



Quel droit

pour le développement de la banque en ligne ?

Le crédit immobilier en ligne

NICOLAS MATHEY

Professeur

Université Paris
Descartes PRES
Sorbonne Paris Cité

Membre du Centre
de droit des affaires
et gestion (CEDAG)

La consommation était traditionnellement une activité domestique. Elle prenait place au sein de la maison où la famille consommait essentiellement le produit de son activité ou de l'activité de producteurs proches, et « il a donc fallu une longue acclimatation pour que la consommation se contractualise »¹. Faire entrer la maison dans le commerce, voire dans la sphère de la consommation, était encore moins évident, dans la mesure où le logement met en jeu non seulement le patrimoine de la personne, mais bien d'autres choses encore. La personne joue son statut social, voire sa dignité².

Tous les actes relatifs au logement font par conséquent partie de ces actes graves pour lesquels une législation, voire une réglementation spéciale, peut se justifier. L'institution de formes particulières s'explique ainsi évidemment pour les actes d'acquisition ou de disposition du logement, mais aussi pour les opérations de financement d'acquisition ou de travaux sur le logement. Les règles de forme imposées en matière de crédit immobilier ont de ce fait une fonction double, protectrice et « instituante », en ce sens qu'elle a une influence sur le statut juridique et social de l'acquéreur immobilier.

L'épreuve de l'Internet révèle ici comme ailleurs des questions cachées ou oubliées. C'est dire que l'on ne peut se contenter d'une réflexion purement technique, rassurante mais asséchante, lorsque l'on aborde la question du crédit immobilier en ligne : il ne suffira pas de se demander s'il est possible – et comment il est possible – de conclure un contrat de crédit immobilier en ligne. Il faut également envisager les implications des réponses apportées au-delà de la technique juridique, notamment si l'on envisage le développement de la banque en ligne.

La complexité de la matière tient comme souvent à la diversité de sources dont l'inspiration n'est pas univoque. Le droit du crédit immobilier consenti au particulier est encadré par le Code de la consommation (C. consom., art. L. 312-1 et s.). Lorsque l'Internet est de la partie, il faut tenir compte des règles relatives au contrat électronique : preuve, conclusion du contrat et signature électronique sont l'objet de dispositions éclatées entre le Code civil (C. civ., art. 1316 et s. et art. 1369-1 et s.) et le Code de la consommation (C. consom., art. L. 121-21-8 et s. pour les services financiers à distance). De nombreux rameaux

de ce droit sont, en outre, irrigués par le droit communautaire. Ceux qui ne le sont pas encore sont en passe de l'être (le droit du crédit immobilier étant l'objet d'un projet de directive). L'interaction est complexe entre ces dispositions relevant de ce que l'on peut appeler le droit commun des contrats, fussent-ils électroniques, et les droits spéciaux du crédit que sont le droit de la consommation applicable au crédit immobilier et le droit spécial du commerce électronique. L'absence de solution tranchée à ce jour impose par conséquent un périlleux travail d'interprétation, entre exégèse et interprétation évolutive. L'interaction n'est évidemment pas uniquement juridique. Elle joue aussi entre le droit et la technique, essentiellement entre droit et informatique, ainsi qu'entre le droit et la gestion, la pratique du crédit même en ligne mettant en cause le statut de la clientèle notamment.

À vrai dire, la question du crédit immobilier en ligne paraissait un peu négligée. La doctrine se divisait en deux³, entre les auteurs qui pensaient que l'opération était impossible et ceux qui proposaient des analyses, en droit positif ou en droit prospectif, afin de la rendre possible. Les développements consacrés à la question restaient modestes. La pratique reste elle aussi assez modeste et, en toute hypothèse, fort discrète. La perspective d'une réforme du crédit immobilier imposée par l'intervention communautaire redonne une certaine vitalité à la question. Elle impose d'identifier les questions soulevées au regard du droit positif en vue d'une meilleure maîtrise de la réforme à venir.

En matière de crédit immobilier, la protection de l'emprunteur passe par un éclatement du temps et, corrélativement, de l'espace. Cela n'est pas nécessairement contradictoire avec les impératifs du commerce électronique auquel se rattache la pratique de la banque en ligne. L'éloignement – l'espace mis entre le professionnel et le consommateur – est inhérent au commerce électronique. La question du temps est davantage problématique. C'est pour cela qu'il est utile de présenter la question autour de notions temporelles : l'instant (I.) et la durée (II.). Instant et durée font apparaître ce qui est essentiel en matière de crédit immobilier : la procédure de conclusion d'un contrat qui reste (qui est devenu en réalité) consensuel. L'offre et l'acceptation encadrent un délai de réflexion.

