Négociateur immobilier sur internet : entre vieux vins et outres neuves 1

Nicolas Ferrier

▶ **To cite this version:**

Nicolas Ferrier. Négociateur immobilier sur internet : entre vieux vins et outres neuves 1. Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur de P. Le Cannu, Lextenso/Dalloz/Thomson-Transactive/IRJS, 2014, 978-2-275-04336-4. hal-02334824

HAL Id: hal-02334824
https://hal.science/hal-02334824v1

Submitted on 27 Oct 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Négociateur immobilier sur internet : entre vieux vins et outres neuves[1]

Nicolas FERRIER

Professeur à l'Université Montpellier I

Directeur du Master 2 recherche « droit de la distribution et des contrats d'affaires »

Il n'est nul besoin d'insister sur la révolution opérée par internet en matière d'information et communication en général, ni sur le succès du commerce en ligne en particulier. Celui-ci connaît une progression constante et tout azimut, se réalisant d'abord dans le secteur de la vente, mais également du service. Sur le plan juridique, le commerce en ligne fait l'objet de toutes les attentions car il est considéré comme un moyen efficace de stimuler la croissance et l'emploi, de contribuer à la baisse des prix ou de favoriser l'intégration des marchés au sein de l'Union Européenne, sans qu'il soit toutefois question d'en ignorer les aspects négatifs[2].

Dans ce phénomène d'expansion du commerce en ligne, le secteur immobilier n'est pas en reste. Depuis quelques temps, les agents immobiliers recourent à internet, initialement pour présenter leurs offres à travers des vitrines virtuelles et, plus récemment, pour recruter des négociateurs immobiliers qui exercent leur activité en dehors de toute agence physique, depuis leur domicile, justifiant à qualification de négociateurs immobiliers à domicile[3].

Le négociateur immobilier à domicile est, comme tout négociateur immobilier, un intermédiaire chargé de trouver des offres de ventes ou d'achat pour le compte d'un agent immobilier. Sa particularité tient au fait qu'il exerce son activité, non depuis une agence physique, mais depuis son domicile, en présentant les offres exclusivement sur un site internet, généralement celui de l'agent immobilier mais pas nécessairement[4].

Le procédé présenterait des avantages à tous les niveaux :

- Le négociateur bénéficie du statut protecteur d'agent commercial – depuis qu'il est ouvert aux négociateurs immobiliers[5] – ou, plus rarement, de portage salarial.

- l'exercice de l'activité n'obéit pas aux mêmes contraintes que celle imposées par une agence physique, réduisant ainsi les coûts[6] , notamment liés aux contraintes administratives, ce qui corrélativement, réduit les frais pour les clients.

---

[1] Cet article est paru *in* Mélanges P. Le Cannu, éd. Lextenso/Dalloz/Thomson-Transactive/IRJS, 2014

[2] V. encore récemment : Commission, « un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne », COM(2011) 942 final du 15 janvier 2012 . http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/communication_2012_fr.htm.; ADLC, Avis 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

[3] Par exemple « proprietes-privees.com », « jesuisagentimmobilier.com » ou « hotim.fr »…

[4] V. infra.

[5] V. infra.

[6] Comp. s'agissant des « *pure players* » en matière de distribution de produits et non de service, V. Avis 12-A-20, n° 98.

- l'agent immobilier assure l'expansion de son réseau, avec d'autant plus de facilité que le marché n'est pas limité géographiquement

On peut toutefois se demander si de tels avantages sont bien réels. Si l'on comprend que, par souci d'autopromotion, les réseaux d'agence immobilière en ligne mettent l'accent sur certains avantages, il y a lieu de s'interroger sur les obstacles qui entravent à la fois le choix d'un statut protecteur au profit des négociateurs (I) et l'exercice simplifié de leur activité (II).

I. Les contraintes tenant au choix d'un statut

L'intermédiaire chargé d'intervenir entre un vendeur et un acheteur potentiels peut exercer son activité sous plusieurs qualités, selon son degré d'indépendance, la nature ou l'étendue de sa mission. Dans certains cas, il relève d'un statut légal (salarié, VRP, agent commercial, courtier…), mais pas nécessairement (mandataire de droit commun ou prestataire de service).

