

La pratique du mandat dans le cadre de la vente de biens appartenant au domaine privé des collectivités

Lors de la vente d'un bien appartenant au domaine privé, les personnes publiques peuvent recourir à un agent immobilier afin de lui confier la vente de ce bien aux termes d'un mandat. Le choix d'un tel agent entrant dans le champ d'application du Code des marchés publics, les règles de publicité et de mise en concurrence devront être respectées. Cependant, ce marché revêt certaines particularités.

Les personnes publiques possèdent un patrimoine immobilier privé important qui provient d'acquisition, de dons ou de legs, ou encore de successions non réclamées : terrains nus, immeubles, locaux commerciaux... Ces biens constituent une manne financière précieuse pour les personnes publiques, et leur exploitation peut contribuer à dynamiser les territoires par la création, notamment, de logements ou encore de commerces.

Dans un contexte de valorisation et de rationalisation de la gestion des biens du domaine privé d'une part, et de complexification du marché de l'immobilier d'autre part, les collectivités ont toutefois intérêt à recourir à un professionnel de la vente immobilière, dont les compétences peuvent s'avérer utiles pour parfaire une transaction dans les meilleures conditions, notamment financières pour la collectivité. En effet, vendre un bien n'est pas toujours aisé, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un bien atypique pour lequel le marché peut être restreint.

C'est pourquoi les personnes publiques peuvent alors avoir besoin de recourir au service d'un agent immobilier afin de lui confier la vente du bien aux termes d'un mandat. Cependant, le choix d'un agent immobilier obéit à des règles particulières, relevant notamment du Code des marchés publics.

La spécificité de l'agent immobilier et du mandat de vente

La profession d'agent immobilier est une profession réglementée qui permet notamment d'assurer la protection des collectivités qui souhaiteraient y avoir recours. Pour autant, celles-ci doivent également maîtriser la technique du mandat de vente, dont la compréhension permet d'assurer une réelle optimisation de la vente du bien.

L'agent immobilier : une profession réglementée

L'agent immobilier est un mandataire qui, moyennant une commission, apporte son concours aux opérations

Auteur

Claire-Marie Dubois-Spaenle

avocat directeur

Samuel Couvreur

avocat à la Cour, SCP Seban & Associés

Mots clés

Agent immobilier • Code des marchés publics • Mandat de vente
• Publicité et mise en concurrence

juridiques portant sur des biens immobiliers, des fonds de commerce, ou des parts de sociétés immobilières. Il met ainsi en relation des acheteurs et des vendeurs de biens immobiliers mais il peut également intervenir dans d'autres types d'opérations, tels que l'achat, la location d'immeubles ou de terrains nus.

Il s'agit d'une profession réglementée par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 régissant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce - dite loi Hoguet - et par son décret d'application n° 72-678 du 20 juillet 1972.

Il était en effet nécessaire d'encadrer une profession dont l'absence de statut s'était fait cruellement sentir dès le lendemain de la Seconde Guerre mondiale lors de la pénurie des logements, ce qui avait pu conduire à de nombreux abus. La loi Hoguet fait donc tout autant figure de statut de l'agent immobilier que d'un dispositif visant à protéger les intérêts de sa clientèle. En outre, le cadre contraignant défini par la loi est d'ordre public et s'impose à toute personne qui prête d'une manière habituelle son concours, même accessoire, à certaines opérations portant sur les biens d'autrui. L'agent immobilier est un commerçant qui doit à ce titre être immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés⁽¹⁾. L'accès à la profession est strictement réglementé. Les activités de négociation immobilière ne peuvent être exercées que par les personnes titulaires d'une carte professionnelle. Les collaborateurs salariés, en contact avec la clientèle, doivent quant à eux être titulaires d'une attestation d'emploi délivrée par l'agent immobilier les habilitant à négocier, entretenir ou s'engager pour le compte de ce dernier.

Par ailleurs, la loi Hoguet interdit aux personnes condamnées pour infraction d'exercer la profession d'agent immobilier. Ainsi, nul ne peut exercer les fonctions d'agent immobilier s'il a fait l'objet depuis moins de dix ans d'une condamnation pour crime ou d'une condamnation pour certains délits ayant donné lieu à une peine prononcée d'au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis⁽²⁾.

Les agents immobiliers doivent en outre souscrire une assurance de responsabilité civile professionnelle. Cette disposition permet aux clients d'être garantis des fautes non intentionnelles qui pourraient être commises par l'agent immobilier. En revanche, les fautes intentionnelles commises par l'agent immobilier ne sont pas couvertes par la garantie.

Enfin, pour faciliter le contrôle de son activité, l'agent immobilier doit détenir un registre dans lequel seront consignés tous les mandats conclus.