1. X. Lagarde, *L'Endettement des particuliers*, 2^e éd., Joly éd. 2003, n° 96, p. 198.

2. *Ibid.*

3. V. M.-E. Mathieu, *Les Services financiers en ligne*, préf. H. Le Nabasque, avant-propos Ph. Portier, RB Éd. 2005, n° 161.



I. LES INSTANTS

La conclusion du contrat de crédit immobilier suppose la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Comme en matière de crédit à la consommation, le droit répartit a priori les rôles entre le banquier et le candidat emprunteur. Au-delà de cette institutionnalisation des parties, le Code de la consommation impose le respect de formes spécifiques, dont certaines soulèvent d'importantes difficultés lorsque l'on prétend contracter en ligne. Elles sont un peu différentes selon qu'il s'agit d'appréhender les formes relatives à l'offre (1.) ou celles relatives à l'acceptation (2.).

1. L'offre

L'offre de crédit immobilier doit remplir deux séries d'exigences, dont la mise en œuvre dans un cadre numérique soulève de très inégales difficultés.

1.1. Le contenu de l'offre elle-même

Deux remarques suffiront ici. D'une part, le respect des dispositions relatives aux mentions obligatoires ne soulève guère de difficultés techniques (C. consom., art. L. 312-8)⁴. Si l'écrit électronique doit remplir les mêmes conditions que l'écrit sur support papier, il a également la même valeur. Peu importe que ces mentions soient exigées *ad validitatem* ou *ad probationem* : la loi de 2000 puis, surtout, la loi pour la confiance dans l'économie numérique ont indiscutablement autorisé le recours à l'écrit électronique (n° 2000-230 du 13 mars 2000 et n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; Ord. n° 2005-674, 16 juin 2005). Tout au plus faut-il ajouter que, s'agissant d'un service financier à distance, le prêteur doit respecter les dispositions des articles L. 121-20-6 et s. du Code de la consommation. D'autre part, l'efficacité de ce formalisme informatif est très incertaine⁵. Cette remarque était déjà valable en présence d'un support papier et vaut a fortiori en présence d'un support numérique. La proposition de directive sur le crédit immobilier pourrait contribuer à une meilleure lisibilité des offres dans le prolongement de ce que la pratique avait tenté au moyen d'une fiche d'information standardisée.

1.2. Le mode de transmission de l'offre au candidat emprunteur

C'est ici que les choses se compliquent. En effet, aux termes de l'article L. 312-7 du Code de la consommation, le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques (C. consom., art. L. 312-7). La référence à la voie postale pose une difficulté qui a été identifiée depuis longtemps. Fait-elle obstacle à l'émission d'une offre de crédit immobilier en ligne⁶ ?

Une interprétation littérale de cette disposition pourrait conduire à une réponse négative. La jurisprudence considère que l'envoi par voie postale de l'offre de crédit immobilier constitue une formalité substantielle de l'offre de contrat de crédit immobilier⁷. Selon elle, les « dispositions d'ordre public des articles L. 312-7 et L. 312-10 du Code de la consommation ont été méconnues dès lors que l'offre de prêt de la banque a été adressée par télécopie et non par voie postale et qu'elle a été acceptée par l'emprunteur moins de dix jours après qu'il l'[a] reçue ».

Une partie significative de la doctrine considère que « pour que l'envoi postal ne soit plus la voie exclusive pour adresser l'offre à l'emprunteur, il faudra une réforme législative »⁸. Et jusqu'à présent, elle s'avouait très réservée sur la possibilité d'une telle réforme. Cette analyse peut être mise en question d'un double point de vue.

D'une part, une autre interprétation est possible. En effet, aux termes de l'article 1369-7 du Code civil, « une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique [...] (al. 1^{er}. La même raisonnement pourrait être mené à propos de la lettre recommandée) ». Bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une lettre, l'équivalence entre le courrier postal et le courrier électronique, conséquence du principe de neutralité technique inscrit dans le droit du commerce électronique, devrait conduire à considérer que l'offre de crédit immobilier peut être transmise au candidat emprunteur par mail aussi bien que par les services d'un opérateur postal. Une interprétation plus dynamique serait par conséquent possible.

