

Applicabilité de la loi Hoguet à un « apport d'affaires » valant opération d'entremise

Moussa Thioye, Professeur à l'université Toulouse Capitole, membre de l'IEJUC

AJDI 2023 p.359

Il s'évince des dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 que la réglementation impérative édictée par celle-ci et par le décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 a vocation à s'appliquer « aux personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui », à savoir : les opérations de transaction sur immeubles ou biens assimilés (art. 1^{er}, 1° à 5°), les opérations de gestion immobilière ou d'administration de biens incluant la gestion locative et les fonctions de syndic de copropriété des immeubles bâtis (art. 1^{er}, 6° et 9°), les opérations de vente de listes ou de fichiers (art. 1^{er}, 7°) et, enfin, les opérations d'entremise dans la conclusion de contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé (art. 1^{er}, 8°). Il en résulte que les locutions « se livrer » ou « prêter leur concours » sont vouées à couvrir tous types d'activités d'entremise ou d'intermédiation dont les auteurs sont censés ne pas intervenir ni pour leur compte personnel, ni en leur propre nom. On compte parmi ces activités, en première ligne, les prestations de l'agent immobilier quelle que soit la portée de sa « feuille contractuelle de route », 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 » avec seulement une mission de recherche et de négociation (ce qui relève plutôt du courtage qui constitue une variété de louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise). La loi du 2 janvier 1970 et son décret d'application doivent alors, en principe, gouverner et guider toutes les personnes physiques ou morales s'entremettant habituellement dans les opérations portant sur les biens d'autrui, quand bien même ces personnes se seraient volontairement ou involontairement donné une qualification professionnelle impropre. C'est la raison pour laquelle, en mettant en œuvre les critères légaux, les juges sont couramment appelés à indiquer si telles ou telles prestations, plus ou moins complexes ou ambiguës, doivent être considérées comme relevant ou non de l'activité d'intermédiation réglementée. C'est ainsi que le régime juridique d'ordre public a pu, depuis longtemps, être déclaré applicable à « tout acte d'entremise concernant l'achat ou la vente d'immeuble, et notamment à un apport d'affaires » à un promoteur immobilier ou à un marchand de biens (Civ. 1^{re}, 17 déc. 1991, n° 90-11.935, RDI 1992. 83, obs. D. Tomasin ; 19 mai 1992, n° 90-18.812, RDI 1993. 94, obs. D. Tomasin ; 16 mai 2012, n° 11-18.596, inédit au Bulletin civil). Et, comme pour faire écho à l'aphorisme selon lequel « c'est en tapant sur un clou qu'on l'enfonce », dans l'arrêt sous étude, la Cour de cassation est encore partie dans cette direction en rendant, un arrêt dont la portée est indéniable malgré le fait qu'il n'a pas été honoré d'une publication au *Bulletin*.

Tout a commencé, en l'espèce, lorsque la société Eldeher a signé avec la société Promodev, moyennant le paiement d'une commission devant lui revenir lors de la signature de l'acte

d'acquisition d'un terrain situé sur la commune de Pompignac, un « contrat d'apporteur d'affaires » ayant pour objet le montage et la finalisation d'un projet de centre commercial sur ledit terrain. Mais après que la commune susmentionnée eut signé, dans un premier temps, une promesse synallagmatique de vente avec la société Promodev (avec faculté pour celle-ci de se substituer un tiers) et, dans un second temps, un acte notarié de vente du terrain à la société civile immobilière BDV (au profit de laquelle la société Promodev a exercé sa faculté de substitution), la société Eldeher, ultérieurement mise en liquidation judiciaire, allait assigner ces deux sociétés en paiement de sa commission. La demande dirigée contre la société Promodev sera favorablement accueillie par la cour d'appel de Bordeaux puisque celle-ci allait, par un arrêt confirmatif, la condamner à payer la rémunération convenue à la société Laurent Mayon, prise en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Eldeher, aux motifs suivants : puisque l'opération litigieuse n'était pas régie par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, eu égard au fait que la mission de la société Eldeher ne consistait qu'à apporter des affaires à la société Promodev et non à servir d'intermédiaire aux opérations de vente, d'achat ou de location, la société Eldeher avait droit à rémunération, nonobstant l'éventuelle absence de conformité du « contrat d'apporteur d'affaires » aux dispositions de la loi Hoguet, dès lors qu'elle a, par ses diligences et recherches, permis à la société Promodev de trouver un terrain pour la réalisation de son projet de centre commercial. Ayant alors estimé ne pas devoir se rendre aux raisons ainsi avancées par les juges bordelais, la société Promodev forma un pourvoi en cassation avec, au soutien de celui-ci, le moyen suivant : pour s'être abstenue de rechercher si la société Eldeher ne s'était pas livrée à une activité d'entremise immobilière alors que celle-ci avait recherché pour elle un terrain permettant la réalisation d'un projet de centre commercial, la cour d'appel a violé l'article 1^{er} de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 dont « les dispositions d'ordre public [...] s'appliquent aux personnes se livrant ou prêtant leur concours, de manière habituelle, notamment à des opérations d'achat, de vente, de recherche d'immeubles bâtis ou non bâtis, fût-ce pour le compte de promoteurs ».

