

RÉFORME DU RÉGIME DES INTERMÉDIAIRES EN OPÉRATIONS DE BANQUE ET EN SERVICES DE PAIEMENT DES DIFFICULTÉS DE LÉGIFÉRER



HUGUES
BOUCHETEMBLE

Avocat associé

Kramer Levin
Naftalis & Frankel
LLP

L'introduction en droit français du statut d'intermédiaire de crédit immobilier et hypothécaire établi par la directive du 4 février 2014 affaiblit le statut préexistant des intermédiaires bancaires (IOBSP), dont les dispositions étaient pourtant bien appréhendées par les acteurs concernés. Il résulte désormais de la superposition des statuts d'intermédiaire de crédit et d'IOBSP un régime inutilement complexe et difficilement intelligible.

Les juristes qui débattent de la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 et de l'abandon de la langue de Portalis pour une langue jugée plus moderne et adaptée aux échanges¹, se garderont de prendre connaissance de la récente ordonnance du 25 mars 2016, dont l'objet est d'encadrer l'activité d'intermédiation lorsqu'elle porte sur un crédit immobilier. Ils seraient probablement déçus. Les dispositions prévues par l'ordonnance², ainsi que par les décrets et arrêtés qui la complètent³, paraissent bien éloignées de ces débats, tant ces nouvelles règles cumulent certains écueils des textes récents : multiplications des renvois et sous-renvois⁴, répétitions qui

souvent affaiblissent le principe qui en est l'objet⁵, utilisation ambiguë de la conjugaison⁶, ou encore termes inutiles ou sources d'équivoque⁷.

Cette déception est d'autant plus étonnante que le droit français est précurseur en matière d'intermédiation bancaire. Cette activité avait été initialement encadrée par la loi n° 2-533 du 14 juin 1941, refondue par la loi bancaire du 24 janvier 1984⁸, elle-même modifiée de manière significative par la loi de Régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010. Cette dernière faisait suite, notamment, aux scandales survenus dans le cadre de financements immobiliers défiscalisant apportés aux banques par des intermédiaires, outre les problématiques survenues aux États-Unis sur les crédits hypothécaires intermédiés à l'origine de la crise des subprime. Ces modifications successives avaient abouti à un régime purement national, largement inspiré du modèle des intermédiaires en assurance, fixant des règles d'accès à l'activité d'Intermédiaire en opérations de banque et en services de paiement (IOBSP) (conditions d'immatriculation à l'ORIAS, d'honorabilité et surtout de compétence professionnelle), ainsi que des règles de bonne conduite.

Le droit français disposait donc déjà d'un régime juridique abouti applicable aux intermédiaires intervenant pour l'ensemble des opérations de banque, de quelque nature qu'elles soient (prêt, réception de fonds du public, services de paiement), lorsqu'il lui a été demandé de transposer la directive n° 2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs

1. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.
2. Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016.
3. Décret n° 2016-622 du 19 mai 2016, décret n° 2016-607 du 13 mai 2016 et décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du Code de la consommation, arrêté du 9 juin 2016 (NOR FCPT1610790A) et arrêté du 9 juin 2016 (NOR FCPT1610795A).
4. À titre d'illustration, l'article D. 314-23 du Code de la consommation, renvoyant à l'article D. 314-22 du même Code, lequel renvoie à son tour, pour les établissements de crédit, à l'article R. 519-15 du Code monétaire et financier.

5. Parmi d'autres exemples, articles D. 314-23 in fine du Code de la consommation et R. 519-7-III du Code monétaire et financier.
6. Notamment la conjugaison du verbe « satisfaire » par l'article R. 519-10-II du Code monétaire et financier, qui peut laisser penser que ce n'est pas une obligation, mais le simple constat du respect du texte.
7. Toujours à titre d'illustration, la notion de « poste adapté » évoqué par l'article R. 519-15 alinéa 3 du Code monétaire et financier. Peut également être citée, l'utilisation de l'expression « par exception » mentionnée à l'article R. 519-10-II du Code monétaire et financier qui est un facteur de confusion.
8. Pour un historique complet de l'évolution du régime des IOBSP, Th. Samin, « Le statut d'intermédiaire en opérations de banque : jurement de Roland ou Belle au bois dormant? », Banque et Droit n° 91, octobre 2004.

