

# La Lettre

Juin 2013

de

**C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre Lyon**



## N° SPECIAL IMMOBILIER

### EDITO

« *Immobilisme, non ! Immobilier, oui !* »

Chacun sait le contexte difficile dans lequel s'inscrit l'activité des entreprises, et donc la vôtre, lecteurs de cette lettre.

Mais les chefs d'entreprise ne peuvent ni ne doivent jouer leur rôle et assumer leurs responsabilités au seul chant des moroses et des pleureurs, ou pire encore des naïfs ! Entre les « Ça ira mieux demain, vous allez voir », et les « Tout est fichu de toute façon », il faut avancer, choisir, orienter et construire.

Et si nous parlions d'opportunités ?

Car tout n'est pas noir et fermé : la crise actuelle, bien réelle, doit aussi être l'occasion du questionnement. Comment faire face, s'adapter, se transformer ? Quelles chances sont offertes, quels changements (même s'ils sont courageux et perturbants) est-il possible d'engager ?

Car réfléchir, envisager, proposer est la vie même de l'entreprise et de son dirigeant. Pour ses clients, ses partenaires, ses salariés.

C'est à cela que notre cabinet souhaite de plus en plus contribuer à vos côtés.

Cette lettre fait un tour d'horizon de questions propres au domaine de l'immobilier. Qu'elle vous soit une nouvelle occasion de mesurer les compétences que nous pouvons vous proposer.

François Coutard,  
Président

### L'AGENDA

**Jeudi 20 juin 2013 de 9h à 12h : Actualités Sociales**

**Manifestation THEMIS DROIT SOCIAL animée par Françoise Albrieux-Vuarchex, Guillaume Bossy et Christophe Girard.**

Rencontre portant sur l'actualité sociale avec un focus sur la loi de sécurisation de l'emploi, l'analyse du contrat de génération, le rappel des obligations en matière de prévoyance et les dernières jurisprudences.

**Mercredi 10 juillet 2013 à 8h30**

THEMIS Spécial IMMOBILIER animé par Walter Salamand sur le thème du « Financement des équipements publics dans les opérations d'aménagement et de construction » avec la participation de Bernard Badon, responsable pour le Grand Lyon de la mission Part-Dieu.

Yves Delaire fera une présentation des mesures du gouvernement en faveur de la construction.



**Jean-Guillaume MONIN**

Avocat associé

Prestation de serment :  
1993

jean-guillaume.monin@lyon.cms-bfl.com

Depuis 20 ans, je consacre une part importante de mon activité au contentieux de la construction. Durant cette période, ce contentieux a évolué. Désormais, le contentieux des désordres de garantie décennale est géré par les compagnies d'assurance et leurs avocats attirés.

Notre activité contentieuse est désormais essentiellement tournée vers la résolution des **incidents du chantier** (retard, malfaçons avant livraison,...) ou de litiges essentiellement **contractuels** (comptes du marché, résiliation, surcoûts de chantier).

Cette expérience éprouvée du contentieux du marché de travaux m'a logiquement conduit à développer une activité de **conseil et d'assistance dans la rédaction des pièces écrites des marchés de travaux** et la gestion en amont des difficultés rencontrées par les maîtres d'ouvrage sur les chantiers.

Cette activité de conseils s'est développée au droit immobilier de sorte que nous proposons aujourd'hui à nos clients **une assistance juridique à maîtrise d'ouvrage** couvrant, avec le concours des autres spécialités du Cabinet, l'ensemble des problématiques juridiques et fiscales de nos clients maîtres d'ouvrage, professionnels ou pour leurs besoins propres.

Fort de cette expérience, j'anime aujourd'hui au sein du Cabinet Bureau Francis Lefebvre Lyon une **équipe d'avocats et de professionnels du droit immobilier et du droit de la construction** ayant des formations et des expériences professionnelles variées qui sont au service de nos clients.

Je suis heureux de vous les présenter et de vous proposer la lecture des articles qu'ils ont rédigés sur des problématiques juridiques auxquelles vous êtes confrontés régulièrement.



**Anne Charlotte GOURSAUD-TREBOZ**

Avocat

Prestation de serment : 2001

Formation :

- DEA de droit communautaire Strasbourg
- Conseil des communautés DG environnement
- Contentieux construction, immobilier et baux



**Vincent VENDRELL**

Juriste

Formation :

- Docteur en Droit Privé – Immobilier et construction ;
- Diplôme Supérieur du Notariat ; Master II Droit Notarial ;
- Cadre juridique SNI (Caisse des Dépôts) ;
- Notaire assistant.



**Nawel FERHAT**

Avocat

Prestation de serment : 2012

Formation :

- Master 2 Droit immobilier
- Master 1 Droit public
- Ancienne juriste en droit public (marchés publics)
- Conseil et contentieux en immobilier – construction - urbanisme



**Taniev LABÉJOF**

Avocat

Prestation de serment : 2012

Formation :

- Master II Droit privé spécialité « Banque, Assurance et Immobilier »
- Conseil et contentieux en immobilier – construction – assurance
- Droit des affaires

# Ventes en l'Etat Futur d'Achèvement (VEFA) : Faut-il déclarer et mesurer des mètres carrés ou des mètres « Carrez » ?

Par Vincent Vendrell



Cette question, jusqu'alors cantonnée aux cercles de spécialistes, connaît actuellement un développement judiciaire éclatant, digne d'un véritable feuilleton.

A l'origine, deux courants doctrinaux s'opposent au sujet de l'application dans la vente en état futur d'achèvement des dispositions de la loi, dite « Carrez », du 18 décembre 1996, insérée à l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété.

En effet, la loi « Carrez » est liée à la copropriété, au lot de copropriété. Ainsi, un premier courant considère qu'au jour de la VEFA, l'immeuble n'étant pas achevé, le statut de la copropriété ne s'applique pas, donc la loi « Carrez » ne peut pas jouer. A l'opposé, le second courant estime que, dès la VEFA, les lots de copropriété sont déjà juridiquement constitués et identifiés sous forme de lots à construire, donc la loi « Carrez » est applicable.

Dans ce contexte, deux décisions remarquées quant à leurs solutions diamétralement opposées ont été rendues. Le 27 novembre 2006, la Cour d'Appel de Pau fait application de l'article 46 de la loi de 1965 (arrêt n° 05/02511), tandis que, le 16 décembre 2008, la Cour d'Appel de Chambéry rejette cette possibilité (arrêt n° 07/02323).

Face à cette insécurité juridique, un arbitrage de la Haute juridiction était attendu. Ce fut chose faite dans un arrêt du 11 janvier 2012, n° 10-22.924, où la Cour de Cassation s'est prononcée en faveur du droit commun du défaut de contenance au détriment des dispositions de la loi « Carrez ».

Partant, l'acquéreur d'un logement neuf, victime d'une différence de surface de 5 % en moins entre la superficie promise dans sa VEFA et la superficie réelle de son logement, devrait agir sur la base de l'article 1618 du Code civil et non sur celle de l'article 46 de la loi de 1965. Autrement dit, le promoteur n'aurait pas besoin de déclarer la surface « Carrez » lors du contrat et l'acquéreur ne pourrait s'en prévaloir une fois en possession des lieux.

Néanmoins, le conditionnel s'impose suite à un rebondissement provoqué par une décision de la Cour d'Appel de Lyon du 27 novembre 2012, n° 11/04200. Dans cette affaire où la superficie privative « Carrez » était de 66,74 m<sup>2</sup>, au lieu de la superficie habitable de 76,70 m<sup>2</sup> mentionnée dans la VEFA, les magistrats lyonnais considèrent sans détours qu'« un lot de copropriété a une existence juridique avant même que la construction ne soit achevée » et accueillent en conséquence la demande en diminution du prix de l'acquéreur fondée sur l'article 46 de la loi de 1965.

