

## La commercialisation des opérations immobilières sous surveillance

Anne Simonet et Pélagie Terly - 15/02/2008

**Payer moins d'impôt tout en se constituant un patrimoine et des revenus pour la retraite peut conduire le conseiller en gestion de patrimoine à proposer à son client des produits immobiliers défiscalisants. Si l'implication du CGP dans cette opération peut paraître limitée, il devra pourtant veiller à respecter les conditions d'exercice de cette activité au carrefour de plusieurs astreintes : la loi Hoguet, spécifique aux opérations immobilières, ainsi que le devoir de conseil**

Le marché immobilier de défiscalisation a attiré de nombreux investisseurs au cours des dernières années, faisant les choux gras des promoteurs qui proposent aux intermédiaires des commissions de l'ordre de 5 à 13 % du montant de l'investissement. Toutefois, les prix des logements ayant fortement augmenté depuis dix ans, les économies d'impôt pourraient bien être diluées dans le prix de revient d'un bien parfois surpayé. A ce constat s'ajoutent les difficultés que rencontrent un nombre croissant d'investisseurs tant dans les logements traditionnels que dans les résidences-services, résultant d'un défaut de locataire ou d'un exploitant mauvais payeur. Les propriétaires recherchent donc la responsabilité des professionnels intervenus aussi bien en amont qu'en aval de l'opération au titre du préjudice subi du fait de la remise en cause de l'avantage fiscal par l'administration. Ainsi, la responsabilité du conseil en gestion de patrimoine (CGP) ayant recommandé l'opération peut être engagée pour défaut de conseil. Quel que soit le dispositif fiscal, les contentieux existent et l'ampleur serait plus importante si la voie transactionnelle n'était pas privilégiée. Cette situation n'a pas échappé au gouvernement. La directive d'orientation de la direction de la concurrence (DGCCRF) pour 2008 précise qu'elle va s'intéresser de près aux pratiques de commercialisation des investissements défiscalisants. Son action sera d'autant plus efficace que ses pouvoirs ont été renforcés depuis la loi du 17 décembre 2007 (*lire l'avis d'expert ci-dessous*). Autant de circonstances devant conduire les CGP à bien appréhender les conditions d'exercice de cette activité spécifique alliant un conseil en défiscalisation et une vente immobilière.

Loi Hoguet. Toutes les personnes physiques ou morales « *qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui...* » doivent respecter les dispositions de la loi du 2 janvier 1970, dite « loi Hoguet » et de son décret d'application du 20 juillet 1972. Le fait d'agir de manière habituelle, même à titre accessoire, constitue un élément essentiel. « *Il n'y a pas de critère précis pour déterminer la notion d'habitude qui est appréciée au cas par cas, relève Jean-Marc Samedi, conseiller du président de la Fnaim. L'habitude commence à deux fois mais il reste à déterminer la durée sur laquelle elle est prise en compte. Est-ce, par exemple, deux actes en deux ans ou alors en cinq ans ?* » Le simple fait de rechercher un cocontractant et/ou de négocier constitue une activité d'entremise entrant dans le champ d'application de la loi Hoguet. Il n'y a donc pas lieu de distinguer si le mandant est le vendeur, le promoteur ou l'acheteur, mais de vérifier son champ d'intervention dans l'opération immobilière pour le soumettre à cette loi. Si le CGP se contente d'indiquer à son client l'existence d'un programme de défiscalisation, doit-il respecter la loi Hoguet ? « *Dans ce cas, il devrait échapper à cette loi, relève Jean-Marc Samedi. Mais dès lors qu'il remet une plaquette commerciale, cela fait débat puisqu'il va au-delà de son activité de conseil. A partir du moment où il propose un produit immobilier, il entre dans le champ de la loi Hoguet et ce, qu'il le fasse à titre gratuit ou qu'il soit rémunéré.* » Pour Yves Marie Ravet, avocat chez Campana, Ravet & Associés, « *la loi Hoguet est obsolète. Il sera notamment difficile pour l'investisseur de prouver que la*