aux biens immobiliers à usage résidentiel. Ce texte, rappelons-le, a pour objet d'encadrer l'activité des prêteurs et des intermédiaires spécifiquement en matière de crédit immobilier⁹. Il ne restait dès lors plus qu'à insérer ces règles spéciales d'origine européenne applicables aux intermédiaires de crédits immobiliers au sein du statut général d'IOBSP préexistant en droit français. Cette insertion ne se fait pourtant pas sans difficultés.

I. LA COEXISTENCE DU STATUT FRANÇAIS D'IOBSP AVEC LE RÉGIME EUROPÉEN D'INTERMÉDIAIRE EN CRÉDIT

1. Le statut existant d'IOBSP

Le législateur français avait, à dessein, défini très largement l'activité d'IOBSP comme « l'activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à la conclusion des opérations de banque ou des services de paiement ou à effectuer tous travaux et conseils préparatoires à leur réalisation »¹⁰, c'est-à-dire « le fait pour toute personne de solliciter ou de recueillir l'accord du client sur l'opération de banque ou le service de paiement ou d'exposer oralement ou par écrit à un client potentiel les modalités d'une opération de banque ou d'un service de paiement, en vue de sa réalisation ou de sa fourniture »¹¹. En substance, seule l'activité d'indication stricto sensu échappe à ce régime¹², outre certaines activités jugées de minimis¹³. Le texte français était si large qu'il était capable d'englober les dispositions issues de la directive du 4 février 2014, et ce à deux égards. D'une part, la directive est plus restrictive que le droit français, dans la mesure où elle ne s'applique qu'aux seuls crédits immobiliers et hypothécaires. D'autre part et surtout, l'activité d'intermédiaire de crédit est compatible avec le statut d'IOBSP, puisqu'elle est définie par la directive comme « toute personne qui, dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles habituelles et contre une rémunération ou un avantage économique, apporte son concours à la réalisation d'une opération mentionnée au présent titre, sans agir en qualité de prêteur »¹⁴. Seule l'activité de conseil portant sur le crédit était source de difficultés. Elle est en effet au cœur de la directive, alors que le régime français y consacre peu d'attention. Le Code monétaire et financier n'encadrerait que le fait de « solliciter » une opération (ce qui n'aboutit pas nécessairement à la conseiller), ou d'en « exposer les modalités », c'est-à-dire d'informer le client sur l'opération et non nécessairement de la recommander. La notion de « conseil » n'était toutefois pas totalement ignorée par le droit français, puisque l'article L. 519-1 du Code monétaire et financier évoquait l'activité de « conseil ». Les IOBSP immatriculés en qualité de courtier étaient au surplus soumis à un devoir spécifique de « conseil » en application de l'article R. 519-28 du même

code. Sous cette réserve relative à l'activité de conseil, le cadre français était ainsi un terreau idéal pour accueillir ces nouvelles normes européennes. Comment dès lors expliquer que le résultat soit, à certains égards, aussi peu intelligible ?

