

Observations

Notariat et négociation immobilière*

1. L'arrêt prononcé le 15 juin 2009 par la première chambre de la cour d'appel de Mons² a généré de nombreuses réactions, dans des sens divers, des professionnels du secteur immobilier, mais également du monde politique³.

Par cette décision, la cour a jugé contraires aux usages honnêtes en matière commerciale les activités, développées par un notaire de la province du Hainaut, qui relevaient de la « négociation immobilière économique », définie par la cour comme « (...) la recherche d'acquéreurs en vue d'une vente immobilière de gré à gré au moyen de publicités et annonces dans la presse ou sur support informatique, en contrepartie d'une rémunération proportionnelle au prix de vente annoncé et en vertu de conventions garantissant au notaire l'exclusivité de l'activité de courtage et imposant au vendeur le ministère du même notaire pour la passation de l'acte authentique de vente ».

2. Cette décision constitue une nouvelle étape dans la discussion – sensible – relative au droit, et à ses limites, qu'ont ou non les notaires de pratiquer des activités relevant, de près ou de loin, du courtage immobilier. Cette discussion a donné lieu à plusieurs décisions rendues récemment par les cours suprêmes, tant judiciaire qu'administrative, ainsi qu'à une abondante production doctrinale, en des sens divers⁴.

Nous nous proposons, dans les lignes qui suivent, de commenter et d'examiner l'impact de l'arrêt prononcé par la cour d'appel de Mons le 15 juin 2009 au regard de cette jurisprudence. Les commentaires livrés ci-après resteront volontairement sommaires, descriptifs et prudents, non seulement du fait de la brièveté du délai imparti pour la rédaction de la présente note, mais surtout en raison des pourvois en cassation dont la décision vient d'être récemment frappée.

1. Rappel de la réglementation existante et des termes de la controverse

3. Conformément à la loi-cadre du 1^{er} mars 1976 réglementant la protection du titre professionnel et l'exercice des professions intellectuelles prestataires de services, l'arrêté royal du 6 septembre 1993 protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier a notamment créé l'Institut professionnel des agents immobiliers, en abrégé l'I.P.I.

* La présente note constitue une version raccourcie de notre contribution présentée aux *Chroniques notariales de l'Université de Liège* du 29 octobre 2009 (B. KOHL, "La négociation immobilière après l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 15 juin 2009", in Y.H. LELEU, *Chroniques notariales*, vol. 50, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 448 et suivantes), publiée ici à l'invitation du comité de rédaction de la revue avec l'autorisation de l'éditeur.

2. *J.T.*, 2009, p. 516, conclusions L.H. OLDENHOVE DE GUERTECHIN ; *Rev. not. b.*, 2009, p. 643, conclusions L.H. OLDENHOVE DE GUERTECHIN.

3. Voy., par exemple, C.D.C., "Notaires et immobilier : L'aruelle vise l'équilibre", *L'Echo*, 15 juillet 2009, n° 137, p. 1.

4. Voy., entre autres, ces dix dernières années : A. DELIÈGE, "La négociation immobilière par le notaire : suite", in D. STERCKX et J. LEDOUX (éd.), *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125^e anniversaire de la Revue du notariat Belge*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 201 et suivantes ; *id.*, "La négociation immobilière par notaire : le point", *Act. dr.*, 2000, p. 415 et suivantes ; *id.*, "Chronique de jurisprudence – Les agents immobiliers", in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XL, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 225 et suivantes, *spéc.* p. 226-228 ; P. DE PAGE, "Le notariat et la négociation immobilière", in *La négociation immobilière : l'apport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 47 et suivantes ; J. WINTER, "« Mogen notarissen bemiddelen ? Ja en neen », note sous Cass., 31 janvier 2002, *R.D.C.*, 2002, p. 285 et suivantes ; J. STICHELBAUT, "Négociation immobilière. L'agent immobilier ou le notaire et son client : un couple sans histoire ?", in *Actualités de droit immobilier*, coll. Recyclages FUSL, n° 2, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 137 et suivantes, *spéc.* p. 253-268 ; P. DEMOLIN et P. DAEMS, "La négociation immobilière : la frontière entre les droits des notaires et les droits des agents immobiliers", *J.T.*, 1997, p. 57 et suivantes ; R. STEENNOT, "Kan een rechtspersoon die optreedt voor rekening van de notarissen-vennoten, een activiteit van vastgoedbemiddeling uitoefenen zonder een inschrijving te nemen als vastgoedmakelaar ? ", note sous Cass., 31 janvier 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 704 et suivantes ; L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 19-31.

En vertu de son article 2, nul ne peut exercer en qualité d'indépendant, à titre principal ou accessoire, la profession d'agent immobilier s'il n'est inscrit au tableau des titulaires de la profession.

4. L'article 3 de cet arrêté royal définit l'activité professionnelle protégée, en énonçant qu'« *exerce l'activité professionnelle d'agent immobilier au sens du présent arrêté, celui qui, d'une manière habituelle et à titre indépendant, réalise pour le compte de tiers : 1° des activités d'intermédiaire en vue de la vente, l'achat, l'échange, la location ou la cession de biens immobiliers, droits immobiliers ou fonds de commerce (...)* ».

L'article 4, alinéa premier, 1°, de ce même arrêté royal du 6 septembre 1993 exclut cependant de son champ d'application « *1° la personne qui exerce une ou des activités visées à l'article 3 en vertu des dispositions légales ou réglementaires ou d'usages professionnels constants, pour autant qu'elle soit soumise à la discipline relevant d'une instance professionnelle reconnue* ». Cette disposition est généralement interprétée comme visant implicitement la profession notariale⁵, mais également, par exemple, la profession d'avocat ou d'architecte⁶; elle justifierait le droit pour les notaires d'exercer l'activité d'intermédiaire en vue de la vente d'immeubles, visée à l'article 3, en s'appuyant sur le constat que l'activité de courtage constituerait un usage professionnel constant et que les notaires sont, dans l'exercice de cette activité, soumis à leur propre déontologie⁷. Ainsi que nous l'expliquerons ci-après⁸, cette argumentation est néanmoins contestée par les agents immobiliers qui estiment, pour leur part, que l'usage professionnel constant revendiqué par les notaires contreviendrait à une autre disposition légale d'ordre public et ne pourrait, par conséquent, justifier cette activité.

5. Par ailleurs, l'article 6, alinéa premier, 6°, de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat, prévoit que « *le notaire ne peut : (...) exercer, par lui-même ou par une personne interposée, un commerce* ». Cette dernière disposition a été insérée dans la loi du 25 ventôse an XI par l'arrêté royal n° 213 du 13 décembre 1935⁹. En effet, jusqu'à l'adoption de cet arrêté royal, il était traditionnellement enseigné que le commerce était interdit aux magistrats, avocats, mais pas aux notaires. En 1884, P. NAMUR écrivait ainsi :

5. Voy., par exemple, en ce sens A. DELIÈGE, " La négociation immobilière par le notaire : suite ", in D. STERCKX et J. LEDOUX (éd.), *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125^e anniversaire de la Revue du notariat Belge*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 201 et suivantes, spéc. p. 207; J. BORGERS et S. WINNYKAMIEN, " L'agent immobilier ", in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 1996, p. IV.7.4.

