

ACTUALITÉS de l'INTERMÉDIATION

– BANQUE, ASSURANCE, FINANCE, CROWDFUNDING – 1^{er} juillet 2016

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

« On a dû arrêter la fabrication ; y a des clients qui devenaient aveugles : ça faisait des histoires » M. Audiaré,
1963.

- **NUMÉRO SPÉCIAL** : le NOUVEAU DROIT des CRÉDITS
IMMOBILIERS aux PARTICULIERS DÉBUTE le 1^{er} JUILLET 2016.
DIRECTIVE 2014/17/UE, art. L. 313-1 et suivants du Code de la consommation.

C'est l'entame du match ; le vendredi 1^{er} juillet 2016 éclaire une nouvelle ère du droit du crédit immobilier aux particuliers.

À cette date, les premières dispositions de la Directive 2014/17/UE du 4 février 2016 transposées par l'Ordonnance 2016-351 du 25 mars 2016, codifiées dans le Code de la consommation réagencé, entrent en vigueur. Elles effacent le Droit antérieur, débuté en 1979.

Les nouvelles obligations des professionnels s'appuient sur une conception de la protection des consommateurs / emprunteurs : celle d'un formalisme accru. Avec, en filigrane, un ancrage partagé par la protection des consommateurs dans toutes les distributions de produits bancaires, assurantiels ou financiers : la détection, la prévention et la gestion des conflits d'intérêts entre professionnels et les consommateurs.

Le formalisme est mis au service de la purge des conflits d'intérêts dans la relation précontractuelle. Revue des premières normes applicables au 1^{er} juillet 2016, avec un focus sur deux nouvelles obligations et de deux nouveaux services facultatifs.

À compter du 1^{er} juillet 2016, les premières obligations des professionnels de la distribution bancaire et de crédits deviennent des droits pour les futurs emprunteurs.

Ces obligations s'imposent à tous les distributeurs bancaires, qu'ils soient personnels de prêteurs, ou Intermédiaires en Opérations de Banque et en Services de Paiement (IOBSP, Courtiers et Mandataires en crédits).

Il s'agit, principalement :

- de l'obligation d'explication et d'analyse de la solvabilité,
- de l'obligation de mise en garde,
- de la proposition (ou non) du service de conseil en crédit, constituant alors une obligation de conseil en crédit pour le professionnel qui l'adopte,
- de la proposition (ou non) d'un service d'expertise (ou d'évaluation) du bien immobilier à financer.

Elles durcissent le régime des obligations précontractuelles, dont le principe général entre par ailleurs dans le nouveau Code civil, au 1^{er} octobre 2016 (article 1112-1 de ce Code).

1/ L'obligation d'explication et d'analyse de la solvabilité

Les âmes pétries de bonne logique s'émeuvent qu'il soit nécessaire de souligner par une couche supplémentaire d'articles du Code de la consommation l'impératif d'évaluer la solvabilité du particulier, candidat à l'emprunt immobilier.

C'est plutôt l'arrivée seulement en 2016 d'une séquence essentielle à la qualité du crédit qui devrait étonner.

Ce renversement d'approche signe à la fois l'amplification de la volonté publique de protection des consommateurs/emprunteurs et la primauté du formalisme comme instrument central de cette politique. Discutable, ou non, ces deux aspects s'insèrent dans la réalité professionnelle.

Jusqu'au 30 juin 2016, les articles L. 312-1 et suivants, du Code de la consommation en vigueur jusqu'à cette date, se préoccupaient essentiellement de la forme du contrat de crédit, de la qualité de la publicité pour les crédits immobiliers, et, depuis peu (2013 et 2014) du choix éclairé du consommateur en assurance-emprunteur.

Depuis le 1er juillet 2016, les articles L. 313-1 et suivants du nouveau Code de la consommation présentent une « Section 4 » : « *Explications fournies à l'emprunteur et évaluation de sa solvabilité* ».

La grille de lecture des obligations précontractuelles en crédit immobilier aux particuliers étant proposée, il convient de rappeler que l'objectif de cette obligation d'explication consiste à assurer la bonne adéquation entre le contrat proposé et le profil du client. La question de l'analyse de la solvabilité de l'emprunteur occupe la première place, dans cette question d'adéquation entre le client et le crédit.