banque s'est entremise dans la relation entre celui-ci et l'agent immobilier s'il ne peut produire un mandat de représentation ou d'apport d'affaires. Par ailleurs, l'établissement financier arguera qu'il est intervenu dans le prolongement de l'avis donné au client et, subsidiairement, que le client est suffisamment averti pour appréhender les risques des opérations de défiscalisation ». Il estime en tout état de cause que « le législateur n'a pas à légiférer les opérations de défiscalisation dans la mesure où celles-ci s'adressent à des investisseurs avisés ». Le CGP, un agent immobilier. Pour autant, le CGP qui s'entretient dans la relation entre son client et le promoteur doit détenir la carte d'agent immobilier délivrée par la préfecture. Cette dernière est remise sous réserve de remplir un certain nombre de conditions, liées notamment aux capacités professionnelles et à la souscription d'une assurance de responsabilité civile professionnelle (voire tableau de une). Elle implique également d'en respecter les conditions d'exercice, comme avoir un mandat écrit et afficher ses tarifs. Dans le cadre d'un établissement financier, ce sont les représentants légaux qui doivent respecter ces conditions pour recevoir la carte d'agent immobilier. La personne qui exerce l'activité sans carte encourt une sanction pénale de six mois d'emprisonnement et 7.500 euros d'amende. La grande majorité des assureurs accepte de couvrir l'activité d'agent immobilier du CGP sur la base d'un questionnaire et d'une simple déclaration en sachant que le contrat précise toujours que le CGP n'est pas garanti s'il ne respecte pas les prescriptions légales. Seule la couverture des opérations dans les DOM-TOM est refusée par certains assureurs et, lorsqu'elles sont garanties, c'est à la condition qu'elles ne dépassent pas un certain pourcentage de l'activité totale. « Ces clauses n'ont pas de validité devant les tribunaux dans la mesure où il s'agit d'une garantie légale obligatoire que l'assureur ne peut limiter de son propre chef », indique Charlotte Lamidon, responsable du bureau de Paris de Beazley. Par ailleurs, la franchise pour ce type d'investissement est souvent plus élevée. En principe, la carte est demandée par les promoteurs et les plates-formes immobilières avec lesquels le CGP conclut un mandat de commercialisation. « Nous sommes stricts sur les documents à produire : la carte professionnelle, un Kbis récent, une assurance de responsabilité civile professionnelle (RCP), une garantie financière, indique Laurent Degliame, responsable de Valorissimo chez Bouygues Immobilier. Jusqu'à présent, un cas de rupture de contrat s'est présenté envers un conseiller qui promettait à son client une plus-value exubérante. » Agents commerciaux, un statut parallèle. Lorsque le CGPI ne répond pas aux conditions d'aptitude professionnelle, ce qui ne devrait pas poser de problème à la nouvelle génération, il peut exercer l'activité de défiscalisation en qualité d'agent commercial. Dans ce cadre, celui-ci est mandaté par un agent immobilier et il doit s'immatriculer au registre spécial des agents commerciaux. Ainsi, les promoteurs, notamment ceux appartenant à des groupes bancaires, se sont dotés d'une société détenant la carte professionnelle d'agent immobilier et habilitant des agents commerciaux. « Aujourd'hui, 90 % des personnes avec lesquelles nous travaillons sont titulaires de la carte d'agent immobilier. Ils n'étaient que 70 % il y a cinq ans. Les 10 % restants peuvent bénéficier d'une délégation de carte de notre filiale Federimo », explique Benjamin Nicaise, président de la plate-forme immobilière Cerenicimo. Le nombre des agents commerciaux a considérablement baissé au profit du statut d'agent immobilier et résulte en grande partie d'une interprétation de la jurisprudence (*lire l'encadré*). Depuis la loi ENL du 13 juillet 2006, le législateur a confirmé que les agents commerciaux pouvaient exercer cette activité d'intermédiaire en immobilier dès lors qu'ils étaient habilités par un agent immobilier, mais il a, en contrepartie, limité leurs compétences. En effet, ils ne peuvent pas recevoir ou détenir des sommes d'argent ou tout autre effet ou valeur, ni rédiger des actes. Allier le conseil et l'activité d'entremise. Lors de la commercialisation d'un programme immobilier défiscalisant, le CGP doit veiller à bien circonscrire son action à la mission qui lui a été confiée par son client et à agir dans le respect des obligations légales et réglementaires attachées à sa double qualité de conseil et d'agent immobilier. « Lorsqu'un client demande un produit immobilier de défiscalisation, le conseiller doit vérifier que le produit est adapté à la situation personnelle de celui-ci. En cas de sinistre découlant de la remise en cause de l'avantage fiscal, c'est la garantie au titre de l'activité de conseil en gestion de patrimoine qui est mise en jeu et non celle de l'agent immobilier », indiquent Valérie Casbonne, responsable de l'Unité PMI financières, et Amanda Maréchal, souscripteur chez AIG Europe. « Inversement, si les critères de défiscalisation ne sont pas remplis, c'est la garantie 'loi Hoguet' qui va jouer », poursuivent-elles. De plus, « dès lors que le CGPI intervient dans le choix d'une structure SCI et assiste son client dans la rédaction d'actes, il doit