Le mandat de vente : une vigilance nécessaire

Il est impératif que les collectivités définissent précisément le mandat qu'elle souhaite confier à un agent immobilier, afin de respecter les obligations imposées par la loi

Hoguet, mais aussi afin d'assurer la vente de leurs biens dans les meilleures conditions.

Tout d'abord, les agents immobiliers doivent détenir un mandat écrit pour chacune des opérations auxquelles ils concourent, lequel doit être souscrit préalablement à toute négociation ou engagement⁽³⁾. Ainsi, dès l'instant où l'agent immobilier est entré en contact avec un candidat acquéreur, en lui exposant les caractéristiques du bien à vendre, il doit être titulaire d'un mandat du vendeur. La jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle régulièrement que « l'agent immobilier ne peut réclamer de rémunération à l'occasion d'une opération visée à l'article 1^{er} de la loi Hoguet que si, préalablement à toute négociation ou engagement, il détient un mandat écrit à cet effet par l'une des parties et précisant la condition de détermination de la rémunération ou commission ainsi que la partie qui en aura la charge »⁽⁴⁾. Les dispositions de la loi étant d'ordre public, la preuve de l'existence et de l'étendue du mandat délivré à un professionnel ne peut être rapportée que par écrit et en original⁽⁵⁾.

En outre, l'article 6 de la loi Hoguet, ainsi que l'article 72 du décret du 20 juillet 1972, imposent, à peine de nullité, que le mandat contienne des mentions précises. Le mandat doit obligatoirement spécifier son objet (vendre ou louer), désigner le bien ainsi que le prix et les conditions dans lesquelles l'agent immobilier est habilité à recevoir, verser ou remettre des sommes d'argent, biens, effets ou valeurs à l'occasion de l'opération, objet du mandat. Le mandat doit ainsi fixer les conditions de détermination de la commission et la partie qui en a la charge⁽⁶⁾. L'indication selon laquelle le prix de vente est stipulé « commission comprise » est insuffisante pour déterminer la partie qui en aura la charge⁽⁷⁾. Le mandat doit préciser, afin d'éviter tout contentieux ultérieur, si cette rémunération est à la charge exclusive de l'une des parties à l'opération ou si elle est partagée. Dans ce dernier cas, les conditions et les modalités de ce partage sont indiquées dans le mandat et reprises dans l'engagement des parties.

Au-delà de ces obligations, les collectivités devront être attentives au choix du mandat auquel elle souhaite recourir. En pratique, on distingue trois types de mandats de vente : le mandat simple, le mandat exclusif et le mandat semi-exclusif. Chacun d'eux emporte des conséquences très différentes pour la collectivité vendeuse. Ainsi, la conclusion d'un mandat simple n'interdit pas au propriétaire de vendre lui-même son bien ni même de procéder à la conclusion d'un autre mandat avec un autre agent immobilier. En revanche, la conclusion d'un mandat exclusif empêche le propriétaire de procéder lui-même à la vente. Seul l'agent immobilier titulaire du mandat est alors habilité à réaliser la cession. Enfin, le mandat semi-exclusif constitue une sorte de mandat intermédiaire

(1) Article L. 110-1 du Code de commerce.

(2) Article 9 de la loi Hoguet.

(3) Article 172 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972.

(4) Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.243.

(5) Cass. 3^e civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 10-28.637.

(6) Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 11-10.871.

(7) Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-12.270.

entre le mandat simple et le mandat exclusif puisque aux termes de celui-ci, seuls le propriétaire et l'agent immobilier bénéficiaire du mandat peuvent procéder à la vente du bien.

Le choix du mandat dépendra du bien lui-même

En effet s'agissant par exemple de la cession d'un centre de loisirs situé en dehors du territoire de la collectivité, il paraît opportun de s'adresser à un agent immobilier spécialisé dans ce type de vente, dans la mesure où il aura une bonne connaissance du marché et des personnes ou sociétés susceptibles d'acquérir un tel bien. Dans ce cadre, un mandat exclusif peut parfaitement s'entendre. En revanche, si la vente porte sur un immeuble situé en centre-ville, la collectivité peut avoir intérêt, pour augmenter ses chances de procéder à une cession rapide et au meilleur prix, de conclure un mandat simple avec plusieurs agences.