Cette résistance amène à s'interroger sur les enjeux des deux textes en lice.

En apparence, les articles 1618 et suivants du Code civil et l'article 46 de la loi de 1965 prescrivent tous deux la possibilité de réclamer, dans un délai d'un an, une diminution de prix pour une distorsion de surface d'au moins 5 %.

En substance, ils divergent cependant. D'une part, le Code civil évoque un « défaut de contenance » global, alors que la loi « Carrez » s'applique à une surface habitable plus stricte, celle des planchers des locaux clos et couverts après déduction de certaines surfaces (comme les murs et cloisons) et l'exclusion de certaines parties (celles inférieures à 1,80 mètre et à 8 m<sup>2</sup>). D'autre part, s'il est parfaitement admis en jurisprudence que l'action du Code civil peut être introduite dans l'année de la livraison, l'article 46 de la loi de 1965, d'ordre public, impose lui, d'agir dans l'année de l'acte de vente.

Au final, les discordances jurisprudentielles révèlent surtout qu'aucun des deux textes n'est vraiment adapté à la VEFA et que, selon les cas, l'un ou l'autre peut avantager ou desservir le promoteur comme l'acquéreur. Aucune règle générale ne peut donc être tirée à ce stade, d'autant plus que, dans le sillage de la Cour d'Appel de Lyon, deux nouvelles décisions contradictoires ont été encore rendues. La Cour d'Appel de Rennes, le 20 décembre 2012, n° 09/07492, a opté pour la loi « Carrez » et celle de Versailles, le 14 janvier 2013, n°11/03456, contre son application.

Alors, à la question posée en titre, la réponse ne peut qu'être celle de la prudence, laquelle commande de déclarer et mesurer des mètres carrés et des mètres « Carrez » dans l'attente d'une solution définitivement tranchée.

# Le recours par le promoteur à l'assurance « dommage ouvrage » avant réception

Par Taniev LABEJOF, Avocat



Taniev Labejof

Au cours de la phase de chantier, le maître d'ouvrage peut subir les aléas de la défaillance d'une entreprise dans l'exécution de son marché.

Plus précisément, les prestations de l'entrepreneur peuvent être affectées de graves malfaçons et/ou désordres qui ne seront pas repris en raison de la mauvaise volonté de l'entreprise ou de sa mise en redressement ou liquidation judiciaire.

Pour pallier cette situation, le maître d'ouvrage a la possibilité d'actionner l'assurance dommages-ouvrage.

Cette assurance dite de chose a la particularité de pouvoir être actionnée avant la réception de l'ouvrage au contraire de l'assurance de responsabilité décennale de l'entreprise.

En effet, aux termes de l'article L.242-1 al. 8 du Code des assurances, « l'assurance dommages garantit le paiement des réparations nécessaires lorsqu'avant la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par celui-ci, de ses obligations ».

Le maître d'ouvrage doit donc d'abord mettre en demeure l'entreprise défaillante de remédier aux malfaçons et/ou désordres affectant ses prestations.

Si cette mise en demeure est « infructueuse », le maître d'ouvrage doit alors solliciter ou prononcer la résiliation du marché contracté avec l'entrepreneur défaillant.

La résiliation du marché peut également résulter d'une demande de l'administrateur judiciaire en cas de redressement ou liquidation judiciaire de l'entrepreneur défaillant.

Puis, le maître d'ouvrage procède à la déclaration de sinistre auprès de l'assureur dommages-ouvrage en lui joignant une copie de la mise en demeure et de la résiliation.

Toutefois, tous les dommages ne sont pas couverts ; seuls ceux relevant de l'article 1792 du Code civil sont concernés.

En d'autres termes, le maître d'ouvrage doit démontrer que la mauvaise prestation réalisée par l'entreprise défaillante constitue « un dommage, même résultant d'un vice du sol, qui compromet la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rend impropre à sa destination ».

De même, l'assurance dommages-ouvrage ne permet pas l'achèvement du marché en lieu et place de l'entrepreneur défaillant ; le maître d'ouvrage ne pourra pas solliciter de l'assureur le financement des travaux non-réalisés.

Cependant, l'article L.242-1 al. 8 précise que l'assureur est tenu de garantir « le paiement des réparations nécessaires ».

La Cour de cassation (Cass. civ 3<sup>ème</sup>, 14 déc. 2011, Bull. civ. III n°212) confirme que le montant de la garantie, qui doit être versé par l'assureur, « est égal au coût des travaux de remise en état des ouvrages dans la limite du coût total prévisionnel de la construction ».

À ce titre, cette assurance apporte un certain avantage pour le maître d'ouvrage si l'ouvrage comporte une importante malfaçon au point qu'un expert judiciaire préconise la démolition et la reconstruction ; l'assureur sera contraint de financer non seulement les mauvaises prestations réalisées par l'entreprise défaillante, mais également la reconstruction pour remettre l'immeuble dans son état.

À noter que, même si l'immeuble a été vendu en VEFA, le bénéficiaire de l'indemnité est le promoteur – maître d'ouvrage et non les acquéreurs, propriétaires du bien sinistré (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 déc. 2009, n° 09-65.697, Bull. civ. III n° 278.).

Ainsi, l'assurance dommages-ouvrage permettra au maître d'ouvrage d'obtenir les fonds nécessaires à la reprise des malfaçons et désordres occasionnés par l'entrepreneur défaillant.

Toutefois, il y a lieu de rappeler que l'indemnité versée par l'assureur dommages-ouvrage ne peut servir qu'au financement des réparations de l'ouvrage ; il est fondé à en obtenir le remboursement du trop-perçu ou de toute somme affectée à un autre usage.

# Les nouvelles exigences et les enjeux de la nouvelle réglementation thermique 2012

Par Anne-Charlotte GOURSAUD-TREBOZ, Avocat



[Anne-Charlotte Goursaud Treboz](#)

Les articles 3 à 6 de la loi « Grenelle 1 » du 3 août 2009 prévoient la mise en œuvre d'un programme de réduction de consommation énergétique pour les bâtiments. Cette volonté mise en place par le label ambitieux des bâtiments basse consommation (BBC) est devenue la norme applicable depuis l'adoption de la réglementation thermique 2012.

Cette réglementation a pour but de diviser la consommation énergétique par trois, ce qui permettra d'atteindre l'objectif de la réalisation de bâtiments à énergie positive en 2020.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les bâtiments neufs à usage d'habitation ainsi que les extensions, élévations de bâtiments existants sont concernés par cette nouvelle réglementation.

La réglementation thermique 2012 comporte trois exigences de résultat relatives à la performance du bâtiment.

Ces obligations sont d'ordre public et s'imposent à tous les acteurs de la construction et en premier lieu, au maître d'ouvrage lui-même. Les exigences portent aujourd'hui sur la performance globale du bâtiment et non sur les performances des éléments constructifs et des systèmes énergétiques pris séparément.

## Trois indices sont pris en compte pour apprécier cette obligation de résultat :

– **L'indice « Bbio »** permet de caractériser l'impact de la conception bioclimatique sur la performance énergétique du bâti. Il valorise la qualité intrinsèque de la conception du bâti. Sera pris en compte, entre autre, l'orientation, les apports du solaire, l'éclairage naturel, le niveau d'isolation, l'inertie, la compacité et la mitoyenneté.

Le « Bbio » du bâtiment doit être inférieur à la valeur du « Bbio max », référence qui est modulée en fonction de la typologie du bâtiment, de sa localisation géographique et de son altitude.

