



# Commission de droit immobilier

Compte-rendu de la réunion du 21 Septembre 2011

## Contrat de réservation et avant-contrats

La Commission de droit immobilier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris, présidée par Jean-François Péricaud, tenait, le 21 septembre 2011, une réunion sur le thème des contrats de réservation (VEFA) et des avant-contrats, animée par Jean-Marie Moysse, avocat spécialiste de droit immobilier. Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent un compte-rendu de cette réunion.

### 1. Le contrat de réservation dans le cadre de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

L'article 1601-1 du Code civil (**N°Lexbase : L1698ABI**) définit la vente d'immeubles à construire, comme étant "*celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement*".

Comme l'a souligné Jean-Marie Moysse, dans la pratique, l'enjeu des opérations de construction se situe au niveau de la charge financière liée à l'acquisition du terrain, et à la construction de l'immeuble. En effet, les intérêts que doit supporter le constructeur sur les emprunts qu'il contracte pour financer l'acquisition du terrain ainsi que la construction de l'immeuble se retrouvent répercutés sur les prix proposés à la clientèle. Aussi, plus vite le constructeur obtient les fonds nécessaires à l'acquisition du terrain et à la construction, moins sera-t-il amené à payer des intérêts d'emprunt, et plus facilement pourra-t-il proposer des prix attractifs à la clientèle. Dans cette mesure, l'intérêt du constructeur rejoint celui de l'acquéreur, à travers la possibilité d'assurer un financement rapide de l'opération et recourir le moins possible à l'emprunt.

La vente à terme est définie par l'article 1601-2 du Code civil (**N°Lexbase : L1699ABK**) : il s'agit du "*contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente*".

La vente à terme est très peu utilisée en pratique. En effet, l'inconvénient majeur tient à ce que, quand bien même la vente rétroagit à la date de conclusion, le constructeur est obligé d'assurer la totalité du financement sur ses fonds propres ou à travers l'emprunt puisqu'il ne peut toucher le prix que lors de la livraison de l'immeuble.

En revanche, l'article 1601-3 du Code civil (**N°Lexbase : L1700ABL**) indique que "*la vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux*".

C'est ainsi que la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) rencontre un grand succès dans la mesure où elle permet de limiter le recours à l'emprunt pour le constructeur, et par conséquent de présenter sur le marché des biens immobiliers à des prix attractifs dès lors que la marge est fixée sans considération des intérêts des prêts.

La réglementation de la VEFA est prévue aux articles L. 261-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation (**N°Lexbase : L1956HP7** ; et, pour la partie réglementaire, CCH, art. R. 261-1 et s. **N°Lexbase : L8549IAU**).

Le contrat préliminaire ou le contrat de réservation

Dans le cadre d'une VEFA portant sur un immeuble à usage d'habitation ou un immeuble à usage mixte d'habitation et professionnel, lorsqu'un avant-contrat est conclu, il doit obligatoirement revêtir la forme d'un contrat préliminaire, aussi appelé contrat de réservation, aux termes duquel le constructeur réserve au profit du candidat acquéreur l'appartement en fonction des plans et descriptifs établis, et d'un prix prévisionnel de la vente qui sera consentie. Le contrat préliminaire est strictement réglementé par les articles L. 261-15 (**N°Lexbase : L1971HPP**) et R. 261-25 (**N°Lexbase : L8617IAE**) et suivants du Code de la construction et de l'habitation.

La loi interdit, à peine de nullité, de conclure tout contrat autre qu'un contrat de réservation répondant aux prescriptions des articles L. 261-1 et s.. Le contrat de réservation est donc, par définition, un contrat *sui generis*. C'est un contrat spécifique aux ventes à construire et n'est donc assimilable à aucun autre avant-contrat, tel que la promesse unilatérale de vente, ou la promesse synallagmatique de vente.

Maître Jean-Marie Moyses en rappelle les principales règles.

Le contrat préliminaire doit, tout d'abord, être rédigé par écrit, à peine de nullité. Il peut être conclu sous seing privé ; il n'est donc pas nécessaire de recourir à un notaire.

Ensuite, le contrat préliminaire doit reproduire toutes les mentions des articles R. 261-28 (**N°Lexbase : L8232IA7**) à R. 261-31 du CCH (portant notamment sur le dépôt de garantie -lequel ne peut dépasser 5 %, et doit être placé sur un compte spécial ouvert au nom du réservataire dans une banque- ; les conditions de restitution du dépôt de garantie dans le cas où l'opération ne se ferait pas ; l'obligation de notifier le projet d'acte de vente au réservataire préalablement à la vente).

