

# ACTUALITÉS de l'INTERMÉDIATION

– BANQUE, ASSURANCE, FINANCE, CROWDFUNDING – 1<sup>er</sup> juin 2016

*Éducation morale et civique - Les leçons de l'Intermédiaire :*

*«...les dettes de dizaine de milliers de pauvres gens s'en trouvent en toute légalité allégées. C'est moins spectaculaire que, disons, l'abolition de la peine de mort. C'est assez pour se dire qu'on a servi à quelque chose, et même qu'on a été de grands juges » (« D'autres vies que la mienne », E. Carrière, 2009).*

- **NUMÉRO SPÉCIAL** : la REponsabilité CIVILE des IOBSP dans le CADRE du NOUVEAU RÉGIME des CRÉDITS IMMOBILIERS aux PARTICULIERS.

*DIRECTIVE 2014/17/UE, art. L. 313-1 et suivants du Code de la consommation.*

Arrivent de nouvelles normes en droit du crédit immobilier : comment les apprivoiser ?

Du premier prix de gag bancaire de l'année 2016 aux conséquences profondes pour les IOBSP, l'intégration de la Directive européenne sur le crédit immobilier au nouveau Code de la consommation (articles L. 313-1, et suivants, R. 312-0 et suivants, de ce Code, tirés de l'Ordonnance n°2016-351 du 25 mars 2016 et Décret 2016-607 du 13 mai 2016) appelle des actions volontaristes de la part de l'ensemble des professionnels.

L'objectif de la réforme : garantir un « *niveau élevé de protection des consommateurs* ». L'un des moyens retenus : transformer des comportements professionnels en normes juridiques, assorties de sanctions en cas de manquements.

Une telle ambition, après plus trente années de « *niveau élevé de protection des consommateurs* » -et de montée simultanée du surendettement et de mal-être bancaire généralisé- ne laisse personne indifférent. Ni au concept même de « *niveau élevé* », ni aux nouvelles obligations à insérer dans les pratiques commerciales, ni aux sanctions spécifiques codifiées pour ces obligations. Les IOBSP ne sous-estiment pas l'ampleur de cette évolution de leur responsabilité civile.

Heureusement, la réponse est aisée : former les commerciaux à l'essentiel de la réforme avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016, puis complètement avant la fin de l'année 2016, sans attendre l'obligation tardive de formation continue du 21 mars 2017. Et refondre au plus vite et en profondeur les outils de commercialisation, supports naturels des obligations précontractuelles des Intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement, Courtiers en crédits ou Mandataires.

Voilà la priorité... « élevée » des IOBSP, qui, quant à eux, « doivent se comporter avec loyauté et agir au mieux des intérêts des clients » (art. R. 519-19 du Code monétaire et financier).

Il convient d'abord de se repérer dans nouvelle brousse normative du crédit immobilier, qui affirme encore plus précisément **une nouvelle forme de responsabilité civile professionnelle : celle de l'IOBSP en crédits aux particuliers**. Il convient d'en donner les premiers aperçus, encore imparfaits, car il faut reconnaître qu'une grande partie de ses contours demeurent mal pavés.

## 1 – Les quatre points cardinaux des obligations précontractuelles.

En présence de l'application imminente des nouvelles dispositions du Code de la consommation en crédit immobilier, leur découverte s'impose. Elle passe par la formation. En priorité, les IOBSP se placeront en situation de bien comprendre, pour les intégrer, les nouvelles obligations précontractuelles en crédit immobilier.

### 1.1. *Palme d'or du gag de droit bancaire de l'année 2016.*

Appliquer des obligations avant même de les connaître ? Une farce. Et un résultat simple : tous les crédits immobiliers souscrits à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2016 baigneront dans un risque élevé de contestation.

**1.1.1. Appliquer sans connaître.** Imaginons la situation suivante : vous devez prendre les commandes d'un engin un peu mécanique et technique, une voiture, un avion, une fusée. La date de départ est fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2016. Vous avez le droit de piloter la machine. Mais votre formation de pilote n'est prévue que le 21 mars 2017. Que va-t-il se passer, entre le 1<sup>er</sup> juillet 2016 et le 21 mars 2017 ? Un possible drame.

Tel est bien le résultat magnifiquement atteint avec la transposition de la Directive 2014/17/UE du 4 février 2014 sur « les crédits aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel » ; son injection définitivement chaotique en droit national fabrique cette situation inédite. Ceci mérite sans réserve la palme d'or au festival du gag de droit bancaire de l'année 2016.

Alors que la formation des professionnels bancaires est, fort justement, mise en avant, voici ces mêmes professionnels, notamment les IOBSP, placés en situation d'appliquer les nouvelles dispositions du crédit immobilier, en trois tranches successives et assez mal agencées entre elles. La première, dès le 1<sup>er</sup> juillet 2016, puis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Les obligations de formation continue ne sont impératives qu'à compter du 21 mars 2017 (IOBSP et leur personnel), voire le 21 mars 2019 (pour les personnels des prêteurs).

Cette approche originale plonge donc les professionnels dans une situation délicate : appliquer avant de se former. Dès le 1<sup>er</sup> juillet 2016, il faudra délivrer les nouvelles obligations mises à la charge des professionnels, alors que les principaux actes de transposition décrivant ces obligations ne sont parus que le 25 mars 2016 (Ordonnance 2016-351) et le 13 mai 2016 (Décret 2016-607).

**1.1.2. Former les IOBSP.** La réponse évidente consiste donc à former prioritairement les IOBSP et leurs personnels, notamment les commerciaux.