Quelle que soit la nature du mandat conclu, sa durée doit être, à peine de nullité, limitée dans le temps^[8]. Ainsi, un mandat consenti jusqu'à la fin du programme est nul car sa durée n'est pas déterminée^[9]. Il en est également ainsi lorsque le mandat est renouvelable par tacite reconduction, tous les trois mois par exemple, sans date limite ou sans limitation dans le nombre de renouvellements tacites^[10]. En outre, il convient de préciser qu'un mandat est révocable à tout moment^[11], même si celui-ci est stipulé irrévocable^[12]. Toutefois, dans le cadre d'un mandat exclusif, la dénonciation ne peut intervenir dans les trois premiers mois de la signature du mandat et la partie qui entend y mettre fin doit en aviser l'autre par lettre recommandée avec accusé de réception^[13]. Cependant, même si le mandat a pris fin, l'obligation de loyauté s'impose au mandant. Ainsi, des clauses expresses figurant au mandat simple ou exclusif interdisent le plus souvent au mandant (le propriétaire) de conclure après l'expiration du mandat avec une personne qui avait été présentée par l'agence. L'obligation est d'ailleurs souvent faite par le client de donner à l'agent immobilier le nom et les coordonnées de l'acquéreur.

S'il est nécessaire que la collectivité détermine le type de mandat auquel elle souhaite recourir, en fonction de la nature du bien qu'elle souhaite vendre, et qu'elle reste attentive à ce que les mentions relatives à la durée, au montant et à la répartition des honoraires de l'agent soient précisées, elle doit également se soumettre à des obligations particulières s'agissant précisément du choix de l'agent.

[8] Article 7 de la loi Hoguet.

[9] Cass, 1^{re} civ., 6 mars 2001, pourvoi n° 98-16.826.

[10] Cass, 1^{re} civ., 5 mai 1982, pourvoi n° 81-11.028.

[11] Article 78 du décret précité du 20 juillet 1972.

[12] Cass, 1^{re} civ, 5 février 2002, pourvoi n° 99-20.895.

[13] Article 78 du décret précité du 20 juillet 1972.

La procédure à suivre en cas de recours à un agent immobilier pour la vente d'un bien appartenant au domaine privé

Le choix d'un agent immobilier entre dans le champ d'application du Code des marchés publics et le contrat envisagé devra faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, revêtant toutefois certaines particularités liées à la nature des prestations en cause et aux caractéristiques de la profession d'agent immobilier.

La soumission du mandat de vente au Code des marchés publics

L'article 1^{er} du Code des marchés publics définit les marchés publics comme « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 [dont les collectivités territoriales et les établissements publics locaux] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Le recours aux services d'un agent immobilier chargé de procéder à la vente de biens du domaine privé d'une collectivité et de trouver le meilleur acquéreur, en contrepartie d'un prix, répond bien à cette définition. Le contrat ainsi passé constituera un marché public.

La question de l'éventuelle exclusion du champ d'application du code de ce type de prestations, sur le fondement des dispositions de l'article 3-3° du Code des marchés publics doit être immédiatement écartée. En effet, si les « marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens » sont exclus, le recours aux services d'un tiers agissant par mandat en vue de permettre la réalisation de cette vente n'est ici pas concerné. On relèvera d'ailleurs à cet égard, que tout mandat donné par une personne publique relève du champ d'application du Code des marchés publics^[14].

C'est ainsi que le juge administratif a considéré que le contrat par lequel « une personne physique ou morale prête son concours à la vente d'un bien immobilier appartenant à autrui, notamment en négociant, s'entremettant ou s'engageant pour le compte du propriétaire est un contrat de mandat [qui] doit être regardé comme un marché passé en application du code des marchés publics »^[15]. Et s'agissant précisément d'un contrat de mandat de vente d'un bien relevant du domaine privé communal, le Tribunal des conflits a récemment, et très clairement, confirmé cette analyse : « s'il résulte du 3° de l'article 3 de ce code qu'il n'est pas applicable aux contrats qui ont pour objet

[14] CE 5 mars 2003, UNSPIC, req. n° 233372.

[15] TA Lyon 23 avril 2009, Sté Immatob/Commune Artemare, req. n° 0703959.

l'acquisition d'un bien immeuble, le contrat de mandat en cause n'a pas lui-même un tel objet, mais a été conclu en vue de la fourniture à la commune d'une prestation de service à titre onéreux, au sens de l'article 1^{er} de ce code relatif à son champ d'application »^[16].

Il convient enfin de préciser que la qualification de marché public d'un contrat de mandat de vente immobilière devra être maintenue, même s'il est prévu que le coût financier de l'intervention de l'agent immobilier soit supporté par les acquéreurs potentiels et non par la collectivité. La doctrine administrative assimile en effet le procédé à une contrepartie onéreuse, sur le fondement d'un abandon de recettes via la perception, par le cocontractant, de sommes pour la rémunération de la prestation effectuée^[17]. Il nous semble néanmoins que cette solution ne se justifie que si le prix de la prestation d'intermédiation immobilière vient en déduction du prix de la vente, mais qu'elle pourrait être plus volontiers discutée dès lors que le prix de la prestation devait s'ajouter au prix de vente, aucun abandon de recettes ne pouvant alors être caractérisé selon nous.

