

Commission ouverte

IMMOBILIER

Responsable : Jean-François Péricaud



SOUS-COMMISSION PROMOTION VENTE

Responsables :

Jean-Marie Moyse et François Danemans

Mercredi 26 octobre 2011

**Les négociateurs de l'agence
immobilière : salariés et indépendants**
animé par Jean-Marie Moyse

Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.



La Commission de droit immobilier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris tenait, le 26 octobre 2011, sous la responsabilité de Jean-François Péricaud, une réunion sur «**Les négociateurs de l'agence immobilière (salariés et indépendants)**» animée par Maître Jean-Marie Moysse, avocat spécialiste en droit immobilier. Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.

Traditionnellement, les agents immobiliers ne peuvent exercer seul leur activité et recourent à une équipe de négociateurs immobiliers, que l'on estime actuellement, en France, à environ 80 000 collaborateurs.

Les négociateurs immobiliers ont pour mission de prospecter les terrains, de recueillir des mandats, de rechercher des acquéreurs pour permettre la réalisation de la vente et d'établir l'engagement des parties. A l'instar des centrales de négociations des notaires qui existent dans les grandes villes (Paris, Lille, Douai...), cette mission de prospection est amenée à être exercée dans les cabinets d'avocat qui pratiquent la négociation immobilière.

Le négociateur immobilier peut exercer ses fonctions selon deux statuts, celui de salarié (il a alors, en général, le statut de VRP), d'une part, et celui d'indépendant, en tant qu'agent commercial, d'autre part.

Qu'ils soient salariés ou indépendants, les négociateurs sont soumis à la réglementation particulière relative aux professionnels de l'immobilier (loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 [N° Lexbase : L7536AIX](#) et décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 [N° Lexbase : L8042AIP](#)). Ainsi que le prévoit l'article 9 du décret de 1972, le personnel en contact avec la clientèle doit impérativement détenir une attestation d'emploi, dite «*carte verte*», qui lui est délivrée par le titulaire de la carte professionnelle, après avoir été visée par le préfet compétent, et qui précise l'étendue de ses pouvoirs. Le visa d'une autorité administrative est justifié par les exigences de moralité qui pèsent sur la profession, et notamment par la nécessité de vérifier que l'intéressé ne tombe pas sous le coup de l'une des condamnations visées par l'article 12 de la loi du 2 janvier 1970, entraînant une incapacité professionnelle pour l'exercice d'une activité immobilière.

Maître Moysse a attiré l'attention sur un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 9 juin 2006, ayant précisé que seules les personnes physiques pouvaient être habilitées en vue de la négociation ou du démarchage immobilier, par le titulaire d'une carte professionnelle (CE 1° et 6° s-s-r., 9 juin 2006, n° 262639 [N° Lexbase : A8318DPR](#)). Selon le Conseil d'Etat, en effet, par les dispositions prévues à l'article 9 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, «*le législateur a entendu que les personnes qui se livrent à la négociation ou au démarchage pour le compte du titulaire d'une carte professionnelle, alors même qu'elles ne sont pas soumises à l'exigence de posséder une telle carte, présentent des garanties et, en particulier, ne soient pas frappées de l'une des incapacités prévues par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce*». La Haute juridiction en déduit «*qu'il résulte nécessairement de ce que la loi du 3 janvier 1970 n'a prévu aucune disposition relative aux conditions et garanties que devraient remplir ou présenter les dirigeants d'une personne morale qui serait habilitée en vertu de l'article 4 par le titulaire d'une carte professionnelle -à la différence de ce qui est prévu par l'avant-dernier alinéa de l'article 3 dans le cas où une personne morale est titulaire de la carte professionnelle-, que seules peuvent être habilitées, en vue de la négociation ou du démarchage par le titulaire d'une carte professionnelle, des personnes physiques*».

Avant d'exposer les règles relatives à chacun des statuts, Jean-Marie Moysse a relevé que les statuts de VRP et d'agent commercial, qui ont été prévus initialement pour le secteur de l'industrie, peuvent se révéler inadaptés au secteur immobilier du fait de l'unicité de chaque opération immobilière.

• Le statut de salarié

La convention collective applicable au négociateur salarié est la convention collective nationale de l'immobilier (avenant n° 31 du 15 juin 2006, étendu à l'ensemble de la profession), à l'exclusion de toute autre, la convention VRP n'étant en aucun cas applicable à un négociateur immobilier qui aurait le statut de VRP.

D'une manière générale, le négociateur immobilier exerce son activité sur un secteur délimité.