La maîtrise des obligations précontractuelles posées par le nouveau Code de la consommation s'impose comme une priorité, puisque celles-ci déterminent la validité de l'acte d'intermédiation du crédit immobilier et sont sources de responsabilité civile. Ces nouvelles obligations précontractuelles peuvent se distribuer en quatre catégories : comme les quatre points cardinaux, un moyen élémentaire de navigation.

## *1.2. Obligations précontractuelles à délivrer.*

Les obligations « *précontractuelles* » n'ont pas d'autre désignation aisée pour les spécifier. De plus, elles relèvent toutes « *d'informations* » à délivrer aux consommateurs-emprunteurs. Les juristes soulignent le caractère protéiforme des obligations d'information, au sens large, abondantes en droit. Le nouveau Code de la consommation se cantonne aux termes d'« *Information précontractuelle de l'emprunteur* » et d'« *Explications fournies à l'emprunteur et évaluation de sa solvabilité* » (sections 3 et 4 du Chapitre III, « *Crédit immobilier* »). Cette absence de terminologie précise dresse un obstacle à leur analyse ainsi qu'à leur bonne assimilation. Des libellés adéquats facilitent leur bonne compréhension.

Il est utile de les regrouper, pour les besoins de cette compréhension, en quatre familles d'obligations cardinales. Il est nécessaire à l'IOBSP de bien connaître leurs contours. Certaines d'entre elles sont applicables dès le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

**1.2.1. Obligation de présentation.** L'ACPR souligne fréquemment l'importance, pour l'emprunteur, de bien situer le professionnel dans la chaîne de distribution. Certains circuits mêlent plusieurs catégories de professionnels, aux statuts, aux obligations et aux compétences différentes. L'Autorité de supervision bancaire y voit une forme de « *complexification* » qui « *peut conduire à une dégradation de l'information faite au client, parfois incomplète ou inexacte en raison d'une insuffisante maîtrise du produit par les professionnels. Le manque de clarté du rôle de chacun peut entraîner une désresponsabilisation et une mauvaise prise en compte des besoins du client* » (ACPR, Rapport annuel 2015, 23 mai 2016).

Cette supposée « *complexification* » aurait diminué nettement si la transposition de la Directive avait, enfin, réglé son compte à l'interdiction des chaînes de mandat supérieures à deux degrés, et, surtout, à la prohibition du co-courtage, inutile du point de vue de la protection des consommateurs et contraire à la logique juridique même du courtage. Cette occasion de rectification est encore manquée.

Bien sûr, sans discussion, l'emprunteur doit situer clairement son interlocuteur, en écho à « l'obligation générale d'information précontractuelle » des articles d'ouverture L. 111-1, L. 111-2, R. 111-1 et R. 111-2 du Code de la consommation.

En pratique, la présentation (du professionnel bancaire) est assurée au moyen d'une série de données générales à délivrer : principalement, celles des nouveaux articles L. 313-6 et R. 312-0-0-1 du Code de la consommation et L. 519-4-2 et R. 519-20 du Code monétaire et financier, y compris lors de publicités (art. R. 519-24 du même Code monétaire). Ces informations sont augmentées, pour les seuls Courtiers-IOBSP, des dispositions de l'article R. 519-30 du Code monétaire et financier.

**1.2.2. Obligation d'information.** Cette obligation vise à procurer au client, futur emprunteur potentiel, les caractéristiques essentielles d'un contrat. Cette remise d'information fait écho à l'une des obligations fondamentales du droit des contrats, surtout s'agissant d'un contrat d'adhésion : recueillir le consentement éclairé du client.

Cette obligation est totalement indépendante du profil du client ; elle porte sur le seul contrat.

En pratique, la fiche standard (FISE, Fiche d'Information Standardisée Européenne, Annexes II et III de la Directive et art. L. 313-7 du Code de la consommation) vient essentiellement matérialiser cette obligation précontractuelle d'information. Elle est remise à chaque candidat à l'emprunt, qui devra la parcourir pour bien comprendre le contrat de crédit envisagé (articles R. 312-0-0-2 à R. 312-0-0-5 flanqués de ses deux Annexes, du Code de la consommation).

Son but consiste explicitement à faciliter les comparaisons. Elle est communiquée « au plus tard lors de l'émission de l'offre de crédit » (article L. 313-7 du Code de la consommation), soit par le prêteur soit par l'IOBSP. Ni sa confection ni la responsabilité de son contenu n'incombent à l'IOBSP, à l'exception des frais dont il a connaissance et notamment, sa rémunération (art. L. 322-4 du Code de la consommation). Son élaboration revient au prêteur. En revanche, l'IOB assume une responsabilité directe dans sa remise effective, mission qu'il endosse pour le compte du prêteur. C'est un bon exemple de responsabilités croisées. A ce titre, le contrat avec le prêteur (convention de partenariat ou mandat) précisera utilement les rôles et les responsabilités de chacun dans le bon acheminement de la FISE.

Rappelons que l'assurance emprunteur (art. L. 313-8, L. 313-9 et L. 313-10 du Code de la consommation) reste soumise à son propre processus d'information précontractuelle, avec la délivrance d'une fiche d'information *ad hoc*.

**1.2.3. Obligation d'explication.** Son objectif consiste à assurer la bonne adéquation du contrat proposé et du profil du client. C'est pourquoi la question de l'analyse de la solvabilité de ce dernier se trouve au centre de cette obligation.