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 nouvel article L. 313-16 du Code de la consommation détaille les actions mises à la charge des professionnels pour délivrer conformément cette nouvelle obligation précontractuelle :

« 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.

Le prêteur s'appuie dans ce cadre sur les informations nécessaires, suffisantes et proportionnées relatives aux revenus et dépenses de l'emprunteur ainsi que sur d'autres critères économiques et financiers.

Ces informations sont recueillies par le prêteur auprès de sources internes ou externes pertinentes, y compris de l'emprunteur et comprennent notamment les informations fournies, le cas échéant, par l'intermédiaire de crédit au cours de la procédure de demande de crédit.

L'emprunteur est informé par le prêteur, au stade précontractuel, de manière claire et simple, des informations nécessaires à la conduite de l'évaluation de solvabilité et les délais dans lesquels celles-ci doivent lui être fournies.

Les informations sont contrôlées de façon appropriée, en se référant notamment à des documents vérifiables.

Le prêteur consulte également le fichier prévu à l'article L. 751-1, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 751-6.

A l'issue de la vérification de la solvabilité, le prêteur informe, dans les meilleurs délais, l'emprunteur du rejet, le cas échéant, de sa demande de crédit.

Lorsque cette décision est fondée sur le résultat de la consultation du fichier mentionné ci-dessus, le prêteur en informe l'emprunteur. Il lui communique ce résultat ainsi que les renseignements issus de cette consultation ».

Les articles R. 312-0-4 à R. 312-0-7 du Code de la consommation apportent d'utiles précisions, qui sont autant de charges complémentaires à prévoir :

« Les procédures et informations sur lesquelles repose l'évaluation de la solvabilité mentionnée à l'article L. 313-16, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, sont documentées et conservées par le prêteur tout au long de la durée du crédit »

Ou encore : *« L'évaluation de la solvabilité se fonde sur des informations relatives :*

1° Aux revenus de l'emprunteur, à son épargne et à ses actifs ;

2° Aux dépenses régulières de l'emprunteur, à ses dettes et autres engagements financiers.

Le prêteur tient compte, dans la mesure du possible, des événements pouvant survenir pendant la durée du contrat de crédit proposé tels que, le cas échéant, une augmentation possible du taux débiteur ou un risque d'évolution négative du taux de change en cas de prêt libellé en devise autre que l'euro mentionné à l'article L. 313-64, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 ».

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).

La méthode détaillée, technique, de collecte des données et d'analyse de la solvabilité est donc laissée largement à la discrétion des professionnels : le Droit n'a pas ici la prétention d'épuiser toute la richesse de la technique bancaire. Soulignons d'ailleurs que la question du risque est au cœur de l'activité bancaire, c'est son essence même ; tout comme le sens du risque incarne la qualité première attendue des professionnels bancaires.

Le professionnel doit préciser clairement à l'emprunteur les conséquences d'un défaut de paiement (au titre des « risques spécifiques » du crédit), notamment en cas de réalisation des sûretés et des garanties.

Cette analyse d'adéquation figurait déjà parmi les obligations professionnelles du Courtier ou le Mandataire en crédits. En effet, 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).

A brève échéance, au 1er janvier 2017, il s'agira pour les distributeurs des prêteurs et pour les intermédiaires 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* » (nouvel article L. 313-11 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.

Le nouvel article L. 313-16 du Code de la consommation devient une disposition essentielle du droit du crédit immobilier aux particuliers.

2/ L'obligation de mise en garde

Déposée dans le nouveau Droit du crédit immobilier, la faiblesse conceptuelle de l'obligation prétorienne de mise en garde devient éblouissante.

Dépassée de tous bords par les nouvelles dispositions juridiques avec lesquelles elle devra voisiner, elle suscite la question de son utilité.

L'obligation de mise en garde entre dans un Code de la consommation conceptuellement rénové et enrichi, qui fait éclater son anachronique déficit conceptuel.

Survivante de l'essorage législatif, elle fait de la résistance. Elle reçoit tout le soutien des établissements de crédits, les prêteurs, qui lui prêtent un confort que la pratique judiciaire future pourrait bien démentir.

Issue donc de la Jurisprudence, contestée par certaines Cour d'appel, la « *mise en garde* » entre formellement dans le Code de la consommation. Pour l'heure, elle est isolée, temporairement, dans « *Explications adéquates et mise en garde* » : « *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 Code de la consommation).

