

## **Exercice du droit de préemption et honoraires de négociation stipulés dans une promesse unilatérale de vente**

Le contentieux de la préemption comprend des litiges qui bien que périphériques à l'exercice même du droit de préemption n'en intéressent pas moins cette procédure. C'est ce contentieux à " tiroirs " que donne à voir l'arrêt ci-dessus publié, dans lequel était en cause une question récurrente, celle du refus de la collectivité de payer les honoraires dus au négociateur de l'avant-contrat ayant donné lieu à préemption. Dès lors que la prise en charge de ces émoluments a inmanquablement pour effet de renchérir le coût d'acquisition de l'immeuble – parfois de manière non négligeable – la collectivité est parfois tentée de contester, comme le montre d'une manière éclairante l'affaire rapportée, le droit de l'agent immobilier au paiement d'une commission, voire même d'accomplir différentes manœuvres en vue de se soustraire au règlement de ladite commission. Ainsi, dans une affaire jugée par le Conseil d'État en 2016, une commune, après avoir utilisé le droit de préemption dans le seul but de faire échec à la cession, avait exercé des pressions abusives sur le propriétaire, destinées à faire en sorte que celui-ci vende son bien à une société liée juridiquement à l'autorité locale sans recourir aux services de l'intermédiaire, faute de quoi le droit de préemption serait exercé sur toute seconde vente. Sans surprise aucune, il a été jugé que ces manœuvres déloyales visant à contourner le paiement d'honoraires s'élevant à 121 992 euros avaient pour effet d'entacher la décision de préemption de détournement de procédure, cette illégalité fautive étant en outre de nature à engager la responsabilité de la commune vis-à-vis de l'agent d'affaires dès lors qu'elle était la cause directe de l'échec de la première cession et de l'impossibilité dans laquelle l'agence immobilière s'était trouvée de percevoir la commission stipulée par le contrat d'intermédiaire<sup>1</sup>.

Les faits à l'origine de l'arrêt rapporté sont simples. Les consorts L. avaient consenti le 16 juillet 2009 – c'est-à-dire il y a déjà près de douze ans – une promesse unilatérale de vente d'un terrain aux prix de 425 000 euros, majoré de la commission d'agence de 51 000 euros due à la Sté Solgest par le bénéficiaire de la promesse. La déclaration d'intention d'aliéner ayant été notifiée à la commune d'Escalquens, celle-ci avait décidé le 21 septembre 2009 de préempter le bien au prix de 280 000 euros afin de se constituer une réserve foncière en vue de la réalisation d'un programme de logements sociaux. À défaut d'accord, le prix avait été fixé à la somme de 425 000 euros par décision du juge de l'expropriation en date du 13 juillet 2010. Les parties ayant accepté le prix fixé par la juridiction, l'acte authentique de vente avait été signé le 14 mars 2011. La commune avait alors fait assigner la société mandatée par le propriétaire pour vendre le bien devant le Tribunal de grande instance de Toulouse afin de voir dire et juger que les dispositions relatives à la commission d'agence – lesquelles avaient été rappelées dans l'acte authentique de vente – étaient nulles et de nul effet à son égard.

---

<sup>1</sup> CE, 10 févr. 2016, n° 382293, Cne d'Aubervilliers : JurisData n° 2016-002146 ; DAUH 2017, n° 21, p. 347, chron. J.-F. Struillou. – Pour un autre exemple, V. CA Saint-Denis-de-la-Réunion, 13 septembre 2013, SARL Icoi c. SA Sté d'équipement du Département, n° 12/00929 ; JurisData n° 2013-028053.