– **L'indice « Tic »** caractérise sa température intérieure conventionnelle. Là encore, le « Tic » du bâtiment doit être inférieur à la valeur de référence du « Tic ref ».

– **L'indice « Cep »** caractérise la consommation d'énergie primaire du bâtiment, il doit lui aussi être inférieur à la valeur maximale « Cep max ».

Cet indice porte sur les consommations énergétiques conventionnelles primaires sur cinq usages (chauffage, refroidissement, éclairage, production d'eau chaude

sanitaire, auxiliaires tels que les pompes et ventilateurs, déduction faite de la production d'électricité à demeure). Le non-respect de ces trois obligations est sanctionné pénalement. S'y ajoutent des sanctions civiles de droit commun et l'administration pourra exiger par ailleurs la mise en conformité de la construction.

La RT 2012 met également en place de manière obligatoire des exigences de moyens afin de maîtriser au mieux des dépenses énergétiques.

Il s'agit principalement du traitement des ponts thermiques, de la généralisation du principe du test de l'étanchéité à l'air des bâtiments, de l'obligation de mise en place de protection solaire, du recours aux énergies renouvelables. En outre, les baies vitrées doivent représenter une surface minimale d1/6 de la surface habitable

Le renforcement de ces exigences s'accompagne d'un renforcement des contrôles pour obtenir l'objectif de réduction énergétique.

Le contrôle de l'application de la RT 2012 sera opéré à deux étapes clés du processus de construction :

- au moment de la demande du permis de construire,
- et au moment de l'achèvement du bâtiment.

Pour être recevable, la demande de permis de construire devra être obligatoirement être accompagnée d'une attestation de prise en compte de la RT 2012 signée par le pétitionnaire.

Une fois les travaux achevés, l'attestation de conformité de l'ouvrage à la RT 2012 signée par le maître de l'ouvrage mais établie par un diagnostiqueur, un organisme certificateur, un contrôleur technique ou un architecte (y compris celui ayant mené l'opération de construction) sera jointe à la déclaration d'achèvement des travaux.

L'attestation préalable au permis de construire ne peut donner lieu qu'à un contrôle sur dossier. En revanche, la conformité à la RT 2012, objet de l'attestation à l'achèvement des travaux, peut donner lieu à un contrôle opéré par la DDT, dans un délai de trois ans à compter de la déclaration d'achèvement de travaux.

Le passage de l'incitatif à l'obligatoire, avec un changement d'échelle pour les exigences, fera peser sur le constructeur un surcoût qui devra être valorisé en fonction des économies d'énergies réalisables.

L'objectif de construire des bâtiments qui produisent plus d'énergie qu'ils n'en consomment sera le prochain cap à franchir.

# Vers une surprotection du sous-traitant en construction ?

Par Nawel FERHAT, Avocat



Nawel Ferhat

## 1/ En matière de construction, le recours à la sous-traitance est souvent utilisé.

La sous-traitance est régie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 qui accorde une protection particulière au sous-traitant tant vis-à-vis de l'entrepreneur principal que du maître de l'ouvrage. Elle est d'ordre public.

L'article 3 de la loi de 1975 prévoit que :

*« L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. »*

*Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant. »*

*Bien souvent, l'entrepreneur principal déclare le sous-traitant alors que celui-ci a déjà commencé sa prestation. voir ne le déclare pas du tout.*

Cet article impose donc à l'entreprise principale de déclarer au maître de l'ouvrage les sous-traitants qu'il entend faire intervenir à la construction aux fins d'agrément.

Cependant, la réalité est toute autre puisque, bien souvent, l'entrepreneur principal déclare le sous-traitant alors que celui-ci a déjà commencé sa prestation, voir ne le déclare pas du tout.

La sanction du non respect de cette obligation réside dans le fait que l'entreprise principale sera tenue envers son sous-traitant mais ne pourra pas invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre de ce dernier. L'entreprise principale demeure débitrice de son sous-traitant et doit en conséquence payer le prix de la prestation sous-traitée. Mais il arrive fréquemment que l'entrepreneur principal ait été placé en liquidation judiciaire.

Cette sanction, censée protéger le sous-traitant, n'a pas réellement d'effet dissuasif.

En revanche, pour contrer la défaillance de l'entrepreneur principal dans ses obligations vis-à-vis du sous-traitant, la loi de 1975 a prévu à l'article 14-1 un dispositif qui engage le maître d'ouvrage :

*« Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :*

*- le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;*

*- si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat, ne bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.*

*Les dispositions ci-dessus concernant le maître de l'ouvrage ne s'appliquent pas à la personne physique construisant un logement pour l'occuper elle-même ou le faire occuper par son conjoint, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint. »*

Ainsi, comme il arrive souvent en cours de chantier, lorsque le maître de l'ouvrage est informé du recours à la sous-traitance par une entreprise, il doit mettre en demeure cette dernière de respecter ses obligations.

Cette articulation entre l'article 3 et l'article 14-1 a fait l'objet d'une décision récente de la Cour de cassation.

Dans un arrêt du 15 mai 2013, la Cour de cassation a condamné sur le fondement de l'article 14-1 de loi de 1975 un maître d'ouvrage au paiement d'un sous-traitant qui n'avait pas été accepté par le maître de l'ouvrage mais dont ce dernier avait eu connaissance de la présence sur le chantier.

Le considérant de la Cour de cassation est le suivant :

*« Attendu que pour débouter le sous-traitant de ses demandes tendant à engager la responsabilité du maître de l'ouvrage [...] l'arrêt retient que la société X n'avait pas été*

informée par le maître d'œuvre de la présence du sous-traitant sur le chantier, qu'elle n'avait appris la présence de la société Y que le 14 mai 2007, après avoir effectué des règlements importants à l'entreprise générale et qu'elle avait un droit légitime de refuser l'agrément du sous-traitant ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au maître de l'ouvrage, qui avait connaissance dès le 14 mai 2007 de l'intervention sur le chantier de la société Y, de mettre l'entrepreneur principal d'exécuter ses obligations, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

En l'espèce, il avait été demandé à l'entreprise principale de régulariser la situation de son sous-traitant. Cette dernière s'était exécutée en adressant une demande d'agrément au maître d'ouvrage qui l'avait refusée au motif que le dossier était incomplet.

La Cour de cassation sanctionne ici le fait que la demande de régularisation n'ait pas été faite sous la forme d'une mise en demeure.

Cette décision impose donc au maître de l'ouvrage de mettre formellement en demeure l'entrepreneur principal de respecter l'article 3, peu importe que celui-ci y ait été invité amiablement et ne soit pas défaillant dans son obligation de présenter le sous-traitant à l'agrément du maître d'ouvrage.

Dès lors, dès qu'un maître de l'ouvrage aura connaissance de la présence d'un sous-traitant sur son chantier, il devra impérativement mettre en demeure l'entreprise principale de satisfaire à ses obligations de déclaration.

## **2/ Toujours dans cette relation « maître d'ouvrage – sous-traitant », l'attention doit être attirée sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 décembre 2012.**

Il convient de rappeler qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

Une fois le sous-traitant accepté, il peut être procédé à la délégation de paiement prévue par la loi de 1975.

En pareille matière, il est souvent indiqué dans la délégation de paiement que le sous-traitant doit présenter ses factures à l'entreprise principale qui les transmettra au maître de l'ouvrage pour paiement. Cette formalité étant une condition substantielle, le non respect de celle-ci entraîne le non paiement du sous-traitant.

Cette volonté d'ériger ce formalisme en condition substantielle du paiement du sous-traitant a été condamnée par la Cour de cassation.