2. L'insertion du statut d'intermédiaire de crédit au sein du régime des IOBSP

La principale difficulté lors de la transposition était probablement que la directive s'applique à la fois au personnel des prêteurs et des intermédiaires, contrairement au régime des IOBSP qui est inapplicable aux personnes physiques salariées d'un établissement de crédit¹⁵. Hormis cet écueil, pour ce qui concerne les intermédiaires, deux principales options semblaient envisageables : adapter le statut national d'IOBSP en y incorporant des règles spéciales d'origine européenne lorsque l'opération intermédiaire porte sur un crédit immobilier ou faire coexister les deux statuts de manière autonome, tout en instituant des passerelles afin que certaines obligations ne soient pas inutilement dupliquées. Cette seconde option semble avoir été privilégiée. Chacun de ces deux statuts conserve son autonomie, sans que l'activité d'intermédiaire de crédit immobilier ne soit expressément une sous-catégorie de l'activité d'IOBSP. Chacune conserve une définition et un régime qui lui est propre. Cette indépendance des statuts est confirmée par la nature des textes qui les encadrent (Code de la consommation pour l'intermédiaire de crédit immobilier, Code monétaire et financier pour l'IOBSP). C'est d'autant plus le cas qu'aucun statut n'évoque directement l'autre, l'article L. 519-1 du Code monétaire et financier qui définit l'activité d'IOBSP ne faisant pas référence à l'article L. 311-1-5° du Code de la consommation relatif à la notion d'intermédiaire de crédit et inversement. Lorsque le régime des IOBSP fait référence au crédit immobilier, il ne le fait pas pour l'ensemble du statut d'intermédiaire de crédit, mais uniquement pour le service de conseil portant sur un crédit immobilier, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés¹⁶. La conséquence immédiate qui en résulte est que la définition de l'IOBSP est suffisamment large pour absorber celle de l'intermédiaire de crédit immobilier. Comment peut-on « apporter son concours à la réalisation d'une opération »¹⁷ de crédit immobilier sans, dans le même temps, « présenter, proposer ou aider à la conclusion » ou « effectuer tous travaux et conseils préparatoires »¹⁸ au titre de ce même crédit ? De fait, un intermédiaire qui voudrait intervenir sur des crédits immobiliers devra d'abord disposer du statut d'IOBSP. Pour reprendre une notion usuelle en matière de gouvernance bancaire, si les deux statuts, d'IOBSP d'une part et d'intermédiaire de crédit d'autre part, ont une indépendance juridique, ils sont dans un lien de dépendance fonctionnelle. Il est toutefois regrettable que les textes laissent le soin aux personnes assujetties d'effectuer cette déduction. Cela n'est évoqué qu'à la marge au nouvel

9. A. Gourio, « Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 transposant la directive 2014/17/UE sur le crédit immobilier », JCP E, n° 14, 7 avril 2016, act. 290.

10. Article L. 519-1 du Code monétaire et financier.

11. Article R. 519-1 du Code monétaire et financier.

12. Article R. 519-2-2° du Code monétaire et financier.

13. Article R. 519-2-1° du Code monétaire et financier.

14. Article L. 311-1-5° du Code de la consommation.

15. Article L. 519-1-II du Code monétaire et financier et L. 313-13 du Code de la consommation.

16. Cf. II.1. ci-dessous.

17. Article L. 311-1-5° du Code de la consommation définissant l'intermédiaire de crédit.

18. Article R. 519-1 du Code monétaire et financier définissant la notion d'intermédiation en opérations de banque et en services de paiement.

article R. 519-4-III, le texte étant contraint lui-même de faire cette déduction et d'indiquer que les intermédiaires de crédit immobilier enregistrés au sein d'un autre État membre de l'Union européenne sont de facto des IOBSP, sur le territoire français¹⁹. C'est reconnaître ainsi que le statut d'IOBSP englobe celui d'intermédiaire de crédit immobilier. Le sentiment qui s'en dégage pour le lecteur est étonnant, puisqu'il comprend que le statut d'IOBSP englobe *per se* celui d'intermédiaire de crédit, alors que le texte feint de l'ignorer. Pourquoi ne pas l'avoir dit clairement ? En substance, il faudra donc considérer que le statut d'IOBSP est un prérequis, auquel s'ajoutera le statut d'intermédiaire de crédit immobilier. Gageons que la pratique, se référera aux termes d'IOBSP et d'IOBSP-IC, lorsque le crédit intermédié sera immobilier. L'indépendance juridique de ces deux statuts implique de se poser la délicate question du cumul des obligations qu'ils prévoient, à tout le moins pour deux éléments clés : la question du conseil et celle de la compétence professionnelle de l'intermédiaire.