## A. La compétence juridictionnelle

Bien que la question de la juridiction compétente pour connaître de ce litige n'était pas soulevée, il convient à titre liminaire de préciser que la compétence est reconnue ici comme devant être judiciaire. La juridiction administrative est incompétente pour statuer en la matière dès lors que le litige ne porte pas sur la légalité de la décision administrative de préemption mais sur l'exécution d'une obligation de droit privé à laquelle le titulaire du droit de préemption serait tenu<sup>2</sup>. Force est néanmoins de reconnaître que la répartition des compétences au sein même de l'ordre judiciaire pour statuer sur ce contentieux n'est pas exempte de certaines subtilités byzantines qui sont de nature à désorienter les justiciables et, parfois même, les juges. L'hétérogénéité des règles applicables à la mise en œuvre du droit de préemption, relevant tout à la fois du droit public et du droit privé, génère, ici aussi, une procédure complexe qui peut nécessiter, au sein même de l'ordre judiciaire, l'intervention du magistrat spécialisé qu'est le juge de l'expropriation mais aussi celle du juge civil de droit commun.

C'est le juge de l'expropriation qui est compétent pour déterminer, en fonction des stipulations figurant dans l'engagement des parties à la vente initiale et dans la déclaration d'intention d'aliéner, si la collectivité qui exerce son droit de préemption est tenue, en ce qu'elle est substituée à l'acquéreur, de prendre en charge la rémunération de l'intermédiaire<sup>3</sup>. Le juge de l'expropriation, juridiction d'exception aux compétences étroitement circonscrites à la fixation du prix de l'immeuble, est en revanche incompétent pour réduire ou supprimer les honoraires de négociation en considération des fautes que l'intermédiaire aurait commises dans l'exécution de sa mission, ou encore pour réduire le montant de ces honoraires en proportion du montant du prix de l'immeuble fixé par la juridiction<sup>4</sup>. En effet, si la loi autorise le titulaire du droit de préemption à contester le prix, en revanche, il n'est pas habilité à remettre en cause devant le juge de l'expropriation les conditions financières de la vente et, en particulier, la commission de l'agent immobilier.

C'est au Tribunal judiciaire qu'il appartient de se prononcer tant sur le principe même de la rémunération de l'agent d'affaires que sur son montant et sur son imputation au vendeur ou à l'acquéreur<sup>5</sup>. Il s'agit là de statuer sur des litiges relatifs à l'exécution même du contrat de vente d'un bien acquis par voie de préemption, ledit contrat constituant, on le sait, un contrat de droit privé, dans la mesure où il ne peut avoir que la même nature que le contrat initialement prévu entre les deux parties privées, dont l'une – l'acquéreur évincé – a été remplacée par l'effet de l'exercice du droit de préemption par une personne publique<sup>6</sup>. Il en résulte que l'action tendant à

---

<sup>2</sup> TA Rennes, 25 novembre 1981, Sté. Ogim : Rec. p. 548.

<sup>3</sup> Cass. 3e civ., 14 déc. 2017, n° 16-20.150, Établissement public foncier local Pays Basque : Bull. civ. 2017, III, n° 138, p. 152 ; JurisData n° 2017-025903 ; AJDA 2018, p. 664 ; Constr.-Urb. 2018, n° 32, note P. Cornille ; BJDJ 6/2019, p. 427, chron. E. Carpentier ; DAUH 2018, n° 22, p. 322, chron. J.-F. Struillou.

<sup>4</sup> CA Dijon, 27 avril 2015, Sarl République Immobilier c. Cne de Saint-Dizier, n° 15/01 ; JurisData n° 2015-029320.

<sup>5</sup> Cass. 3e civ., 14 déc. 2017, n° 16-20.150, précité.

<sup>6</sup> T. confl., 9 déc. 1996, n° 2994, Mme Duhamel c/ Ville de Douai : Bull. civ. 1996, T. confl., n° 21, p. 25 ; AJDI 1997, 1097 ; RJEP/CJEG 1997, 147, note O. Renard Payen ; RJDA 3/1997, n° 400

demander l'exécution d'une obligation de droit privé tenant à la rémunération de l'agent immobilier, laquelle apparaît comme l'une des conditions de la vente, relève non pas du juge administratif ou du juge de l'expropriation, mais du Tribunal judiciaire, juge de droit commun des conventions. La solution ainsi retenue n'est pas dénuée d'intérêt pour l'Administration. Les litiges relatifs au montant des honoraires de négociation étant indépendants de la procédure de préemption proprement dite, ils ne font pas obstacle à ce que ce processus se déroule dans les conditions fixées par la loi<sup>7</sup>.

