Par **Bruno Bédaride,**
Notaire à Paris

Crédit immobilier et démarchage. L'impact limité de la loi de sécurité financière

La loi de sécurité financière du 1er août 2003, dépassant les prescriptions de la directive du 23 septembre 2002, a alourdi la réglementation du démarchage bancaire.
S'attachant à l'offre de crédit immobilier, l'étude de Me Bédaride révèle que les conséquences de la réforme sont cependant assez limitées en ce domaine dans la mesure où la loi exclut les crédits à la consommation et ceux visant à financer l'immobilier d'habitation. Une incertitude demeure cependant quant au sort des crédits servant à financer une activité professionnelle.

La loi de sécurité financière du 1er août 2003 (1) a réformé dans son titre II, chapitre 1er, les règles relatives au démarchage en matière bancaire et financière.
Cette réforme transpose en droit interne la directive européenne du 23 septembre 2002 (2) qui a défini, en raison de l'évolution des techniques de communication, notamment électroniques, différentes mesures protectrices du consommateur en matière de commercialisation à distance de services financiers (3) offerts par des établissements financiers établis ou non dans le même État membre de l'Union européenne que le consommateur.
Le législateur français a profité de cette directive pour mettre à jour les règles gouvernant le démarchage et le colportage en matière d'opérations de banque, sur valeurs mobilières et sur le marché à terme.
Mais les règles relatives aux opérations sur les matières précieuses et les billets de banque étrangers n'ont pas été modifiées.
Concernant plus particulièrement les opérations de banque, dans leur rédaction antérieure à la loi de sécurité financière, les articles L. 341-1 et suivants du Code monétaire et financier permettaient aux établissements de crédit d'agir librement, sauf à l'égard des personnes mineures.
Autrement dit, cette réglementation ne visait qu'à interdire aux personnes physiques ou morales autres que les établissements de crédit et les notaires (sous réserve, concernant ces derniers, des règles propres à leur profession) d'entreprendre des démarches physiques à l'égard de tout intéressé, par déplacement au domicile, sur le lieu de travail ou dans des lieux publics non destinés à cette fin, mais aussi, par envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques, pour conseiller ou offrir des prêts d'argent, pour recueillir des dépôts de fonds, ou pour faire souscrire des plans d'épargne logement, certaines parts de sociétés immobilières et tous autres placements de fonds.
On notera également que cette réglementation visait à édicter certaines contraintes à l'égard des démarcheurs qui agissaient pour le compte d'un établissement de crédit.
La réforme opérée par la loi du 1er août 2003 a créé un certain émoi chez les professionnels du crédit immobilier français ou européens qui ont été surpris non seulement par la complexité de la loi française, mais aussi par son domaine d'application qui est plus large que celui défini par la directive de 2002, alors qu'il est question de créer un marché hypothécaire européen et qu'un groupe de travail réfléchit à Bruxelles sur sa mise en place.
En effet, si la réforme confirme que les établissements de crédit sont habilités de plein droit à faire du démarchage, des règles particulières ont été édictées pour recueillir l'obtention d'un accord sur une opération de banque par ces mêmes établissements de crédit ; mieux encore, parmi les personnes démarchées soumises à une protection, sont concernées certaines personnes morales, car le législateur a estimé que certaines d'entres elles, peu expérimentées avec la vie des affaires, devaient être protégées.
Il conviendra donc de rechercher si la réforme opérée affecte le crédit immobilier (crédit hypothécaire et crédit-bail immobilier), puis de déter-

notes

(1) L. n° 2003-706, 1er août 2003, « *Loi de sécurité financière* », JO 2 août 2003, p. 13220.
(2) Dir. n° 2002/65/CE, 23 sept. 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE 9 oct. 2002, n° L 271, p. 16.

miner les conséquences de cette réforme sur l'offre de crédit immobilier.

I - LES NOUVELLES RÈGLES DU DÉMARCHAGE S'APPLIQUENT-ELLES AU CRÉDIT IMMOBILIER ?

La loi du 1er août 2003 précise successivement quelles sont les opérations qui constituent un acte de démarchage bancaire, puis quelles sont les personnes concernées par les nouvelles règles, qu'il s'agisse du démarcheur ou de la personne démarchée. Voyons si le crédit immobilier est visé par la réforme (A) et quelles personnes sont concernées (B).