S'agissant plus spécialement du négociateur immobilier à domicile, deux statuts légaux sont le plus souvent proposés : le portage salarial et l'agence commerciale. Or l'un comme l'autre soulèvent des difficultés qui pourraient en contrarier l'utilisation.

A. Le portage salarial

1°. La possibilité du statut

Le portage salarial désigne « *un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle* »[7].
Dans le cadre qui nous préoccupe, l'opération de portage met en présence trois personnes, un salarié porté (le négociateur), une entreprise utilisatrice (l'agent immobilier) et une société de portage ; au titre de deux rapports contractuels, l'un entre le porté et la société de portage et l'autre entre la société de portage et l'entreprise utilisatrice.

Sur le principe, rien ne s'oppose à ce que la situation juridique du négociateur repose effectivement sur ce mécanisme juridique, si tant est que l'entreprise de portage soit identifiée.

[7] C. trav. art. L. 1251-64.

On relèvera toutefois qu'un accord relatif au portage salarial signé par certains partenaires sociaux[8] mais dont l'application est subordonnée à l'adoption de dispositions législatives et réglementaires, réserve le portage salarial pour des tâches occasionnelles ne relevant pas de l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice (art. 1.3). Si ce texte devait entrer en vigueur, les agents immobiliers ne pourraient recourir à ce mécanisme, puisque l'activité du négociateur-porté correspondrait exactement à l'activité normale et permanente de l'agent immobilier-entreprise utilisatrice. Le recours portage serait alors interdit.

2°. L'opportunité du statut

En l'état actuel du droit positif, une difficulté peut se présenter, tenant à l'application du droit social au négociateur porté. Si la qualification du contrat de travail liant le porté à la société de portage est discutée en raison de la question du lien de subordination juridique, il est certain que le salarié porté bénéficie de la protection du Code du travail dans ses rapports avec la société de portage. La Cour de cassation considère, en effet, que le contrat de portage salarial est soumis aux règles d'ordre public du droit du travail. En conséquence, d'une part, la société de portage ne peut cesser de rémunérer le porté au motif qu'il n'a pas exercé de mission alors qu'elle est responsable de cette situation en sa qualité d'employeur débiteur de l'obligation de fournir du travail au salarié et, d'autre part, les juges du fond doivent vérifier « *si les conditions de la rémunération [du porté] découlant des dispositions contractuelles régissant sa relation de travail salariée avec la société [de portage], et notamment si les prélèvements opérés par cette dernière dans ce cadre, étaient conformes aux dispositions légales* »[9].
Le négociateur relevant du portage salarial doit donc bénéficier des dispositions impératives du droit du travail relatives, notamment, à l'obligation pour l'entreprise utilisatrice de fournir un travail et, surtout, au droit pour le négociateur à un salaire conforme au minimum légal qui n'est pas nécessairement compatible avec une rémunération sous la seule forme de commissions perçues sur les opérations réalisées par son intermédiaire.

B. L'agence commerciale

L'article 4 alinéa 2 de la loi du 2 janvier 1970, dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 2006, permet d'appliquer le statut d'agent commercial au négociateur à domicile. En résulte une double difficulté tenant à l'applicabilité des critères de l'agence commerciale et leur application.

1°. L'applicabilité des critères

[8] Accord du 24 juin 2010, signé par le PRISME, la CFDT, la CFTC, la CFE-CGC et la CGT.
[9] Cass. soc., 17 février 2010 : Bull. civ. V, n° 41.

L'article 4 alinéa 2 de la loi Hoguet dispose désormais que « *Les dispositions du chapitre IV du titre III du livre Ier du code de commerce sont applicables aux personnes visées au premier alinéa lorsqu'elles ne sont pas salariées* ».
Ce nouveau dispositif pourrait laisser croire que, dès lors que le négociateur immobilier n'est pas un salarié, le statut d'agent commercial s'applique, sans qu'il soit nécessaire d'en vérifier les conditions d'application.

Une telle interprétation doit toutefois être écartée.

La modification de l'article 4 est intervenue dans le seul but de mettre fin à une jurisprudence refusant d'appliquer le statut d'agent commercial au négociateur immobilier qui en remplissait pourtant les conditions de fond prévues à l'alinéa 1er de l'article L. 134-1 du Code de commerce[10]. Ce refus s'expliquait par le fait que l'alinéa 2 de l'article L. 134-1 du Code de commerce exclut l'application du statut d'agent commercial aux professions spécialement réglementées, étant précisé que le négociateur immobilier relève d'une législation particulière au travers de la loi Hoguet.