Il s'agit, pour l'intermédiaire de crédit, de fournir « *gratuitement à l'emprunteur les explications adéquates lui permettant de déterminer si le ou les contrats de crédit proposés et les éventuels services accessoires sont adaptés à ses besoins et à sa situation financière* » (nouveaux articles L. 313-11 et L. 313-12, L. 313-16 à L. 313-19 du Code de la consommation). La très dépassée, peu compréhensible et manifestement inusable « obligation de mise en garde » fait de la résistance, puisque « *Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit met en garde gratuitement l'emprunteur lorsque, compte tenu de sa situation financière, un contrat de crédit peut induire des risques spécifiques pour lui* » (article L. 313-12 du même Code).

Rappelons que la seule finalité de cette invention juridique (la « mise en garde », métaphore sans doute puisée directement dans le combat médiéval à l'épée) consiste à permettre aux prêteurs d'octroyer des crédits sans jamais engager leur responsabilité civile. Confortable. Un usage déjà en péril, qui va le devenir davantage encore avec les dispositions de ce nouveau Code de la consommation issues de la Directive européenne.

Car les contenus des deux obligations, d'explication et de mise en garde sont furieusement identiques, comme l'ont déjà constaté nombre de juristes pour le crédit à la consommation (art. L. 311-8 du Code de la consommation).

*« Le crédit n'est accordé à l'emprunteur que si le prêteur a pu vérifier que les obligations découlant du contrat de crédit seront vraisemblablement respectées conformément à ce qui est prévu par ce contrat. »*

*A cette fin, avant de conclure un contrat de crédit, le prêteur procède à une évaluation rigoureuse de la solvabilité de l'emprunteur. Cette évaluation prend en compte de manière appropriée les facteurs pertinents permettant d'apprécier la capacité de l'emprunteur à remplir ses obligations définies par le contrat de crédit »* aux termes de l'article L.313-16 du Code la consommation, disposition fondamentale du nouveau droit du crédit immobilier.

La solvabilité est définie comme la « *probabilité qu'il [l'emprunteur] remplisse ses obligations au terme du contrat de crédit* ». Vérifier la solvabilité consiste donc à « *prendre en compte les facteurs pertinents permettant de vérifier* » cette probabilité (art. 18 de la Directive et art. L. 313-16 du Code de la consommation).

Le devoir de mise en garde/d'explication est dû à tous les emprunteurs, avertis ou non.

L'Intermédiaire est directement concerné par cette obligation, dont les modalités sont sommairement décrites à l'article R. 312-0-5 du Code de la consommation. Outre que « *ces informations [...] comprennent notamment les informations fournies, le cas échéant, par l'intermédiaire de crédit au cours de la procédure de demande de crédit* » (article L. 313-16 du Code de la consommation), l'IOBSP « *s'enquiert auprès du client, y compris du client potentiel, de ses connaissances et de son expérience en matière d'opérations de banque ainsi que de sa situation financière et de ses besoins, de manière à pouvoir lui offrir des services, contrats ou opérations adaptés à sa situation. L'intermédiaire doit recueillir également auprès du client, y compris du client potentiel, des informations relatives à ses ressources et à ses charges ainsi qu'aux prêts en cours qu'il a contractés, permettant à l'établissement de crédit ou à la société de financement de vérifier sa solvabilité* » (article R. 519-21 du Code monétaire et financier).

Dans le même sens, l'IOBSP appelle « *l'attention du client [...] sur les conséquences que la souscription du contrat pourrait avoir sur sa situation financière et, le cas échéant, sur les biens remis en garantie* » (art. R. 519-22 du Code monétaire et financier).

La nécessaire coopération de bonne foi du demandeur de crédit à l'analyse de sa solvabilité est utilement rappelée (art. R. 312-0-6 du Code de la consommation).

Les professionnels, prêteurs et distributeurs, proposeront donc désormais des crédits « *adaptés* » (art. 18 § 5 de la Directive), en considération de la « *situation concrète* » de solvabilité de l'emprunteur potentiel. Dans la mesure où le prêteur n'a pas l'obligation de refuser un crédit inadapté (disposition initialement envisagée par la Directive), la justification de l'octroi devient nécessaire, sinon impérative. Elle peut demeurer purement interne.

Les finesses, ou les imprécisions, du nouvel article L. 313-16 du Code de la consommation et son potentiel de percussio avec la Jurisprudence française appelle cet article à un très brillant avenir juridique.

**1.2.4. Obligation de conseil en crédits.** La Directive introduit, c'est notable, un régime de conseil en crédits (art. 22 de la Directive, article L. 313-13 à L. 313-15, R. 312-0-2 et R. 313-0-3 du Code de la consommation et article L. 519-1-1 du Code monétaire et financier). Le conseil en crédit n'est ni obligatoire, ni généralisé. C'est une erreur profonde.

Le conseil en crédit est donc entré en Droit français. Il présente trois formes :

- optionnelle (prêteurs et Mandataires-IOBSP des catégories 2° et 3° de l'article R. 519-4 du CMF),
  - o soit en conseil « simple »,
  - o soit en conseil indépendant,
- obligatoire (Courtiers-IOBSP et leurs personnels, salariés et mandataires, art. R. 519-27 et suivants du CMF).

Dans sa version optionnelle, le conseil en crédits ne crée une obligation que pour les Intermédiaires qui décident d'activer ce service.

En pratique, compte tenu de la définition posée, peu d'Intermédiaires auront intérêt à endosser les obligations supplémentaires du conseil. D'autant qu'il n'est guère acquis que les emprunteurs français soient demandeurs d'une telle offre, et disposés à la rémunérer comme telle.

Quant aux prêteurs, aux banques, qui fuient le conseil en crédit depuis dix années, leurs choix ne seront sans doute guère davantage portés vers ce conseil. Celui-ci devrait surtout faire la fortune immédiate des fabricants de peinture, puisqu'il va falloir effacer « *conseil* » et « *conseiller* » des devantures d'agences bancaires, pour les crédits aux particuliers.