6. Voy. L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 20.

7. Les avocats invoquent également l'article 4, alinéa premier, 1°, de l'arrêté royal du 6 septembre 1993 pour justifier leur droit à se livrer à des activités de syndic d'immeubles en copropriété. C'est ainsi que l'article premier du règlement de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone du 19 avril 2004 « relatif à l'avocat syndic d'une association de copropriétaires » (*M.B.*, 12 mai 2004), dispose que « *l'avocat peut exercer la fonction de syndic d'une association des copropriétaires dans le cadre des articles 577-2 et suivants du code civil conformément aux règles de dignité, de probité et de délicatesse qui sont le fondement de la profession* ». Par un arrêt du 24 mars 2005, la Cour de cassation a rejeté le recours en annulation de ce règlement porté devant elle par l'Institut professionnel des agents immobiliers (Cass., 24 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 310, cette revue, 2005, p. 725), en estimant que, par « dispositions réglementaires », l'article 4, alinéa premier, 1°, de l'arrêté royal du 6 septembre 1993 visait toute norme arrêtée dans le domaine de sa compétence par une personne morale de droit public investie d'un pouvoir réglementaire, tel que par exemple l'Ordre des barreaux francophones et germanophone. La requête en annulation se fondait sur les articles 611 et 501, paragraphe premier, alinéa 3, du code judiciaire, qui donnent compétence à la Cour de cassation pour statuer sur les demandes d'annulation des règlements de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et de l'Ordre van Vlaamse balies, qui seraient entachés d'excès de pouvoir, contraires aux lois ou irrégulièrement adoptés. Voy. entre autres sur cet arrêt R. TIMMERMANS, « Cassatie bevestigd quasi-monopolie vastgoedmakelaars », *Vastgoed info*, 2005, p. 3 et suivantes.

8. Voy. *infra* n° 15.

9. *M.B.*, 16-17 décembre 1935, p. 7925.

« les notaires qui se livrent à des opérations commerciales peuvent compromettre gravement les intérêts des familles dont ils possèdent la confiance. Néanmoins, dans l'état actuel de la législation belge, aucune loi ne leur défend de faire des actes de commerce, et il en était de même dans notre ancien droit »¹⁰.

Le rapport au Roi de cet arrêté royal expose que :

« (...) si l'on veut que les notaires ne soient pas des hommes d'affaires, la prohibition s'impose, comme les autres interdictions de même nature édictées par le projet. L'intérêt général exige que le notaire soit, avant tout, notaire, qu'il soit indépendant, désintéressé, éloigné des spéculations »¹¹.

Le principe de l'interdiction de l'exercice d'une activité commerciale par les notaires était rappelé par P. HARMEL qui, dans l'édition originale (1979) du *Répertoire notarial*, expliquait que :

« l'activité consistant à rapprocher les parties à une vente éventuelle, et à les mettre en présence en vue de la conclusion de l'opération juridique à laquelle le négociateur n'interviendra pas comme mandataire, est celle de l'agent ou du promoteur immobilier : elle est commerciale. Les négociations immobilières répétées revêtant le caractère commercial sont donc interdites aux notaires »¹².

Cette position fut quelque peu nuancée dans les versions ultérieures du *Répertoire notarial*¹³.

6. En application de l'article 91, alinéa premier, 1^o, de la même loi de ventôse¹⁴, l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires a adopté, le 22 juin 2004, son code de déontologie. Ce code de déontologie comporte notamment, en son chapitre XI, des règles spécifiques à la négociation immobilière. Ainsi, l'article 36 précise que « *le notaire qui pratique la négociation immobilière respecte strictement les règles relatives à la pratique notariale en la matière émanant tant de la compagnie des notaires dont il dépend que de la Chambre nationale, ainsi que les règles déontologiques en la matière émanant de la Chambre nationale* ». Le Code de déontologie a été approuvé par arrêté royal du 21 septembre 2005¹⁵.

Les règles détaillées, spécifiques à la négociation immobilière, devaient faire l'objet d'un règlement particulier de la Chambre nationale des notaires.

7. Ce règlement contenant les « règles applicables à la négociation par les notaires de ventes amiables ou judiciaires de biens immeubles » a été adopté par la Chambre nationale des notaires le 20 juin 2006 et approuvé par arrêté royal du 14 novembre 2006¹⁶.

10. P. NAMUR, *Le Code de commerce belge*, tome I, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1884, p. 120 ; voy. également en ce sens C. SMEESTERS, *Manuel de droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 1922, p. 30.

11. *M.B.*, 16-17 décembre 1935, p. 7920 et suivantes, *spéc.* p. 7922. L'article 7, paragraphe 3, de l'arrêté royal n^o 213 du 13 décembre 1935 portant modification de la loi du 25 ventôse an XI prévoyait une disposition transitoire : « *Le notaire qui, au jour de la mise en vigueur de celui-ci, exerce l'une des fonctions ou professions qui y sont visées, peut continuer à l'exercer* ».

12. P. HARMEL, *Organisation et déontologie du notariat*, *Rép. not.*, titre XI, livre V, Bruxelles, Larcier, 1979, p. 6.

13. En effet, la deuxième édition du traité, publiée en 1992 par J. DEMBLON, est moins catégorique, puisqu'il y est précisé que « la négociation, en soi interdite au notaire parce qu'en soi à caractère commercial, perd ce caractère par son intégration à l'activité principale du notaire, l'établissement d'un acte authentique, qui n'est évidemment pas commerciale » (J. DEMBLON, *Organisation et déontologie du notariat. La fonction notariale*, *Rép. not.*, titre XI, livre V/1, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 158). En note, l'auteur explique que « (...) ces développements permettent d'éclaircir la position avancée antérieurement par P. HARMEL » (J. DEMBLON, *op. cit.*, p. 158, note 4).

14. L'article 91, alinéas premier et 2, de la loi du 25 ventôse an XI dispose que : « outre celles qui lui sont confiées par les autres dispositions de la présente loi, la Chambre nationale des notaires a pour attributions : 1^o d'établir les règles générales de la déontologie et de définir un cadre réglementaire général pour l'exercice des compétences des compagnies des notaires, visées à l'article 69, 2^e et 5^e, et des compétences des chambres des notaires, visées à l'article 76, 3^e et 5^e (...) ».

15. *M.B.* du 3 novembre 2005.

16. Voy., entre autres, à ce sujet J. STICHELBAUT, "Négociation immobilière. L'agent immobilier ou le notaire et son client : un couple sans histoire ? ", in *Actualités de droit immobilier*, collection Recyclages FUSL, n^o 2, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 137 et suivantes, *spéc.* p. 253-268 ; B. KOHL et R. SALZBURGER, "Chronique de jurisprudence - Les agents immobiliers ", in Y.H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 45, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 139 et suivantes, *spéc.* p. 145-146 ; J. VANSTEENE, "Nieuwe regels voor notaris bij vastgoedbemiddeling ", *Vastgoed info*, 2007, p. 1 et suivantes ; B. LOUVEAUX, "Négociation de ventes d'immeubles par les notaires : une nouvelle règle ", *Immobilier*, 2007, p. 1 et suivantes.

En substance, il prévoit que le notaire ne peut être chargé d'exposer en vente de gré à gré et de négocier des biens immobiliers qu'à la condition que cette activité soit en relation avec un acte de son ministère. Il n'est donc pas question pour le notaire d'attirer des vendeurs potentiels en pratiquant la prospection ou le démarchage. Cette règle s'inscrit dans le cadre de l'interdiction plus large, énoncée à l'article 19 du code de déontologie de la profession, d'effectuer une démarche vis-à-vis d'un client pour lui proposer son ministère, ou de rémunérer directement ou indirectement des tiers en vue d'être chargé d'un dossier. Le notaire ne peut pas non plus accepter une mission de négocier un immeuble si un agent immobilier en est également chargé.

Ensuite, la mission du notaire devra nécessairement être consignée dans un écrit signé par le propriétaire, et contenant au minimum les mentions suivantes : modalités de la mise en vente, mode de publicité pour annoncer la vente (et estimation du coût de ce mode de publicité), montant du salaire du notaire et des conditions de son exigibilité et déclaration du propriétaire précisant s'il a ou non confié semblable mission à un tiers. A défaut pour le contrat de répondre à ces conditions, le notaire ne pourra réclamer aucun salaire¹⁷.

