

Une activité de « conseil opérationnel en immobilier d'entreprise » qualifiée d'activité d'entremise au sens de la loi Hoguet !

Moussa Thioye, Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IEJUC,
avocat au barreau de Toulouse

AJDI 2021 p.544

Les « règles du jeu » posées dans la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 supposent, pour être applicables et appliquées, que les actes et/ou les acteurs en jeu soient préalablement compris et placés dans le « périmètre de jeu » de ces règles ! Et il convient à ce propos de rappeler que, en semblant ratisser très large, la loi Hoguet déclare s'appliquer, dans son article 1^{er}, « aux personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations [déterminées] portant sur les biens d'autrui ». Puis, par l'énumération exhaustive qu'il fait immédiatement, le texte entend par là non seulement les activités de transaction sur immeubles ou biens assimilés (art. 1^{er}, 1° à 5°), mais aussi les activités de gestion immobilière et/ou de syndic de copropriété des immeubles bâtis (art. 1^{er}, 6° et 9°), les activités dites de « marchands de listes » (art. 1^{er}, 7°) et, enfin, les activités d'entremise dans la conclusion de contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé (art. 1^{er}, 8°). Il s'ensuit que les expressions « se livrer » ou « prêter leur concours » s'entendent de toutes sortes d'activités d'intermédiation immobilière et, en particulier, d'entremise, une notion d'autant plus taillée sur mesure (malgré une imprécision certaine) que les opérations en question sont par définition censées porter sur les biens d'autrui (il s'agit, en effet, d'activités d'intermédiaire, les professionnels considérés n'intervenant ni en leur nom, ni pour leur compte personnel). On y trouve ainsi, au premier chef, les activités de l'agent immobilier quelle que soit la portée de son mandat, qu'il s'agisse d'un mandat proprement dit avec un véritable pouvoir de signature (obtenu en vertu d'une clause expresse conforme aux exigences de l'article 72, alinéa 3 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972) ou d'un simple mandat d'entremise, « non représentatif », avec seulement une mission de négociation. Toujours est-il que, en appliquant les critères prévus par l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1970, les tribunaux - confrontés aux dures réalités et aux difficultés - sont ainsi régulièrement amenés à préciser si telles ou telles missions, plus ou moins complexes ou ambiguës, doivent être considérées comme relevant ou non de l'activité d'intermédiation réglementée. Et, à ce sujet, il a été jugé que la réglementation est inapplicable à la mission générale et complexe de commercialisation allant au-delà d'une simple mission d'entremise (deux arrêts, Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1993, n°s 91-17.746 et 91-18.284, RDI 1994. 263, obs. D. Tomasin ; Dr. et patr. 3/1994. 51, obs. C. Saint-Alary-Houin ; 16 nov. 2004, n° 02-11.138, AJDI 2005. 237, obs. M. Thioye). Force est toutefois de constater que la jurisprudence est, en la matière, loin d'être homogène, sans doute parce qu'il est très difficile de définir la notion d'« entremise » et de l'enfermer dans des frontières fermes (Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 210 : cassation de l'arrêt ayant refusé l'application de la loi Hoguet à une mission générale d'étude, d'assistance et de commercialisation d'immeubles alors que « l'agent immobilier n'avait qu'une

mission d'entremise »). Et l'arrêt rapporté, rendu le 12 novembre 2020 par la Cour de cassation de manière assez discrète (ses modalités de diffusion étant des plus réduites), illustre de manière très pertinente la difficulté des juges - du fond et du droit - à accorder leurs violons.