Le service de conseil en crédit, initialement envisagé comme une obligation stricte par la Directive, s'est vu retiré à la demande directe des banques (« *Advice standards are inappropriate in an EU context. The recent example of the Consumer Credit Directive showed that the right solution that responds to consumer needs is "adequate explanations" and not advice* » [Réponse publique de la Fédération Bancaire Européenne, Question 6, 31 août 2009](#) et « [...] *the CCD does not introduce the obligation for the lender to provide advice and the French banking industry supports this decision. [...] The implementation of a loan is based on the exchange of information. There is a different logic involved in providing advice. It is a specific service in its own right. It can interfere in the consumer's private life and is based essentially on subjective and/or prospective factors. The duty to provide advice, which entails a particular responsibility for the provider, should not therefore be established as a general obligatory rule* » [Réponse publique de la Fédération Bancaire Française, Question 6, 31 août 2009](#)).

C'est clair : « *le devoir de fournir un conseil, qui entraîne une responsabilité particulière pour le professionnel, ne devrait donc pas figurer comme une obligation* », selon les représentants des prêteurs français. Mais pour le Courtier-IOBSP -avec les mêmes crédits-, le conseil est bienvenu. *Same business, same rules* ?

Essentiellement optionnel, le conseil en crédit est donc voué à l'échec. Pourtant, les faibles compétences techniques des clients conjuguées à la complexité des produits devraient, en Droit, justifier la généralisation d'un devoir de conseil en crédits. Cette généralisation présente, à la fois, une mesure efficace de protection des consommateurs/emprunteurs, et une mesure de cohérence de la distribution bancaire française, soumise sur ce point à des régimes inégaux. Elle est déjà pratiquement de mise, dans le Code de la consommation, pour les prêts en devises ou ceux à taux variables (articles L. 313-64, R. 312-0-02 et R. 312-0-04 du Code de la consommation).

Sans surprise, dans sa définition : « *le service de conseil consiste en la fourniture à l'emprunteur de recommandations personnalisées en ce qui concerne un ou plusieurs contrats de crédit* » (art. L. 313-13 du Code de la consommation et L. 519-1-1 du Code monétaire, en chœur). Il est à noter que le regroupement de crédit est exclu du conseil ; le comble (même article L. 519-1-1 du Code monétaire).

La recommandation qui matérialise le conseil « *est fondée sur des informations actualisées et sur des hypothèses raisonnables quant aux risques encourus par l'emprunteur pendant la durée du contrat proposé. Cette recommandation est établie au regard d'une gamme de produits comportant au moins trois contrats distincts de crédits* » (art. R. 312-0-3 du Code de la consommation).

Le « *conseil indépendant* » est une sous-catégorie du conseil en crédit, dans laquelle le conseiller indépendant examine « *un nombre suffisamment important de contrats de crédit disponibles sur le marché* » et dont la « *fourniture ne donne lieu à aucune autre rémunération que celle versée, le cas échéant, par le client* » (art. L. 313-14 du Code de la consommation, art. L. 519-1-1, R. 519-22-1, R. 519-23 du Code monétaire). Le « *nombre suffisant* » est fixé à « *trois contrats distincts de crédit* » (art. R. 312-0-3 du Code de la consommation). De plus, « *l'intermédiaire de crédit communique à l'emprunteur, sur papier ou tout autre support durable, le nombre de contrats examinés et la dénomination des établissements de crédit ou des sociétés de*

*financement dont les contrats ont été examinés, sa recommandation et la motivation de celle-ci au regard des informations recueillies* » (même article R. 312-0-3 du Code monétaire).

Le Courtier-IOBSP, soumis au conseil en crédits, peut donc appliquer à sa méthode d'analyse et de conseil les précisions données en matière de conseil indépendant. Toujours l'objet d'attentions supplémentaires, le Courtier-IOBSP, est en effet tenu de « *recommander ou proposer un contrat adapté aux besoins du client* » et de « *s'abstenir de proposer un service, une opération ou un contrat qui ne serait pas adapté aux besoins du client* » (article R. 519-28 du même Code monétaire).

Il appartient donc à l'IOBSP d'afficher explicitement s'il délivre, ou non, un conseil en crédit, dans quel régime et avec quelle responsabilité. Sur ce point, l'information du client est essentielle.

Enfin, rappelons que le conseil en assurances reste, quant à lui, une obligation sans faculté d'option, y compris pour les IOB agissant comme Intermédiaires d'assurances : « *Avant la conclusion de tout contrat [d'assurance], l'intermédiaire doit [...] préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un produit d'assurance déterminé* » (art. L. 520-1 II 2° du Code des assurances). Le professionnel est tenu « *d'éclairer [le souscripteur] sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* » (Cour de cassation, Ass. Plénière du 2 mars 2007, n° 06-15.267 et Civ. 2° du 11 septembre 2014, n°13-21.361). Telle est la situation du conseil en assurance-emprunteur.

Une fois ces obligations précontractuelles bien comprises, l'IOBSP aura tout intérêt à bien mesurer les sanctions de responsabilité civile encourues au titre d'éventuels manquements. La maîtrise du calendrier est indispensable ; la refonte de l'ensemble des documents contractuels s'impose, notamment dans l'importante optique de la preuve de la délivrance des obligations.

## **2 – Priorité au processus de vente et à la refonte des documents contractuels.**

Une fois donc le calendrier rappelé, la masse des sanctions civiles greffées aux sources de responsabilité qui viennent d'être présentées conduit à l'examen en profondeur du parcours contractuel piloté par l'Intermédiaire bancaire. La sécurité de l'IOB provient de l'ensemble contractuel que celui-ci utilise quotidiennement.