## B. Le droit à commission de l'agent d'affaires

Avant d'examiner le contenu et la portée de l'arrêt, il est nécessaire de rappeler qu'aux termes d'une jurisprudence classique de la Cour de Cassation, qui a d'abord concerné l'ancien droit de préemption dans les zones d'intervention foncière<sup>8</sup> avant d'être étendue au droit de préemption urbain et au droit de préemption dans les ZAD, le titulaire du droit de préemption doit en principe, lorsqu'il exerce son droit, supporter les mêmes frais que l'acheteur s'était obligé à payer, y compris les émoluments réclamés par celui qui a négocié la vente, et cela parce que la commune en usant de cette prérogative se substitue à l'acquéreur pressenti. Étant mis au lieu et place de l'acheteur primitif, la collectivité est ainsi tenue d'exécuter l'ensemble des conditions du contrat initial qui ont été portées à sa connaissance, peu important à cet égard que le prix d'acquisition du bien soit inférieur à celui qui avait été initialement convenu entre vendeur et acquéreur<sup>9</sup>, ou que ledit prix ait été fixé par le juge de l'expropriation<sup>10</sup>. Cette jurisprudence traditionnelle bat ainsi en brèche une doctrine administrative ancienne qui refusait jusqu'alors d'admettre qu'une commission d'agence puisse être versée par la collectivité aux motifs que l'exercice du droit de préemption ne pouvait s'analyser comme une simple substitution à un acquéreur, le titulaire de ce droit étant seulement « un acquéreur prioritaire, en mesure de discuter le prix s'il n'est pas représentatif de la valeur du bien »<sup>11</sup>.

La Cour de cassation a néanmoins précisé par la suite – et la décision rapportée se fait l'écho de cette jurisprudence – que lorsqu'il exerce son droit, le titulaire du droit de préemption, au profit duquel la vente a été effectivement conclue, n'est tenu de prendre en charge la rémunération de l'intermédiaire incombant à l'acquéreur

---

; BJDU 1997, 197, concl. R. Abraham, spéc. p. 200. – CE, 21 avr. 2000, n° 180325, Sté foncier immobilier lyonnais : Rec. CE 2000 ; BJDU 2000. 183, concl. F. Lamy.

<sup>7</sup> Rép. min. n° 23971 : JOAN Q, 9 septembre 1991, p. 3605.

<sup>8</sup> Cass. 3e civ., 19 juill. 1982, OPHLM de Soissons c/ M. Dulong : Bull. civ. 1982, III, n° 180, p. 133 ; JCP N 1983, II, p. 65 obs. R. Page et G. Le Gall.

<sup>9</sup> Cass. 3e civ., 24 janv. 2006, Sté Atlant'Immo : JurisData n° 2006-031829 ; RD imm. 2006, p. 321, obs. P. Soler-Couteaux ; AJDA 2006, p. 679 ; AJDI 2006, p. 484, obs. M. Thioye. – CA Versailles, 1er oct. 2015, n° 13/05533, SARL Consultimmo c/ Cne de Saint-Gratien : JurisData n° 2015-022682.

<sup>10</sup> CA Paris, 15 juin 2018, n° 16/21238, Sarl Darmon immobilier c/ Cne de Pantin : JurisData n° 2018/011859.