La mission de négocier ne pourra être confiée pour une durée supérieure à six mois ; à la différence des contrats d'intermédiaire des agents immobiliers, la tacite reconduction est explicitement interdite : à l'échéance du terme, la mission doit, le cas échéant, être confirmée par écrit. En outre, cette mission est toujours résiliable par chacune des parties moyennant l'envoi d'une lettre recommandée et le respect d'un délai de préavis de 15 jours. Le salaire de négociation est fixé librement par les parties, mais ne peut excéder deux pour cent du prix de vente. Enfin, si plusieurs notaires sont chargés conjointement de mettre en vente un immeuble, le salaire de négociation sera, sauf convention contraire, partagé entre eux dans la même proportion que leur part respective dans l'honoraire de l'acte de vente.

8. La controverse qui oppose notaires et agents immobiliers réside essentiellement dans la qualification de l'exercice par un notaire des activités de courtage immobilier.

9. En effet, puisque l'article 6 de la loi du 25 ventôse an XI interdit au notaire d'exercer un commerce, il convient d'examiner si, pratiquant la négociation immobilière, le notaire doit ou non être considéré comme « exerçant un commerce ».

Le code de commerce, dans son article premier, définit comme commerçants « (...) ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint »¹⁸. La profession principale est celle qui procure la plus grande partie des revenus pour la personne qui l'exerce. La profession d'appoint implique une source de revenus complémentaires dans le cadre d'une activité distincte de la principale. Les actes commerciaux sont énoncés limitativement aux articles 2 et 3 du code de commerce. Or, l'article 2 répute acte de commerce toutes opérations de courtage, « (...) c'est-à-dire le contrat par lequel un intermédiaire indépendant, appelé courtier, se charge à titre professionnel de mettre en rapport deux ou plusieurs personnes en vue de leur permettre de conclure entre elles une opération juridique à laquelle il n'est pas lui-même

17. Le notaire pourra cependant toujours réclamer au propriétaire le remboursement des frais qu'il aurait engagés à la demande du propriétaire.

18. Le terme « habituelle » a perdu de son utilité avec l'ajout par la loi du 3 juillet 1956 des termes « soit à titre principal, soit à titre d'appoint » à l'article premier du code de commerce. Comme l'explique A. BENOÎT-MOURY, « cette modification législative, comme l'extension de l'énumération des actes de commerce de l'article 2, avait pour objet d'éviter une " concurrence déloyale " et de lutter contre le travail au noir » (voy. en ce sens A. BENOÎT-MOURY, " La commercialité des personnes physiques et des personnes morales ", in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, collection C.D.V.A., Liège, éditions Collection scientifique Faculté dr. Liège, 1998, p. 69 et suivantes, *spéc.* p. 78).

partie »¹⁹. Selon les enseignements traditionnels, le courtage immobilier est donc un acte commercial par nature²⁰.

En résumé, la combinaison de l'article 6, alinéa premier, 6°, de la loi du 25 ventôse an XI et des articles premier et 2 du code de commerce conduit *a priori* à la conclusion que le notaire ne peut, que ce soit à titre principal ou à titre d'appoint, s'adonner au courtage immobilier, c'est-à-dire à l'activité consistant à mettre en rapport vendeurs et acheteurs de biens immobiliers.

10. Il y a lieu de soigneusement distinguer la notion d'activité d'appoint de celle d'activité accessoire. En effet, la délimitation est importante pour la qualification de personne commerçante. Une personne qui exerce à titre principal une activité civile, mais qui réalise également des actes de commerce par nature risque d'être considérée comme commerçante si ceux-ci forment une activité d'appoint, alors que si ces actes constituent un accessoire de l'activité principale (qui, par hypothèse, serait civile), l'accomplissement de ces actes commerciaux ne fera pas d'elle un commerçant.

La question se pose, dès lors, de savoir si l'activité de courtage immobilier développée par les notaires constitue une activité habituelle des notaires, soit à titre principal, soit à titre d'appoint, ou si elle ne constitue pour eux qu'une activité accessoire à une autre activité. Cette question réside au cœur de la controverse opposant les protagonistes dans l'affaire soumise à l'appréciation de la cour d'appel de Mons, mais également dans celles ayant donné lieu à des arrêts récents de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Nous retracerons brièvement l'évolution de cette jurisprudence dans la section suivante.

11. Relevons, cependant, immédiatement qu'aux yeux de l'Institut professionnel des agents immobiliers, l'argumentation selon laquelle le courtage immobilier pourrait ne constituer qu'un « accessoire de la mission notariale principale, soit de la passation des actes authentiques », relèverait d'une pétition de principe, car la recherche d'un acquéreur ne pourrait être « l'accessoire » de l'authentification d'un acte. Au contraire, l'acte authentique constituerait le complément obligatoire de la rencontre des volontés des parties, laquelle signifie que l'acte de courtage lui-même a pris fin. Il y aurait donc deux actes successifs bien identifiables : le courtage, commercial par nature, et l'authentification, qui relève de la fonction publique, et dont le premier ne serait nullement l'accessoire. Nous reviendrons par après sur ce point.

En outre, pour l'Institut professionnel des agents immobiliers, l'article 245 du code pénal, qui s'applique aux notaires²¹, fait interdiction à tout fonctionnaire public de prendre ou recevoir quelque intérêt que ce soit dans les actes dont il a l'administration. Sur la base de cette disposition, « (...) on n'imaginerait pas un bourgmestre, officier de l'état civil, ouvrir une agence matrimoniale sous prétexte qu'il dresse les actes de mariage »²² ; l'Institut professionnel des agents immobiliers estime, dès lors,

19. C. JASSOGNE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, tome 2, Malines, Kluwer, 1990, p. 625, n° 742.

20. Il convient, cependant, de noter que des actes commerciaux par nature peuvent devenir civils par relation à la personne non commerçante. En effet, selon le principe suivant lequel l'accessoire suit le principal, un acte de commerce peut changer de nature s'il se rattache à une activité essentiellement civile (voy. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, tome 1, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 386, n° 418). Voy., par exemple, le cas d'un établissement scolaire qui achète des fournitures scolaires en gros, pour les revendre à ses élèves. L'achat pour revendre est un acte de commerce par sa cause, mais il est ici accompli à titre d'accessoire d'une profession de caractère civil : l'enseignement.

21. Dans sa mission d'authentification, le notaire est un fonctionnaire public. En effet, aux termes de l'article premier de la loi du 25 ventôse an XI, « les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ». De même, le notaire prête le serment « que la loi exige de tout fonctionnaire public » (article 47 de la loi du 25 ventôse an XI), il subit les contraintes, et bénéficie des protections, liées à son statut de fonctionnaire public (voy. notamment les articles 194 et suivants et les articles 227 et suivants du code pénal). Sur cette question, voy. entre autres J. DEMBLON, *op. cit.*, p. 51 et suivantes, spéc. p. 54.

22. Voy. l'argumentation de l'Institut professionnel des agents immobiliers, mentionnée dans l'arrêt du Conseil d'Etat n° 193.066 du 6 mai 2009 (voy. *infra* n° 18 à ce sujet).

qu'il doit en être de même pour les notaires en ce qui concerne les actes authentiques de vente d'immeubles et qu'au-delà même du caractère ou non accessoire du courtage, cette activité, exercée en lien avec une fonction instrumentaire dérivant de l'autorité publique, serait intrinsèquement illégale²³.

Force est néanmoins de constater que ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'Etat (auquel l'argument fut pourtant présenté tel quel) n'ont retenu cette dernière argumentation. Dans l'arrêt commenté, la cour d'appel de Mons n'envisage pas non plus cette question, en faisant certes droit à la demande de l'Institut professionnel des agents immobiliers, mais en s'appuyant essentiellement sur l'argument du caractère accessoire ou non de l'activité de négociation immobilière.

12. Par ailleurs, outre le caractère accessoire de l'activité de négociation immobilière, les notaires invoquent régulièrement à l'appui de leur thèse l'existence des usages, en vertu desquels le notaire serait admis à exercer la négociation immobilière, bien que l'article 6 de la loi du 25 ventôse an XI lui interdise de poser des actes de commerce. Ainsi, selon P. DE PAGE :

« (...) la réalité de l'usage notarial de la négociation immobilière en se basant sur la tradition est unanimement reconnue en Belgique depuis de très nombreuses décennies, voire depuis beaucoup plus longtemps encore. La négociation immobilière est décrite comme une activité naturelle »²⁴.