La question juridique posée à la Cour de cassation était donc de savoir et de déterminer si le « contrat d'apporteur d'affaires » litigieux était ou n'était pas compris dans l'aire d'application *ratione materiae* de la loi Hoguet et, par voie de conséquence, si la validité de cette convention et l'existence du droit à rémunération de « l'apporteur d'affaires » devaient ou non être appréciées au regard de ce texte. La complexité technique et la sensibilité financière de cette question (la cour d'appel ayant alors attribué à l'agence immobilière 100 000 € HT, majorés des intérêts au taux légal, au titre de sa commission) étaient prégnantes mais elles ne vont pas troubler les hauts juges puisque ceux-ci vont, « sans trembler », censurer l'arrêt attaqué sous le visa de l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1970 : en statuant comme elle l'a fait, « alors qu'elle avait constaté que la société Eldeher avait recherché et trouvé un terrain pour le compte de la société Promodev, de sorte qu'elle s'était livrée à une opération d'entremise », la cour d'appel bordelaise a, par refus d'application, violé ce texte dont le mandant pouvait légalement se prévaloir.

On peut ainsi relever dans cet arrêt deux messages liés dont le premier réside dans l'affirmation explicite de ce que la convention litigieuse était bel et bien comprise dans le champ de la loi du 2 janvier 1970, du seul fait que « la société Eldeher avait recherché et trouvé un terrain pour le compte de la société Promodev, de sorte qu'elle s'était livrée à une opération d'entremise ». Si cette affirmation et cette conclusion « tranchantes » peuvent sembler, *a priori*, pertinentes, elles n'en sont pas moins sujettes à caution, voire fausses et fallacieuses, parce qu'elles aboutissent à un

troncage du message du législateur qui, rappelons-le, ne soumet à la réglementation impérative de l'intermédiation immobilière professionnelle que les « personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui ». Il s'ensuit que la Cour de cassation aurait dû, dans sa décision, prendre la peine et la précaution de rappeler que l'applicabilité et l'application de la loi Hoguet supposent préalablement la preuve de l'existence d'une pratique courante et répétée d'actes d'entremise, de sorte qu'un acte isolé d'un « apporteur d'affaires » strictement occasionnel ne permettrait pas de donner à celui-ci la qualité d'intermédiaire immobilier professionnel. Certes, la situation de la société Eldeher ne semblait manifestement pas être celle d'un apporteur d'affaires occasionnel, mais encore fallait-il, avant de déclarer la loi Hoguet applicable et dire le droit dont elle est la source, prendre le soin de qualifier cette société de personne morale qui, d'une manière habituelle, s'était livrée ou avait prêté son concours, même à titre accessoire, à des opérations portant sur les biens d'autrui !

Il y a dans l'arrêt rapporté un second message résidant dans l'affirmation implicite, mais certaine, de la nécessité d'apprécier la conformité du « contrat d'apporteur d'affaires » litigieux à la réglementation formaliste édictée par la loi Hoguet et son décret d'application, sachant que, en cas d'inobservation du formalisme dicté par les dispositions de ces textes, le mandat d'entremise 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 ; RDI 1982. 535, obs. C. Saint-Alary-Houin ; JCP 1983, II, 20064, note E.-J. Guillot) 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 ; 3 févr. 2004, n° 01-17.763, D. 2004. 467 ; AJDI 2004. 484, obs. M. Thioye ; RTD com. 2004. 587, obs. B. Boulloc ; Civ. 3^e, 12 mai 2004, n° 03-13.977, AJDI 2004. 909, obs. M. Thioye ; Civ. 1^{re}, 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, AJDI 2012. 451, obs. M. Thioye ; RTD com. 2012. 841, obs. B. Boulloc ; 1^{er} juill. 2020, n° 19-15.009, AJDI 2021. 299, obs. M. Thioye) 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, 2 esp., n°s 11-10.871 et 11-14.234, préc. ; Civ. 1^{re}, 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. Boulloc).

Conseil pratique

Quand bien même elles avanceraient sous le masque de banals « apporteurs d'affaires », les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui, doivent savoir qu'elles sont, sauf dispense légale expresse, soumises aux dispositions de la loi Hoguet et de son décret d'application.

Mots clés :

PROFESSIONS * Agent immobilier * Promoteur immobilier * Apporteur d'affaires * Mandat d'entremise * Entremise