Une telle modification doit donc être interprétée comme permettant l'application du statut d'agent commercial au négociateur immobilier si tant est qu'il en remplisse les conditions[11]. Cette interprétation s'impose d'autant plus que l'application de l'ensemble des dispositions relatives aux agents commerciaux, visée précisément par l'article 4, inclut notamment l'article L. 134-1 alinéa 1er C. com. qui définit l'agent commercial.

2°. L'application des critères

La qualification d'agent commercial est subordonnée, notamment, à deux conditions qui, en présence d'un négociateur immobilier, peuvent poser difficultés. Il s'agit, d'une part, de l'indépendance et, d'autre part, du pouvoir de négocier et conclure les actes au nom et pour le compte du mandant.

a) L'indépendance

L'indépendance juridique est affirmée, non seulement à l'article 4 de la loi du 2 janvier 1970 qui réserve l'application de l'agence commerciale aux non salariés, mais également à l'article L. 134-1 C. com. exigeant de l'agent commercial qu'il agisse de manière indépendante, sans être lié par un contrat de travail.

[10] S. Brena, Agent immobilier, J-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 3400, 2009, n° 118. Sur la genèse du dispositif, V. également J.-M. Leloup, note sous Cass. 1er. civ., 4 novembre 2011 : RJ com. 2011, p. 553.
[11] Dans le même sens, S. Brena, note sous Cass. civ. 1er, 28 avril 2011, Rev. Lamy Dr. Aff. oct. 2011, p. 20.

Le négociateur immobilier qui prétend au statut d'agent commercial ne doit donc pas être placé dans un état de subordination juridique à l'égard de l'agent immobilier pour le compte duquel il exerce son activité.
L'indépendance juridique a été contestée pour les négociateurs immobilier exerçant leur activité de manière traditionnelle, c'est-à-dire à partir d'une agence physique, dès lors qu'ils n'ont aucune installation personnelle, doivent assurer une permanence de l'agence et voient leurs activités strictement réparties[12].

Elle semble moins douteuse pour les négociateurs à domicile qui ne paraissent pas soumis à des contraintes de nature à caractériser un état de subordination juridique.

Certains réseaux d'agents immobiliers désignent toutefois des animateurs, désigné *manager* ou *coach*, eux-mêmes négociateurs expérimentés, chargés de soutenir et accompagner les négociateurs à domicile. Dans ces cas, les négociateurs à domicile sont placés à l'égard de ces animateurs, dans une relation dont la nature peut varier selon la mission confiée à ces derniers. Il semble généralement s'agir d'un simple soutien logistique exclusif en tant que tel de toute subordination juridique, les réseaux insistant d'ailleurs sur l'indépendance des négociateurs. L'ampleur des instructions données, la fréquence des contrôles exercés et l'importance des moyens fournis au négociateur pourraient toutefois révéler un état de subordination juridique vis-à-vis de l'agent immobilier. Il convient alors de déterminer au cas par cas s'il existe ou non un faisceau d'indices suffisant pour établir un état de subordination juridique.

b) Le pouvoir de négocier et de conclure

Selon l'article L. 134-1 C. com., l'agent commercial est chargé « *de négocier, et, éventuellement, de conclure des contrats* » au nom et pour le compte du mandant, en l'occurrence l'agent immobilier pour le compte duquel le négociateur exerce son activité.
La jurisprudence retient une interprétation restrictive de cette disposition qui conduit à se demander si le négociateur immobilier peut effectivement relever de la catégorie.

En premier lieu, le pouvoir de négocier est défini de manière étroite par la jurisprudence car il suppose de discuter, voire modifier, les termes du contrat proposé[13]. La négociation s'entend ainsi d'une activité d'entremise consistant à entrer en contact avec l'autre partie et à discuter avec elle les détails des prestations réciproques, ce qui n'est pas le cas lorsque l'intermédiaire est seulement chargé d'une partie des opérations matérielles liées au contrat, telles que l'information de l'autre partie, la réception et le traitement des demandes de contrat[14].