<sup>11</sup> Rép. min. n° 22955 : JO, 15 juin 1977, Déb. sénat, p. 1329 ; JCP 1977, prat., 6625-3. – Rép. min., 23 sept. 1978 ; JCP N 1978, 6967. – V. aussi sur ce débat, R. Page et G. Le Gall note sous Cass. 3e civ., 19 juill. 1982, OPHLM de Soissons c/ M. Dulong : JCP N 1983, II, p. 65 obs. R. Page et G. Le Gall. – C. Saint-Alary-Hoin, le droit de préemption, LGDJ, 1979, n° 179, p. 159.

pressenti, auquel il s'est substitué, que si le montant de la commission et la partie qui en a la charge sont mentionnés dans l'engagement des parties et dans la déclaration d'intention d'aliéner<sup>12</sup>. Le droit de l'agent immobilier à commission est ainsi conditionné au respect de certaines formalités légales, lesquelles apparaissent comme conditions préalables nécessaires au paiement des honoraires de négociation par la collectivité.

Il s'agit là d'abord de faire en sorte que le titulaire soit dûment informé des conditions de l'aliénation projetée, sachant que celui-ci ne peut s'engager au-delà des conditions financières qui lui sont notifiées. Aussi lorsque la DIA ne contient aucune indication sur la rémunération de l'agent d'affaires, la commune ne saurait en être jugée débitrice, et ce même dans le cas de figure où la clause relative à cette rémunération aurait été portée à sa connaissance par lettre recommandée avec accusé de réception, antérieurement à l'exercice même du droit de préemption<sup>13</sup>. Ensuite, en exigeant que le montant de la commission et la partie qui en est tenue soient mentionnés dans l'engagement des parties, la Cour de cassation entend faire obstacle à ce que la collectivité ne soit condamnée à régler des honoraires fictifs. La doctrine administrative reconnaît ainsi que rien n'interdit ici au titulaire de s'assurer de la réalité de la prestation fournie par l'intermédiaire en contrepartie de la rémunération demandée « et, à cette seule fin, de demander communication du mandat et de l'engagement des parties »<sup>14</sup>. Enfin, ces formalités obligatoires sont aussi de nature à faciliter la preuve du droit à commission.

Dans l'affaire rapportée, la question portait justement sur le point de savoir si le droit à commission de l'agent immobilier avait été conventionnellement mentionné dans l'engagement entre le vendeur et l'acquérir pressenti. Selon la commune il n'en était rien dans la mesure où la promesse unilatérale qui avait été conclue entre les parties ne valait pas engagement d'acquérir le bien – et donc de verser les honoraires de négociation – l'acquéreur n'ayant pas levé l'option à la date de la préemption en déclarant se porter acquéreur aux conditions convenues. En d'autres termes, la vente conclue à l'issue de la préemption ne se serait pas formée par substitution d'acquéreur mais à la suite d'un nouvel accord entre la commune et le propriétaire, lequel serait exclusif de tout lien de droit avec l'acte pour lequel l'agent immobilier avait prêté son entremise et, par conséquent, la commune ne saurait être jugée débitrice du montant de la commission litigieuse. La Cour d'appel de Toulouse avait fait droit à cette argumentation<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, Cne de Chamonix Mont-Blanc c/ SARL Gogest Devouassoux immobilier : n° 06-17.337 ; Bull. civ. 2007, III, n° 158 ; Constr.-Urb. 2007, n° 214, note N. Rousseau ; RJDA 1/2008, n° 21 ; BJD 6/2007, p. 429, obs. F. Nézi ; JurisData n° 2007-040507 ; JCP N 2009, n° 13, 1125, chron. D. Dutrieux ; AJDI 2019, p. 724, note M. Thioye.

<sup>13</sup> Cass. 3e civ., 10 mars 1993, Cne de Pouilly-les-Nonains : Bull. civ. 1993, III, n° 36, p. 23 ; D. 1993, inf. rap. p. 92 ; Gaz. Pal. 1994, I, p. 130 ; RD imm. 1994, p. 187 ; Dr. et patrimoine juin 1993, p. 30, obs. C. Saint-Alary-Houin ; AJPI 1994, p. 931, obs. V. Le Coq. – Comp. CA Versailles, 1<sup>er</sup> octobre 2015, SARL Consultimmo c. Cne de Saint-Gratien, n° 13/0553 ; JurisData n° 2015-022682.