Cette opinion paraît, toutefois, devoir être quelque peu relativisée pour deux motifs.

Premièrement, certains auteurs contestent le caractère ancestral de l'usage vanté ; ainsi, selon P. DEMOLIN et P. DAEMS :

« nous sommes (...) loin des coutumes de l'ancien droit (...) ; il s'agit d'une pratique qui s'est développée progressivement depuis quelques années tout au plus en même temps que s'est développé le secteur tertiaire de notre économie. En tout état de cause, seuls les usages constants, anciens et bien établis peuvent avoir une force obligatoire pour compléter les lois ou y suppléer. Le caractère constant et bien établi de la pratique de la négociation nous paraît plus que douteux (...) »²⁵.

Selon les auteurs, même à l'heure actuelle, l'usage ne serait pas constant sur l'ensemble du territoire belge :

« (...) la seule certitude, c'est que, en Belgique, dans certains arrondissements, l'usage de pratiquer la négociation de la vente d'immeubles s'est développé. Encore faut-il connaître avec précision le contenu de cet usage : bien souvent, la négociation n'est que l'accessoire de l'acte à établir. Une étude récente démontre que cet usage n'est pas constant, loin de là »²⁶.

23. Les notaires répondent généralement à ceci par le caractère dual de leur profession : le notaire n'exerce pas seulement une fonction publique ; il est également titulaire d'une profession libérale. « (...) Le notariat est, dans son essence, totalement et exclusivement une fonction publique et (...) celle-ci ne peut être exercée, pour être efficace, autrement que dans le cadre d'une profession libérale. Pleinement l'une pour l'essence, pleinement l'autre pour le cadre » (P. VAN DEN EYNDE, C. HOLLANDERS DE OUDERAEN et P. BUISSERET, *La loi de ventôse rénovée*, tome II, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 15).

24. P. DE PAGE, " Le notariat et la négociation immobilière ", in *La négociation immobilière : l'apport du Notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 47 et suivantes, *spéc.* p. 49-50, n° 4.

25. P. DEMOLIN et P. DAEMS, " La négociation immobilière : la frontière entre les droits des notaires et les droits des agents immobiliers ", *J.T.*, 1997, p. 57 et suivantes, *spéc.* p. 60. Voy. cependant *contra* A. DELIÈGE, " La négociation immobilière par notaire : suite ", *op. cit.*, p. 202 et suivantes, *spéc.* p. 204-205 ; P. DE PAGE, *op. cit.*, p. 47 et suivantes, *spéc.* p. 49 ; ces auteurs, s'appuyant sur une doctrine plus ancienne, considèrent que la négociation immobilière fait partie des activités traditionnelles du notariat belge remontant, au minimum, au 19^e siècle. Dans une autre contribution, A. DELIÈGE conclut ainsi comme suit la description de l'usage vanté : « les notaires ne viennent donc pas bousculer les agents immobiliers sur leur terrain ; ils y étaient bien avant eux et on ne peut, *a priori*, leur faire reproche de s'adapter à l'évolution des techniques » (A. DELIÈGE, " La négociation immobilière par notaire : le point ", *Act. dr.*, 2000, p. 415 et suivantes, *spéc.* p. 418).

26. P. DEMOLIN et P. DAEMS, *op. cit.*, *spéc.* p. 60. Les auteurs citent les données recueillies en 1996 par l'Institut professionnel des agents immobiliers, dont il ressortirait qu'à l'époque, sur les 430 réponses reçues des études notariales interrogées, 17 pour cent ne pratiquaient jamais la négociation immobilière tandis que 39 pour cent ne la pratiquaient que « parfois ». Nous n'avons pas eu l'occasion de prendre connaissance de cette étude. Par ailleurs, l'on rappellera que pour recevoir application, un usage juridique doit être constant et général, « (...) ce qui signifie qu'il doit être suivi unanimement et non pas seulement par la majorité des individus intéressés ou par le plus grand nombre » (M. GODFROID, " L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé ", *R.G.D.C.*, 1990, p. 19 et suivantes, *spéc.* p. 22).

Deuxièmement, à considérer même que la pratique de la négociation immobilière développée dans le notariat (le cas échéant dans certains arrondissements plus particulièrement) soit, eu égard à sa constance et à son ancienneté, un usage au sens juridique du terme, encore la reconnaissance d'un pareil usage n'est-elle pas de nature à abroger une règle d'ordre public établie par la loi, c'est-à-dire, en l'espèce, l'article 6, alinéa premier, 6°, de la loi du 25 ventôse an XI, qui fut inséré dans cette loi par l'arrêté royal n° 213 du 13 décembre 1935²⁷.

II. Le caractère accessoire ou d'appoint de l'activité de négociation immobilière. Analyse de la jurisprudence récente

13. Ainsi que nous l'avons expliqué ci-avant, les articles premier et 2 du code de commerce visent les actes de commerce pratiqués à titre principal ou à titre d'appoint. La question de savoir si le notaire peut valablement pratiquer le courtage immobilier se résout en examinant si cette activité constitue l'accessoire de l'activité civile du notaire ou si elle constitue une activité d'appoint, voire principale.

14. La détermination du caractère accessoire ou d'appoint d'une activité déterminée a pris toute son importance lorsque s'est posée la question de la frontière existant entre, d'une part, les sociétés et, d'autre part, les associations sans but lucratif. Il est évident que des associations sans but lucratif ne peuvent se livrer, ni à titre principal, ni à titre d'appoint, à des activités commerciales dans un but de lucre, ni distribuer à leurs membres un gain matériel²⁸. L'on admet cependant qu'une association sans but lucratif puisse développer des activités commerciales, même à but lucratif, lorsque cette activité est exercée à titre accessoire, et dans la mesure où les bénéficiaires qui en résultent ne sont pas ristournés à ses membres et contribuent à la finalité première de l'association sans but lucratif sans en favoriser l'enrichissement²⁹.

En d'autres termes, le développement d'activités commerciales ne rend pas pour autant son auteur commerçant, lorsque cette activité est l'accessoire d'une profession civile. L'on se trouve dans ce cas face une « profession mixte ». Comme l'expliquent J. VAN RYN et J. HEENEN :

« (...) parfois, celui qui exerce une profession civile y adjoint une activité de nature commerciale. Cette circonstance ne suffit pas à donner à l'ensemble le caractère d'une entreprise commerciale, dès l'instant où l'activité adjointe conserve un caractère accessoire. Tel est le cas des médecins autorisés à fournir des médicaments à leurs clients, ou qui exploitent eux-mêmes une clinique privée ; tel est le cas aussi du dentiste qui fournit des appareils à ses patients ou du curé qui exploite un bassin de natation »³⁰.

27. Voy. par exemple sur ce point les arrêts du Conseil d'Etat, C.E., n° 22.83 du 17 mars 1953 (école communale d'Awans) ; C.E., n° 32.535 du 10 mai 1989 (ASBL Fédération belge des chambres syndicales des médecins c./ Communauté Française). Voy. également en ce sens H. DE PAGE : « Faut-il également admettre que, dans certaines circonstances, les usages peuvent prévaloir à l'encontre d'un texte formel, et créer ainsi une véritable règle dérogatoire au droit écrit ? En principe, non. Ce serait ramener le droit au régime de confusion et d'instabilité qui existait avant la rédaction, non seulement du code, mais des coutumes. Mais il peut se produire des cas exceptionnels où un usage constant, bien établi et absolument général, déroge réellement, quoique partiellement, à une règle de droit écrit. Ces cas sont rares, mais lorsqu'ils se présentent avec toutes les garanties voulues, et que l'utilité sociale l'exige, il faut les admettre, à moins qu'il ne s'agisse d'une disposition d'ordre public (loi impérative) » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 19, n° 9D). Cette position fut du reste expressément réaffirmée par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2002 concernant précisément l'usage invoqué par les notaires : la Cour énonce que « nonobstant l'éventuel contrôle exercé par une instance professionnelle, des usages professionnels constants contraires à la loi ne sauraient avoir pour effet d'exonérer une personne de l'inscription [à l'Institut professionnel des agents immobiliers] » (voy. *infra*, n° 15).