### *2.1. Le calendrier.*

**2.1.1. Application au 21 mars 2016.** Pour les puristes, la Directive du 4 février 2014 est applicable dans toutes ses composantes depuis le 21 mars 2016. Ses contenus sont explicites.



En France, le découpage de la transposition en plusieurs phases d'applications successives, couplé au caractère tardif de cette transposition (à peine livrée le 13 mai 2016 pour son application par les professionnels le 1<sup>er</sup> juillet 2016) est source de risques.

Il est essentiel de bien avoir à l'esprit les différentes dates de délivrance des obligations attendues des IOBSP.

La date du 1<sup>er</sup> juillet constitue la principale échéance d'entrée en vigueur des textes (cf article 13 I de l'Ordonnance 2016-351 du 25 mars 2016), sauf exceptions listées soit par l'Ordonnance soit par le Décret (même article art. 13 de l'Ordonnance, II à V).

**2.1.2. Calendrier détaillé.** Les principales étapes chronologiques se résument de la sorte :

- 1<sup>er</sup> juillet 2016 : délivrance de l'obligation de mise en garde, des obligations découlant de l'analyse de la solvabilité selon les principes visés par les Codes, proposition (ou non) du service de conseil en crédit, proposition (ou non) de l'expertise/évaluation immobilière,
- 1<sup>er</sup> octobre 2016 : délivrance de l'obligation d'explication, de l'obligation d'information, donc, de la FISE (avec remplacement du TEG par le TAEG, mais sans la rémunération de l'Intermédiaire), application des nouvelles obligations en matière de publicité, obligations relatives aux prêts immobiliers en devises ; à cette même date, le nouveau droit des contrats du Code civil entrera en vigueur,
- 1<sup>er</sup> janvier 2107 : application des principes de rémunération des Intermédiaires, FISE complète incluant cette information, ainsi que des nouveaux principes de capacité professionnelle nécessaires avant l'entrée en fonction des Intermédiaires ; à cette même date (le 3 janvier 2017), entrent en vigueur des obligations particulières d'échanges d'informations entre les prêteurs et les Intermédiaires, dans le cadre du dispositif complémentaire « *Product Oversight and Governance* » (POG, gestion de l'adéquation des produits bancaires aux différents clients),
- 21 mars 2017 : obligation de formation continue annuelle,
- 21 mars 2019 : application des principes de capacité professionnelle au personnel des prêteurs, y compris la formation continue annuelle.

*« Les dispositions [...] s'appliquent aux contrats dont l'offre a été émise après leur entrée en vigueur »*  
(Ordonnance 2016-351 du 25 mars 2016, art. 13 VII).

*2.2. La protection offerte par les documents contractuels contre les sanctions encourues par l'Intermédiaire bancaire.*

Les nouvelles obligations configurent la responsabilité civile de l'Intermédiaire. Elles sont assorties de sanctions. La question de la conservation de la preuve de leur délivrance est donc fondamentale.

C'est avec la question de la preuve que s'opère la différence entre de simples pratiques professionnelles, et des comportements décrits par des dispositions normatives, que le professionnel bancaire doit non seulement appliquer, mais dont il doit également rendre compte.

**2.2.1. Sanctions.** Les sanctions civiles proviennent soit des Codes, soit de la Jurisprudence.

Les sanctions civiles et pénales formulées en crédit immobilier (articles L. 341-21 à L. 341-33 du Code de la consommation et L. 342-1 à L. 342-6, pour les seuls Intermédiaires, art. L. 612-39 et L. 612-41, pour les sanctions infligées par l'ACPR) dispensent le client/consommateur d'établir tout préjudice au manquement établi.

Elles reposent sur plusieurs distinctions :

- elles visent soit directement l'IOBSP, soit indirectement. Directement, lorsque les dispositions d'un Code concernent spécialement l'Intermédiaire. Indirectement, lorsque la sanction pèse sur le prêteur et que le contrat concerné est apporté par un Intermédiaire,
- elles diffèrent, si l'obligation est absente ou si l'obligation est insuffisante ou irrégulière,
- elles se matérialisent principalement par la déchéance du droit aux intérêts, qui peut être prononcée ou non (« *le Juge peut...* »), totale ou partielle, à la main du Juge, ou forfaitaire,
- elle distinguent entre les obligations précontractuelles, et les autres obligations, qui incombent donc seulement au prêteur.

Les sanctions posées par les Codes concernent plus largement les prêteurs, alors que les obligations précontractuelles sont largement confiées aux IOBSP : voilà le sens de la responsabilité civile qui s'établit.

Cinq natures de sanctions se dessinent principalement, parfois cumulables :

- La déchéance, partielle ou totale, des intérêts du prêt, sur décision du Juge,
- La déchéance partielle des intérêts du prêt, plafonnée à 30.000 euros ou 30 % des intérêts conventionnels, toujours sur décision du Juge,
- L'amende de 30.000 euros, de 150.000 euros ou de 300.000 euros,
- Les sanctions disciplinaires, incluant l'interdiction d'exercer jusqu'à cinq années,
- Les sanctions civiles antérieures, issues de la Jurisprudence, par exemple, relatives aux dommages et intérêts réparant tout préjudice établi par le consommateur, tel que la perte de chance (de ne pas contracter), par exemple.

En voici à suivre quelques principaux exemples.