Les spécificités d'un tel marché public

En premier lieu, un tel marché d'intermédiation immobilière nous semble pouvoir être soumis, eu égard à la nature des services en cause qui ne relèvent pas des services mentionnés à l'article 29 du Code des marchés publics, à une procédure de passation adaptée dont les modalités sont, selon l'article 28 du même code, « librement définies par le pouvoir adjudicateur ». C'est également, en substance, la position rappelée par le tribunal administratif de Lyon s'agissant du contrat de mandat passé avec une agence immobilière pour la vente de terrains communaux, lequel « [porte] sur une prestation de services relevant de l'article 30 du code des marchés publics »^[18]. Cependant, la doctrine administrative considère au contraire que ce type de prestations relève des services de l'annexe II-A de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, et donc des services mentionnés à l'article 29 du Code des marchés publics^[19]. Plus particulièrement, est invoqué le code CPV n° 7030000-4 correspondant à la catégorie « services d'agence immobilière prestés pour le compte de tiers », qui entre effectivement dans la catégorie des services listés à l'annexe II-A de la directive et compris dans les « services de gestion de propriétés » mentionnés à l'article 29 du code. Un débat pourrait donc s'ouvrir devant un juge saisi de cette question. Mais il pourrait être aussi considéré que le service d'intermédiation immobilière pourrait être également inclus dans les catégories « services immobiliers », « services de promotion immobilière » ou encore « services de vente ou d'achat d'immeubles », qui ne font pas partie des services de l'annexe II-A et peuvent être ainsi passés selon des modalités adaptées. À notre connaissance d'ailleurs, le

jugement précité du tribunal administratif de Lyon n'a pas été remis en cause.

En second lieu, il est important de garder à l'esprit qu'un tel marché devra nécessairement intégrer les spécificités de la profession réglementée d'agent immobilier rappelées brièvement ci-dessus. L'ensemble des règles déontologiques et des règles particulières relatives aux conditions d'exercice de la profession d'agent immobilier devra être nécessairement pris en compte par les collectivités lors de la rédaction des documents du marché et de l'organisation de la mise en concurrence. En effet, l'article 30-II-4° du Code des marchés publics prévoit que « le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ». Ainsi, la collectivité devra concilier les règles de la commande publique et celles relatives à l'exercice de la profession d'agent immobilier. Le pouvoir adjudicateur devra donc notamment s'assurer que les candidats disposent d'une carte professionnelle d'agent immobilier lors du dépôt des offres, d'un mandat écrit et en original comportant son objet ou l'opération déterminée sur laquelle il porte, sa durée, les conditions dans lesquelles ces personnes sont autorisées à recevoir, verser ou remettre des sommes d'argent, biens, effets ou valeurs à l'occasion de l'opération dont il s'agit, les conditions de détermination de la rémunération, ainsi que l'indication de la partie qui en aura la charge, et encore les modalités de la reddition de compte. Les documents de la consultation devront donc intégrer ces exigences, ce qui participera d'ailleurs à une meilleure définition du besoin de la collectivité.

Enfin si, comme nous l'avons indiqué, les mandats exclusifs conclus peuvent être dénoncés à tout moment par chacune des parties et sans motif particulier, passé un délai de trois mois suivant leur signature, cette faculté ne pourra toutefois pas faire obstacle, selon nous, à la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale toujours reconnu aux personnes publiques et applicable à tous les contrats administratifs et particulièrement aux marchés publics. Il devrait alors toutefois être inséré dans le marché pour ce type de mandat une clause d'indemnisation au profit de la collectivité en cas de résiliation par le titulaire agent immobilier afin de préserver les intérêts du pouvoir adjudicateur dans cette hypothèse. Il pourrait également être envisagé d'insérer une clause faisant obstacle à la faculté pour l'agent de demander la résiliation du mandat sans motif, mais il n'est pas certain que cette clause soit appliquée par le juge en cas de contentieux sur ce point^[20].

En définitive, le recours à l'agent immobilier peut donc s'avérer utile et pertinent pour les collectivités afin d'optimiser la vente d'un de leur bien, mais ne les exonère pas pour autant de respecter les procédures de mise en concurrence et de l'obligation de saisir le service des domaines pour la fixation du prix de vente.

[16] TC 14 mai 2012, Cne d'Egry, n° C3860.

[17] Rép. Min. QE AN n° 35337 du 17 septembre 2013, JO p. 9737.

[18] TA Lyon 23 avril 2009, précitée.

[19] Rép. Min. QE AN n° 35337 précitée.

[20] Cf. Cass. 1^{re} civ., 5 février 2002, pourvoi n° 99-20.895, précité.