<sup>14</sup> Ministère de l'Équipement, Guide du droit de préemption urbain, La Documentation française, 1991, Annexe 10, p. 193.

<sup>15</sup> CA Toulouse, 7 octobre 2019, SARL Sogest c. Cne d'Escalquens, n° 16/04868.

Un pourvoi ayant été formé, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel aux motifs que celui-ci n'avait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en refusant de mettre à la charge de la commune les honoraires de négociation alors que la décision constatait que la promesse unilatérale de vente énonçait les conditions financières – tenant notamment au paiement de la commission – auxquelles la vente aurait lieu en cas de levée de l'option par l'acquéreur. Il apparaissait ainsi que les conditions légales auxquelles est subordonné le paiement de ces honoraires par la commune étaient remplies. D'une part, le droit à commission était conventionnellement prévu<sup>16</sup>. D'autre part, la DIA mentionnait que cette commission était de 51 000 euros et qu'elle était à la charge de l'acquéreur<sup>17</sup>.

Deux enseignements peuvent être tirés de l'arrêt.

Tout d'abord, il revient sur un sujet qui suscite une attention toute particulière de la part des commentateurs, celui de la nature juridique du droit de préemption<sup>18</sup>. En affirmant, une fois de plus, que l'exercice de cette prérogative permet aux collectivités de se substituer à l'acquéreur pressenti, c'est-à-dire de prendre sa place dans le contrat initialement conclu, l'arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence la plus traditionnelle de la Cour de cassation et du Tribunal des Conflits<sup>19</sup>. Il en résulte que le mécanisme de la préemption ne saurait se résumer à l'acceptation d'une offre de vente formulée par le propriétaire, la vente réalisée à l'issue de la préemption se formant par substitution d'acheteur et non à la suite d'un nouvel accord exclusif de tout lien de droit à l'avant-contrat pour lequel l'agent immobilier avait prêté son entreprise. S'il en était ainsi, il n'y aurait pas lieu d'ailleurs, comme l'a justement souligné le professeur Périnet-Marquet, d'imposer à la personne publique de « reprendre à sa charge la rémunération de l'agent immobilier, lequel n'est intervenu à aucun titre entre le vendeur et la collectivité. L'intermédiaire est ici le Code de l'urbanisme ayant rendu obligatoire la DIA »<sup>20</sup>.

Ensuite et surtout, cette analyse qui reconnaît le caractère post-contractuel du droit de préemption est de nature à expliquer la solution de l'arrêt. Dès lors que le préempteur se substitue à l'acquéreur, les stipulations du contrat lui sont, de manière générale, opposables s'il en a connaissance. En conséquence, pour déterminer si les honoraires de négociation sont dus par la collectivité, il n'y a pas lieu de s'intéresser au caractère synallagmatique ou non des relations contractuelles entre le propriétaire et le tiers acquéreur. Peu importe qu'il existe entre les parties une promesse synallagmatique par laquelle le promettant consent à vendre le bien pour un prix déterminé à un acquéreur qui l'accepte – sous réserve de non-exercice du droit de

---

<sup>16</sup> Article 6-1 al. 3 de la loi du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 2006.

<sup>17</sup> C. urb., art. L. 213-2 al. 1er.

<sup>18</sup> C. Saint-Alary-Houin, le droit de préemption, op. cit. – A. Walravens, De la nature unique des droits de préemption ?, Defrénois, 15 mars 2018, n° 11, p. 40. – A. Walravens, Le droit de préemption, dir. M. Grimaldi, thèse dactyl., Paris 2, 2015. – C. Saint-Alary-Houin, Approche conceptuelle du droit de préemption, JCP N, 7 octobre 2011, n° 40, 1260.

<sup>19</sup> V. supra.

