que la constatation de la non-réalisation.

La réalisation ne peut intervenir qu'après consignation du prix et des frais par le bénéficiaire entre les mains du notaire et est constatée par l'acte authentique qui sera signé par les parties dans le même délai.

Une indemnité forfaitaire sera acquise au promettant si la vente ne se réalise pas pour une cause quelconque imputable au bénéficiaire, dans les délais et conditions convenus. En revanche, elle s'imputera sur le prix de vente en cas de réalisation.

Cette forme d'avant-contrat, sous la forme sous seing privé, est soumise, à peine de nullité, à la formalité de l'enregistrement. Le défaut d'enregistrement dans les dix jours de l'acceptation par le bénéficiaire aurait une grave conséquence puisque la nullité de l'acte serait encourue, ce qui engagerait la responsabilité personnelle du mandataire dans le cadre de son devoir de conseil.

Pour Jean-Marie Moyse, un problème réside dans la rétractation de la promesse de vente par le promettant. En effet, la promesse unilatérale de vente s'analyse comme un engagement personnel de vendre consenti par le promettant au profit d'un éventuel acquéreur, le bénéficiaire. Tant que le bénéficiaire n'a pas demandé la réalisation, le promettant peut être tenté de rétracter sa promesse de vente. En 1993, la Cour de cassation (Cass. civ. 3, 15 décembre 1993, n° 91-10.199 N° Lexbase : A4251AGK) a jugé que la rétractation était toujours possible tant que le bénéficiaire n'avait pas levé l'option, les obligations de faire n'étant sanctionnées que par des dommages et intérêts, par application de l'article 1142 du Code civil (N° Lexbase : L1242ABM). Un autre arrêt de la même chambre du 27 mars 2007 a disposé que le promettant ne pouvait rétracter la promesse de vente s'il avait renoncé au bénéfice de l'article 1142 du Code civil et s'il était prévu la possibilité pour le bénéficiaire de poursuivre la réalisation forcée de la vente (Cass. civ. 3, 13 mars 2007, n° 06-12.456 N° Lexbase : A6984DU9). Mais une incertitude demeure à la suite d'un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, en date du 11 mai 2011 (Cass. civ. 3, 11 mai 2011, n° 10-12.875, FS-P+B N° Lexbase : A1164HRK), lequel affirme, sans nuance, que la rétractation du promettant avant l'acceptation de la promesse exclut toute rencontre de volonté, ce qui évince la possibilité de poursuivre la réalisation forcée de la vente.

La promesse synallagmatique de vente

La promesse synallagmatique de vente constitue une vente ferme par accord des parties sur la chose et sur le prix. Elle ne diffère donc pas, en ce qui concerne les obligations qui y sont souscrites, de l'acte définitif qui sera rédigé en la forme authentique par le notaire en cas de vente. En pratique, se sont souvent des promesses synallagmatiques qui sont signées.

En conclusion, il appert que tant le RIN que le RIPB doivent être adaptés pour donner pleine compétence à l'avocat dans le cadre des négociations immobilières. De plus, seule une pratique de plus en plus accrue par la profession permettra aux instances ordinales d'affiner la réglementation.