Cependant, dans cet arrêt, la Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel aux motifs que :

*« sans relever que la bonne exécution des travaux dont le paiement avait été demandé avait été valablement contestée par le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur principal et alors que l'ordre de paiement [ou de l'entreprise principale] n'est ni une condition de validité ni un élément constitutif de la délégation mais une modalité de son exécution, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».*

Il convient donc d'en déduire que, pour la Cour de cassation, l'ordre de paiement de l'entreprise principale ne peut être constitutif d'une condition de validité, ni un élément substantiel de la délégation de paiement conclue entre le maître de l'ouvrage et le sous traitant mais qu'elle est simplement une modalité de son exécution.

Dès lors, pour s'opposer au paiement du sous traitant, le maître de l'ouvrage ne peut pas soulever le moyen tiré du non respect du formalisme de présentation des situations de travaux par le sous-traitant.

Il ne peut invoquer efficacement que la mauvaise exécution des travaux effectués par celui-ci.

Le maître de l'ouvrage doit donc veiller à ce que les sous-traitants soient bien déclarés par les entreprises principales, mais il doit avoir aussi une parfaite connaissance des travaux sous-traités s'il veut contester le paiement d'un sous-traitant en cas de malversations.

A cet effet, la vérification et le visa de la situation du sous-traitant par l'entreprise principale sont certainement un moyen utile et efficace du contrôle de la qualité des travaux réalisés par le sous-traitant puisque les paiements effectués à ce dernier, après cette validation, viennent réduire d'autant le montant des sommes restant dues à l'entreprise principale.

# La nécessité de tenir compte de l'existence d'éventuels droits de propriété intellectuelle en matière immobilière

Par Solène VILFEU, Avocat



Solène Vilfeu

Des plans d'architectes, des croquis (précis), une construction immobilière (y compris dans le cadre de projets de rénovation) sont autant de réalisations qui peuvent bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur dès lors qu'elles seront considérées comme des « créations originales » et que leurs caractéristiques dominantes ne découlent pas de contraintes techniques et fonctionnelles.

Ainsi, si certains éléments pris isolément peuvent être considérés comme banals, leur combinaison peut révéler une recherche esthétique permettant à son auteur de revendiquer l'existence de droits de propriété intellectuelle (« un ensemble de toitures ayant l'originalité, grâce au rehaussement du pan central de toit situé de part et d'autre de la maison, et par un double décrochement approprié, de retrouver au final un aspect esthétique global sur chacune des façades latérales » CA Colmar, 18 janv. 2011 ; voir aussi CA Paris, 22 juin 2012 reconnaissant le caractère original de plans de maisons individuelles, la Cour ayant relevé « l'organisation des volumes (...) un décalage des toits, le sens différent des faîtages ») ; en sens inverse, il a été jugé qu'aucune originalité ne pouvait être conférée à des esquisses dès lors que leur auteur n'avait fait que traduire la volonté du maître de l'ouvrage et qu'il n'avait fait que procéder à une distribution de l'espace similaire à celle qui peut être retrouvée dans la plupart des maisons (CA Rennes, 8 avr. 2010).

Par ailleurs, il importe de rappeler que la propriété matérielle d'un bien est indépendante de la propriété incorporelle ; en d'autres termes, l'auteur de l'œuvre demeure titulaire des droits de propriété intellectuelle (droit moral et patrimonial) ; il pourra ainsi interdire la représentation ou la reproduction de son œuvre et obtenir par exemple la destruction d'un pavillon témoin (CA Bordeaux, 7 juin 2010) ou des condamnations au paiement de dommages - intérêts pour la reproduction de visuels dans une brochure commerciale ou dans des documents contractuels (CA Nancy, 14 janv. 2013 ; CA Paris, précité).

Le droit moral de l'auteur (en l'espèce l'architecte) lui permet également de s'opposer à ce qu'il soit porté atteinte à l'immeuble qu'il a créé en lui faisant subir des modifications importantes.

Cependant, la vocation utilitaire de l'immeuble interdit à son auteur de prétendre imposer une intangibilité absolue de l'œuvre lorsque des modifications sont nécessaires, le juge devant apprécier la légitimité des travaux en établissant un équilibre entre les prérogatives du droit d'auteur et celles du droit de propriété (Civ.1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1992).

Il convient donc de s'interroger sur la cession de ces droits dans le cadre de tout projet de constructions de maisons individuelle ou projet d'urbanisme. Cette cession doit de préférence être exprimée clairement dans les contrats et son étendue doit être explicite.

## Département Droit Fiscal

### Location de locaux nus à usage professionnel : Preuve de l'option TVA réalisée par une lettre de renouvellement

Par Charlotte GIULIANI, Avocat



Charlotte Giuliani

Les locations de locaux nus à usage professionnel sont en principe exonérées de TVA. Elles sont toutefois taxables sur option en application de l'article 260 2° du CGI.

L'option ne peut être tacite. Elle doit être exercée expressément par l'envoi d'une lettre à l'administration fiscale ou à l'occasion de la déclaration d'existence si cette dernière comporte des indications suffisamment précises pour identifier le(s) immeuble(s) concerné(s) (CE, 23 décembre 2011 n° 323189, Sté Mercedes).

Le fait pour le bailleur d'avoir effectivement facturé, déclaré et même acquitté la TVA ne vaut pas option.

Dans une affaire récente (CAA Bordeaux,

22 nov. 2012 n° 11BX02426, SCI Monique et Pierre), ni l'administration ni le contribuable ne retrouvait la lettre d'option initiale, mais l'administration se prévalait d'un courrier que lui avait adressé la société par lequel celle-ci renouvelait l'option. Cette décision concerne la période antérieure au décret 2010-1075 du 10/09/2010, pendant laquelle l'option couvrait une période de dix ans et était renouvelable pour une durée identique par tacite reconduction. Depuis ce décret l'option s'applique aussi longtemps qu'elle n'a pas été dénoncée.

La Cour considère que le renouvellement exprès de l'option, alors même qu'il n'est pas obligatoire, vaut reconnaissance de la souscription de la déclaration initiale de

l'option. Dans cette affaire la société était en situation de taxation d'office, elle supportait donc la charge de la preuve et n'a pu apporter aucun élément permettant d'établir l'absence d'option.

A l'époque des faits comme aujourd'hui, aucun renouvellement n'était donc nécessaire, toutefois la lettre a permis d'établir l'existence de l'option initiale.

En pratique, ce raisonnement pourrait être utilisé dans la situation contraire d'une société auprès de laquelle l'administration fiscale conteste la validité de l'option à la TVA réalisée sur une location de locaux nus à usage professionnel dès lors que la société n'est pas en mesure de lui fournir la lettre d'option initiale.

# Hôtels et résidences de tourisme : quelle destination urbanistique ?

Par Yves DELAIRE, Avocat associé, spécialiste en droit public



Yves Delaire

Pour le code du tourisme, un hôtel de tourisme est un établissement commercial d'hébergement classé, qui offre des chambres ou des appartements meublés en location à une clientèle de passage qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois, mais qui, sauf exception, n'y élit pas domicile. Il peut comporter un service de restauration. Il est exploité toute l'année en permanence ou seulement pendant une ou plusieurs saisons (CT, art. D. 311-4).

La résidence de tourisme est un établissement commercial d'hébergement classé, faisant l'objet d'une exploitation permanente ou saisonnière. Elle est constituée d'un ou plusieurs bâtiments d'habitation individuels ou collectifs regroupant, en un ensemble homogène, des locaux d'habitation meublés et des locaux à usage collectif.