[12] J.-M. Leloup, note préc., p. 559.
[13] Cass. com., 27 oct. 2009, pourvoi n° 08-166.23 : Lettre distrib. 12/2009 ; Rev. Lamy dr. aff. 12/2009, p. 70, obs. M. Bourdeau et Ph. Grignon.
[14] CA Paris, 18 mars 2010, n° 09/06895 : jurisdata n° 2010-011470, confirmé par Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-18.577 : Contrats, conc. consom. 7/2011, n° 190, obs. N. Mathey ; Concurrences 4/2011, p. 110, obs. D. Ferré ; D. 2012, 581, obs. D. Ferrier.

Sont donc exclus du statut d'agent commercial les négociateurs immobilier non habilités à discuter, au nom et pour le compte de l'agent immobilier, les termes des « mandats » signés par les candidats à la vente ou l'achat.

En second lieu, certains arrêts n'admettent la qualification d'agent commercial qu'en présence d'un pouvoir de conclure des contrats au nom et pour le compte du mandant[15], conformément à la notion de mandat[16]. Sont alors exclus du statut d'agent commercial les négociateurs immobilier non habilités à conclure, au nom et pour le compte de l'agent immobilier, des « mandats » avec les candidats à la vente ou l'achat.

Cette définition étroite de l'agent commercial est de nature à limiter fortement l'application du statut aux négociateurs immobiliers, en l'écartant lorsqu'ils ne négocient pas au sens strict mais s'entremettent seulement pour le compte d'un agent immobilier – hypothèse prévue à l'article 4 alinéa 1er de la loi du 2 janvier 1970. Si, par ailleurs, ils agissent de manière indépendante, le statut de salarié doit également leur être refusé. Pour autant, ils ne sont pas dans une situation illicite du seul fait qu'ils ne relèvent pas d'un statut légal. Ils relèveront, selon les cas, du courtage ou, plus souvent, du mandat d'intérêt commun à condition qu'il ait le pouvoir de conclure[17].

II. Les contraintes dans l'exercice de l'activité

Deux dispositions de la loi Hoguet sont susceptibles de rendre plus difficile, voire impossible, l'activité de négociateur à domicile : d'une part, l'interdiction pour le négociateur immobilier de recevoir ou détenir de sommes d'argent ou effets et, d'autre part, l'encadrement de la direction d'une succursale pour le compte de l'agent immobilier.

A. L'interdiction de la réception ou détention de sommes d'argent ou d'effets

[15] Cass. com., 24 septembre 2003, n° 02-012.265 qui énonce : « *qu'après avoir justement énoncé que, contrairement au commissionnaire ou au courtier, l'agent commercial est un mandataire, qui représente de façon permanente une ou plusieurs personnes et fait à ce titre des actes juridiques pour le compte de ses mandants qui se trouvent ainsi engagés, et rappelé que* [le prétendu agent commercial] *a la charge de la preuve de ce que les relations entretenues sont celle d'agent commercial, l'arrêt, constatant l'absence de contrat écrit, retient que la note du 22 avril 1996 propose que* [le prétendu agent commercial] *agisse avec ou sans engagement avec ses fournisseurs et précise que* [le prétendu mandant] *conserverait toute autorité et action sur son secteur* ».

[16] Cass. com. 20 mai 2008, n° 07-13.488 et 07-12.234 : Contrats, conc. consom. 7/2008, nº 175, comm. N. Mathey ; Rev. Lamy dr. aff. 7-8/2008, p. 97, obs. M. Bourdeau et Ph. Grignon, qui écarte la qualification de mandataire d'intérêt commun, en l'absence de pouvoir de conclure.

[17] Retenant la qualité de mandataire d'intérêt commun avant la loi du 13 juillet 2006 : Cass. 1er civ., 10 avril 2008, n° 05-15079 ; CA Pau, 23 avril 2007 : JurisData n° 2007-338972 ; CA Versailles, 10 mai 2007 : JurisData n° 2007-341062. Dans ce cas, le négociateur à domicile n'étant pas un agent commercial, il ne pourra pas revendiquer l'indemnité de cessation prévue à l'article L. 134-12 du Code de commerce ; mais étant mandataire d'intérêt commun, il pourra revendiquer – sauf disposition conventionnelle contraire – une indemnité de résiliation lorsque celle-ci intervient sans juste motif.