28. Voy. sur ce point M. COIPEL, " Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité ", in *Les ASBL. Evaluation critique d'un succès*, collection C.D.V.A., Bruxelles, Story-Scientia, 1985, p. 93 et suivantes.

29. M. COIPEL, *op. cit.*, p. 147 et suivantes. Cette théorie a trouvé sa concrétisation dans l'affaire dite « de la piscine du curé », à l'occasion de laquelle la Cour de cassation a reconnu que l'accomplissement d'un acte entrant dans l'énumération des activités réputées commerciales par la loi pouvait perdre ses qualités s'il était démontré qu'il avait été accompli dans un but désintéressé (Cass., 19 janvier 1973, *R.C.J.B.*, 1994, p. 325).

30. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 365, n° 391.

15. Cette thèse a été retenue, à propos du courtage immobilier par les notaires, dans un arrêt rendu le 31 janvier 2002 par la Cour de cassation, et dans lequel la Cour, tout en reconnaissant le caractère commercial de l'activité de courtage immobilier développée par le notariat, considère que celle-ci peut être valablement exercée lorsqu'elle est accessoire à la mission notariale principale³¹.

Plus précisément, la Cour de cassation, dans un attendu de principe, a décidé que « nonobstant leur caractère commercial, les activités d'agence immobilière ne sont pas toutes interdites aux notaires » et « que l'agence qui constitue un accessoire de la mission notariale principale, soit de la passation des actes authentiques, n'est pas contraire à la loi [du 25 ventôse an XI] ». Dans cette affaire, la Cour a rejeté le pourvoi formé par l'Institut professionnel des agents immobiliers contre un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, rendu à propos d'une affaire dans laquelle l'Institut professionnel des agents immobiliers mettait en cause la licéité de l'activité de courtage immobilier développée par la « Maison des notaires » de l'arrondissement de Louvain. Cette société civile à forme de société anonyme n'avait pas sollicité son inscription en qualité d'agent immobilier auprès de l'Institut professionnel des agents immobiliers, estimant pouvoir bénéficier de l'exemption prévue à l'article 4, alinéa premier, 1° de l'arrêté royal du 6 septembre 1993^{32, 33}.

Selon la Cour de cassation, le fait que les activités d'agence des notaires de l'arrondissement de Louvain, associés au sein de cette « Maison des notaires », étaient centralisées et exercées par cette personne morale distincte agissant au nom des notaires qui y étaient affiliés, n'emportait pas pour autant une modification de la nature des activités de courtage immobilier. Sur ce dernier point, la Cour de cassation adopte une solution différente, non seulement de la jurisprudence antérieure majoritaire³⁴, mais aussi de celle préconisée par son avocat général G. DUBRULLE³⁵.

31. Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, 297 ; *R.D.C.*, 2002, p. 281, note J. WINTER, *Rev. not. b.*, 2002, p. 788, *T. Not.*, 2002, p. 202, *R.W.*, 2002-2003, p. 699, note R. STEENNOT. Pour un commentaire de cet arrêt voy. entre autres A. DELIÈGE, "Chronique de jurisprudence – Les agents immobiliers", in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XL, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 225 et suivantes, *spéc.* p. 226-228 ; L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 20-22 ; J. WINTER, "Mogen notariissen bemiddelzen ? Ja en neen", note sous Cass., 31 janvier 2002, *R.D.C.*, 2002, p. 285 et suivantes ; J. STICHELBAUT, *op. cit.*, p. 137 et suivantes, *spéc.* p. 253-268 ; R. STEENNOT, "Kan een rechtspersoon die optreedt voor rekening van de notariissen-vennoten, een activiteit van vastgoedbemiddeling uitoefenen zonder een inschrijving te nemen als vastgoedmakelaar ?", note sous Cass., 31 janvier 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 704 et suivantes.

32. Voy. *supra* n° 4 à ce sujet.

33. Contrairement à la cour d'appel de Bruxelles dont l'arrêt avait été soumis à l'appréciation de la Cour de cassation dans l'affaire commentée (Bruxelles, 12 septembre 2000, *Ann. prat. comm.*, 2000, p. 527), et qui avait constaté l'existence d'un usage constant, invoqué par les notaires, et selon lequel le notaire serait admis à exercer la négociation immobilière nonobstant l'interdiction portée par l'article 6 de la loi du 25 ventôse an XI, la Cour de cassation pose de manière explicite dans son arrêt que : « des usages professionnels constants contraires à la loi ne sauraient avoir pour effet d'exonérer une personne de l'inscription acquise ». Comme nous l'invoquons ci-avant (voy. *supra* n° 12), dans la hiérarchie des normes, un usage ne peut déroger à une norme d'ordre public claire établie par la loi.

34. L'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2002 s'oppose ainsi résolument à la solution retenue par la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 2 avril 2001 (Anvers, 2 avril 2001, *T.APP./R.C.D.I.*, 2001/2, p. 38), mais également à celle retenue par le président du tribunal de commerce de Namur dans un jugement du 10 mars 1999 (Comm. Namur (prés.), 10 mars 1999, *J.T.*, 1999, p. 412 ; *Rev. not. b.*, 2000, p. 87). Dans son arrêt, la cour d'appel d'Anvers avait estimé qu'il résultait de l'article 50, paragraphe premier, c, de la loi du 25 ventôse an XI (telle que modifiée en 1999) qu'il était interdit aux notaires d'exercer une partie de leur activité professionnelle (ou de la faire exercer) par une société qui pour le reste n'aurait rien à voir avec le notariat. En l'espèce, des notaires de l'arrondissement d'Anvers avaient, comme à Louvain, constitué une société dont l'objet social était, d'une part, l'évaluation de biens immeubles et, d'autre part, l'accomplissement de services liés à l'activité de négociation immobilière (sur cet arrêt, voy. entre autres H. CASMAN, "Antwerps notarieel verkoopbureau moet activiteit staken", *Juristenkrant*, 7 juin 2001, p. 1 et suivantes). Quant au président du tribunal de commerce de Namur, il avait constaté que la SPRL Service immobilier notarial, établie à Namur sur le même principe que les « Maisons de notaires » de Louvain ou d'Anvers, exerçait une activité d'intermédiaire immobilier au mépris de l'arrêté royal du 6 septembre 1993, et que le fait d'être mandaté par le notaire, lui-même mandaté par le vendeur, n'était pas de nature à modifier la qualité à donner à cette activité (voy. sur cette décision L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, 2^e édition, *op. cit.*, p. 22-23).

35. Dans ses conclusions, l'avocat général reconnaît d'abord, de manière générale, que la prospection d'acquéreurs est une conséquence des prestations de services auxquelles le vendeur d'un immeuble peut s'attendre de la

(suite p. 1769)

16. Pourrait-on considérer que, ce faisant, la Cour de cassation n'a pas, dans son arrêt du 31 janvier 2002, directement visé l'activité de courtage immobilier exercée par les notaires eux-mêmes ?

Nous ne le pensons pas. D'une part, l'attendu de principe de la Cour est particulièrement explicite (« l'agence qui constitue un accessoire de la mission notariale principale, soit de la passation des actes authentiques, n'est pas contraire à la loi [du 25 ventôse an XI] »). D'autre part, il nous paraît que dès l'instant où la Cour de cassation admet qu'un établissement d'intermédiation « détaché de l'étude notariale » puisse pratiquer, pour le compte de notaires-associés, la négociation immobilière sans devoir pour ce faire être soumis aux formalités de l'inscription à l'Institut professionnel des agents immobiliers, *a fortiori*, l'activité de courtage immobilier similaire à celle exercée par la « Maison des notaires », mais développée (à titre accessoire) par les notaires eux-mêmes doit être appréciée de la même manière³⁶.