II. LE CUMUL DES OBLIGATIONS D'IOBSP ET D'INTERMÉDIAIRE DE CRÉDIT IMMOBILIER

1. La question du conseil

La directive du 4 février 2014, s'inspirant largement des directives MIF II²⁰ et DDA²¹, encadre l'activité de conseil afin de garantir son indépendance. En substance – comme c'est le cas en matière de services d'investissement ou d'assurance – l'intermédiaire de crédit immobilier doit indiquer au client si un service de conseil lui sera fourni ou pourra lui être fourni et si ce conseil sera fondé sur une gamme maison de produits ou des produits concurrents. Par ailleurs, l'intermédiaire ne pourra présenter son conseil comme étant « indépendant » qu'à certaines conditions, à savoir qu'il prenne en considération un nombre suffisamment important de contrats de crédit disponibles sur le marché et qu'il ne soit pas rémunéré pour ce service de conseil par le prêteur²². Rien de tel ne figure dans le régime des IOBSP, qui se limite à poser une obligation de conseil au courtier²³. Ces nouvelles règles relatives au conseil étant posées par la directive, l'on pouvait s'attendre à les retrouver dans le Code de la consommation qui régit le nouveau statut d'intermédiaire de crédit. Cette répartition des compétences aurait été salubre et source de clarté. Ce n'est pourtant pas le choix qui a été fait. En effet, quand bien même le régime d'IOBSP posé par le Code monétaire et financier ne se réfère pas au statut d'intermédiaire de crédit immobilier, il y fait toutefois exceptionnellement référence pour ce

qui concerne le conseil en matière de crédit immobilier²⁴. Les modifications apportées ici au régime des IOBSP sont de deux ordres. En premier lieu, l'ordonnance indique clairement que l'activité de conseil en matière de crédit immobilier relève du périmètre du statut d'IOBSP²⁵. Cette référence faite par le statut d'IOBSP au conseil sur crédit immobilier n'est toutefois pas sans laisser une certaine ambiguïté. L'article L. 519-1 évoque en effet le conseil à deux reprises, d'une part au sein du premier alinéa, en indiquant que l'activité d'IOBSP consiste à effectuer « tous conseils préparatoires » à la réalisation d'une opération de banque, puis d'autre part au sein du second alinéa, en disposant qu'est également IOBSP toute personne qui « fournit un service de conseil au sens de l'article L. 519-1-1 ». Pourquoi le répéter dans la mesure où le premier alinéa aurait pu suffire, le conseil étant partie intégrante de l'activité d'IOBSP au titre du premier alinéa ? Faut-il alors considérer qu'il y a deux services de conseil, à savoir le « conseil préparatoire de la réalisation de l'opération » de quelque nature qu'elle soit (y compris potentiellement lorsque le conseil porte sur un crédit immobilier) au sens de l'alinéa 1 et « la recommandation personnalisée sur une opération de crédit immobilier » au sens de l'alinéa 2 ? C'est la lecture qu'il faut privilégier, l'ordonnance cherchant à faire du conseil sur crédit immobilier une activité indépendante de celle d'IOBSP (« Le service de conseil constitue [...] une activité distincte de l'intermédiation en opérations de banque et en services de paiement »)²⁶. En quoi est-elle réellement « distincte » de l'activité d'IOBSP ? Le texte ne le dit pas. S'il faut en comprendre que le conseil de l'article L. 519-1-1 du Code monétaire et financier ne correspond pas exactement au « conseil préparatoire » de l'article L. 519-1 et au conseil de l'article R. 519-28 du Code monétaire et financier, pourquoi ne pas l'avoir là encore indiqué plus clairement ? En définitive, il semble qu'il faille considérer qu'il y aurait un conseil générique, standard, « préparatoire » pour reprendre les termes de l'article L. 519-1, quelle que soit l'opération de banque concernée (crédit immobilier ou non) et un conseil « amélioré », au sens de la directive MIF, qui se distinguerait du conseil standard par le fait, d'une part, qu'il porte sur un crédit immobilier et, d'autre part et surtout qu'il est adapté à la situation du client²⁷. Reste enfin la situation des courtiers, qui seraient soumis à deux séries de règles, imposant pourtant la même obligation consistant à fournir un conseil adapté à la situation du client, à savoir les règles générales posées par l'article R. 519-28 et les règles spéciales résultant de l'article L. 519-1-1 du Code monétaire et financier. En définitive, si l'on perçoit la volonté du législateur d'établir un conseil à deux niveaux selon qu'il porte ou non sur un crédit immobilier, c'est au fruit d'un effort d'interprétation qui aurait probablement pu être évité.