Toutes les résidences de tourisme ne sont pas considérées, par la jurisprudence administrative, comme relevant de la catégorie hébergement hôtelier. Le juge s'attachera en effet à vérifier que l'établissement offre de réels services communs, gérés et proposés par l'établissement, pour le qualifier d'hébergement hôtelier au sens de l'article R. 123-9 du Code de l'urbanisme.

Ainsi, à propos d'une demande portant sur un projet d'hôtel pavillonnaire de 68 logements et comprenant des locaux destinés à assurer de véritables services hôteliers tels la réception, un restaurant, un salon, ainsi que des locaux techniques et administratifs, il a jugé que les constructions autorisées doivent être regardées comme constituant un ensemble à usage hôtelier, alors même que cet ensemble est essentiellement composé de maisons individuelles équipées d'une cuisine.

*« Toutes les résidences de tourisme ne sont pas considérées par la jurisprudence comme relevant de la catégorie hébergement hôtelier ».*

Les locaux d'habitation meublés sont proposés à une clientèle touristique qui n'y élit pas domicile, pour une occupation à la journée, à la semaine ou au mois. Elle est dotée d'un minimum d'équipements et de services communs. Elle est gérée dans tous les cas par une seule personne physique ou morale (CT, art. D. 321-1).

Ces définitions ne recoupent pas nécessairement celles figurant dans la réglementation de l'urbanisme. L'article R. 123-9 du code de l'urbanisme précise les différentes destinations qui régissent l'occupation des sols selon que les constructions sont destinées à l'habitation, à l'hébergement hôtelier, aux bureaux, au commerce, à l'artisanat, à l'industrie, à l'exploitation agricole ou forestière ou à la fonction d'entrepôt.

Pour le droit de l'urbanisme, seront considérés comme des hébergements hôteliers, les établissements destinés à recevoir une clientèle temporaire, et présentant un minimum de services communs ou de locaux communs gérés par l'établissement susceptibles de caractériser l'activité d'un service hôtelier.

Cette destination hôtelière était confirmée par les pièces produites portant sur l'exploitation effective de l'hôtel et, notamment, par le classement de l'établissement dans la catégorie des hôtels de tourisme "deux étoiles", ainsi que par des photographies et des extraits de guides touristiques dont il résulte qu'il y est proposé à la clientèle des services hôteliers tels que l'accueil, la réception 24 heures sur 24, le standard téléphonique, les petits déjeuners, l'entretien des chambres, la fourniture du linge de maison et la disposition d'une piscine (CAA Nantes, 18 juin 2002).

Les résidences de tourisme peuvent aussi relever de la destination habitation ou de la destination commerce, puisqu'elles constituent des établissements commerciaux d'hébergement classés (CAA Lyon, 13 novembre 2012).

Tout l'enjeu de ce classement porte évidemment sur la possibilité d'implanter des résidences de tourisme dans les zones réservées à l'activité hôtelière par les documents d'urbanisme (POS/PLU) des communes touristiques.

# Vers un assouplissement des règles de financement des équipements publics par un aménageur, un promoteur ou un constructeur ?



Walter Salamand

Par Walter SALAMAND, Avocat associé, spécialiste en droit immobilier

La crise aidant, les collectivités territoriales sont de plus en plus tentées de faire financer leurs équipements publics par les porteurs de projets immobiliers (aménageur, promoteur, constructeur). Bien souvent l'intérêt de la réalisation de l'équipement public est partagé entre le porteur du projet et la collectivité. Par exemple, un aménageur commercial souhaitera financer et réaliser sous sa maîtrise d'ouvrage un giratoire d'accès au futur parking de son centre commercial, la collectivité bénéficiera *in fine* d'un équipement public réalisé, en franchise de mise en concurrence, à un prix moindre que celui d'un ouvrage réalisé sous sa maîtrise d'ouvrage. Si ce type de montage usuellement pratiqué peut apparaître efficient, on peut s'interroger sur sa légalité ?

## Trois textes peuvent à notre sens compromettre la sécurité juridique de cette pratique :

En premier lieu, lorsqu'une collectivité souhaite réaliser un ouvrage destiné à devenir entièrement sa propriété elle ne peut se décharger de ses obligations de maître de l'ouvrage et reste, au sens de l'article 2 de la loi sur la maîtrise d'ouvrage et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi 85-704 du 12 juillet 1985), « le responsable principal de l'ouvrage », « une fonction d'intérêt général dont elle ne peut se démettre ».

*« Lorsqu'une collectivité souhaite réaliser un ouvrage destiné à devenir entièrement sa propriété elle ne peut se décharger de ses obligations de maître de l'ouvrage ».*

En second lieu, cette collectivité en tant que maître de l'ouvrage devrait choisir son contractant après une mise en concurrence conformément à l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics.

Enfin, en dernier lieu, et c'est surtout ce qui retiendra notre attention, la collectivité ne peut pas solliciter de participation financière pour la réalisation d'équipements publics en dehors du cadre strict de l'article L.332-6 du Code de l'Urbanisme.

En effet, la jurisprudence administrative a affirmé le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L.332-6 du Code de l'Urbanisme et la prohibition de toute forme de contribution aux dépenses d'équipements publics qui ne serait pas prévue aux articles L.332-6 et L.332-6-1 du Code de l'Urbanisme (exigence dans l'autorisation d'urbanisme, offre spontanée de concours, convention librement acceptée entre les parties, intégration dans le prix des terrains vendus par la collectivité, etc.) lorsque cette contribution a un lien avec une opération d'urbanisme.

En d'autres termes, en dehors d'une participation aux équipements publics en ZAC, ou en dehors d'une convention Projet Urbain Partenarial, tout financement contractualisé d'un équipement public par le pétitionnaire est prohibé.

Très récemment, une décision de la Cour Administrative d'Appel de Douai semble remettre en cause cette jurisprudence dominante (CAA de Douai, 25 octobre 2012 n°11 DA01951, « Société Immobilière Carrefour-commune de Noeux-les Mines ») :

Dans cette affaire la commune de Noeux-les-Mines prend une délibération ayant pour objet d'autoriser la vente, à la société de distribution noeuvoise, pour un montant de 1 929 200 euros, de deux parcelles appartenant au domaine privé de la commune, en vue de la réalisation par cette société d'un centre commercial. Cette délibération indique que l'acquéreur s'est engagé, en outre, à " créer une voirie nouvelle " permettant de relier un carrefour giratoire existant ainsi qu'à " prendre en charge " la réalisation d'un nouveau carrefour giratoire ; que le coût de ces travaux a été évalué à la somme de 800 000 € s'agissant du premier et à 1 200 000 euros s'agissant du second.

La Cour saisie de la question de la légalité du financement de ces équipements publics a rejeté la requête en nullité

fondée sur le non-respect par la délibération de l'article L. 332-6 du Code de l'urbanisme au motif que la délibération attaquée ne constitue pas une autorisation de construire et ne subordonne pas la délivrance d'une telle autorisation au versement, par la société de distribution noeuvoise, d'une participation à des dépenses d'équipements publics.

Il s'agit à notre sens d'une interprétation plus que « permissive » des dispositions de l'article L.332-6 du Code de l'urbanisme qui s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat en la matière.

Lorsque l'on sait que le financement des équipements publics réalisés par le pétitionnaire en dehors des autorisations du Code de l'urbanisme (L.332-6 et L.311-4) sont soumises à répétition (remboursement) dans un délai de cinq ans et que les sommes restituées produiront intérêt au taux légal majoré de cinq point (article L.332-30 du Code de l'Urbanisme), il conviendrait d'être plus que réservé sur la pratique que semble autoriser la Cour d'Appel.