Elle le serait d'autant plus que la raison d'être des dispositions de l'article L. 312-7 du Code de la consommation a nettement perdu de sa vigueur. En effet, il s'agissait essentiellement de faire passer l'offre par les services d'un tiers afin de garantir la date d'envoi et de réception de l'offre. Le courrier électronique présente un degré de fiabilité équivalent, si ce n'est plus grand.

Enfin, les dispositions du Code de la consommation doivent, en toute hypothèse, s'interpréter à la lumière du droit communautaire. Or la Directive 2000/31/CE ne dispose-t-elle pas que « les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » (art. 9) ? Il convient en conséquence d'interpréter les dispositions relatives au processus contractuel de manière à ce que la conclusion du contrat soit possible⁹.

D'autre part, à supposer qu'une réforme législative soit nécessaire pour permettre l'offre de crédit immobilier en ligne, est-ce opportun ? La protection de l'emprunteur peut-elle être analogue lors d'une conclusion en ligne et lors d'une signature en agence ? Le doute est sérieusement

4. V. X. Lagarde, *op. cit.*, n° 54.

5. *V. infra*.

6. V. G. Raymond, « Fasc. 721 : Crédit immobilier », *J.-Cl. Banque Crédit Bourse* n° 58.

7. CA Paris 15 sept. 1999 : D. 1999, *act. jurispr.* p. 64, obs. C.R. ; JCP N 2000, 1549, note G. Raymond. — statuant sur renvoi après cassation par Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997 : *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 53.

8. G. Raymond, *commentaire précité*.

9. V. X. Lagarde, *op. cit.*, n° 97 bis.

permis. Peut-on favoriser dans le même temps sans illusion un devoir d'information renforcé et l'utilisation des techniques de conclusion des contrats à distance ? Ces contradictions ne sont pas toutes propres au crédit immobilier : elles illustrent l'ambiguïté de la relation bancaire contemporaine qui met en avant l'intuitu personae tout en standardisant les produits à l'extrême. D'un autre point de vue, il est possible de penser que le développement de la banque électronique, et notamment du crédit immobilier en ligne, pourra avoir un effet bénéfique sur la concurrence dans le secteur bancaire. La question politique sera finalement de savoir quel équilibre trouver entre la protection de l'emprunteur et le développement de l'activité.

À supposer qu'elle soit souhaitable, une réforme législative ne semble pas nécessaire. Elle permettrait tout de même de trancher clairement la question de l'offre qu'une interprétation évolutive permettrait sans doute déjà de régler.

2. L'acceptation

L'acceptation de l'offre de crédit en ligne pose des problèmes pour partie analogues à ceux soulevés par l'offre, mais pour partie spécifiques, ce qui justifie un traitement séparé. Aux termes de l'article L. 312-10, al. 2, l'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi. Comme pour l'offre, la Cour de cassation a jugé que l'envoi par la poste de l'acceptation est une formalité substantielle du contrat de crédit immobilier¹⁰.

La référence à la voie postale fait-elle obstacle à l'émission d'une offre de crédit immobilier en ligne ? La réponse ne semble pas devoir être différente de celle apportée à propos de l'offre de crédit. Même si la question est un peu plus compliquée en présence d'un contrat électronique, je n'aborderai pas ici la question de la mise en œuvre du principe du double-clic, qui ne soulève pas de difficulté particulière en la matière. Sans doute l'acceptation est-elle plus décisive, car elle est l'instant crucial où le contrat est conclu ; mais tous les arguments avancés plus haut à propos de l'offre jouent manifestement pour l'acceptation. Elle est précisément l'acte grave dont dépend la conclusion du contrat et par conséquent, en pratique, l'acquisition du bien. Reste la question de la date attestée par le cachet de la poste. La précision du texte semble rendre la tâche de l'interprète plus ardue, à moins d'être un fervent exégète et de s'arrêter à la lettre du texte.

L'article 1369-7, alinéa 2 du Code civil précise que « l'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'État ». Le principal apport technique de cette disposition est d'appréhender la question de la date d'expédition d'une lettre simple électronique. Il ne faut jamais désespérer ! Presque 6 ans plus tard, le décret n° 2011-434 du 20 avril 2011 est venu définir les exigences techniques à respecter pour qu'un procédé d'horodatage électronique

soit présumé fiable¹¹. Il serait ainsi possible de recourir à des techniques d'horodatage électronique, tel le cachet postal électronique proposé par la Poste¹².