En l'espèce, la société Parella Partners, qui a pour activité, notamment, le conseil opérationnel en immobilier d'entreprise, a été contactée par la société d'avocats N... & associés qui, souhaitant changer de locaux, lui avait confié, sur la base d'un document contractuel intitulé « proposition de service », la mission consistant en la « validation des besoins et la hiérarchisation des priorités, une recherche immobilière (recensement des offres adaptées aux deux hypothèses élaborées, identification d'une *shortlist* de locaux), l'analyse comparée des sites shortlistés, la négociation (stratégie, modélisation financière comparée des différents scénarios), et enfin la contractualisation ». La société Parella Partners ayant, le 14 juillet 2010, transmis à la société d'avocats N... & associés un projet de bail négocié portant sur un immeuble appartenant à la société La Mondiale et ainsi permis la conclusion du bail commercial avec cette dernière, elle allait, suite au refus de sa cliente de la rétribuer alors que « toute prestation effectuée mérite rémunération », assigner la société d'avocats en paiement de ses honoraires. Cette demande allait être accueillie et déclarée bien fondée par la cour d'appel d'Orléans au motif que « la loi du 2 janvier 1970 ne s'appliqu[ait] pas au litige » dès lors que, « au regard des prestations effectivement accomplies, consistant en la visite de divers locaux, la recherche des besoins du cabinet d'avocats, il y [avait] lieu de considérer que la société Parella Partners ne [s'était] pas livrée à une activité d'entremise au sens de ladite loi »... Une orientation qui sera contestée, *via* un pourvoi en cassation, par la société d'avocats N... & associés pour qui la société Parella Partners n'avait juridiquement aucun droit à rémunération « faute par elle d'avoir satisfait à l'obligation prévue à l'article 6 de cette loi en ce que, préalablement à la négociation, elle n'a pas détenu de mandat écrit, numéroté, inscrit au registre des mandats et précisant les conditions et détermination de la rémunération ainsi que la partie qui en a la charge ».

La question, pour la Cour de cassation ainsi saisie, était alors de savoir et de déterminer si la convention litigieuse, dite de « proposition de service », était oui ou non comprise dans le domaine d'application *ratione materiae* de la loi Hoguet et, partant, si la validité et l'efficacité de cette convention devaient ou non être appréciées à l'aune de cette loi. Une question dont la difficulté juridique et la « sensibilité financière » (l'enjeu financier était de près de 70 000 € HT) n'allaient nullement impressionner les hauts juges puisqu'ils vont, sans sourciller, censurer la décision attaquée sous le visa de l'article 1^{er}, 1^o de la loi du 2 janvier 1970, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 : en statuant comme elle l'a fait, « alors qu'elle avait préalablement relevé que l'offre de mission émise par la société Parella Partners consistait en une recherche immobilière, l'analyse comparée des sites retenus, la négociation et la contractualisation, que cette proposition de contrat prévoyait le versement d'un honoraire assis sur la performance de négociation, et que la société Parella Partners, qui avait effectué la visite de divers locaux, avait transmis à son mandant un bail négocié, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ». En d'autres termes, pour la première chambre civile, la convention litigieuse était bel et bien comprise dans le champ de la loi Hoguet et, puisqu'elle n'était visiblement pas conforme à la réglementation édictée par celle-ci, elle devait être considérée comme nulle et de nul effet de sorte que le « mandant » était en droit de s'estimer non débiteur de la moindre rémunération et, donc, de résister utilement à la demande de paiement du « mandataire » quand bien même ce dernier se serait présenté comme un banal