# Taxe Locale sur la Publicité Extérieure (TLPE) : Les taxations d'office antérieures au 1<sup>er</sup> avril 2013 sont-elles régulières ?



[Yves Delaire](#)

Par Yves DELAIRE, Avocat associé, spécialiste en droit public

Depuis 2009, la taxe locale sur la publicité extérieure (TLPE) peut être instituée par une commune ou par un établissement public de coopération intercommunale (EPCI). Le montant de la TLPE peut varier entre 15 et 180 euros par mètre carré de support publicitaire. Le code général des collectivités territoriales (CGCT) en régit l'assiette, les tarifs ainsi que les modalités de paiement et de recouvrement. C'est ainsi que le CGCT prévoit la déclaration des supports publicitaires et de leur surface avant le 1er mars de chaque année, et renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de prévoir les procédures de rehaussement contradictoire et de taxation d'office (art. L.2333-14).

A cet effet, un décret du 11 mars 2013 relatif à la taxe locale sur la publicité extérieure, fixe les modalités de ces deux procédures ainsi que celles de déclaration et de liquidation de la taxe (CGCT, art. R.2333-10 à R.2333-17). La procédure de rehaussement contradictoire est prévue par l'article R.2333-14 du CGCT. En effet, si le Maire constate une insuffisance, inexactitude ou omission dans les éléments déclarés, il adresse une mise en demeure au redevable de mettre en conformité sa déclaration, accompagnée d'une proposition de rectification. L'absence de réponse ou d'observation dans un délai de trente jours vaut acceptation tacite. En cas d'observations ou de désaccord, la commune ou l'EPCI fait connaître sa position définitive dans un délai de quinze jours moyennant motivation, et peut alors liquider lesdits montants.

La procédure de taxation d'office intervient en cas de défaut de déclaration d'un support publicitaire avant le 1er mars de chaque année (CGCT, art. R.2333-15). Elle suppose une mise en demeure de procéder à la déclaration dans un délai de trente jours. A défaut, un avis de taxation d'office renseigné et motivé doit être notifié au redevable, trente jours avant toute mise en recouvrement. Celui-ci peut présenter ses observations, auquel cas le Maire ou le

Président de l'EPCI fait connaître sa position définitive dans les quinze jours suivants leur réception. A l'issue de cette procédure, la taxe peut être liquidée.

Le décret prévoit en outre la sanction par des contraventions de quatrième classe (750 euros pour les personnes physiques et 3750 euros pour les personnes morales), de l'absence de déclaration d'un support publicitaire ou la souscription d'une déclaration inexacte ou incomplète (CGCT, art. R.2333-16). Chaque support donne lieu à une infraction distincte.

Ce décret est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2013, pour permettre la mise en œuvre de ces procédures au titre des déclarations de l'année 2013. Celles-ci devraient être facilitées par la mise à disposition d'un formulaire de déclaration par la commune ou l'EPCI dont le modèle n'a pas encore été publié.

Il apparaît que certaines collectivités n'ont pas attendu la publication du décret du 11 mars 2013 pour appliquer des mesures de rehaussement ou de taxation d'office aux entreprises redevables de la TLPE. Ces procédures ont parfois été mises en œuvre sans respecter les droits des redevables en ce qui concerne leur information et/ou leur mise en demeure préalable ainsi que le garantit désormais le décret. En outre, les titres exécutoires de taxation d'office, eux-mêmes, ne sont pas toujours exempts de critique quant à leur forme. Les entreprises concernées peuvent ainsi être incitées à régler des sommes sans être informées qu'elles font face à une mesure de redressement.

D'ores et déjà, le juge judiciaire compétent pour apprécier la légalité de ces perceptions est intervenu pour annuler des procédures de taxation de TLPE mises en œuvre avant la publication du décret n°2013-206 du 11 mars 2013 relatif à la taxe locale sur la publicité extérieure.

# Vers la remise en cause de la valeur économique du droit au bail dans la fixation du montant de l'indemnité d'éviction ?

Par Xavier VAHRAMIAN, Avocat associé

Par Fabien LEFEBVRE, Avocat



Xavier Vahramian



Fabien Lefebvre

La guerre que se mène les grandes enseignes internationales pour s'implanter dans les artères commerçantes des plus grandes villes d'Europe a conduit ces dernières années à l'explosion du prix de cession des droits au bail pour les emplacements de premier choix.

Les bénéficiaires de ces cessions étaient souvent les preneurs qui, profitant de la nouvelle commercialité d'une rue dans laquelle ils s'étaient implantés quelques années auparavant, cédaient leur droit au bail à une enseigne de renom pour un montant dépassant souvent la valeur même de leur fonds de commerce.

Les foncières et sociétés immobilières d'investissement ont alors réalisé qu'elles passaient à côté d'une source importante de revenus, car les prix de cession de droit au bail étaient sans commune mesure avec les niveaux de loyer qu'elles percevaient.

Leur stratégie a alors consisté, pour les emplacements les plus prestigieux, à donner congé sans offre de renouvellement aux preneurs à l'issue du bail, certes en contrepartie d'une indemnité d'éviction, mais avec la certitude de pouvoir relouer le local à un niveau de loyer largement réévalué, permettant d'amortir rapidement l'indemnité d'éviction versée au locataire sortant.

De jurisprudence constante, l'indemnité d'éviction accordée par les tribunaux tenait compte de la valeur économique de ce droit au bail perdu en raison du non renouvellement du bail.

Cependant, par un arrêt du 31 mai 2012, la 1<sup>ère</sup> Chambre de Cour d'Appel de Lyon a jugé que la valeur du droit au bail devait être exclue du calcul de l'indemnité d'éviction, dès lors que le bail prévoyait une interdiction de céder ledit droit sans l'autorisation du bailleur, ce qui est le cas dans la très grande majorité des baux.

La Cour a ainsi estimé que le Preneur ne caractérisait pas son préjudice puisque le bailleur pouvait s'opposer à la cession de son droit au bail.

La Cour d'Appel de Lyon a ainsi fait une application rigoriste de la règle de droit, en ignorant la pratique qui conduit souvent les bailleurs à accepter les cessions, dès lors que le preneur acquéreur est une enseigne de renom et qu'elle va contribuer au développement de la commercialité de la rue, ce dont il profitera inévitablement.

Cette décision est toutefois pour le moment isolée.

### La réalisation de travaux par le locataire et le changement partiel de destination n'entraînent pas systématiquement le dé plafonnement du loyer lors du renouvellement du bail (CA Lyon, 14 mai 2013)

Un bail commercial mettait à la charge du locataire la réalisation des gros travaux de l'article 606 du Code Civil, en contrepartie d'un loyer modéré et d'une absence d'indexation.

Lors du renouvellement, le bailleur a demandé le dé plafonnement du loyer, invoquant deux motifs principaux :

- La réalisation par le preneur, au cours du bail écoulé, de travaux destinés à améliorer les locaux loués ;
- Le changement partiel de destination du bail par la réalisation de travaux visant à créer une activité de restauration dans le cadre d'une sous location là où le bail autorisait seulement une activité de vente de vêtements.

La cour a refusé de faire droit à la demande du bailleur en analysant de manière approfondie les pièces qui lui étaient soumises :

- s'agissant des travaux, la Cour a relevé que ceux-ci procédaient de l'exécution des obligations mise à la charge du locataire par le bail concernant des « éléments d'équipements vétustes et inadaptés », en l'espèce, le chauffage / climatisation et une partie de l'électricité non conforme.
- Sur le changement partiel de destination, la Cour a relevé que la clause de sous location du bail principal ne limitait pas l'activité exercée dans le cadre de la sous location et qu'au demeurant ce changement n'avait pas eu d'incidence sur le commerce considéré.