Selon l'article 4 alinéa 2 de la loi Hoguet, le négociateur indépendant ne peut en aucun cas « *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 1er de la présente loi* ». Lui est-il dès lors possible de se voir remettre par les acquéreurs, notamment, le chèque de dépôt de garantie afin de le transmettre à l'agent immobilier pour le compte duquel il agit, en vue l'encaissement sur le compte séquestre ? Une réponse négative s'impose au regard du domaine de l'interdiction, ce qui conduit à s'interroger sur sa sanction.

1°. Le domaine de l'interdiction

a) La lettre du dispositif

Se trouvent, d'abord, visées les « *sommes d'argent, biens et effets* ». Le chèque relève incontestablement de la dernière catégorie puisque l'effet se définit comme un titre qui donne droit au paiement d'une somme d'argent, ce qui correspond précisément à la notion de chèque[18].
Se trouve, ensuite, visé le fait de « *recevoir, détenir et disposer* ». Selon le Dictionnaire Capitant, la réception, nécessairement prise ici dans son sens non technique, désigne « *le fait matériel de recevoir un objet* » ou « *plus spécialement, l'action de recevoir paiement et d'en donner quittance* » et la détention désigne le « *pouvoir de fait exercé sur la chose d'autrui* » ou « *le pouvoir de fait sur une chose, le fait d'en avoir la maîtrise effective* ».

Au regard de ces définitions, la remise par l'acquéreur d'un chèque au négociateur immobilier implique à la fois sa réception et sa disposition par celui-ci, en vue de sa transmission à l'agent immobilier pour le compte duquel il agit.

b) L'esprit du dispositif

Cette analyse est confortée par l'esprit du dispositif qui tend, dans un secteur fortement réglementé, à prévenir une utilisation frauduleuse des sommes d'argent, biens, effets ou valeurs remis à un professionnel qui ne présenterait pas les garanties que l'article 3 de la loi Hoguet exige de l'agent immobilier.
Lorsque le négociateur est salarié d'un agent immobilier, cette prévention est assurée précisément par le lien de subordination juridique, qui permet, sinon impose, un contrôle étroit du second sur le premier en le rendant, de surcroît, civilement responsable de son subordonné[19].
En revanche, lorsque le négociateur est indépendant, de tels contrôle et responsabilité sont exclus, de sorte que la prévention, en l'absence des mêmes garanties offertes par le négociateur que celles requises de l'agent immobilier, résulte nécessairement de l'interdiction qui lui est faite de recevoir, détenir ou disposer de toute sommes d'argent, biens, effets ou valeurs.

[18] V. Dictionnaire juridique CAPITANT qui, sous la notion d'effet renvoie au chèque, et réciproquement.
[19] C. civ., art. 1384 al. 5

2°. La sanction de l'interdiction

Alors que des sanctions pénales frappent la violation de certaines dispositions de la loi Hoguet, aucune ne sanctionne spécialement l'interdiction pour le négociateur immobilier de recevoir des chèques des acquéreurs.
La sanction ne peut donc être que civile. Elle pourrait, notamment, prendre la forme d'une action en concurrence déloyale, exercée en l'occurrence par des concurrents directs que sont les agents immobiliers traditionnels. Cette action semble pouvoir aisément prospérer dès lors que, d'une part, il est parfaitement admis que la déloyauté du comportement puisse résulter du non-respect d'une réglementation légale[20] et, d'autre part, la jurisprudence considère que l'existence du dommage s'infère nécessairement des actes déloyaux[21].

Si l'action en concurrence déloyale donne lieu à l'attribution de dommages-intérêts, elle permet surtout d'obtenir la cessation de la pratique illicite, tenant, en l'occurrence, à la réception par le négociateur immobilier des chèques des acquéreurs. Comme il a été souligné, « *les actes déloyaux constituent un abus de la liberté du commerce et engendrent un trouble à l'ordre public économique. Dès lors, tout opérateur économique a un intérêt né et actuel à voir cesser un tel trouble, indépendamment du préjudice qu'il subit spécifiquement. L'ouverture d'une action en concurrence déloyale est donc uniquement conditionnée par la faute* »[22].

B. L'encadrement de la direction d'une succursale

Selon les articles 3 alinéa 6 de la loi Hoguet et 8 alinéa 1er de son décret d'application, celui qui assure la direction d'un établissement, d'une succursale, d'une agence ou d'un bureau dépendant du titulaire de la carte professionnelle doit procéder à une déclaration préalable d'activité et doit justifier de la même compétence professionnelle et moralité que celles requises de l'agent immobilier.