Sanctions du prêteur ou de l'Intermédiaire :

- diffuser une publicité sans les mentions du délai de dix jours, de la condition d'obtention du prêt, de la restitution des sommes reçues, de l'identité du professionnel, de l'exemple représentatif, de formulation susceptibles de faire naître de fausses attentes : 30.000 euros d'amende,

- ne pas mettre à disposition les informations permanentes de présentation : 30.000 euros d'amende,
- délivrer les obligations précontractuelles contre paiement par le client : 30.000 euros d'amende,
- ne pas fournir une recommandation personnalisée en conseil en crédit s : 30.000 euros d'amende,
- être rémunéré par un prêteur, pour un conseil indépendant en crédit : 300.000 euros d'amende,
- enfreindre les dispositions du Code monétaire et financier, par exemple, d'accès et d'exercice à la profession : sanction disciplinaire et amende jusqu'à cent millions d'euros.

## Sanctions de l'Intermédiaire seul :

- ne pas informer le client des honoraires : 150.000 euros d'amende,
- ne pas communiquer au prêteur les honoraires pour le calcul du TAEG : 150.000 euros d'amende,
- omettre les mentions d'une publicité : 150.000 euros d'amende,
- omettre les mentions relatives aux relations Intermédiaires/prêteurs, dans une publicité : 150.000 euros d'amende,
- intervenir dans une procédure de surendettement : nullité de la convention, un an d'emprisonnement, 300.000 euros d'amende et insertion dans un journal,
- conseiller un plan de remboursement : nullité de la convention, un an d'emprisonnement, 300.000 euros d'amende et insertion dans un journal,
- négocier des délais de paiement ou la remise d'une dette : nullité de la convention, un an d'emprisonnement, 300.000 euros d'amende et insertion dans un journal.

## Sanctions du seul prêteur :

- ne pas communiquer la FISE : déchéance du droit aux intérêts, fixée par le Juge, totale ou partielle,
- remettre une FISE incomplète ou inexacte : déchéance du droit aux intérêts, fixée par le Juge, avec le plafond de 30 % de ces intérêts ou de 30.000 euros,
- ne pas mettre en garde l'emprunteur : déchéance du droit aux intérêts, fixée par le Juge, avec le plafond de 30 % de ces intérêts ou de 30.000 euros, augmenté d'une amende de 30.000 euros ; le sort de la sanction Jurisprudentielle antérieure, le droit à des dommages et intérêts au titre de la perte de chance devrait se maintenir, mais sans pouvoir excéder le plafond de 30% / 30.000 euros désormais posé par le Code de la consommation,
- ne pas analyser la solvabilité de l'emprunteur : déchéance du droit aux intérêts, fixée par le Juge, avec le plafond de 30 % de ces intérêts ou de 30.000 euros, augmenté d'une amende de 30.000 euros,
- ne pas délivrer les explications à l'emprunteur : déchéance du droit aux intérêts, fixée par le Juge, avec le plafond de 30 % de ces intérêts ou de 30.000 euros, augmenté d'une amende de 30.000 euros.

Les sanctions civiles présentent la nature de dommages et intérêts. A ce titre, elles sont soumises à l'analyse du Juge : « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*

*Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite » (nouvel article 1231-5 du Code civil).*

Ces sanctions civiles ou pénales décrites par le Code de la consommation peuvent être cumulées, par décision du Juge, avec des peines complémentaires (art. L. 341-33 du Code de la consommation), telles que l'interdiction d'exercer la profession d'IOBSP ou même toute profession commerciale, pour une durée maximale de cinq années.

Les dommages et intérêts réparent tout autre préjudice qui serait établi par le consommateur, selon les principes du Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* » (nouvel article 1231-3 de ce Code). Et « *les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* » (art. 1231-4 du Code civil).

**2.2.1. La preuve de la responsabilité de l'IOBSP.** Ces obligations précontractuelles se réfèrent au contrat de crédit immobilier, elles sont donc délivrées avant l'existence de celui-ci ; mais pour l'IOBSP ces obligations découlent du contrat d'intermédiation passé entre lui et son client. Celles-ci s'inscrivent donc, toujours pour l'IOBSP, dans un cadre contractuel et non délictuel. Toute inexécution du contrat suffit à matérialiser la faute contractuelle, source du dommage pour le client. En outre, la Jurisprudence tend désormais à assimiler les manquements aux obligations précontractuelles à des fautes contractuelles.

Les obligations précontractuelles en crédits aux particuliers sont donc des obligations contractuelles pour l'IOBSP, compte tenu des natures de ses relations avec les prêteurs et avec les clients. Elles entrent ainsi dans le régime des fautes contractuelles.

La plupart des obligations décrites, dépourvues d'aléa, relèvent sans nul doute de la catégorie des obligations de résultat (exemple : remettre une FISE ; se présenter en tant qu'IOB ; mettre en garde). Le simple constat du manquement de l'IOBSP à telle ou telle obligation suffit à établir le dommage : soit vice du consentement (erreur sur une qualité substantielle de la prestation, ou résistance dolosive du professionnel), soit perte de chance (de ne pas contracter), soit de plus en plus (par exemple, en responsabilité civile médicale), le fait même de ne pas avoir été informé.

L'absence ou l'irrégularité d'une information contractuellement due constitue, en soi, un préjudice.

La preuve, en droit civil comme en droit de l'Union européenne, incombe au professionnel, à celui qui reçoit la charge de la délivrance de l'obligation (ancien article 1315 du Code civil jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2016, nouvel article 1353, ensuite, et CJUE n°449/13 du 18 décembre 2014). Ceci fait encore moins de doute pour une obligation de résultat.

Le professionnel bancaire notamment l'IOBSP qui serait dans l'impossibilité de prouver l'exécution des nouvelles obligations précontractuelles en crédit immobilier s'expose à une gamme de sanctions, civiles ou pénales, celles décrites ci-dessus.