19. « Sont également intermédiaires en opérations de banque et en service de paiement les intermédiaires enregistrés sur le registre ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen pour l'exercice d'activité d'intermédiation en matière de contrats de crédit immobilier au sens de l'article L. 313-1 du Code de la consommation. »

20. Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014.

21. Directive 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

22. Article 22 de la directive du 4 février 2014.

23. Article R. 519-28 du Code monétaire et financier.

24. Article L. 519-1-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier.

25. Par l'ajout des termes « [...] ou qui fournit un service de conseil au sens de l'article L. 519-1-1 » au sein du nouvel article L. 519-1 du Code monétaire et financier.

26. Nouvel article L. 519-1-1 du Code monétaire et financier.

27. Ce dont l'on peut déduire, *a contrario*, que cette exigence liée au caractère adapté du conseil ne s'applique pas au conseil mentionné par l'alinéa 1 de l'article L. 519-1-1.

2. Les conditions de capacité professionnelle

La principale question que se poseront les IOBSP avant le 20 mars 2017, date d'entrée en vigueur de ces nouvelles obligations²⁸, portera sur les obligations de capacité professionnelle. Ces règles, il faut le rappeler, restreignent l'accès au statut d'IOBSP à des conditions de diplôme, d'expérience professionnelle ou de formation. La Commission des sanctions de l'ACPR en assure le respect²⁹. L'un des objectifs de la directive du 4 février 2014 était de garantir un niveau minimum de capacité professionnelle pour les prêteurs et intermédiaires de crédit immobilier. Les statuts d'IOBSP et d'intermédiaire de crédit étant chacun supposé autonome, sous les limites précédemment rappelées, se pose la question du cumul des obligations de capacités professionnelles.

La première de leurs interrogations sera de déterminer le personnel soumis à ces nouvelles exigences de capacité professionnelle. Pour ce qui concerne les IOBSP, le texte de l'article R. 519-7 du Code monétaire et financier y répond en indiquant qu'il s'agit des personnes mentionnées à l'article L. 519-3-3, c'est-à-dire « les personnes physiques, qui exercent en leur nom propre, les personnes qui dirigent, gèrent ou administrent des [...] personnes morales, et les personnes qui sont membres d'un organe de contrôle, disposent du pouvoir de signer pour le compte ou sont directement responsables de l'activité d'intermédiation au sein de ces intermédiaires ». L'article R. 519-7 oublie pourtant l'essentiel puisque c'est en réalité à l'article R. 519-15 qu'il aurait fallu également renvoyer. Ce dernier indique que ces obligations s'appliquent au « personnel », défini comme « les personnes physiques qui travaillent pour les intermédiaires et qui exercent directement l'activité d'intermédiation ou de conseil mentionné à l'article L. 519-1-1 ainsi que les personnes physiques qui dirigent ou encadrent directement les personnes physiques précitées », les personnes employées dans le cadre d'un contrat de formation en alternance étant exclues. La délimitation des personnes soumises à cette obligation de formation n'est, là encore, pas exempte de reproches. Plutôt que d'identifier simplement les collaborateurs soumis à ces obligations, les textes effectuent cet exercice de manière indirecte en indiquant quelles sont les personnes responsables de s'assurer que les collaborateurs remplissent bien ces conditions (« Toute personne [...] veille à ce que ses personnels remplissent les conditions de compétence professionnelle »)³⁰. Si cela ne pose aucune difficulté pour les courtiers et les mandataires non exclusifs (nouvel article R. 519-15), le renvoi est moins évident pour les mandataires exclusifs (nouvel article R. 519-15-2). Ce dernier indique que, en effet, c'est au prêteur de « contrôler les activités de celui-ci [c'est-à-dire mandataire exclusif] afin de s'assurer qu'il respecte les exigences en matière de connaissances et de compétences professionnelles ». Si l'on comprend aisément que c'est à la banque de superviser ses mandataires exclusifs, pourquoi ne plus se référer à la notion de « personnel » qui

a été défini? Faut-il considérer que les obligations de capacités ne visent plus que les seules personnes visées à l'article L. 519-3-3, c'est-à-dire les dirigeants et non plus l'ensemble des collaborateurs du mandataire qui exercent directement cette activité? Les intermédiaires de crédit sont, quant à eux, tenus aux mêmes obligations quant au périmètre des collaborateurs soumis aux obligations de compétence professionnelle³¹.