L'acceptation de l'offre soulève en outre le problème récurrent de la signature électronique. Les règles relatives à la signature électronique rendent plus difficiles l'admission de l'acceptation par voie électronique d'une offre de crédit immobilier, mais ne sont pas spécifiques à la banque en ligne. Elle résulte de la transposition de la Directive 2000/31/CE qui fait peser sur les candidats à la signature électronique des contraintes difficiles à respecter en pratique. Celle-ci assure sans doute une plus grande sécurité, mais s'avère trop contraignante pour être mise en œuvre massivement. La gravité de l'acte impose-t-elle une telle contrainte ? Sans doute n'y a-t-il aucune nécessité à cela au plan technique ; cela restera une question de politique législative.

Aucune réforme législative ne s'impose donc ici, si ce n'est pour trancher ce que l'interprétation permet déjà. Toutefois, au regard du risque juridique lié à une interprétation raisonnable mais non consacrée par la jurisprudence et les établissements refusant de prendre le risque d'un contentieux, on constate que le véritable crédit en ligne reste pratiquement inexistant en France. En pratique, ce qui semble parfois pris pour du crédit en ligne n'est que du crédit à distance : le candidat emprunteur imprime l'offre et la retourne effectivement par voie postale. Pourtant, hormis la difficulté liée à la signature électronique, aucune raison ne fait obstacle à la formulation d'une offre électronique et d'une acceptation électronique en matière de crédit immobilier en ligne.

Entre l'offre et l'acceptation, s'écoule le délai de réflexion qui fait entrer la durée dans la procédure de conclusion du contrat de crédit immobilier.

II. LA DURÉE

La durée s'écoulant entre l'offre et l'acceptation fait l'objet d'un encadrement légal faisant obstacle à la conclusion instantanée du contrat. La loi instaure, en effet, un délai de réflexion qui est une pièce essentielle du dispositif de protection du consommateur de crédit immobilier (1.). Il reste à s'interroger sur l'efficacité de ce dispositif (2.).

1. Le délai de réflexion

Le crédit immobilier étant une opération grave, le droit de la consommation impose un délai de réflexion avant la conclusion du contrat. Lorsque le contrat est conclu en ligne, cet impératif suscite des réflexions qui ne peuvent rester sans influence sur le jugement porté sur la législation relative au crédit immobilier en général. Aux termes de l'article L. 312-10, al. 2, du Code de la consommation, l'emprunteur ne peut accepter l'offre que 10 jours après qu'il l'a reçue. Le délai de rétractation prévu en matière

10. Cass. 1^{re} civ., 29 octobre 2002, n° 99-17.333 ; Bull. civ., I, n° 255 ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 14, note G. Raymond.

11. V. E. Caprioli, « Fiabilité du procédé d'horodatage électronique », *Communication, commerce électronique* 2011, Comm. 70.

12. V. Manuel de la poste aux lettres, art. RL 256 et s. : « Union Postale Universelle », qui renvoie à la norme technique UPU S43.



de service financier en ligne est en toute hypothèse inapplicable en matière de crédit immobilier (C. consom., art. L. 121-20-12).

L'instauration d'un délai de réflexion permet de comprendre les exigences analysées plus haut quant à la transmission de l'offre et à la formulation de l'acceptation. Entre l'offre et l'acceptation s'écoule un temps de réflexion qui permet au candidat emprunteur de délibérer avant, éventuellement, de s'engager. Les dates des deux instants importants de la procédure de conclusion du contrat sont donc cruciales¹³. La durée de ce temps de réflexion pourrait être discutée, mais ce n'est pas l'essentiel. Que le délai soit de 7, 10 ou 14 jours ne modifie pas le sens de la disposition. Ce qui semble important tient en deux brèves réflexions, sans parler par ailleurs du gain de temps et de la meilleure transparence du marché qui passe par une meilleure comparaison des offres.

Le délai de réflexion implique non seulement l'écoulement du temps, mais aussi une prise de distance au sens propre comme au sens figuré. Pendant les 10 jours légaux, le candidat emprunteur ne reste pas dans les locaux du prêteur : il s'en éloigne, médite son projet chez lui, dans son foyer. Le décalage dans le temps permet ainsi un éloignement par rapport au prêteur. Cela permet à l'emprunteur de s'extraire de l'influence du personnel commercial de l'établissement et donc de se décider après y avoir mûrement réfléchi. Ce décalage spatiotemporel est tout aussi bien assuré lorsque le crédit est conclu en ligne. La banque électronique est par construction une banque à distance. L'emprunteur ne subit donc guère l'influence concrète d'un conseiller entreprenant, dans la mesure où il n'est impliqué que dans un échange bien impersonnel. On peut ajouter que le risque de s'engager de manière irréfléchie est bien moindre en matière de crédit immobilier qu'en matière de crédit à la consommation. Par conséquent, sur le principe, la mise à distance des parties, dans le temps et dans l'espace, est donc parfaitement respectée dans le cas du crédit en ligne.