La belle affaire. Si les risques génériques d'un crédit sont assez bien cernés, quels sont ces « *risques spécifiques* » ? Cette formule diffère de celle retenue par la Jurisprudence, la mise en garde « contre le risque d'endettement né de l'octroi des prêts », elle-même sémantiquement et juridiquement contestable.

En point notable, ce devoir de mise en garde (comme celui d'explication et à l'instar de toutes les obligations précontractuelles considérées) est à délivrer à tous les emprunteurs ; le concept « *d'emprunteur averti* » ou « *d'emprunteur non-averti* » est mis en retraite.

Le distributeur bancaire-IOBSP a déjà l'impératif de cette obligation issue de la Jurisprudence, puisqu'il 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).

3/ Le conseil indépendant en crédit immobilier

Il s'agit d'un nouveau « service », optionnel, à la discrétion des professionnels bancaires. Son insuccès ne fait guère de doute.

Les établissements de crédit prêteurs, y compris leurs personnels agissant en tant que distributeurs, n'ont pas d'obligation de conseil en crédit, c'est une anomalie du droit de la consommation français. Les distributeurs Courtiers-IOBSP, et eux seulement, doivent délivrer une obligation de conseil en crédits.

La Directive introduit un « *service indépendant de conseil en crédit* ».

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

« *Le service de conseil consiste en la fourniture à l'emprunteur de recommandations personnalisées en ce qui concerne un ou plusieurs contrats de crédit adaptés aux besoins et à la situation financière de l'emprunteur* » (art. L. 313-13 du Code de la consommation et L. 519-1-1 du Code monétaire). Il est à noter que le regroupement de crédit est exclu de ce conseil. Il est vrai que cette technique fait l'objet d'un régime juridique spécifique, détaillé, qui assure un fort niveau de protection aux emprunteurs.

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 « *nombre suffisant* » est donc fixé à « *trois contrats distincts de crédit* ».

Pour sa part, « *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* » (article R. 312-0-3 du Code monétaire).

L'indépendance du « *conseil indépendant* » provient du fait que sa « *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).

La rémunération du conseil indépendant en crédit est mise à la seule charge du consommateur.

Rappelons que le conseil en assurances reste, quant à lui, une obligation sans faculté d'option, y compris pour l'assurance-emprunteur et 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^e du 11 septembre 2014, n°13-21.361).

En pratique, compte tenu de la définition posée, peu d'Intermédiaires trouveront donc le goût d'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, leur point de vue est explicite : « 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 (Consultation sur la Directive crédit immobilier, Réponse publique de la Fédération Bancaire Française, Question 6, 31 août 2009).

Les obligations d'information et d'explication renforcées prévues pour certaines techniques de crédits immobiliers (en devises, à taux variables, articles L. 313-64, R. 312-0-02 et R. 312-0-04 du Code de la consommation, applicables au 1er octobre 2016) s'avèrent très proches, dans leur conception d'une obligation de conseil, limitées à des crédits spécifiques.

Il revient au distributeur bancaire, personnels directs d'un seul producteur ou distributeurs de gammes larges, tels que les IOBSP, d'afficher explicitement s'il délivre, ou non, un conseil en crédit.

Sur ce point, l'information du client est essentielle.

4/ L'expertise (ou évaluation) du bien immobilier

Il s'agit du deuxième service optionnel qui peut être proposé par les professionnels, en vue d'améliorer la protection des consommateurs et la qualité de la distribution des crédits immobiliers. « L'évaluation [...] consiste à déterminer la valeur du bien immobilier après analyse de toutes les pièces communiquées par le prêteur et qui sont utiles à la réalisation de l'évaluation selon les normes en vigueur » (article L. 313-21 du Code de la consommation).

Si ce service est proposé, « lorsque le prêteur procède ou fait procéder à l'évaluation du bien immobilier à usage d'habitation financé à l'aide d'un prêt mentionné à l'article L. 313-1, il veille à ce que :

- 1° Celle-ci soit réalisée par un expert en évaluation immobilière justifiant de sa compétence professionnelle et indépendant du processus de décision d'octroi du prêt afin de fournir une évaluation impartiale et objective ;
- 2° Il soit fait application de normes d'évaluation fiables, tenant compte des normes reconnues au niveau international » (article L. 313-20 du Code de la consommation).