La seconde interrogation, sera de déterminer avec précision les conditions de compétence professionnelle qui leur sont applicables. Ces obligations de compétence sont prévues graduellement par les articles R. 519-8 du Code monétaire et financier (niveau I de formation, soit le plus élevé), R. 519-9 (niveau II) et R. 519-10 (niveau III, soit le moins élevé). Les règles applicables aux intermédiaires de crédit sont quant à elles prévues à l'article D. 313-10-2 du Code de la consommation. Faut-il appliquer cumulativement ces obligations de formation? La réponse est positive, mais impose de distinguer deux situations. En premier lieu, malgré l'application cumulative des textes, un système de « passerelle » est prévu pour les IOBSP de niveau I ou II, pour lesquels la capacité acquise au titre du régime général des IOBSP vaut également pour le régime spécial relatif au crédit immobilier³². En revanche, les IOBSP de niveau III³³ ne peuvent se prévaloir de ce système³⁴. Pour ces derniers, le texte prévu par l'article R. 519-10-II est toutefois équivoque. Ce paragraphe indique en effet qu'il intervient « par exception au I », le paragraphe I étant celui qui prévoit les obligations de formation de niveau III. Faut-il entendre que les obligations spéciales du crédit immobilier prévalent lorsque l'intermédiation porte sur le crédit immobilier ou qu'elles se cumulent avec le régime général des IOBSP? Les termes « par exception » semblent conduire à considérer que les obligations spéciales de compétence relatives au crédit immobilier se substituent aux obligations générales du régime des IOBSP, lorsque l'intermédiation porte sur le crédit immobilier.

Dans une période où les distributeurs de produits bancaires et financiers sont confrontés à une inflation sans pareil de normes, qu'il s'agisse de la directive MIF II, de la directive DDA, ou du règlement PRIIPs dans une moindre mesure, il est regrettable que de nouvelles règles portent atteinte à la lisibilité d'un régime que les acteurs avaient pourtant bien appréhendé. La complexité des règles pourrait conduire à donner à l'ORIAS un pouvoir d'interprétation à travers les guides qu'il édicte, que le législateur s'était bien gardé de lui confier. ■

31. Articles D. 313-10-1 du Code de la consommation.

32. Cela résulte du dernier alinéa du nouvel article D. 314-23 du Code de la consommation (« Toutefois, les personnels des intermédiaires qui justifient d'une compétence professionnelle au titre des articles R. 519-8 et R. 519-9 du Code monétaire et financier sont réputés remplir les conditions de compétence professionnelle mentionnées au présent article. ») Ce principe est répété à l'article R. 519-7-III du Code monétaire et financier.

33. Article R. 519-10-II du Code monétaire et financier.

34. Cela résulte du nouvel article R. 519-10-II du Code monétaire et financier (« Par exception au I, les intermédiaires mentionnés au I [c'est-à-dire les intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement mentionnés aux 2° et 3° du I de l'article R. 519-4 et leurs mandataires mentionnés au 4], qui exercent l'activité d'intermédiation en matière de crédits mentionnés à l'article L. 313-1 du Code de la consommation satisfont aux exigences de compétences professionnelles énoncées à l'article L. 314-24 du même code, dans les conditions prévues aux articles D. 313-10-2, D. 313-10-3 et D. 313-10-5 du même code »).

28. Les obligations relatives à la formation continue seront applicables à compter du 21 mars 2019.

29. En matière d'intermédiation en assurance, Sanct. ACPR, 14 avril 2016.

30. Article R. 519-15 du Code monétaire et financier.