2. L'efficacité du dispositif

Toutefois, l'efficacité de ce délai de réflexion peut être discutée, notamment en présence d'un écrit électronique. De manière générale, certains auteurs relèvent que, plus que de réflexion, le candidat emprunteur aurait besoin d'éclaircissements sur l'opération et son adéquation avec le projet envisagé, certains allant même jusqu'à envisager l'hypothèse d'un devoir de conseil¹⁴. Sans aller jusque-là, heureusement sans doute, le projet de directive prévoit un devoir d'information passant par une fiche standardisée et un devoir d'explication. Cela ne sera pas toujours aisé lorsque la relation sera exclusivement en ligne, mais il faut bien avoir à l'esprit que ce point est essentiel non seulement pour protéger le consentement de l'emprunteur, mais aussi dans une perspective plus théorique, appelée « instituante » à la suite d'autres auteurs. L'emprunteur

doit percevoir la contrainte que le crédit fera toujours peser sur sa situation de propriétaire immobilier : « Dans cette perspective, le formalisme du contrat de consommation n'a donc pas pour but d'instituer une relation personnelle au-delà du simple rapport patrimonial mais à l'inverse de faire sentir que la situation personnelle du consommateur est indexée sur une contrainte patrimoniale, donc extérieure et susceptible comme telle de la menacer¹⁵. » Autrement dit, le tout dans le régime du crédit immobilier tend à faire prendre conscience à l'acquéreur-emprunteur que « le lieu de son intimité peut faire l'objet d'une saisie immobilière »¹⁶.

Le passage par une procédure électronique ne remplit toutefois qu'imparfaitement cette finalité. En effet, la protection du consentement n'est pas aussi bien assurée par l'écrit électronique que par l'écrit papier. Il est avéré que « la lecture d'un écrit électronique donne lieu à plus d'erreurs dans l'identification des mots et le repérage des détails typographiques et orthographiques »¹⁷. La technique offre, toutefois, les moyens de s'assurer que le destinataire d'une information en prend connaissance dans de bonnes conditions. La dimension culturelle de la lecture conduira aussi au fil du temps à une plus grande aisance des utilisateurs. Par ailleurs, le lecteur sait très bien, en pratique, mettre en œuvre des stratégies de contournement des difficultés de lecture identifiées ici : en particulier dès lors que le document présente une certaine importance, le lecteur préférera l'imprimer. En l'état actuel de la pratique de la banque électronique, il faut d'ailleurs rappeler que c'est une nécessité, car le contrat doit être signé de manière manuscrite et non électronique.

En guise de conclusion, on peut estimer que rien ne s'oppose, techniquement, à l'admission du crédit immobilier en ligne. Cependant, une réforme serait bienvenue, d'une part, pour consacrer ce que l'interprétation permet déjà tout en assurant davantage de sécurité juridique et, d'autre part, pour trouver de nouvelles formes de protection du consentement remplissant la fonction instituante du formalisme qui marque la gravité de l'acte.

Toutefois, le droit n'est manifestement pas le seul en cause. Les dimensions sociologiques et psychologiques du crédit immobilier impliquent de poursuivre la réflexion, en se demandant notamment s'il sera bien toujours pertinent de raisonner en comparant support papier et support numérique. Les questions de forme ont toujours été liées à l'état de la société au sein desquelles elles se posent, et notamment à la confiance que les personnes mettent dans le formalisme et les modes de preuve. C'est ici que droit bancaire et sociologie se rejoignent : la confiance, le crédit, est au cœur de l'interrogation à venir. ■

13. X. Lagarde, *op. cit.*, n° 56 sur le système antifraude et la sanction mis en place par la loi.

14. *Ibid.*

15. X. Lagarde, *op. cit.*, n° 96.

16. *Ibid.*

17. V. J. Rochfeld, RTD civ. 2005, p. 843. V. J.-F. Rouet, « La compréhension des documents électroniques », disponible sur <http://www.mshs.univ-poitiers.fr/lmdc/pagespersos/Rouet/Textes/rouetv3.pdf>. V. également, de manière plus générale, M. Mekki, « Le formalisme électronique : la "neutralité technique" n'emporte pas "neutralité axiologique" », RDC 2007, p. 681.