*avoir la compétence juridique appropriée. A défaut, il engage sa responsabilité civile s'il apparaît que le conseil ou l'acte est à l'origine d'un préjudice, mais surtout pénale s'agissant d'un périmètre strictement encadré », souligne Philippe Glaser, avocat chez Taylor Wessing. Informer son client sur les aléas fiscaux et financiers. Si l'immobilier est souvent présenté comme un placement sécuritaire, cet argument ne devrait pas être avancé lorsque le bien est préconisé à titre de placement défiscalisant. La responsabilité du CGP peut être mise en jeu pour défaut de conseil sur les aléas de l'opération. Actuellement, la jurisprudence le mettant en cause n'est pas suffisamment abondante pour qu'il s'en dégage une ligne directrice. Dans la plupart des cas, les contentieux naissent à la suite d'un redressement fiscal de l'investisseur (lire l'encadré ci-dessus).*

*« Le conseiller peut voir sa responsabilité engagée lorsque le client demande une défiscalisation pour une année déterminée et qu'elle ne peut se réaliser faute de livraison du bien cette année-là », explique Josiane Dorfman, responsable du département sinistre et juridique de CGPA. Et les contentieux sont encore à venir. Benjamin Nicaise remarque que « l'on peut s'étonner du nombre d'acteurs qui promettent une livraison dans l'année d'acquisition dans le cadre de logements bénéficiant de la loi Girardin, et annoncent ainsi à leurs clients une défiscalisation immédiate... Curieux que les délais soient aussi courts dans les DOM-TOM quand tout le monde sait qu'il faut en moyenne 18 mois pour construire un immeuble collectif en métropole. Au final, quand on se rend sur le terrain, on constate que malgré des déclarations d'achèvement de travaux effectuées, un grand nombre de ces opérations sont très loin d'être achevées au 31 décembre et qu'elles génèrent d'importants risques de contentieux fiscaux. » Philippe Glaser précise que « s'il existe très peu de contentieux à ce jour, un parallèle peut être opéré avec la jurisprudence touchant la profession notariale. Celle-ci est quasiment soumise à une obligation de résultat dans la mesure où elle doit vérifier que les informations recueillies sont exactes ». Ainsi, même si sa responsabilité est moins facilement avérée étant donné qu'il n'agit pas, contrairement au notaire, comme instrumentaire, le CGP doit toutefois indiquer à son client toutes les conditions de la défiscalisation. « Il doit adopter l'attitude la plus prudente et aviser son client des risques financiers et fiscaux de l'investissement et mettre par écrit ses recommandations s'il veut pouvoir apporter la preuve qu'il a rempli son obligation de conseil en cas de litige », précise Valérie Piau, avocate à Paris. S'assurer de la viabilité économique du bien. En outre, « si le marché immobilier se retourne, on peut s'attendre à une augmentation des contentieux », explique Christian Bellissen, responsable du département assurance RCP de QBE France. Prochainement, nul doute que la jurisprudence va s'étoffer sur le terrain de l'intérêt économique de l'investissement proposé au client. En effet, que l'acquisition immobilière soit réalisée sous le dispositif Borloo, ZRR, ou encore sous le statut LMP, les exemples d'investisseurs rencontrant des difficultés se multiplient et ces derniers comptent bien rechercher les responsables. Ils ont investis dans un bien pour lequel ils ne trouvent pas de locataire. Ou encore, ils ont acquis des lots dans des résidences-services affichant un rendement très élevé mais l'exploitant ne paie plus les loyers. « A un certain moment, le conseiller ne pourra plus dire qu'il ne savait pas qu'il proposait un produit au rendement trop élevé et décorrélié de la demande locative », déclare un professionnel. Benjamin Nicaise admet que « les risques existent. Il faut donc les réduire en choisissant un produit bien situé avec un exploitant de qualité et en ne promettant pas de rendement irréaliste ».*

**Jean-Pierre Rondeau**, président de CIFCGPC, fait remarquer qu'« un CGPI ne devrait vendre qu'un bien dont il a vérifié l'environnement et ne travailler qu'avec un promoteur renommé ». Philippe Glaser partage cet avis : « C'est une grave erreur pour un CGPI que de penser qu'il a simplement à faire signer un contrat à son client sans s'assurer de la validité et de la conformité de l'opération. » En effet, Charlotte Lamidon déplore que « de nombreux CGPI créant leurs cabinets et assaillis par des promoteurs de défiscalisation ne connaissent pas la responsabilité qui découle de cette activité. Au demeurant, les promoteurs évitent bien de les mettre en garde ». Les pratiques commerciales de certains, davantage vendeurs d'immobilier défiscalisant que conseillers, nuisent à l'image de la profession tout entière. Les futurs contrôles devraient rendre les opérations immobilières de défiscalisation plus transparentes.