De telles exigences s'appliquent-elles au négociateur indépendant qui exerce son activité via internet, où il n'affiche aucune adresse locale et ne mentionne qu'un numéro de téléphone portable ? La question revient à se demander si le lieu particulier d'exercice de l'activité que constitue le site internet correspond aux notions « *d'établissement, succursale, agence ou bureau* » et si, dans l'affirmative, le négociateur indépendant en assure la « direction ».

[20] G. Ripert et R. Roblot, Du droit commercial au droit économique, t. 1, par Vogel, 19e éd. LGDJ, 2010, n° 718. Par ex. Cass. com., 1er avril 1997 : Bull. civ. IV, n° 87 : « *Ayant relevé que les sociétés défenderesses n'ont pas respecté la réglementation fixant le prix du livre et ont ainsi causé un préjudice au demandeur qui commercialisait des ouvrages de même nature, une cour d'appel a pu les condamner pour concurrence déloyale* ».
[21] Cass. com., 9 février 1993 : Bull. civ. IV, n° 4 ; Cass. com., 9 octobre 2001, n° 99-16512 ; Cass. com., 8 juillet 2003, n° 01-13052 ; Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-14422.
[22] G. Ripert et R. Roblot, ouvr. préc., n° 720.

Les réponses sont loin d'être évidentes, d'autant que la situation des négociateurs à domicile est variable. Certains sont identifiables de manière autonome car ils ont leur propre site au sein du réseau mis en place par l'agent immobilier[23], tandis que d'autres ne sont pas identifiables autrement que par les annonces qu'ils déposent sur le site de l'agent immobilier[24].
Dès lors, il convient de se demander si la qualification de succursale est applicable au site internet du négociateur immobilier dans le premier cas ou à son domicile dans le second.

1°. L'application du dispositif au site internet du négociateur

L'application dépend de la qualification donnée au site internet et au négociateur qui l'exploite.

a) La qualification du site internet

La qualification juridique du site internet pose de manière récurrente difficulté, en raison du silence du législateur qui n'a souvent raisonné que par rapport au point de vente physique, soit qu'il n'a pu prévoir l'apparition du commerce par internet, soit qu'il ne l'ait pas intégré dans la législation, comme c'est évidemment le cas de la loi Hoguet.

Selon la DGCCRF, le site internet du négociateur à domicile ne répondrait pas à la définition des locaux visés par l'article 8 du décret[25].

Cette analyse paraît discutable.

On relèvera déjà qu'un site internet peut être qualifié de point de vente, voire de fonds de commerce.
Certes, les juges retiennent qu'en droit de la concurrence, l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs de revendre sur internet ne saurait être assimilée à l'interdiction – admise par l'article 4-c du règlement 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 § 3 T.FUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées – de revendre à partir d'un lieu d'établissement non autorisé[26]. De plus, la création d'un site internet par le fournisseur ne constitue pas une atteinte à l'exclusivité territoriale consentie au distributeur car elle n'équivaut pas à la création d'un point de vente dans le territoire concédé à celui-ci[27].
Pour autant, il n'est nullement affirmé que le site internet n'est pas un point de vente, ce qui, au demeurant, serait pour le moins douteux puisqu'il faudrait en déduire que les « pure players », dépourvus de point de vente physique et n'exerçant leur activité que par internet, n'ont aucun point de vente.

[23] Par exemple « proprietes-privees.com »
[24] Par exemple « jesuisagentimmobilier.com » ou « hotim.fr »
[25] Courrier du 3 mars 2009, point 4.
[26] Paris, 29 oct. 2009, RG n° 08/23812.
[27] Cass. com., 14 mars 2006 : Bull. civ. IV, n° 65; Cass. com. 14 février 2012, n° 09-11689.

Un site internet pourrait donc constituer un point de vente, certes numérique, ce que conforte l'admission du fonds de commerce numérique par certaines décisions[28] et la doctrine[29].