# Les professionnels de l'immobilier, des intermédiaires en opérations de banque qui ne peuvent plus s'ignorer

Par Jean-Philippe CLEMENT, Avocat associé



Jean-Philippe Clement

Le fort développement des activités de courtage, notamment dans les crédits-immobiliers, a conduit le législateur à encadrer l'exercice de ces activités avec pour objectif de sécuriser les opérations de crédit offertes au client et de responsabiliser les intermédiaires.

Dans cette perspective, la loi du 22 octobre 2010 dite de « régulation bancaire et financière », complétée par deux décrets du 26 janvier 2012, a créé le statut des intermédiaires en opérations de banque.

Applicable de manière effective depuis le 1er janvier 2013, cette loi est susceptible de concerner de nombreux professionnels de l'immobilier qui interviennent dans le secteur de la vente et dont l'activité est étroitement liée à l'obtention des financements bancaires indispensables à l'acquisition.

### Définition de l'intermédiaire en opérations de banque

L'intermédiaire est celui qui exerce, à titre habituel, contre rémunération ou « toute autre forme d'avantages économiques », une activité de rapprochement entre un établissement de crédit et un client, qui consiste à présenter, proposer ou aider à la conclusion d'une opération de banque, ou à effectuer tous travaux et conseils préparatoires à sa réalisation.

Le fait d'exposer des modalités d'une opération de banque à un client, même oralement, en vue de sa réalisation constitue une activité d'intermédiation visée par la réglementation.

La loi exclut toutefois de son champ d'application les simples « apporteurs d'affaires » dont le rôle se limite, contre rémunération ou gratuitement, à indiquer à un client le nom d'un établissement de crédit ou d'un intermédiaire ou à indiquer le nom d'un client à un établissement de crédit ou à un intermédiaire. Pour cela, l'apporteur d'affaires devra s'abstenir de proposer toute étude financière ou simulation de financement à ses clients.

### L'obligation d'immatriculation

Traduction concrète du nouveau statut, les intermédiaires doivent s'immatriculer auprès de l'organisme pour le registre des intermédiaires en assurances (ORIAS). Ils doivent à cet effet satisfaire à des conditions d'honorabilité (absence de condamnation) et de compétence professionnelle (nécessité de diplôme, d'expérience professionnelle ou de suivi d'une formation).

L'ORIAS est chargé de contrôler le respect des conditions d'accès et, le cas échéant, de refuser la demande d'immatriculation.

L'exercice de l'activité d'intermédiaire sans être immatriculé est passible de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et six mille euros d'amende.

### Exercice de l'activité et responsabilités

La loi impose aux intermédiaires en opérations de banque le respect de règles de bonne conduite dont le niveau d'exigence est variable selon l'activité de l'intermédiaire.

D'une manière générale, les intermédiaires doivent se comporter avec loyauté et agir au mieux des intérêts des clients. Ils sont ainsi tenus de vérifier les connaissances et l'expérience du client en matière d'opérations de crédit. Ils devront vérifier sa situation financière, ses ressources et ses charges, pour lui proposer des solutions adaptées à sa situation. Ils devront attirer l'attention du client sur les risques de l'emprunt.

En définitive, ces règles de bonne conduite font peser sur l'intermédiaire une obligation d'information et un devoir de conseil qui seront assurément la source d'actions en responsabilité.

**En conclusion**, la loi de régulation bancaire et financière de 2010 n'est qu'une étape car la future directive européenne relative au crédit immobilier devrait amplifier l'encadrement de ces activités. Les professionnels de la vente immobilière (promoteurs, constructeurs de maisons individuelles, agents immobiliers...) doivent s'interroger sur la portée de leur intervention auprès de leur client ou des établissements de crédit en vue de l'obtention des financements d'acquisition et, le cas échéant, sur la nécessité d'organiser et structurer cette nouvelle activité réglementée.

# Recours à un négociateur immobilier : L'enjeu crucial du choix du statut juridique

Par Françoise ALBRIEUX-VUARCHEX, Avocat associé



Françoise Albrieux Vuarchex 

Recourir à l'assistance d'un négociateur immobilier implique une analyse minutieuse du régime juridique qu'il convient d'appliquer à la relation contractuelle. En effet, le négociateur immobilier, susceptible d'intervenir à chaque étape du processus de transaction de biens immobiliers, peut intervenir soit dans le cadre d'un contrat de mandat, sans qu'il n'existe aucun lien de subordination à l'égard du professionnel mandant, soit dans le cadre d'un contrat de travail en étant soumis au pouvoir de contrôle, de direction et de sanction de l'employeur. Il convient dès lors d'opter pour le statut juridique approprié, non seulement vis-à-vis des besoins de celui qui a recours au négociateur immobilier, mais également au regard des réalités de la relation s'appropriant à être nouée entre les deux parties.

### 1/ Le négociateur immobilier, agent commercial

L'agent commercial a le statut d'indépendant, ce qui le distingue du VRP qui est lié par un contrat de travail. A ce titre, l'agent commercial bénéficie d'une certaine liberté et autonomie dans l'exécution de sa mission, excluant toute détermination unilatérale de ses conditions de travail par le professionnel mandant. Dans le cas où l'agent mandataire est collaborateur non salarié d'un agent immobilier, il demeure soumis au statut des agents commerciaux en application de la Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006. Ainsi, l'agent commercial n'a pas à être titulaire de la carte professionnelle d'agent immobilier et à présenter les garanties qui y sont attachées (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. Avis, 28 avril 2011 n° 10-30.087).

La rémunération de l'agent se compose, dans la grande majorité des cas, de commissions sur les ventes réalisées, variables avec le nombre ou la valeur des affaires (article L. 134-5 alinéa 1er du Code de commerce).

Le mandant ne supporte aucune charge sociale afférente à l'agent commercial qui est responsable de ses propres charges et régimes d'assurance. En revanche, les commissions négociées par l'agent sont largement supérieures à celles accordées à un salarié VRP. Un calcul précis des coûts doit donc être opéré en fonction du nombre de missions à accomplir et de l'état du marché.

Lors de la cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. Celle-ci peut s'avérer onéreuse puisque, sous réserve des circonstances de l'espèce, la jurisprudence admet généralement que ce préjudice équivaut au montant des deux à trois dernières années de commissions.

### 2/ Le négociateur immobilier, salarié

L'ensemble des règles du droit du travail est applicable au négociateur immobilier salarié. Toutefois, lorsqu'il est VRP, il bénéficie selon les cas de dispositions spécifiques.

#### • Le négociateur salarié VRP

L'Avenant n°31 à la Convention collective de l'immobilier définit le négociateur immobilier VRP comme celui qui est chargé de représenter, à titre principal, son employeur auprès de la clientèle, d'exercer sa profession à titre exclusif et constant, de prospecter la clientèle à l'extérieur de l'agence et de lui rendre visite en vue de prendre et de transmettre des commandes. Le VRP ne réalise pas d'opérations commerciales pour son compte personnel. En général, le VRP est rémunéré sur le chiffre d'affaires réalisé, sans remboursement de frais professionnels souvent inclus dans le salaire. Il bénéficie d'un « minimum garanti », c'est-à-dire d'une avance sur commission mensuelle qui ne peut être inférieure au salaire minimum légal ou conventionnel.

En pratique, le taux de commissionnement est inférieur à celui d'un agent commercial mais l'employeur est soumis aux charges sociales afférentes à l'emploi du VRP, affilié au régime général des salariés.

En cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, le VRP a droit à une indemnité de clientèle qui équivaut à la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui (article L. 7313-13 du Code du travail). Il peut également prétendre à une indemnité égale à celle à laquelle il aurait eu droit s'il avait été licencié. Cette indemnité n'est pas cumulable avec l'indemnité de clientèle, seule la plus élevée étant due.

#### • Le négociateur salarié non VRP

Le négociateur immobilier peut également être un salarié ordinaire ce qui limite toutefois grandement son champ d'intervention. Bien qu'il puisse, à l'occasion, démarcher la clientèle, son activité principale doit consister à faire visiter les biens et à accueillir les clients à l'agence (ou dans un bureau de vente) en vue de négocier la vente ou la location des biens objets d'un mandat. En principe, il est rémunéré par un salaire mensuel fixe, auquel peuvent s'ajouter des commissions d'un faible taux.

La rupture du contrat de travail du négociateur salarié non VRP est soumise aux mêmes conditions et emporte les mêmes conséquences que pour les autres salariés ordinaires (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement etc.).

Au vu de ces éléments, le professionnel qui a recours à un négociateur immobilier doit déterminer au terme d'un examen approfondi s'il convient de recourir à un agent indépendant ou à l'embauche d'un salarié. En cas de contentieux, les juges pourront sanctionner, le cas échéant, l'inadéquation entre le régime juridique choisi et l'activité réellement exercée. Avant d'opter pour l'un des statuts précédemment évoqués, une analyse juridique précise de la situation est vivement conseillée !

# Les actualités de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

## C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre Lyon

CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon a l'honneur d'annoncer que cinq associés du cabinet sont recommandés par la revue juridique américaine « Best Lawyers France » dans son édition 2013. Il s'agit de [Jean-Philippe Clément](#), [Yves Delaire](#), [Jean-Guillaume Monin](#), [Jean-Thomas Heintz](#) et [Michael Karpenschif](#).

CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon renforce sa position de premier cabinet de la place avec l'arrivée de [Didier Jean-Pierre](#), professeur à l'université d'Aix-Marseille et à l'ENA, spécialisé en droit de la fonction publique.

Le département Droit Social a l'honneur d'accueillir [Marc Migeon](#) qui a été successivement rédacteur au Jurisclasseur et au Dalloz, Juriste et Directeur adjoint des affaires sociales au sein du Conseil National des Professions Automobiles, Responsable droit social et relations sociales chez Renault Trucks Commercial Europe, et enfin, Responsable du service droit social chez Renault Trucks. [Marc Migeon](#) interviendra au sein de l'équipe animée par [François Coutard](#) et [Guillaume Bossy](#).

CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon compte désormais 84 avocats dont 28 associés.



**Le département Entreprises en difficulté** mené par [Carole Dessus](#), a assisté et accompagné le Groupe ILTOM, groupe italien spécialisé dans le secteur de la tôlerie fine, dans son projet de reprise des actifs de la société Brest Tôlerie. Le Tribunal de commerce de Brest a, par jugement en date du 12 février 2013, accepté l'offre de reprise du Groupe ILTOM. Grâce à cette acquisition, le Groupe ILTOM a ainsi renforcé sa présence sur le territoire français.

[Carole Dessus](#) a assisté une entreprise dans la renégociation de sa dette avec ses établissements de crédit dans le cadre d'un protocole de conciliation qui a été constaté par le Président du Tribunal de commerce d'Orléans en mai 2013.

[Carole Dessus](#) a collaboré à l'article « *Les restructurations de dette LBO se compliquent* » paru dans le magazine Option Finances (Option Finance n°1221 p.12 du lundi 13 mai 2013).

**Le département Entreprises en difficulté** a animé le 23 mai 2013 au sein du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre une intervention sur le thème « *Le juriste d'entreprise face aux entreprises en difficulté* » pour l'Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE).



[Françoise Albrieux-Vuarchex](#) a eu l'occasion de présenter les incidences du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi auprès des membres de l'association PREVENTION ET RETOURNEMENT, en insistant sur le caractère profondément réformateur en droit du travail des évolutions législatives en cours.

[Françoise Albrieux-Vuarchex](#) accompagne un groupe industriel international dans les aspects sociaux de sa restructuration, sur les plans stratégiques et de communication à l'égard des partenaires sociaux et extérieurs à l'entreprise, avec la mise en place d'une négociation préalable d'accords de GPEC.



[Yves Delaire](#) assiste une communauté de communes sur le projet d'extension de son siège par l'intermédiaire d'un montage contractuel reposant notamment sur un bail emphytéotique administratif (BEA) conclu avec une commune membre. Un Centre Intercommunal d'Action Sociale (CIAS) a confié à [Yves Delaire](#) une nouvelle mission d'assistance juridique pour le renouvellement de la convention de gestion d'un foyer de vie pour adultes handicapés. La passation de cette convention intervient en effet dans le cadre de l'article 30 du code des marchés publics de services en matière sanitaire et sociale.



[Xavier Vahramian](#) conseille un client dans le cadre de la rédaction d'un bail commercial en état futur d'achèvement relatif à la prise à bail de locaux logistiques en construction d'une surface de plus de 30.000 m<sup>2</sup>.

[Xavier Vahramian](#) intervient auprès d'un client dans le cadre d'une restructuration juridique de l'immobilier à l'intérieur de son groupe.

[Xavier Vahramian](#) assiste plusieurs clients dans le cadre de procédures en éviction initiées par des bailleurs : référés, expertises, négociations ou procédures au fond.

[Xavier Vahramian](#) et [Walter Salamand](#) assistent un client dans le cadre de la négociation amiable (sous la menace d'une expropriation) avec une commune d'un terrain sur lequel est édifié un bâtiment exploité commercialement, générant un chiffre d'affaires important.

**CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon** développe sur son marché une expertise reconnue de conseil et contentieux dans les différentes matières de droit des affaires (Fiscalité, Droit des sociétés, Fusions-Acquisitions, Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Propriété industrielle et intellectuelle, Droit public, Droit économique, Droit immobilier et de la construction, Prévention et Traitement des difficultés des entreprises, Droit pénal des affaires). CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon compte plus de 120 collaborateurs, dont 80 avocats, au service des entreprises et de leurs dirigeants.

## CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON

---

174 rue de Créqui  
CS 23516  
69422 Lyon  
Tel : 04-78-95-47-99  
Fax : 04-72-61-84-27

<http://www.cms-bfl.com>

Ce bulletin d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

### Titularité des droits

Ce bulletin d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

### Directeur de la publication

François Coutard

© CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

**CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon**, filiale de **CMS Bureau Francis Lefebvre**, est membre de CMS, regroupement de 10 grands cabinets d'avocats européens indépendants offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 5 000 collaborateurs, dont plus de 2 800 avocats et 750 associés CMS s'appuie sur 46 implantations dans le monde.

**Cabinets membres de CMS** : CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italie); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P (Espagne); CMS Bureau Francis Lefebvre S.E.L.A.S. (France); CMS Cameron McKenna LLP (Royaume-Uni); CMS DeBacker SCRL/CVBA (Belgique); CMS Derks Star Busmann N.V. (Pays-Bas); CMS von Erlach Henrici Ltd (Suisse); CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und Steuerberatern (Allemagne) ; CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Autriche) et CMS Rui Pena, Arnaut & Associados RL (Portugal).

**implantations mondiales principales et secondaires des cabinets membres de CMS** : Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Lisbonne, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich, Aberdeen, Alger, Anvers, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dresde, Düsseldorf, Edimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Luxembourg, Lyon, Milan, Moscou, Munich, Pékin, Prague, Rio de Janeiro, Sarajevo, Séville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovie et Zagreb.