Si le négociateur n'a pas la qualité de VRP, il est soumis à la législation sur les 35 heures ; en revanche, le VRP est exclu de la législation sur les 35 heures, dès lors qu'il n'est pas possible de faire le décompte de ses heures de travail.

Les périodes d'essai sont fixées par la convention collective ; lorsque le négociateur a le statut de cadre, sa période d'essai est d'une durée de quatre mois, renouvelable.

S'agissant de la rémunération, les salariés qui n'ont pas la qualité de VRP perçoivent un salaire minimum brut mensuel correspondant au SMIC. Lorsqu'ils ont la qualité de VRP, la rémunération est constituée par les commissions, sachant qu'ils perçoivent un minimum garanti fixé par la convention collective à 1 300 euros mensuel. Selon les contrats, les commissions des VRP peuvent correspondre à une quote-part de 20% de la commission perçue par l'employeur titulaire de la carte professionnelle (correspondant, par exemple, pour 10% à la réception du mandat, et pour 10 % à la réalisation de l'opération sur ce mandat). Un arrêté de compte est effectué, en général, trimestriellement ou semestriellement. Peuvent être inclus dans les commissions un treizième mois ainsi que l'indemnité de congés payés, sous réserve toutefois que le VRP perçoive, dans l'année civile, une rémunération équivalant au minimum à treize fois son salaire minimum brut mensuel tel que défini.

Les frais professionnels peuvent être remboursés de manière forfaitaire avec un abattement de 30% sur l'assiette des cotisations de sécurité sociale (arrêté du 25 juillet 2005, modifiant l'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale [N° Lexbase : L2300HBS](#)) ; cette faculté doit toutefois être prévue dans l'engagement des parties.

S'agissant du délai de préavis, celui-ci est d'une durée d'un mois pour les salariés (non VRP) qui justifient de moins de deux ans d'ancienneté et de deux mois au-delà de deux ans d'ancienneté. Les VRP (non cadres), sont soumis à un délai de préavis d'un mois s'ils ont moins d'un an d'ancienneté, de deux mois pour une ancienneté comprise entre un et deux ans, et de trois mois au-delà. Lorsqu'ils sont cadres, le préavis est de trois mois, quelle que soit l'ancienneté.

Concernant les clauses de non-concurrence, conformément à la jurisprudence classique en droit du travail, Maître Moyse a rappelé les deux conditions de validité de ces clauses tenant, d'une part, à la limitation dans le temps et dans l'espace, d'autre part, à une indemnisation du salarié durant toute la durée d'application de la clause, en contrepartie de l'impossibilité pour le salarié de travailler pour le compte d'un autre employeur.

En cas de rupture du contrat de travail, il convient, tout d'abord, de préciser que la commission de retour sur échantillonnage, qui est due aux VRP pour les commandes transmises à l'entreprise après la rupture du contrat mais qui découlent directement du travail passé du VRP, n'a pas lieu d'être dans le secteur de la négociation immobilière du fait de l'unicité des clients. Il en est de même de l'indemnité de clientèle due aux VRP dans le secteur de l'industrie, correspond à l'indemnisation du préjudice subi du fait de la perte des clients ; cette indemnité ne reçoit pas d'application dans le secteur immobilier.

En revanche, les négociateurs immobiliers qui ont le statut de VRP peuvent prétendre à un droit de suite, lequel consiste en la possibilité pour le salarié de demander, après la rupture de son contrat de travail, le versement de sa quote-part des commissions relatives aux affaires définitivement conclues au cours d'une période définie suivant cette rupture, faisant suite aux diligences accomplies pendant le cours de son contrat de travail. En vertu de la convention collective, la durée d'application de ce droit de suite ne peut être inférieure à six mois. C'est le salarié qui supporte la charge de la preuve ; il lui appartient de prouver que la réalisation de l'affaire après son départ est la conséquence du travail effectué pendant l'exécution de son contrat de travail. Cette preuve peut résulter du fait que le mandat a été rempli de sa main, qu'il détient le compromis, ou de tout élément prouvant qu'il a pris part à la négociation. Le contentieux est important et ressort de la compétence prud'homale.

Outre les commissions dues par application du droit de suite, le négociateur salarié perçoit les indemnités de fin de contrat prévues par la loi et la convention collective.

• Le statut d'agent commercial

À la suite d'une décision rendue par la Cour de cassation le 7 juillet 2004 (Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-18.135, FS-P+B [N° Lexbase : A0301DDI](#)), le statut d'agent commercial pour les négociateurs immobiliers a été remis en cause par la Haute juridiction qui a retenu qu'un tel statut était incompatible avec l'exercice d'une profession réglementée, en application de l'article L. 134-1, alinéa 2, du Code de commerce ([N° Lexbase : L5649AI3](#)).