17. Il y a lieu également de mentionner que la licéité de l'activité notariale de négociation immobilière a fait l'objet de plusieurs questions parlementaires ces dernières années. A ces questions, le ministre de la Justice a, chaque fois, répondu par l'absence de contrariété de cette pratique aux lois et règlements, lorsque cette activité est « accessoire et subordonnée à l'acte notarié »³⁷.

18. Enfin, très récemment, la possibilité pour les notaires de pratiquer la négociation immobilière fut à nouveau remise en cause par l'Institut professionnel des agents immobiliers, cette fois devant le Conseil d'Etat.

(suite de la note 35, p. 1768)

part du notaire qui lui est indispensable pour tout transfert de propriété ; « cette prospection constitue, dès lors, un accessoire de l'acte et est considérée avec raison comme un usage notarial constant ». L'avocat général recommandait cependant la cassation au motif que l'arrêt admettait que la « Maison des notaires » développait des activités ne différant pas de celles que les notaires peuvent exercer, « (...) à savoir la prospection d'acquéreurs *autorisée* non seulement par leurs règles de déontologie mais " aussi " (!) par la loi (l'article 4, 1° de l'arrêt royal du 6 septembre 1993 admettant notamment les *usages professionnels constants*) ». Or, selon l'avocat général, « (...) il est évident qu'un usage ne devient pas constant, à plus forte raison légal, par la seule circonstance qu'aucune instance disciplinaire reconnue ne le conteste (et même y contribue !) » (G. DUBRULLE, conclusions précédant Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, 297 et suivantes, *spéc.* p. 303). La Cour de cassation n'a pas suivi cet argument.

36. Voy. en ce sens implicitement R. STEENNOT qui, dans son commentaire de l'arrêt, explique que : « de opriching van een rechtspersoon moet het mogelijk maken de opdrachten, die de notaris zelf *mag* uitoefenen, op een meer doeltreffende en efficiënte wijze te verrichten » (R. STEENNOT, " Kan een rechtspersoon die optreedt voor rekening van de notarissen-vennoten, een activiteit van vastgoedbemiddeling uitoefenen zonder een inschrijving te nemen als vastgoedmakelaar ? ", note sous Cass., 31 janvier 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 704 et suivantes, *spéc.* p. 705).

37. Voy. ainsi la réponse donnée en 2001 par le ministre à la question posée par le député CANON : « Les notaires accomplissent traditionnellement, dans le cadre de leur profession, un certain nombre de tâches de nature économique qui ne sont pas imposées par leur charge d'officier public, mais qui s'y rapportent. Dans l'exercice de ces tâches, ils restent notaires et donc soumis à une déontologie et éthique professionnelles spécifiques (...). Selon la doctrine, cette intervention n'est pas contraire à la fonction notariale dans la mesure où elle a eu lieu à la demande du client (mandat écrit) et dans la perspective de l'établissement d'un acte. Il ne s'agit pas d'actes de commerce car l'activité est accessoire et subordonnée à l'acte notarié (...). Enfin, il devient de plus en plus difficile de distinguer les aspects juridiques, administratifs et économiques de la transaction immobilière en son entièreté. Ces différents aspects font d'ailleurs l'objet d'une opération à laquelle le notaire doit conférer l'authenticité. Il est fait appel au notaire pour donner l'authenticité à chaque convention de vente. Dans cette optique, il doit entre autres s'assurer que l'expression de la volonté des parties n'est pas entachée par l'un ou l'autre vice. De ce point de vue, le notaire peut offrir plus de sécurité juridique, s'il a été impliqué depuis le début à la réalisation de la convention de vente. L'article 4 de l'arrêt royal du 6 septembre 1993 protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier, confirme d'ailleurs la possibilité pour un notaire – sans pouvoir porter le titre d'agent immobilier – d'agir en qualité d'intermédiaire dans un domaine immobilier (...) » (Questions et réponses, Ch. repr., session 2001-2002 – question n° 439 du 29 août 2001, p. 10987). Voy. également la réponse donnée dans des termes similaires en 2005 à la question posée par le député DIEU (Compte-rendu intégral du 18 octobre 2005, Ch. repr., session 2005-2006, question n° 8173).

Par des requêtes introduites respectivement les 28 décembre 2005 et 21 décembre 2006, l'Institut professionnel des agents immobiliers demandait l'annulation, d'une part, de l'arrêté royal du 21 septembre 2005 portant approbation du code de déontologie établi par la Chambre nationale des notaires, en particulier de son article 36 (qui prévoit le principe selon lequel le notaire qui pratique la négociation immobilière doit respecter les règles de déontologie), et, d'autre part, de l'arrêté royal du 14 novembre 2006 portant approbation des règles applicables à la négociation par les notaires de ventes amiables ou judiciaires de biens immeubles³⁸.

19. Le Conseil d'Etat, par deux arrêts prononcés le 6 mai 2009³⁹, a rejeté les requêtes en annulation.

Dans chacun de ces deux arrêts, le Conseil d'Etat, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2002 précité⁴⁰, rejette la requête en argumentant que « la négociation immobilière par notaire ne constitue pas un acte de commerce au sens de l'article 2 du code de commerce lorsqu'elle est l'accessoire de l'activité principale du notaire, à savoir l'authentification d'opérations immobilières ; (...) la qualification d'officier public dont est revêtu le notaire n'énerve pas cette conclusion dès lors que le notaire exerce une profession libérale et donc civile ».

20. C'est à la lumière de cette jurisprudence judiciaire et administrative qu'il convient à présent d'analyser la portée de l'arrêt prononcé le 15 juin 2009 par la première chambre de la cour d'appel de Mons.

III. L'arrêt de la cour d'appel de Mons du 15 juin 2009

21. En première instance, l'Institut professionnel des agents immobiliers avait requis du président du tribunal de commerce de Charleroi, sur le pied des articles 95 et suivants de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur, qu'il constate, dans le chef d'un notaire établi en province du Hainaut, une activité contraire aux usages honnêtes en matière commerciale portant atteinte aux intérêts professionnels des agents immobiliers, et qu'il ordonne la cessation de tout acte participant à la négociation de la vente de biens immobiliers, tel que publicité, visites, recherche d'amateurs, discussion de prix, enchères, réception d'offres, ...

S'appuyant sur une certaine doctrine, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2002, sur l'arrêté royal du 14 novembre 2006, mais également sur la pratique développée par les notaires dans le nord de la France, le président du tribunal de commerce, dans le jugement *a quo* du 4 avril 2007⁴¹, avait conclu au principe de la licéité de l'exercice de la négociation immobilière par le notaire lorsqu'elle est exercée de manière accessoire. Afin de déterminer si le comportement du notaire concerné établissait ou non l'exercice d'une profession d'appoint plutôt qu'une activité accessoire, le président du tribunal de commerce avait rouvert les débats, en invitant les parties à s'expliquer plus complètement sur cette question de fait.

L'Institut professionnel des agents immobiliers releva appel de ce jugement, contestant que sa demande ait pu être déclarée non fondée « (...) en ce qu'elle [tendait] à voir ordonner la cessation par le notaire (...) de toute activité de négociation immobilière au motif que cette activité serait par principe interdite au notariat ».

38. Voy. *supra* n° 7.

39. C.E., n° 193.065 du 6 mai 2009 et C.E., n° 193.066 du 6 mai 2009, *Rev. not. b.*, 2009, p. 677.

40. Voy. *supra* n° 15.

41. Comm. Charleroi (prés.), 4 avril 2007, cette revue, 2008, p. 165.

22. En appel, et sur conclusions contraires de l'avocat général⁴², la première chambre de la cour d'appel de Mons fit droit à la requête de l'Institut professionnel des agents immobiliers et ordonna la cessation dans le chef du notaire impliqué de tout acte relevant de la négociation immobilière économique.

23. La cour d'appel de Mons procède dans son arrêt à l'examen de la convention-type de la compagnie des notaires du Hainaut, utilisée par le notaire en cause, relative à la mise en vente de gré à gré d'un immeuble.