fournisseur de « conseil opérationnel en immobilier d'entreprise » (rappelons que l'article 1^{er} de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 « prend en considération le caractère habituel des activités dont il s'agit et non la profession de l'intermédiaire » : Civ. 1^{re}, 25 avr. 1984, n° 82-15.914, Bull. civ. I, n° 132 ; RDI 1984. 430, obs. C. Saint-Alary-Houin). On sait en effet que, en cas d'inobservation du formalisme dicté par les dispositions de la loi du 2 janvier et de son décret d'application, le mandat d'entremise ou de gestion est frappé d'une nullité qui, avant un revirement récent de jurisprudence (Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, D. 2017. 793, obs. N. explicative de la Cour de cassation, note B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 1149, obs. N. Damas ; *ibid.* 2018. 371, obs. M. Mekki ; AJDI 2017. 612, obs. M. Thioye ; *ibid.* 2018. 11, étude H. Jégou et J. Quiroga-Galdo ; AJ contrat 2017. 175, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2017. 377, obs. H. Barbier), était considérée comme une nullité absolue (Civ. 1^{re}, 5 mai 1982, Bull. civ. I, n° 159 ; JCP 1983, II, 20064, note E.-J. Guillot ; RDI 1982. 535, obs. C. Saint-Alary-Houin), constituant un moyen de pur droit pouvant être soulevé d'office par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 13 avr. 1983, Bull. civ. I, n° 120). Et une fois l'irrégularité constatée et la nullité constatée ou prononcée, il s'ensuit, par application de l'adage « *quod nullum est, nullum producit effectum* », que l'intermédiaire est, en principe, légalement privé de tout droit à rémunération au titre des activités qu'il aurait menées (V. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 98-16.826, AJDI 2001. 639 ; *ibid.* 919, obs. M. Thioye ; 2 oct. 2001, n° 99-13.961, AJDI 2002. 156, obs. M. Thioye ; 15 mai 2002, n° 00-13.247, AJDI 2002. 552 ; 25 juin 2002, n° 00-12.061, AJDI 2003. 370, obs. M. Thioye ; Paris, 12 sept. 2002, n° 2001/04546, AJDI 2003. 455, obs. M. Thioye ; Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-17.763, D. 2004. 467 ; AJDI 2004. 484, obs. M. Thioye ; RTD com. 2004. 587, obs. B. Bouloc ; 12 mai 2004, n° 03-13.977, AJDI 2004. 909, obs. M. Thioye ; 25 janv. 2005, n° 02-10.764, AJDI 2005. 756, obs. M. Thioye ; 20 mars 2007, n° 06-12.770, AJDI 2007. 766, obs. M. Thioye ; 2 oct. 2007, n° 05-18.706, D. 2007. 2608 ; AJDI 2008. 611, obs. M. Thioye ; 8 mars 2012, n° 11-10.871 et 11-14.234, D. 2012. 736 ; AJDI 2012. 370, obs. Y. Rouquet ; *ibid.* 451, obs. M. Thioye RTD com. 2012. 841, obs. B. Bouloc) et même de toute « compensation financière » sur le fondement d'un quasi-contrat ou de la responsabilité civile extracontractuelle (Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, n° 87-12.104, Bull. civ. I, n° 210 ; 19 juill. 1988, n° 86-19.158, Bull. civ. I, n° 241 ; RDI 1989. 67, obs. D. Tomasin ; 3 févr. 2004, préc. ; 8 mars 2012, n° 11-10.871 et 11-14.234, préc. ; 22 mars 2012, n° 11-13.000, D. 2012. 879, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2012. 613, obs. M. Thioye ; RTD civ. 2012. 528, obs. B. Fages ; 18 juin 2014, n° 13-13.553, D. 2014. 1377 ; AJDI 2015. 136, obs. M. Thioye ; RTD civ. 2014. 671, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2014. 685, obs. B. Bouloc). *Dura lex, sed lex* (« la loi - Hoguet en l'occurrence - est dure, mais c'est la loi ») !

Conseil pratique

Dès lors que l'article 1^{er} de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 prend en considération le caractère habituel des activités dont il s'agit et non la profession de l'intermédiaire, nul n'est censé ignorer que les juges doivent s'en tenir, pour conclure à l'applicabilité et à l'application de la loi Hoguet, à la réalité de l'activité habituelle d'entremise ou de gestion exercée et non à la profession formelle ou à l'objet social de la personne physique ou morale en cause.

Mots clés :

PROFESSIONS * Agent immobilier * Conseil en immobilier * Mandat * Entremise * Loi Hoguet