S'agissant d'un fait juridique, la preuve de son obligation par le professionnel contre le client se plaignant de ne pas avoir reçu l'obligation prévue se réalise par tout moyen.

Le droit de l'Union, dont le crédit immobilier et le crédit aux particuliers sont désormais l'expression, va régir davantage encore l'examen des pratiques professionnelles. Cette Jurisprudence commence à être fournie, depuis la transposition de la Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008, le 12 mai 2010 (du 1<sup>er</sup> juillet 2010 au 1<sup>er</sup> mai 2011).

A titre d'exemples, le Juge se trouve dans l'obligation de relever tous les manquements du professionnels bancaires, même en l'absence de demande de l'emprunteur/demandeur (CJUE n°377/14 du 21 avril 2016). Obligation est faite « *au Juge national d'examiner d'office le respect, par les professionnels, des règles du droit de l'Union en matière de protection des consommateurs* ». Il « *doit également examiner d'office si les informations relatives au crédit (comme le TAEG par exemple) et devant être mentionnées dans celui-ci ont été indiquées de façon claire et concise* ». Il est « *tenu d'évaluer l'effet cumulatif de toutes les clauses du contrat et, dans le cas où il constate le caractère abusif de plusieurs de ces clauses, d'écarter toutes celles qui sont abusives* ».

L'emprunteur/consommateur peut, si la Loi nationale le prévoit, s'adresser directement au Régulateur bancaire, le superviseur de la profession (CJUE n°602/10 du 12 juillet 2012). La Cour de Justice de l'Union constate que la directive ne s'oppose pas à ce qu'une réglementation nationale en crédits permette aux consommateurs de s'adresser directement à une autorité de protection des consommateurs. Cette dernière peut alors infliger des sanctions aux établissements de crédit pour infraction à la réglementation nationale sans devoir, au préalable, avoir recours aux procédures de résolution extrajudiciaire, si telle est sa réglementation.

En France, l'ACPR « *veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* » (art. L. 612-1 I du Code monétaire et financier). Elle est chargée « *de veiller au respect par les personnes soumises à son contrôle des règles destinées à assurer la protection de leur clientèle, résultant notamment de toute disposition européenne, législative et réglementaire [...]* » (art. L. 612-1 II 3° du même Code monétaire et financier).

L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution n'entend pas « régler des réclamations ou des litiges individuels ». Mais elle invite les consommateurs à « signaler à l'ACPR des informations qui selon [eux] relèvent des dysfonctionnements ou des mauvaises pratiques de votre banque, organisme d'assurance ou intermédiaire (courtier, mandataire ...). Ces informations sont utiles à l'ACPR pour orienter ses actions de contrôle et d'analyse. En effet, elles constituent de précieux indices sur le marché et ses tendances » (site de l'ACPR, « [Dans quels cas et comment contacter l'ACPR ?](#) »)

**2.2.3. Responsabilité civile de l'IOBSP.** Cette responsabilité épouse le schéma juridique usuel : faute (inexécution ou manquement à une obligation contractuelle), dommage et lien de causalité entre la faute et le dommage.

En droit de la responsabilité contractuelle : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure* » (nouvel article 1231-1 du Code civil, au 1<sup>er</sup> octobre 2016). Et : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...]* » (nouvel art. 1231-2 du même Code civil).

En premier lieu, l'inexécution de tout ou partie du contrat d'intermédiation, recouvrant les obligations des Codes, quelle que soit sa forme, constitue le préjudice civil réparable.

En second lieu, les manquements à ces obligations font désormais l'objet de sanctions, inscrites dans les Codes.

En complément, l'engagement éventuel de la responsabilité civile du prêteur peut, d'évidence, enclencher la responsabilité civile de l'Intermédiaire, sur la base du droit commun des contrats. La convention de partenariat, entre prêteur et Courtier-IOBSP, ou le contrat de mandat, entre prêteur et Mandataire exclusif ou non, forme un contrat. Même si le crédit immobilier ne comporte pas la disposition équivalente à celle de l'article L. 312-27 du Code de la consommation (art. L. 311-51, dans l'ancienne numérotation), la faute civile de l'Intermédiaire peut entraîner sa responsabilité, contractuelle, en cas de condamnation civile du prêteur.

Pour mémoire, l'article L. 312-27 du Code de la consommation pose, seulement pour le crédit à la consommation : « *Le prêteur est responsable de plein droit à l'égard de l'emprunteur de la bonne exécution des obligations relatives à la formation du contrat de crédit, que ces obligations soient à exécuter par le prêteur qui a conclu ce contrat ou par des intermédiaires de crédit intervenant dans le processus de formation du contrat de crédit, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ».

La Recommandation ACPR 2013-P-01 du 13 novembre 2013 éclaire, de manière explicative, les relations entre prêteurs et Mandataires-IOBSP.

Mentionnons également l'obligation faite au prêteur de contrôler l'existence de la capacité professionnelle de ses Mandataires exclusifs : « *Les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique qui fournissent des services de paiement et les établissements de paiement qui*



*mandatent à titre exclusif un intermédiaire en opérations de banque et en services de paiement contrôlent les activités de celui-ci afin de s'assurer qu'il respecte les exigences en matière de connaissances et de compétences professionnelles » (art. R. 519-15-2 du Code monétaire et financier).*

Il s'ensuit que toute faute civile de l'Intermédiaire contribuant à la faute civile du prêteur engage potentiellement la responsabilité de l'IOBSP, dans les règles de la responsabilité contractuelle ; comme auparavant et sans changement.

