



MANDATAIRE EN TRANSACTION IMMOBILIÈRE VOS QUESTIONS LES PLUS COURANTES

Qu'est ce qu'un avocat en transaction immobilière ?

L'avocat, professionnel du droit, est le mandataire naturel qui accompagne ses clients dans tous les actes de la vie civile. Il est, à ce titre et par sa connaissance du droit, tout désigné pour être chargé par un client de mener, dans toutes ses phases, une opération ayant pour objet l'achat d'un bien immobilier ou mobilier, sa vente ou sa mise ou prise en location.

D'une manière générale, il peut intervenir pour le compte d'un client dans toutes les étapes d'un processus contractuel : la mission de l'avocat ne se limite pas à prodiguer des conseils et à rédiger des actes, elle peut également comprendre la recherche du cocontractant et la négociation du contrat avec celui-ci.

Cette activité de mandataire en transactions rentre dans les prévisions de l'article 6.3 du RIN qui décline les champs d'activités de l'avocat et aux termes duquel l'avocat « peut recevoir de ses clients un mandat »... « il peut recevoir mandat de négocier. » (al. 3)

La spécificité de la profession d'avocat impose toutefois que cette activité respecte un certain nombre de principes : « Le mandat écrit doit déterminer la nature, l'étendue, la durée de la mission de l'avocat, les conditions et modes d'exécution de la fin de celle-ci, ainsi que les modalités de sa rémunération. » (al. 8)

Quelle est la plus-value de l'avocat dans l'entremise ?

L'avocat se différencie des autres prestataires de services par la spécificité de son mandat qui est révocable ad nutum (c'est à dire sans motifs), sa déontologie et par le fait que l'honoraire convenu peut toujours être contesté dans les conditions posées par les dispositions des articles 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et des articles 174 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991. (En ce sens : Cass. 2ème civ., 22 mai 2014, pourvoi n° 13-20035).

La mission de l'avocat mandataire en transactions se distingue de celle du courtier qui se limite à la seule mise en relation des parties contractantes et qui est par nature commerciale.

En conséquence, toute clause du mandat en transaction qui pourrait conduire à la requalification du contrat en opération de courtage doit être prohibée tant parce que le courtage constitue une opération commerciale que parce que la mission de l'avocat ne peut se limiter à la seule opération de rapprochement des deux parties contractantes.

Cette position correspond à la jurisprudence qui, pour lui reconnaître son caractère civil, exige bien que l'acte d'intermédiation qui peut incontestablement faire partie de la mission, soit accessoire à la prestation juridique de rédaction d'acte (CE 187054 188312 du 23 févr. 2000) ou de conseil (Cass. 1ère civ., 13 nov. 2002, pourvoi n° 00-13668). C'est aussi dans ce sens que s'était déjà prononcé le rapporteur de la loi du 31 décembre 1990 portant réforme des professions juridiques et judiciaires, approuvé sur ce point par le Garde des Sceaux (JOAN du 1^{er} décembre 1990 discussion de l'art. 1).

Pareillement, le mandat en transaction doit être distingué du contrat de commission qui pour constituer un acte de commerce est interdit à l'avocat.

Sur le plan déontologique, l'avocat mandataire en transactions agit bien en tant qu'avocat et non pas au titre d'une activité qui, pour ne pas faire partie de son métier, serait néanmoins compatible avec ce dernier.

Il doit donc, comme dans tous les autres actes de sa vie professionnelle, respecter les principes essentiels de la profession, tels qu'ils sont rappelés à l'article 1er du RIN. C'est à ce titre qu'il lui appartient, notamment, de veiller à son indépendance et de respecter les règles du conflit d'intérêts.

Il ne peut en conséquence percevoir une rémunération d'une autre personne que de son mandant (Art. 11.3 du RIN ; avis déontologique du CNB approuvé par l'Assemblée Générale des 5 et 6 février 2010).

respect des principes essentiels (*art. 1 du RIN*), dont l'exigence d'indépendance ;
respect absolu du secret professionnel tant pour l'activité de conseil que de consultation (*art.2 du RIN*) ;

respect des règles du conflit d'intérêts (*art. 4 du RIN*), notamment s'il est amené à accepter, une position de rédacteur unique ;

respect des règles relatives à la rédaction d'actes (*art. 7 du RIN*), dont notamment :
– vérification de la validité et de la pleine efficacité de la convention,
– refus de participer à la rédaction d'un acte manifestement illicite ou frauduleux.
L'avocat apporte à son client, outre sa qualification de professionnel du droit, les garanties données au titre de sa responsabilité professionnelle pour laquelle il est assuré.