Cette convention-type prévoyait notamment que le notaire choisi pour la négociation soit le notaire du vendeur lors de l'acte notarié de vente, « (...) le vendeur faisant expressément choix du notaire ci-avant pour cet acte ». La convention assurait, par ailleurs, au notaire l'exclusivité de cette mission : le vendeur s'y engageait à « n'entamer personnellement aucune négociation et à ne charger aucun tiers d'une semblable mission » sous peine – notamment « si le vendeur charge une agence immobilière ou un autre notaire de la vente dudit bien pendant la durée du mandat » – de devoir payer « immédiatement à titre indemnitaire une somme égale à deux pour cent du prix demandé » pour la vente du bien. Enfin, en rémunération de sa mission, la convention prévoyait qu'il revenait au notaire, outre ses frais et débours, un « émolument » s'élevant à maximum 2 pour cent du prix de vente, que le vendeur s'engageait à imposer à l'acheteur dans la promesse de vente « comme condition essentielle de la vente à défaut de quoi le vendeur devient personnellement redevable envers le notaire de cet émolument, payable au plus tard au jour de la signature de la promesse de vente ».

24. La Cour constate qu'en l'espèce, le notaire exposait à la vente, en permanence, une vingtaine d'immeubles pour un prix moyen supérieur à 100.000 euros par immeuble, disposait d'une infrastructure spécifique imposant un investissement humain et matériel substantiel pour la préparation de la publicité, les réponses aux amateurs, l'organisation des visites, la réception des offres, le contact permanent avec le vendeur et utilisait un numéro téléphonique d'appel spécifique pour la vente d'immeubles, distinct de celui de l'étude. Selon la cour, le notaire mettait en œuvre des moyens publicitaires comparables à ceux des meilleures agences immobilières et pratiquait un mode de rémunération de ses activités de négociation immobilière aligné sur celui de l'agent immobilier.

25. En définitive, la cour d'appel relève non seulement que l'activité de négociation immobilière répond à la définition du courtage tel que visé aux articles premier et 2 du code de commerce, mais en outre que dans la mesure où, par la convention de mise en vente de gré à gré conclue entre le vendeur et le notaire, le premier s'engage à désigner le second pour authentifier la vente, l'activité d'authentification devient, en réalité, l'accessoire de l'activité de courtage et non l'inverse comme le soutenait le notaire.

42. Parmi les différents arguments invoqués par l'avocat général dans ses conclusions, nous croyons opportun de relever le suivant, qui s'écarte quelque peu des écrits traditionnels en la matière. Observant que la vente publique et la vente de gré à gré entretiennent des liens étroits et qu'il est très fréquent que des personnes voulant réaliser un bien envisagent les deux possibilités (et parfois passent d'une voie à l'autre alors que la procédure de mise en vente est lancée), L.H. OLDENHOVE DE GUERTECHIN estime qu'« il serait aberrant de considérer que le notaire qui a le monopole des ventes publiques d'immeubles ("volontaires" ou "judiciaires") se verrait exclu de la négociation des ventes de gré à gré lorsque l'on connaît les similitudes entre les deux modes de mise en vente et l'interdépendance entre eux. Il n'est pas rare qu'un bien, annoncé en vente publique, soit vendu de gré à gré (parce que le notaire a reçu une offre satisfaisante avant la vente, pour éviter les frais d'une adjudication publique, pour éviter de devoir vendre dans un contexte économique détérioré, ...) ou que des vendeurs, ayant initialement tenté de vendre un bien de gré à gré, optent pour une vente publique (pour profiter d'une concurrence entre les amateurs, pour obtenir un prix incontestable, ...). Comment décider dans ce cas que le notaire doit faire de la publicité pour le bien, apposer des placards (articles 1593 et 1602 du code judiciaire), organiser des visites, ... et que, dans l'autre cas, un tel comportement relèverait de la commercialité et lui serait interdit ? » (L.H. OLDENHOVE DE GUERTECHIN, conclusions précédant Mons, 15 juin 2009 », *J.T.*, 2009, p. 516 et suivantes, *spéc.* p. 518).

Partant, la cour en déduit que l'activité de courtage développée par le notaire concerné se heurte à l'interdiction posée par l'article 6, alinéa premier, 6°, de la loi du 25 ventôse an XI. Face à l'argument, soulevé par les notaires, de l'existence des dispositions réglementaires rappelées ci-avant (l'article 36 du code de déontologie ainsi que l'arrêté royal du 14 novembre 2006), autorisant explicitement la pratique de la négociation immobilière par les notaires, la cour répond par l'application, au cas d'espèce, de l'article 159 de la Constitution, imposant aux cours et tribunaux de n'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux que pour autant qu'ils soient conformes aux lois. En d'autres termes, pour la cour d'appel de Mons, les arrêtés royaux, contraires à l'article 6, alinéa premier, 6°, de la loi du 25 ventôse an XI en ce qu'ils autorisent et modalisent le courtage immobilier par les notaires, doivent dès lors être écartés.

26. A nos yeux, et sans préjudice des pourvois introduits contre cet arrêt, la portée de ce dernier doit être quelque peu relativisée. Premièrement en raison du fait que les arrêts rendus par le Conseil d'Etat le 6 mai 2009 n'ont, semble-t-il, pas pu être versés aux débats et pris en compte dans le raisonnement de la cour ; deuxièmement, en raison du fait que le raisonnement de la cour nous paraît reposer sur un constat du caractère non accessoire de l'activité de courtage développée par le notaire dans le cas d'espèce en particulier. Nous profitons des quelques lignes qui suivent pour développer davantage ces deux observations.

27. Par deux arrêtés du 6 mai 2009⁴³, le Conseil d'Etat a rejeté les requêtes de l'Institut professionnel des agents immobiliers visant à l'annulation des deux arrêtés royaux écartés par la cour d'appel dans l'affaire commentée. La cour d'appel ne fait pas état de ces arrêtés, ceux-ci ayant été prononcés postérieurement à la clôture des débats, à l'issue de l'audience de plaidoiries du 29 mars 2009.

Se pose dès lors la question de la portée de ces arrêtés dans l'hypothèse où la validité de ces arrêtés royaux serait à nouveau contestée, sur le pied de l'article 159 de la Constitution, devant d'autres juridictions de l'Ordre judiciaire. En d'autres termes, quelle doit être l'attitude du juge judiciaire lorsqu'il voit parvenir devant lui une contestation relative à un acte administratif sur lequel le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé ?

La question demeure controversée. Dans un arrêt du 24 mars 1977, la Cour de cassation avait nié l'autorité de chose jugée de l'arrêt de rejet prononcé au fond, en décidant qu'« un arrêt par lequel le Conseil d'Etat rejette un recours en annulation d'un acte réglementaire ne lie en rien les cours et tribunaux, même si devant ceux-ci, la nullité de l'acte réglementaire est invoquée sur le fondement d'un même moyen et entre les mêmes parties »⁴⁴.

La doctrine autorisée a néanmoins exprimé d'explicites réserves à l'égard de cette position. Comme le relèvent ainsi P. LEWALLE et L. DONNAY, l'on ne pourrait considérer l'arrêt de rejet prononcé au fond par le juge de l'excès de pouvoir comme l'expression d'une simple opinion :

« Sauf à nier le caractère juridictionnel de la fonction exercée par le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il prononce un arrêt de rejet au fond, force est de considérer que cet arrêt a, dans les limites de la compétence attribuée, autorité de chose jugée. Reste alors à déterminer l'objet même de la chose jugée. Sur ce point, la conclusion ne peut être que fort claire : le rejet au fond signifie que le ou les moyens invoqués par le requérant ne sont pas fondés, que l'illégalité prétendue n'a pas été prouvée par lui. Pour que " la lice judiciaire soit définitivement close ", il nous semble que cette illégalité ne devrait plus pouvoir être remise en question par le même requérant, ni devant le même

43. Voy. *supra* n° 18.

44. Cass., 24 mars 1977, *Pas.*, 1979, I, 789.

juge, ni devant un autre juge, peu importe que celui-ci appartînt aux juridictions administratives ou aux cours et tribunaux. Pour nous, la seule démarche cohérente est d'affirmer que, dans la mesure qui vient d'être invoquée, et dans cette mesure seulement, l'arrêt de rejet prononcé au fond par le Conseil d'Etat s'impose au juge judiciaire : celui-ci ne pourra, sur demande ou exception introduite par le même requérant, déclarer le règlement ou l'acte individuel indifféremment entaché de l'illégalité même que le Conseil d'Etat a précédemment déniée. Peu importe, au surplus, que le débat se poursuive avec le même objet ou non, sur la même cause ou non »⁴⁵.