Par ailleurs, l'enregistrement du contrat de réservation n'est pas obligatoire : le contrat de réservation n'est pas une promesse unilatérale de vente et n'est donc pas soumise à l'obligation d'enregistrement de l'article 1840 A du CGI (**N°Lexbase : L4663HMN**).

Il faut également préciser que les règles sur le démarchage à domicile sont applicables ; ainsi, lorsque le contrat est conclu au domicile du client, celui-ci dispose de sept jours pour se rétracter (C. consom., art. L. 121-25 **N°Lexbase : L6589ABN**).

L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (**N°Lexbase : L1988HPC**) qui permet à l'acquéreur d'un bien immobilier de se rétracter dans les sept jours de l'avant-contrat est également applicable au contrat préliminaire d'une vente en l'état futur d'achèvement. On peut rappeler à cet égard, que, depuis la publication du décret n° 2008-1371 du 19 décembre 2008 (**N°Lexbase : L3170ICE**), les professionnels (agents immobiliers, avocats et notaires) peuvent faire une remise de l'acte en main propre, avec date et signature.

S'agissant des effets du contrat préliminaire entre les parties, le réservant a l'obligation de réserver les locaux au profit du réservataire. Le manquement à cette obligation est sanctionné par le versement de dommages et intérêts. En effet, un contrat de réservation ne constitue pas une offre ferme de vente de la part du réservant au profit du réservataire. Autrement dit, le contrat préliminaire ne peut, en aucun cas, donner lieu à une vente forcée. Le réservataire peut seulement réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait du refus du réservant de réaliser la vente et de ne pouvoir ainsi acquérir le bien qui lui était réservé.

S'agissant du réservataire, il doit verser un dépôt de garantie de 5 % à la signature du contrat préliminaire, les fonds étant placés sur un compte spécial. Mais il peut se départir et récupérer ses fonds dans plusieurs hypothèses : si le programme ne se réalise pas (par exemple, si le constructeur ne peut justifier ni d'une garantie extrinsèque, ni d'une garantie intrinsèque, alors le contrat de VEFA ne peut être conclu) ; de même, si la construction n'est pas conforme aux prévisions du contrat ; ou encore, en cas de variation de prix de plus de 5 %.

En dernier lieu, il faut rappeler que, dans le cadre d'un immeuble à usage d'habitation, l'acquéreur dispose, soit d'une garantie intrinsèque, soit d'une garantie extrinsèque. La garantie intrinsèque suppose que le constructeur ait vendu son programme à hauteur de 70 %, ce qui laisse espérer que

la construction sera réalisée, dès lors que le promoteur dispose des fonds. La garantie extrinsèque est donnée par un établissement financier qui s'engage à assurer le financement de la construction de l'immeuble jusqu'à son achèvement.

Jean-François Péricaud a tenu à souligner que seule la garantie extrinsèque constitue une véritable garantie, puisqu'une banque ou un établissement s'engage à se substituer au promoteur s'il interrompt le chantier. La garantie intrinsèque ne constitue pas une garantie totale. C'est à ce niveau d'ailleurs, qu'il existe, selon lui, une grande différence entre la VEFA et le contrat de construction de maison individuelle, pour lequel la loi exige une garantie extrinsèque et ne permet pas de garantie intrinsèque.

## **2. Les avant-contrats de droit commun et la négociation immobilière**

Ainsi que l'a rappelé Jean-Marie Moysse, les professionnels habiles à négocier en matière immobilière sont les agents immobiliers, les notaires, les géomètres-experts et les avocats. Les agents immobiliers représentent entre 45 et 50 % du marché de l'habitation, ce qui est très peu (95 % aux Etats-Unis). En revanche, ils tiennent 95 à 100 % du marché de l'immobilier d'entreprise (locaux commerciaux, bureaux).

L'avocat tient donc assurément sa place sur le marché des immeubles d'habitation, d'autant plus que l'organisation de la profession en Ordre offre une sécurité au client en ce qui concerne le savoir-faire et la qualité de la prestation.

Dans le cadre de l'activité de négociation immobilière, l'avocat peut ainsi être amené à recevoir des mandats aussi bien pour la vente que pour l'achat de biens immobiliers. Il doit alors prendre des précautions concernant la rédaction de ces mandats.

Maître Moysse recommande, tout d'abord, de ne retenir que les mandats exclusifs, dans lesquels seront prévus la durée, le montant de la rémunération, l'interdiction pour le client de traiter la vente en dehors de l'intervention de l'avocat et l'étendue de sa mission, notamment pour la rédaction des avant-contrats.