L'obligation de l'avocat est toujours l'évaluation de la situation juridique et fiscale du mandant : capacité juridique pour vendre ou acheter, vérification des pouvoirs et des garanties à fournir ou obtenir, incidences juridiques ou fiscales, restructuration préalable à l'opération ou mise en place d'une structure d'accueil pour acquérir, étude objective de toutes les caractéristiques juridiques et fiscales du bien ou du droit qui est au centre de l'opération, etc.

Lorsqu'un contractant potentiel est approché, l'avocat mandataire qui négocie pour le compte exclusif de son mandant n'en est pas moins tenu d'un certain nombre d'obligations à l'égard de l'éventuel contractant : loyauté et véracité des informations transmises, information de la partie contractante sur les caractéristiques juridiques de l'opération, l'avocat ne pouvant en aucun cas se rendre complice d'un quelconque dol de la part de son mandant, nécessité de s'assurer de la réalité et donc de l'efficacité du consentement ainsi sollicité, etc.

L'intervention d'un avocat dans une intermédiation ne peut se concevoir sans que ce dernier se dispense de l'application des règles déontologiques qui sont les siennes. Assez fréquemment, l'avocat pourra aussi être amené à gérer des situations délicates entre contractants éventuels : gestion de la confidentialité des informations relatives à ces derniers et de la loyauté de leur « mise en concurrence » ... Certes, c'est du point de vue et en considération des seuls intérêts de son mandant qu'il sera amené à se déterminer ; mais il ne peut pas pour autant se dispenser du respect de ses obligations déontologiques à l'égard des éventuels contractants en termes de

confidentialité et de respect du secret professionnel, sans préjudice des sanctions civiles susceptibles d'être encourues sur le plan de la responsabilité délictuelle en cas de faute dans la conduite des pourparlers.

Il faut de ce qui précède conclure que l'avocat dans l'exercice de cette activité a un mode opératoire qui lui est propre et qui est différent de celui d'autres professionnels, agents immobiliers ou notaires, lesquels ont leur tradition et leur déontologie qui ne sont pas identiques à celles de l'avocat : l'indépendance de l'avocat et toutes les exigences relatives à son obligation de gérer les éventuels conflits d'intérêts ne sont pas de même nature ni de même intensité que pour les agents immobiliers ou les notaires.

Certes, le respect par l'avocat de ses principes déontologiques représente une contrainte supplémentaire par rapport aux autres professionnels ; elle s'explique aisément par un meilleur service rendu au client.

Dans l'exercice de l'activité de mandataire en transactions, il ne s'agit donc pas d'imiter ou de faire un métier autre que le nôtre, mais d'assister en notre qualité d'avocat nos clients lorsqu'ils envisagent une opération d'acquisition de vente ou de location avec un partenaire à chercher.

L'avocat intervient pour quelle entremise ?

L'activité de mandataire en transactions est ouverte à tous les types de transactions, notamment :

- achat, vente, baux, recrutement, financement
- plus généralement, tous types de contrats quel qu'en soit le domaine.

Elle peut concerner tous types de biens, immeubles, meubles corporels ou incorporels, mais également des biens immatériels, prestations, etc..

Il importe peu que la transaction, objet du mandat, présente en elle-même un caractère commercial pour les parties elles-mêmes, le mandat de l'avocat, pour autant qu'il respecte les principes rappelés, étant par essence civil.

Est-ce que c'est une activité que l'avocat peut accomplir à titre principal ?

Cette activité d'entremise doit rester accessoire.

Il n'est pas possible de définir un critère d'appréciation de la règle de l'accessoire, la définition de celui-ci risquant de déboucher sur des interprétations contradictoires ou restrictives.

Il apparaît préférable, d'une part, de s'en tenir à l'analyse du Conseil d'Etat dans son arrêt du 23 février 20001 susvisé rattachant le critère de l'accessoire à la prestation elle-même en ce sens que la participation de l'avocat à l'intermédiation échappe à la commercialité comme pratiquée « à l'occasion ou en vue de la réception d'un acte » et, d'autre part, de prendre en compte la plénitude du rôle de l'avocat en charge d'une telle mission.