Si le site internet peut être qualifié de point de vente, voire de fonds de commerce, il n'existe alors pas d'obstacle de principe à ce qu'il puisse être qualifié « *d'établissement, de succursale, d'agence ou de bureau* » au sens des dispositions de la loi Hoguet et de son décret d'application.
Aucun des termes employés ne fait l'objet d'une définition juridique précise et univoque. Certains sont définis de manière très large. Ainsi, l'agence désigne selon le Dictionnaire Capitant « *un organisme (autonome ou dépendant d'un autre) destiné à servir d'intermédiaire, d'auxiliaire ou d'antenne, dans un secteur spécialisé de services, de recherche ou d'études, dont la forme juridique est très variable* », ce qui, en-soi, peut correspondre au site internet grâce auquel le négociateur exerce précisément une activité d'intermédiaire au nom et pour le compte de l'agent immobilier.
La réunion, dans une même formule, des notions « *d'établissement, de succursale, d'agence ou de bureau* » apparaît alors particulièrement accueillante et permet de viser tout local, émanant de l'entreprise de l'agent immobilier mais rattaché à celle-ci, à partir duquel l'activité est exercée, qu'il reçoive la clientèle (succursale, établissement) ou non (bureau, voire agence) et qu'il soit ouvert à titre temporaire ou non[30].
Or, « *la jurisprudence définit le mot « local » comme un espace clos et couvert où l'exploitant, sinon la clientèle, peut entrer (…). Le mot permet de désigner « ce qui occupe une portion d'espace » ou « qui concerne la localisation, l'attribution d'une position »* », de sorte que rien ne s'oppose « *à ce que la jurisprudence considère comme un local l'espace ou la portion d'espace d'un disque dur* » utilisé par le cyber-commerçant[31].

Face au caractère très ouvert de la catégorie, il paraît discutable d'exclure le site internet.
Celui-ci, d'une part, permet au négociateur d'exercer la même activité que celle développée à partir d'un local physique ; d'autre part, fait l'objet d'une identification précise à travers une adresse IP permettant que chaque site internet dispose d'un identifiant unique le distinguant sur le plan informatique de tous les autres et à travers un nom de domaine qui, selon plusieurs auteurs, tient, notamment, de local[32].
Par ailleurs, le contenu de la déclaration préalable exigée du négociateur par le décret du 20 juillet 1972, est adapté au site internet exploité par le négociateur immobilier, puisque se

[28] CA Paris, 28 janv. 2005 : RTD com. 2005, p. 250. - CA Paris, 20 nov. 2003 : Comm. com. électr. 2004, comm. 159.
[29] G. Desgens-Pasanau, Notion de fonds de commerce et internet, J-Cl. Entreprise indiv., fasc. 1080 – J. Mestre et M.-E. Pancrazi, Droit commercial, 28e éd. LGDJ, n° 685-24 - A. Mendoza-Caminade, La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique ?, Mélanges Ph. Le Tourneau, Dalloz 2008. - O. Savary et E. Dubuisson, Les fonds du XXIe siècle : le temps de l'innovation, 105e congrès des notaires, 2009, p. 946 et s. - P. Stoffel-Munck et G. Decocq, L'avènement du fonds de commerce électronique, Gaz. Pal. 31 mai 2009, p. 52.
[30] Décret du 20 juillet 1970, art. 4.
[31] J. Mestre et M.-E. Pancrazi, Droit commercial, 28e éd. LGDJ, n° 685-27.
[32] G. Loiseau, Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif : D. 1999, doctr., p. 245. - E. Tardieu-Guigues, Attribution et contentieux des noms de domaine, JCl. Commercial 2006, Fasc. 805. L. Grynbaum, Règlement alternatif des conflits pour l'enregistrement d'un nom de domaine en .fr., Rev. Lamy. dr. immat. 2007, p. 32.

trouvent visés l'état civil, la profession, le domicile et le lieu de l'activité professionnelle du titulaire de la carte professionnelle (art. 2 alinéa 3 auquel renvoie l'art. 8), ainsi que l'état civil, la qualité et le domicile personnel du déclarant (art. 8 alinéa 3).

b) La qualification du négociateur exploitant le site internet

Selon l'article 8 du décret, la déclaration préalable est souscrite par celui qui assume la direction d'un établissement, succursale, agence ou bureau.

L'Administration semble exclure qu'un négociateur indépendant soit qualifié de directeur au sens du texte, au motif que cette qualité doit être réservée à ceux placés dans un état de subordination juridique à l'égard de l'agent immobilier[33].