Ensuite, il est très important de rappeler que, aussi bien s'agissant des notaires (Cass. civ. 1, 5 novembre 2009, n° 08-18.056, F-P+B **N°Lexbase : A8114EMH**), que s'agissant des agents immobiliers (Cass. civ. 1, 31 janvier 2008, n° 05-1 5.774, FS-P+B+R+I **N°Lexbase : A5980D4A**), la théorie du mandat apparent est exclue. Autrement dit, le notaire ou l'agent immobilier ne peuvent en aucun cas prendre d'engagement pour le compte de leur client, sauf à justifier d'un mandat spécial pour pouvoir consentir la vente et recueillir le prix. Or, il faut considérer que la jurisprudence rendue à l'égard des notaires et des agents immobiliers est parfaitement transposable aux avocats.

Ainsi, compte tenu de la réglementation applicable aux différents professionnels, soit par leur règlement intérieur (règlement intérieur de l'Ordre des avocats de Paris, art. 6.3 et 6.4, pour les avocats), par les dispositions législatives et réglementaires (loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, art. 6 **N°Lexbase : L7536AIX**, pour les agents immobiliers ; décret n° 78-262 du 8 mars 1978, art. 11 **N°Lexbase : L8649H3Q**, pour les notaires ; décret n°96-478 du 31 mai 1996 **N°Lexbase :**, pour les géomètres-experts), ou par 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. Pour pouvoir consentir la vente, le mandataire doit impérativement détenir une procuration écrite de son client, sans laquelle il ne peut l'engager pour la vente de son bien.

L'avocat doit donc être extrêmement prudent dans le cadre des échanges de correspondances, car si ceux-ci ne peuvent engager le client, ils peuvent être à l'origine de procès engageant la responsabilité du professionnel.

Dans le cadre de la négociation immobilière, l'avocat va être amené à établir un certain nombre d'avant-contrats.

### **La promesse d'achat**

La promesse d'achat constitue la matérialisation d'une offre qui ne peut pas être accompagnée du versement d'une somme d'argent. En effet, le versement d'une somme d'argent à l'appui d'une offre d'achat entraîne sa nullité, en vertu de l'article 1589-1 du Code civil (**N°Lexbase : L8427ASW**).

Aussi, l'avocat doit faire preuve d'une extrême prudence lorsqu'il est amené à traiter des offres d'achat pour le compte de son client. Il est, tout d'abord, impératif de limiter la durée de validité de l'offre, afin que l'acquéreur ne reste pas engagé trop longtemps sur un bien immobilier ; cela permet de faire pression sur le vendeur pour qu'il réponde.

Ensuite, il faut prévoir une clause exigeant la signature d'un avant-contrat dans un délai impératif (dans les huit jours, par exemple, de l'acceptation de l'offre par le vendeur) avec versement du dépôt de garantie, à peine de caducité. Il s'agit de ne pas courir le risque que la signature ou l'accord du vendeur puisse être interprété comme une acceptation définitive sur une offre d'achat qui ne comporte pas toutes les mentions nécessaires à la perfection de la vente (règlement de copropriété, travaux, charges, etc.).

### La promesse unilatérale de vente

La promesse unilatérale de vente se définit comme l'acte par lequel le promettant (le propriétaire) s'engage à vendre au profit de l'acquéreur (le bénéficiaire) qui se voit conférer la possibilité d'accepter la vente pendant le délai de validité de cette offre du vendeur. L'offre du vendeur est ainsi bloquée pendant toute la durée de validité de la promesse de vente ; sur cette offre peut se greffer l'acceptation du bénéficiaire.

La levée d'option s'entend de la réalisation de la vente par acte authentique dans les délais, avec versement préalable du prix et des frais par le bénéficiaire entre les mains du notaire. La levée d'option ne peut donc en aucun cas intervenir par lettre recommandée.

En contrepartie de l'immobilisation du bien, la promesse unilatérale de vente prévoit une indemnité d'immobilisation, qui est due au promettant par le bénéficiaire si celui-ci ne lève pas l'option et ne demande pas la réalisation de la vente, alors que toutes les conditions sont remplies. Elle s'impute sur le prix de vente en cas de réalisation. Classiquement, l'indemnité était de 10 %, mais la pratique tend aujourd'hui à ne demander que 5 % (et le bénéficiaire s'engage à verser 10 % en cas de non-réalisation).

L'enregistrement de la promesse unilatérale de vente est obligatoire en vertu de l'article 1840 A du CGI, sauf si elle est conclue par acte authentique, lequel lui confère date certaine ; la promesse unilatérale de vente conclue par acte d'avocat doit donc être enregistrée dans les dix jours ; à défaut, la promesse est nulle et l'avocat engage sa responsabilité civile professionnelle.