<sup>20</sup> H. Périnet-Marquet, Droit de préemption et formation du contrat, AJDI 1998, p. 25. – C. Saint-Alary-Houin, le droit de préemption, op. cit., n° 179, p.159.

préemption – ou alors une simple promesse unilatérale aux termes de laquelle le promettant consent à vendre l'immeuble sans que pour autant l'acheteur s'engage à acheter. L'analyse post-contractuelle permet en définitive, on le voit, de résoudre plus aisément la question de savoir si le préempteur doit payer les honoraires de négociation. Dès lors que le droit de préemption permet à la collectivité de substituer à l'acquéreur et qu'ainsi celle-ci se trouve « aux lieu et place du contractant initial et investi, par conséquent, de tous ses droits et obligations »<sup>21</sup>, elle est tenue d'exécuter en bloc toutes les conditions dudit contrat et, notamment, le paiement des honoraires de négociation dont elle a reçu la notification préalable.

On voit par là que le mécanisme même de la préemption est en quelque sorte indifférent à l'existence ou non dans l'avant-contrat d'un engagement ferme du tiers d'acquiescer l'immeuble. Seuls sont ici pris en considération, conformément aux dispositions de l'article L. 213-2 al. 1<sup>er</sup> du code de l'urbanisme, le prix et les conditions de l'aliénation projetée sans qu'il y ait lieu de s'engager dans un débat juridique, au demeurant fort délicat, sur le point de savoir si l'avant-contrat vaut vente. En effet, si ces dispositions supposent nécessairement que la DIA ait été précédée d'un accord fixant le prix et les conditions de la vente envisagée entre le propriétaire et un acquiescer, elles n'impliquent pas en revanche que le contrat relatif à l'aliénation projetée comporte un accord sur la chose et sur le prix, c'est-à-dire un contrat pleinement synallagmatique.

La solution retenue s'impose d'autant plus qu'elle permet *in fine* d'assurer la sauvegarde des droits du négociateur de la vente, lequel doit ici aussi être rémunéré de ses « peines et soins » dès lors qu'il a joué son rôle normal « d'intermédiaire » entre le vendeur et l'acheteur initial et qu'il ne s'est pas contenté d'offrir à la collectivité un immeuble situé à l'intérieur de la zone de préemption. Ainsi, dans l'affaire rapportée, si la commune d'Escalquens a pu exercer son droit de préemption c'est bien parce que l'agent d'affaires a accompli sa mission en rapprochant le vendeur et l'acquéreur sur un certain prix pour la vente d'un certain bien même si, paradoxalement, ces négociations ont conduit à l'acquisition du bien par voie de préemption. Il serait, dans ces conditions, parfaitement injuste et contraire à la lettre et à l'esprit de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 de priver l'intermédiaire de la rémunération des soins apportés à la conclusion de l'avant-contrat dès lors qu'il ressort de l'article 6 de ce texte que l'agent immobilier a droit à commission si l'opération pour laquelle il a été mandaté a été définitivement conclue.

On ajoutera pour terminer que l'arrêt rapporté amène également à s'interroger, même si cette question n'a pas été soulevé devant le juge judiciaire, sur le point de savoir si le droit de l'agent immobilier à un « délai raisonnable » dans le déroulement de cette procédure contentieuse n'a pas ici été méconnu. Même s'il est sans doute présomptueux de conclure d'emblée à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et ce d'autant plus que les juges de Strasbourg n'ignorent pas les difficultés qui retardent parfois l'examen des litiges dont connaissent les juridictions nationales – ni, d'ailleurs, les manoeuvres dilatoires qu'autorisent certains contentieux – la question mériterait néanmoins d'être posée

---

<sup>21</sup> C. Saint-Alary-Hoin, le droit de préemption, op. cit., n° 526, p. 477.

puisque plus de douze ans après l'exercice du droit de préemption le litige n'a toujours pas été « purgé », la Cour de cassation ayant renvoyé les parties devant la Cour d'appel de Bordeaux.

Jean-François Struillou