Cette analyse est discutable à un double titre.
D'abord, elle est contraire à la lettre du texte, puisque l'article 2 alinéa 4 du décret envisage expressément une direction de l'entreprise d'agence immobilière assumée par un préposé ou un gérant, mandataire ou salarié. Certes, l'entreprise ici visée est celle qui développe l'activité d'agent immobilier. Pour autant, ce dispositif montre qu'en matière d'agence immobilière, la solution est conforme à ce qui a toujours été admis en matière de gérance d'entreprise en général, soit la possibilité de confier la gérance d'une entreprise – établissement principal ou succursale – à un non salarié.

Ensuite, et de manière plus générale, il est parfaitement établi qu'un directeur de succursale ou d'établissement puisse être un mandataire non salarié[34]. La loi d'ailleurs a récemment créé le statut de gérant-mandataire de fonds de commerce (C. com., art. L. 146-1) qu'elle désigne également comme le « *gérant-mandataire de l'établissement* »[35].

Il n'existe donc aucune incompatibilité de principe entre les qualités de négociateur immobilier indépendant et de directeur de succursale. Il convient toutefois de vérifier que le négociateur à domicile exerce bien une fonction directoriale, ce qui devrait seulement impliquer une gestion autonome du site internet par l'intermédiaire duquel il exerce son activité, se traduisant par la maîtrise du dépôt des annonces et de leur suivi auprès de la clientèle.

2°. L'application du dispositif au domicile du négociateur

Dans l'hypothèse où le négociateur est dépourvu de site internet propre, se pose la question de savoir si son domicile correspond à une agence ou bureau au sens de l'article 3 de la loi

[33] Circulaire du Ministère de la justice du 16 décembre 2004 ; Courrier de la DGCCRF du 3 mars 2009.
[34] S. Castagné, J-Cl. Entreprise indiv. Fasc. 4760, Gérance de fonds de commerce – Gérance salariée, Gérance-mandat ; Y. Chalaron, Rép. trav., V° Gérants de succursales, n° 3 ; H. Kenfack, Rép. com. V° Gérance de Fonds de commerce, n° 77 ; notre étude Gérance-mandat, J-Cl. com, fasc. 323, 2008.
[35] C. com., art. R. 123-223, 10°, qui désigne ainsi le gérant de fonds de commerce visé à l'article L. 146-1 C. com.

Hoguet et l'article 8 du décret d'application, puisque dans l'affirmative, obligation est faite de procéder aux déclarations prévues par ces deux dispositifs.

De prime abord, il peut paraître curieux de présenter le domicile du négociateur comme un bureau ou une agence de l'agent immobilier. A s'en tenir à la lettre du texte, le domicile du négociateur ne correspondrait donc pas à l'un des locaux visés par le texte.

Pourtant, le négociateur exerce son activité depuis son domicile, comme l'exprime d'ailleurs l'appellation de « négociateur à domicile » utilisée par les agents immobilier[36], dont certains admettent « *qu'une agence immobilière peut avoir 3 formes : l'agence classique qui a pignon sur rue avec une vitrine, être « en étage » (c'est-à-dire travailler à partir de bureaux sans vitrine), ou encore être un réseau immobilier, comme nous, qui n'offre pas de bureau à ses agents, mais qui vous permet de travailler à partir de votre domicile* »[37].
Ensuite, la déclaration requise par les textes vise notamment à permettre de contrôler les remises faites par les candidats à l'achat et propres à chaque succursale, établissement, agence ou bureau, en indiquant le lieu où ce contrôle doit s'effectuer. En effet, il doit être tenu un registre-répertoire pour les versements et remises particuliers à chaque établissement, succursale, agence ou bureau, sous la responsabilité de la personne qui dirige ce lieu de distribution déconcentré des services du titulaire de la carte professionnelle[38]. Dans l'hypothèse où le négociateur à domicile est habilité à recevoir des sommes, ce qui suppose sa qualité de salarié[39], la déclaration devrait alors s'imposer au regard de la finalité du dispositif.

Décembre 2012

[36] V. par ex. « proprietes-privees.com », « jesuisagentimmobilier.com » ou « hotim.fr ».
[37] Brochure disponible sur le site de « jesuisagentimmobilier.com ».
[38] Décret du 20 juillet 1972, art. 51.
[39] V. supra.