S'agissant de la possibilité de rétractation de la promesse unilatérale de vente par le promettant, Maître Moysse rappelle que la Cour de cassation a précisé que la rétractation du promettant est possible tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option, mais s'agissant d'une obligation de faire, elle est sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire (Cass. civ. 3, 15 décembre 1993, n°91-10.199 **N°Lexbase : A4251AGK**).

Toutefois, il ressort d'un arrêt en date du 27 mars 2008 (Cass. civ. 3, 27 mars 2008, n°07-11.721, FS-D **N°Lexbase : A6102D77**), que, à partir du moment où figure dans la promesse unilatérale de vente une clause prévoyant la renonciation du promettant au bénéfice de l'article 1142 du Code civil (**N°Lexbase : L1242ABM**), et la mention selon laquelle, en cas de rétractation du promettant, le bénéficiaire pourra poursuivre la réalisation judiciaire de la vente, alors le bénéficiaire est effectivement en droit de poursuivre la réalisation judiciaire de la vente.

Il est donc possible de prévoir une clause au titre de la renonciation du promettant. A défaut, le bénéficiaire ne dispose que d'une action en paiement de dommages-intérêts, si la rétractation intervient avant qu'il n'ait demandé la réalisation de la promesse.

### La promesse synallagmatique de vente

La promesse synallagmatique de vente constitue une vente parfaite avec accord des parties sur la chose et sur le prix ; elle prévoit une date de réitération de l'acte chez le notaire par acte authentique ; elle est conclue sous un certain nombre de conditions suspensives classiques (obtention du prêt, etc.).

En cas d'intervention d'un négociateur, la promesse synallagmatique de vente contient généralement une clause précisant que, lorsque les conditions suspensives se trouvent réalisées, la vente est parfaite et qu'en conséquence la commission est acquise au profit de l'agent immobilier, de l'avocat, ou du notaire, et sera payable au plus tard lors de la signature de l'acte authentique.

Face à tous ces avant-contrats, on peut donc se demander quel type d'avant-contrat doit être conseillé.

Il est généralement soutenu que la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter présente l'inconvénient majeur, en cas de défaillance de l'acquéreur, d'interdire la possibilité d'une vente à un tiers tant que le tribunal n'a pas constaté la résolution de la vente intervenue. Cet inconvénient n'est pas rencontré au niveau de la promesse unilatérale de vente dans la mesure où le bien n'est pas vendu, le vendeur promettant ayant simplement contracté l'engagement de vendre dans un délai déterminé si le bénéficiaire levait l'option en acceptant les prix et conditions stipulés. Si le bénéficiaire ne levait pas l'option, la promesse se trouverait expirée et le vendeur libéré de tout engagement. Il peut donc, dans cette éventualité, lors de l'arrivée du terme de la promesse, revendre immédiatement au profit d'un tiers.

Mais dans la réalité, que l'on soit en présence de l'un ou de l'autre type d'avant-contrat, le bénéficiaire ou l'acquéreur renoncera à acheter pour des raisons qui lui sont personnelles. Le litige trouvera une solution amiable ou judiciaire, laquelle portera à coup sûr sur la responsabilité de la non-réalisation de l'avant-contrat et l'attribution ou la restitution des sommes versées. A partir du moment où le cocontractant acquéreur aura déclaré qu'il renonce à acquérir, quel que soit le type d'avant-contrat souscrit, le vendeur pourra toujours revendre son bien à un tiers.

Le choix de l'établissement d'un avant-contrat sous la forme d'une promesse synallagmatique de vendre et d'acheter n'a donc véritablement de conséquence qu'à l'égard du droit à rémunération du négociateur.

En effet, la promesse synallagmatique de vente constitue une vente effectivement conclue autorisant le négociateur à percevoir le montant de sa commission. Il n'en est pas de même de la promesse unilatérale de vente qui ne permettra jamais la réclamation d'une commission.

Maître Jean-Marie Moyse a, enfin, évoqué un problème relatif aux commissions que peuvent toucher les avocats au titre de la négociation. En effet, l'avocat, dont l'activité n'est pas de rechercher ou de faire visiter des appartements, ne peut pas déléguer l'activité de négociation à un agent immobilier, dès lors qu'il lui est interdit de partager ses honoraires.

Par ailleurs, en règle générale, la rémunération est due par l'acquéreur, ce qui permet de faire l'économie des droits d'enregistrement qui seraient dus par le vendeur sur cette commission. Or, le double mandatement étant prohibé chez les avocats, il ne pourra recevoir un mandat du vendeur et de l'acquéreur pour permettre de mettre la commission à la charge de ce dernier.

Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo - édition privée

**N° Lexbase : N7905BSL**

LEXBASE HEBDO n° 455 du Jeudi 29 Septembre 2011 - Edition PR IVÉE

Copyright LEXBASE