**2.2.4. L'exemple du TEG/TAEG.** A titre d'exemple, il convient d'attirer l'attention sur l'un des contentieux supportés par les prêteurs : celui du Taux Effectif Global (TEG). Ce contentieux est à la fois intense, encore mouvant conceptuellement et plus complexe qu'il n'y paraît. Confronté à un Taux Effectif erroné, le Juge peut prononcer deux types de sanctions, soit la déchéance partielle du droit aux intérêts (prévues par le Code de la consommation), soit la nullité de la clause portant sur le taux nominal erroné (Jurisprudence), en l'absence de consentement éclairé de l'emprunteur à cet élément substantiel du contrat (avec la charge de la preuve revenant alors à l'emprunteur).

En cas de déchéance partielle du droit aux intérêts, le Juge fixe le montant des intérêts effectivement dûs (donc, ceux à restituer par la banque) ; en cas de nullité, la sanction bien connue de la substitution du taux légal s'applique. Ainsi l'a éclairé la Cour de cassation, en rappelant que les deux sanctions coexistent, dès lors que l'erreur se trouve à la fois dans l'offre de prêt et dans le contrat de prêt (Cour de cassation, Civ. 1<sup>ère</sup> du 25 février 2016, n°14-29.868).

Le Taux Annuel Effectif Global (TAEG) remplace le TEG, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, comme il est dit plus haut. L'état de désordre de la pensée juridique dans lequel se trouve, à cette même date, la question du TEG erroné va se transporter instantanément sur le TAEG. Les Intermédiaires ont tout intérêt à se montrer vigilant sur la validation des informations chiffrées communiquées aux prêteurs, dans le cadre de ce calcul.

**2.2.5. La solution : les documents contractuels.** Pour prévenir et pour gérer ses risques de responsabilité civile professionnelle, l'Intermédiaire bancaire s'appuie sur une protection précieuse : l'ensemble contractuel qu'il utilise dans sa relation commerciale.

Cette série de documents se compose de tous les actes utilisés de la prise de contact avec le client jusqu'au terme de la relation contractuelle. Le contrat avec le client, de mandat (Courtier-IOBSP et leurs personnels, salariés ou Mandataires) ou convention de prestation de services (Mandataires-IOBSP) y tient une place centrale. Il permet de poser la question des honoraires en toute Conformité, mais également de régler des questions spécifiques, telle que l'évaluation (ou l'expertise) du bien immobilier financé, par exemple (art. L. 313-20 à L. 313-23 du Code de la consommation).

Cet ensemble contractuel, déjà existant depuis le 15 janvier 2013, sera vigoureusement adapté aux nouvelles obligations, ainsi qu'aux nouvelles codifications du droit de la consommation, du droit

bancaire et du droit des contrats. Il permettra aisément de couvrir toutes les nouvelles obligations décrites, avec la précision nécessaire.

Certaines obligations sont assorties de documents légaux (information : la FISE) ; d'autres nécessitent de concevoir les documents correspondant (présentation, explication/mise en garde, conseil).

L'usage de documents pensés en vue de la délivrance des obligations d'intermédiation bancaire doit permettre de débarrasser les personnels des IOBSP de choix juridiques qui ne leur incombent pas, et libérer le temps commercial pour l'indispensable relation avec clients, atout incontestable des Intermédiaires.

L'analyse du processus commercial interne est indispensable.

La Conformité, donc, la Réglementation, ont parfois comme corollaire d'endommager sérieusement la relation client, puisqu'elles prétendent substituer à l'art du professionnel une conception purement juridique de cette relation. Or, la qualité de la relation avec les clients reste indispensable à la confiance avec les consommateurs, tout autant que leur protection. Protéger des consommateurs contre des professionnels sans initiative ni écoute, aux comportements vitrifiés n'améliore en aucune façon l'efficacité économique d'un secteur d'activité.

**En conclusion, en tant qu'expert capable de « *présenter, proposer ou aide à la conclusion de contrats* » (article L. 519-1 du Code monétaire et financier) notamment de crédits immobiliers aux particuliers, l'IOBSP concentre fortement sa responsabilité civile dans la délivrance des obligations précontractuelles en crédit, en articulation étroite avec celle du prêteur.**

**Ces obligations subissent, dès le 1<sup>er</sup> juillet 2016, une transformation intense, dans une matière elle-même sensible d'un point de vue judiciaire, qu'il s'agisse du Juge civil ou du Tribunal bancaire spécialisé que constitue la Commission des sanctions de l'ACPR.**

**Les IOBSP, Courtiers ou Mandataires, accordent la plus grande attention à la mise en application de ces obligations, dès le 1<sup>er</sup> juillet 2016 et jusqu'à fin 2017. Rôlés depuis le 15 janvier 2013 à cette approche, ils adaptent leurs outils commerciaux et contractuels pour concrétiser la délivrance d'obligations précontractuelles nouvelles.**

Ceci suppose simplement de bien ajuster l'ensemble contractuel déployé par l'IOBSP, en relation avec son propre processus de commercialisation. Analyser le processus de vente, le rapprocher des nouvelles dispositions du Code de la consommation, du Code monétaire et du Code civil, et assurer la présence d'un support par obligation à délivrer : voilà le point de contrôle essentiel.

La responsabilité civile de l'IOBSP vient s'ajouter aux différents régimes spécifiques de responsabilité civile professionnelle : médecins, notaires, avocats, agents immobiliers...

Ses principes restent, dans une large mesure, à préciser.

Le circuit contractuel de l'IOBSP offre une grande sécurité, pour naviguer parmi ces nouvelles obligations et sources de responsabilité civile.