Les conditions de réalisation de ce nouveau service sont précisées :

« L'expert en évaluation immobilière mentionné au 1° de l'article L. 313-20, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, est :

1° Soit un évaluateur externe, personne physique ou morale, expert en évaluation, sans lien avec le prêteur, qu'il soit de subordination, familial ou capitalistique, et ne présentant aucun intérêt économique personnel vis-à-vis du bien évalué ;

2° Soit un évaluateur interne, personne physique ou morale, ne remplissant pas une ou plusieurs conditions mentionnées au 1°, sous réserve :

a) Que la tâche d'évaluation soit indépendante, sur le plan fonctionnel et hiérarchique, du processus de prise de décision en matière de crédit ; et

b) Que le prêteur adopte des mesures garantissant l'absence de conflits d'intérêts et d'influence sur l'évaluateur » (article R. 312-0-8 du Code de la consommation).

Et : « L'évaluateur justifie de compétences professionnelles résultant :

1° Soit d'un diplôme de second cycle de l'enseignement supérieur sanctionnant un enseignement immobilier spécifique et d'une expérience professionnelle d'une durée de trois années consécutives au minimum auprès d'un expert en évaluation immobilière ou d'une société d'expertise en évaluation immobilière ;

2° Soit d'un diplôme d'enseignement supérieur, complété d'une formation immobilière spécifique sanctionnée par un diplôme et d'une expérience professionnelle d'une durée de deux années consécutives au minimum auprès d'un expert en évaluation immobilière ou d'une société d'expertise en évaluation immobilière ;

3° Soit d'une expérience professionnelle de sept années consécutives en matière immobilière, dont au moins quatre dans l'activité d'expertise en évaluation immobilière auprès d'un expert en évaluation immobilière ou d'une société d'expertise immobilière » (article R. 312-0-9 du Code de la consommation).

La proposition d'une prestation d'évaluation entraîne des obligations particulières pour le professionnel : « L'évaluation [...] donne lieu à la rédaction d'un document d'expertise prenant en compte, suivant les normes mentionnées au 2° du même article, les facteurs juridiques, économiques, techniques et fiscaux permettant d'établir la valeur du bien immobilier. Cette évaluation est consignée sur un support durable » (article L. 313-22 du Code de la consommation).

« Le prêteur tient des archives appropriées concernant les types de biens immobiliers acceptés comme garantie ainsi que les procédures qui s'y rapportent en matière d'octroi de prêts » (article L. 313-23 du Code de la consommation).

En conclusion, le choix du formalisme comme instrument de protection des consommateurs entraîne, incontestablement, des charges supplémentaires pour les professionnels. Sous-estimer l'impact de la transformation de comportements professionnels en normes serait une erreur de Conformité considérable.

Désormais, professionnalisme rime avec formalisme.

La « *crise de 2008* », en supposant que cette expression comprimée ait acquis un sens explicite partagé, a été déclenchée largement par des comportements professionnels anormaux. Ceux-ci se caractérisaient par la préséance donnée à la production de crédits sur l'intérêt des emprunteurs et, au-delà, sur la qualité des actifs bancaires.

Convertir des comportements jusqu'alors purement professionnels en normes inscrites dans des articles du Code de la consommation signale une transformation radicale de la protection des emprunteurs particuliers en crédit immobilier.

La détection, la prévention et la gestion des conflits d'intérêts entre professionnels et emprunteurs encadre désormais tout le processus de distribution bancaire de crédits immobiliers aux particuliers.

La prochaine tranche d'obligations professionnelles bancaires est à préparer pour le 1^{er} octobre 2016 ; c'est sans doute la plus substantielle (obligation d'information, FISE, TAEG, mentions publicitaires). D'autant qu'elle s'accompagne de la réforme du droit des contrats. Et qu'elle précède, curieusement, les actions de formations professionnelles.

www.endroit-avocat.fr, droit bancaire, droit et Conformité des Intermédiaires, IOBSP, IAS, CIF, CIP et IFP, FinTechs, crédits, assurances, finance. Droit des affaires. Médiation de la consommation. Formations.

« Intermédiaires Infos » : Lettre mensuelle d'information d'Endroit Avocat.

Contenus opérationnels : sur abonnement à la recherche juridique en intermédiation à recherche@endroit-avocat.fr