Sous la pression des organisations syndicales notamment, le législateur est intervenu en 2006 pour modifier les textes. L'article 97 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, dite loi «ENL» ([N° Lexbase : L2466HKK](#)), est venu compléter l'article 4 de la loi du 2 janvier 1970, afin de préciser que «*Les dispositions du chapitre IV du titre III du livre 1er du Code de commerce [c'est-à-dire les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce] sont applicables aux personnes visées au premier alinéa lorsqu'elles ne sont pas salariées*». Autrement dit, les négociateurs immobiliers non salariés sont désormais obligatoirement soumis au statut des agents commerciaux, dans les limites des pouvoirs conférés par la loi du 2 janvier 1970 et du décret du 20 juillet 1972. Jean-Marie Moyse a souligné l'existence d'un vide juridique pour la période comprise entre la décision de 2004 et la loi de 2006, dès lors que les négociateurs indépendants ne disposaient d'aucun statut.

Dans ses rapports avec l'agent immobilier, l'agent commercial est le mandataire du titulaire de la carte professionnelle ; il exerce l'activité de représentation pour le compte de ce dernier.

Il s'agit d'un mandat d'intérêt commun, ce qui a pour conséquence que la rupture de ce mandat entraîne, en vertu de l'article L. 134-12 du Code de commerce ([N° Lexbase : L5660AIH](#)) le versement de dommages et intérêts au profit de l'agent commercial si le mandant ne peut rapporter la preuve d'une fraude suffisamment grave pour pouvoir justifier la résiliation du mandat. Maître Moyse a souligné ici l'enjeu du statut des agents commerciaux, résultant des conséquences indemnitaires de la rupture du contrat, lesquelles peuvent être extrêmement lourdes et mener parfois à la faillite d'une agence immobilière. En effet, les dommages et intérêts alloués à un agent commercial pour la rupture de son contrat représentent en moyenne, devant les juridictions, deux années de commission brutes, ce qui peut être très important lorsqu'il s'agit de négociateurs actifs (cf., not., Cass. com., 25 janvier 1994, n° 92-11.446, inédit [N° Lexbase : A8920CZE](#)). Jean-Marie Moyse a ajouté qu'il n'est pas permis de limiter ce droit à indemnité dans le contrat, les dispositions de l'article L. 134-12 du Code de commerce étant d'ordre public.

Par ailleurs, le mandat conclu entre l'agent immobilier et l'agent commercial peut être exclusif ou non exclusif, sachant qu'en règle générale, les mandats sont conclus à titre exclusif, compte tenu du secret des affaires. Alors même que le mandat serait conclu à titre non exclusif, la jurisprudence considère que l'agent commercial qui exerce des activités concurrentes à son mandant, doit obtenir l'autorisation de son mandant avant d'accepter une autre représentation.

L'intervenant a également précisé que l'agent commercial ne peut sous-traiter son activité, même avec l'accord du titulaire de la carte professionnelle, dans la mesure où il doit nécessairement exister un lien direct avec le titulaire de la carte professionnelle.

Le contrat d'agent commercial n'est pas nécessairement écrit : en effet, la jurisprudence considère que le fait qu'un contrat écrit ne soit pas établi n'exclut pas la qualité d'agent commercial, dès lors que l'on peut prouver ce contrat, et par tout moyen puisque l'on se trouve en matière commerciale (Cass. com., 25 juin 2002, n° 00-14.326, FS-P [N° Lexbase : A0169AZB](#)). Toutefois, Maître Moyse recommande très fortement aux agents immobiliers de prévoir un contrat écrit, compte tenu de la réglementation qui s'applique autour de ce contrat (attestation d'emploi, pouvoirs octroyés à l'agent commercial). Par ailleurs, le contrat signé avec un agent commercial doit prévoir l'obligation, à peine de résiliation immédiate de son contrat, de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés (RCS).

S'agissant de la clause du croire, Jean-Marie Moysé a relevé qu'une telle clause, qui rend solidaire un agent commercial des dettes des clients créés pour le compte de son mandant, était inconciliable avec la réglementation en la matière.

La rémunération du négociateur agent commercial est fixée dans le contrat et varie, en règle générale, de 30 et 50 % de la commission perçue par l'agence. D'un point de vue fiscal, ces sommes sont imposables, pour l'agent commercial, dans la catégorie des bénéfices non commerciaux.

Le contrat peut prévoir une clause d'exclusivité sur un secteur.