En d'autres termes, à suivre cette doctrine, qui ne trouve cependant pas un ferme appui dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il pourrait s'avérer moins aisé à l'avenir, pour l'Institut professionnel des agents immobiliers, d'obtenir d'un juge judiciaire qu'il écarte, sur le fondement de l'article 159 de la Constitution, l'application à un litige concernant un notaire de l'article 36 du code de déontologie ou de l'arrêté royal du 14 novembre 2006, en se fondant sur les moyens rejetés par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 6 mai 2009.

28. La seconde observation relative à l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 15 juin 2009 réside dans l'appréciation en fait opérée par la cour. Il est frappant d'observer que bien que la cour d'appel n'évoque nulle part, dans son raisonnement, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 janvier 2002 – et par lequel la cour avait décidé que lorsqu'elle est l'accessoire de la mission principale du notaire, soit de la passation des actes authentiques, la négociation immobilière n'est pas interdite au notaire⁴⁶, il n'en reste pas moins que la cour d'appel semble s'inscrire dans la porte laissée ouverte par cette jurisprudence, en estimant qu'en l'espèce l'activité d'authentification était devenue accessoire à la pratique du courtage immobilier telle qu'elle était développée par le notaire en cause. Comme l'explique la cour, « (...) la pratique de ce courtage par le notaire X., à l'instar des notaires de la province du Hainaut, se heurte à l'interdiction posée par la loi du ventôse organique du notariat »⁴⁷.

En réalité, limité à l'appréciation souveraine par la cour des éléments factuels qui lui étaient soumis – et sur lesquels le président du tribunal de commerce, dans son jugement *a quo* n'avait pas eu l'occasion de se pencher⁴⁸, ce point de vue paraît en réalité conforme à la doctrine traditionnelle favorable à la pratique notariale de la négociation immobilière, et qui se résume comme suit :

« ce n'est donc que si le notaire excédait les limites de cette déontologie et s'écarterait de sa mission finale d'authentification de l'opération immobilière que le reproche de la commercialité de ses interventions dans la négociation pourrait alors être formulé. Détachant celle-là du contexte essentiel de l'acte authentique, le notaire deviendrait alors ce qu'est l'agent immobilier : un courtier qui, pratiquant habituellement ces opérations est un commerçant »⁴⁹.

45. P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, 3^e édition, collection Faculté dr. ULg., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1273-1274. Voy. également les critiques de l'arrêt du 24 mars 1977 par M. VANWELKENHUYZEN, cité par P. LEWALLE et L. DONNAY, et selon lequel « il est unanimement admis en effet que l'article 159 s'applique aux uns comme aux autres, à tous les actes administratifs, quels qu'ils soient. D'un autre côté, l'article 159 ne réserve pas aux cours et tribunaux judiciaires une compétence exclusive : les juridictions administratives ont, elles aussi, le droit et le devoir, en vertu de la même disposition constitutionnelle, d'examiner si les arrêtés et règlements qu'ils doivent appliquer sont conformes aux lois. Il est donc difficile d'apercevoir comment l'article 159 de la Constitution pourrait s'opposer réellement à l'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en ce qui concerne la légalité des règlements » (M. VANWELKENHUYZEN, " L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'Etat en matière de responsabilité de la puissance publique ", note sous Cass., 7 novembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 421 et suivantes, *spéc.* p. 440) ; voy. également en ce sens P. QUERTAINMONT : « Malgré la grande autorité qui caractérise les avis émis par le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, nous avouons n'être guère convaincu par la distinction qu'il opère entre l'hypothèse où l'acte administratif dont l'annulation a été refusée est un règlement et celle où il s'agit d'un acte individuel » (P. QUERTAINMONT, " Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », note sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 410 et suivantes, *spéc.* p. 433).

46. Voy. *supra* n° 15.

47. C'est nous qui soulignons.

48. Voy. *supra* n° 21.

49. P. DE PAGE, *op. cit.*, p. 47 et suivantes, *spéc.* p. 53.

En effet, à la lecture de l'arrêt, il semble que le simple constat du caractère commercial du courtage immobilier n'ait pas suffi à emporter la conviction de la cour, celle-ci ayant pris le soin d'ajouter explicitement à ce premier élément la référence au caractère accessoire du courtage, qui n'était pas démontré en l'espèce.

29. En conclusion, il nous paraît, sous réserve d'une appréciation basée sur un examen en fait révélant d'autres éléments conduisant, comme en l'espèce, à une conclusion contraire, que le notaire s'abstenant de se livrer à toutes démarches proactives destinées à se constituer une clientèle immobilière et limitant soigneusement ses activités d'intermédiaire à celles autorisées par la déontologie, en particulier l'arrêt royal du 14 novembre 2006 – dont la demande d'annulation a été rejetée par le Conseil d'Etat –, n'exerce pas, lorsqu'il reçoit un mandat particulier de procéder à la mise en vente d'un immeuble, une activité de courtage immobilier à titre principal ou à titre d'appoint et, partant, n'exerce pas une activité prohibée par l'article 6, alinéa premier, 6°, de la loi du 25 ventôse an XI.

Dans de telles strictes limites, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, l'intermédiation constitue un accessoire de la mission notariale principale, soit de la passation des actes authentiques⁵⁰. Dans ce cas également, elle rentre dans le champ de l'exception visée à l'article 4, alinéa premier, 1°, de l'arrêt royal précité du 6 septembre 1993. L'arrêt de la cour d'appel de Mons nous paraît rendu sur des considérations de fait propres à l'espèce (ou, plus largement, propres à la région dans laquelle le notaire exerçait son activité), de sorte qu'il ne semble pas remettre fondamentalement en cause la position de principe adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2002, et reprise à son compte par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 6 mai 2009.

BENOÎT KOHL

Chargé de cours à la Faculté de droit de l'ULg
Avocat au barreau de Bruxelles

Justice de paix de Grâce-Hollogne

3 mars 2009

Vente immobilière – Jugement ordonnant la passation de l'acte authentique – Chose jugée – Occupation de l'immeuble par l'acheteur – Demande d'expulsion formée ensuite par le vendeur devant le juge de paix – Inconciliable avec la demande en exécution – Rejet.

Lorsque le vendeur a obtenu du tribunal de première instance qu'il condamne l'acheteur à passer l'acte authentique, il ne peut ensuite, devant le juge de paix, solliciter l'expulsion de l'acquéreur de l'immeuble, cette action étant implicitement mais certainement inconciliable, juridiquement et logiquement, avec l'action en exécution du contrat qu'il a formé devant le tribunal de première instance.

(P. / D.)

50. Voy. également en ce sens les conclusions de l'avocat général G. DUBRULLE (voy. *supra* n° 15) : « (...) la prospection d'acquéreurs fait partie, à tout le moins est une conséquence des prestations de services auxquelles le vendeur d'un immeuble peut s'attendre de la part du notaire qui lui est indispensable, ce dernier étant, en effet, légalement tenu de passer l'acte de vente. Cette prospection constitue, dès lors, un accessoire de l'acte et est considérée avec raison comme un usage notarial constant » (G. DUBRULLE, conclusions précédant Cass., 31 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, 297 et suivantes, *spéc.* p. 303).