Le « mandat en transactions » fait nécessairement partie d'une mission principale plus large préalable ou au moins concomitante.

Tel est le cas par exemple de l'avocat chargé :

- du règlement d'une situation (divorce, succession, etc...). L'avocat se voit confier le mandat de trouver un acquéreur pour un bien appartenant à l'actif à partager ou à transmettre ;

- de la transmission d'une entreprise. Cette opération suppose le plus souvent une restructuration ou en tout cas un audit juridique préalable afin que l'entreprise en cause puisse être cédée ou apportée dans les meilleures conditions possibles ;
- de la mission spécifique de préparer et d'accompagner la cession, la location ou l'acquisition d'un bien, à condition que sa mission ne se limite pas à la seule recherche du cocontractant.

Dans cette hypothèse aussi, l'intermédiation doit rester accessoire à la mission juridique.

En conséquence, le mandat en transactions doit comprendre l'accompagnement juridique, fiscal et social de l'opération envisagée incluant les conseils sur les modalités et les conséquences de celle-ci et/ou la rédaction des contrats nécessaires à sa réalisation (avant-contrats, lettres d'intention, promesses, compromis, actes divers..).

En matière immobilière, la mission de l'avocat comprend notamment la détermination exacte des caractéristiques juridiques de l'immeuble vendu en termes d'urbanisme, d'environnement, du droit de construire, des conditions de la vente lorsque le bien dépend d'une indivision successorale ou conventionnelle, de qualification au regard du régime matrimonial du vendeur, du régime fiscal de la vente, des droits de mutation et des conséquences en matière de plus-values, d'opérations subséquentes d'ores et déjà prévues, apport à une société de gestion ou acquisition directe par celle-ci, etc.... L'étude des conditions juridiques et fiscales de l'opération n'est pas moins importante que la rédaction de l'acte qui les met en œuvre.

Ainsi, l'activité de mandataire en transactions ne peut devenir l'activité économiquement principale de l'avocat. Elle doit toujours s'inscrire dans un environnement juridique. CE, n° 187054 188312, 23 févr. 2000.

Quelles sont les caractéristiques du mandat ?

1. Un écrit

L'obligation de la rédaction d'un mandat écrit résulte notamment des dispositions des articles 6.3 et 6.4 du RIN. Le mandat signé par le mandant doit être accepté par l'avocat (*art. 1984 du Code civil*). Il implique l'obligation pour l'avocat de rendre compte de sa gestion (*art. 1993 du Code civil*). Il doit être établi en autant d'exemplaires que de parties (*art. 1325 du Code civil*).

2. Le contenu

Le mandat doit impérativement :

- contenir l'identification précise du client,
- définir précisément la mission,
- rappeler la mission juridique principale, dont l'opération envisagée est l'accessoire,
- identifier clairement le bien ou l'objet de la transaction,
- préciser les conditions de l'opération envisagée (dont notamment le prix d'acquisition ou de cession du bien, la marge de négociation, les modalités d'intervention de tiers et la prise en charge de celles-ci),
- d'une manière générale préciser le mandat d'initier avec tout contractant éventuel, les pourparlers propres à réaliser l'opération, tant dans son principe (contacter et négocier au nom du mandant), ses modalités pratiques d'exécution (cercle des destinataires de l'offre contractuelle et publicité éventuelle à mettre en œuvre), que ses limites (pouvoir ou non de conclure l'accord définitif),

- définir les modalités de maniement des fonds et l'obligation de reddition des comptes,
- prévoir le montant et le mode de rémunération de l'avocat, prévoir sa durée, les modalités de rupture et leurs conséquences.

Est-ce que l'avocat est assuré pour cette activité ?

L'activité de mandataire en transactions entre dans le champ d'activités autorisé de l'avocat.

Elle est en conséquence couverte par l'assurance responsabilité professionnelle souscrite notamment au travers des barreaux ; l'avocat devra cependant vérifier auprès de son ordre que cette position a bien été validée par la police d'assurance souscrite par ce dernier.

Il devra d'autre part veiller à souscrire une couverture d'assurance suffisante au regard de l'importance des opérations dont il sera chargé, notamment en souscrivant à des lignes de couvertures complémentaires si nécessaire.