Les pouvoirs de l'agent commercial titulaire de l'attestation d'emploi sont extrêmement limités et ne peuvent consister qu'à recevoir des mandats pour le compte du titulaire de la carte professionnelle. En effet, l'article 4 de la loi «*Hoguet*» précise que les agents commerciaux «ne peuvent recevoir ou détenir des sommes d'argent, des biens, des effets ou des valeurs ou en disposer à l'occasion des activités visées à l'article 1^{er} de la présente loi. Elles ne peuvent donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé, à l'exception de mandats conclus au profit du titulaire de la carte professionnelle».

Aussi, un négociateur immobilier agent commercial ne peut, en aucun cas, traiter directement avec le client (cf. trois arrêts : Cass. civ. 1, 28 avril 2011, deux arrêts n° 10-30.087 [N° Lexbase : A7123HPI](#) et n° 10-14.258 [N° Lexbase : A2776HPI](#), FS-P+B+I ; Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-30.087, F-P+B [N° Lexbase : A8697HYR](#)). Il ressort de ces trois arrêts que l'agent commercial ne peut recevoir de mission que du titulaire de la carte professionnelle. Ce principe a pour corollaire, selon Maître Moysé, que l'agent commercial ne peut recevoir de rémunération que du titulaire de la carte professionnelle, et ne peut, en aucun cas, toucher des rémunérations directes dans ses rapports avec le client. Il faut retenir que l'agent commercial négociateur immobilier, il doit obligatoirement exister un mandat donné par un titulaire de la carte professionnelle, et l'agent commercial n'a aucun pouvoir ; il ne peut que recueillir le mandat pour le titulaire du compte de la carte professionnelle.

Jean-Marie Moysé a dénoncé la pratique illégale de certaines sociétés, titulaires d'une carte professionnelle qui se présentent non pas comme des agents immobiliers mais comme des formateurs et qui recrutent des négociateurs, quelle que soit leur situation géographique en France, en leur promettant des commissions pouvant aller jusqu'à 90% des commissions sur les affaires réalisées. Après avoir formé les intéressés, ces sociétés proposent la signature d'un contrat d'agent commercial à une personne qui pourra se situer à Brest, Nice, ou ailleurs, alors que le siège du titulaire de la carte professionnelle se situe à Paris. L'intérêt de ces sociétés est donc de multiplier les agents commerciaux sur le terrain.

Le problème soulevé par cette pratique réside dans le fait qu'un agent commercial puisse exercer son activité, en toute indépendance, à des centaines de kilomètres du titulaire de la carte professionnelle. Les syndicats professionnels attendent l'intervention du législateur pour limiter le secteur d'activité de ces agents commerciaux dans un rayon de 20 km autour du titulaire de la carte professionnelle, ou même à un département. Mais à l'heure actuelle, aucun projet de loi n'a été déposé pour modifier la réglementation en ce sens.

Maître Moysé considère toutefois que l'illégalité de cette pratique peut être soulevée sur le fondement des dispositions de la loi du 2 janvier 1970, qui encadrent l'ouverture des établissements, succursales, agences ou bureaux par le titulaire de la carte professionnelle. L'article 3, dernier alinéa, prévoit, en effet, qu'«*il doit être procédé à une déclaration préalable d'activité pour chaque établissement, succursale, agence ou bureau par la personne qui en assure la direction. Cette personne doit, en outre, satisfaire aux conditions posées par les 1° et 4° ci-dessus*». Il existe, donc, un contrôle préfectoral sur la compétence de la personne qui va diriger un «établissement, succursale, agence ou bureau».

Aussi, dans le cas ici soulevé, si l'on analyse l'installation de l'agent commercial en tant qu'ouverture d'un «*établissement, succursale, agence ou bureau*», cette installation s'avère illégale dès lors que ne sont pas respectées les obligations déclaratives, ce qui constitue un délit réprimé pénalement.

En dernier lieu, Maître Moyse est revenu sur le problème de la requalification du contrat d'agent commercial en contrat de travail. L'article L. 8221-6 du Code du travail ([N° Lexbase : L2283IB8](#)) prévoit une présomption de régularité du contrat d'agent commercial lorsque l'intéressé est régulièrement inscrit au RCS et auprès des organismes sociaux. Mais il s'agit d'une présomption simple qui peut recevoir la preuve contraire lorsqu'il est établi que les parties au contrat d'agent commercial sont placées dans un «*lien de subordination juridique permanente*». Cette notion n'a toutefois pas fait l'objet de précisions jurisprudentielles, le contentieux étant inexistant dans la mesure où les agents commerciaux n'ont aucun intérêt à la requalification. ■

Lexbase Hebdo - édition privée n°462 du 17 novembre 2011
Immobilier et urbanisme - N° LXB : N8816BSC

*par Anne-Lise Lonné-Clément,
Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo - Édition privée*