A - Les actes de démarchage ayant pour objet des opérations de banque

1°/ Principes

L'article L. 341-1, 3°, nouveau du Code monétaire et financier rappelle que constitue un acte de démarchage bancaire toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord sur la réalisation par une des personnes mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 du même code, d'une opération de banque ou d'une opération connexe définies aux articles L. 311-1 et L. 311-2 du même code.

Une opération de banque est une opération comprenant la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement, selon les termes de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier.

Une opération de crédit est définie, suivant l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, comme un acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne (prêt, ouverture de crédit, découvert, crédit-relais, etc.) ou prend un engagement, dans l'intérêt de celle-ci, de caution, d'aval ou de garantie.

Le crédit hypothécaire est une opération de crédit garantie par une sûreté réelle (de nature hypothécaire, si la sûreté prend sa source dans le contrat ; de la nature d'un privilège, si la sûreté prend sa source dans la loi).

Le crédit-bail immobilier est une opération par laquelle une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, afin de permettre au locataire de devenir propriétaire desdits biens pris à bail, au plus tard à l'expiration de celui-ci, ainsi qu'il résulte des termes de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier. Il s'agit d'une catégorie spéciale de crédit réservée au financement de l'immobilier d'entreprise, pratiquée par des sociétés financières qui sont des établissements de crédit agréés en tant que tels.

Le crédit-bail immobilier constitue donc une opération de crédit, même si elle est gouvernée par des dispositions spécifiques énoncées à la section II du chapitre III relatif aux crédits dépendant du titre I consacré aux opérations de banques du livre III du Code monétaire et financier. L'article L. 313-1, alinéa 2, du Code monétaire et financier confirme que le crédit-bail est assimilé à une opération de crédit.

Par conséquent, le crédit hypothécaire et le crédit-bail immobilier sont des opérations de crédit et donc des opérations de banque qui entrent dans le champ d'application de la loi du 1er août 2003 défini à l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier.

De même, cet article définit l'acte de démarchage comme une prise de contact non sollicitée, en vue d'obtenir un accord sur une des opérations visées par la loi.

Le législateur français a employé un terme très général qui vise le contact aussi bien physique que par courrier, téléphone, internet et, d'une façon générale, tout autre moyen de communication qui pourra exister dans l'avenir.

Mais si le mode de communication est large, encore faut-il qu'il vise une personne déterminée, ce qui exclut les modes d'information à caractère général ou publicitaire.

Les mailings envoyés ne manquent pas de poser des difficultés, mêmes expédiés en grand nombre, car ils sont adressés à des personnes déterminées, compte tenu de la technologie d'internet.

En outre, cette prise de contact doit être non sollicitée, ce qui est une des caractéristiques essentielles du démarchage, puisque si la prise de contact a lieu à la demande de l'intéressé, il n'y a plus d'acte de démarchage.

Le même article L. 341-1 du Code monétaire et financier assimile aux actes de démarchage la classique notion de déplacement physique au domicile des personnes concernées ou sur leur lieu de travail ou dans des lieux non destinés à la commercialisation des opérations soumises à protection, dispositions qui étaient déjà visées par l'article L. 341-2 du Code monétaire et financier dans sa rédaction antérieure à la réforme dont il s'agit. Mais à la différence du concept de prise de contact qui doit être non sollicitée, l'initiative du déplacement physique peut être prise aussi bien par la personne qui démarche que par celle qui est démarchée.

Pourquoi cette différence avec la prise de contact, qui d'ailleurs n'exclut pas le déplacement physique ? Les travaux préparatoires (4) révèlent que le législateur a considéré que la présence physique du démarcheur lors d'un déplacement est de nature à créer une pression potentielle sur le client, même s'il est lui-même le demandeur du déplacement.

La loi renforce la notion de prise de contact non sollicitée ou celle du déplacement physique en prévoyant que l'acte de démarchage en question doit avoir pour objet d'obtenir un accord sur la réalisation d'une opération déterminée.

notes

(3) C'est-à-dire en matière de services ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements, selon l'article 2 de la directive.
(4) Rapport AN n° 807, 2002-2003, F. Goulaud, p. 203 et 204.

Crédit immobilier et démarchage. L'impact limité de la loi de sécurité

Il s'agit donc d'un acte répondant à un objectif précis, celui de conclure une opération, ce qui renforce la nature de l'acte de démarchage car, sans la volonté de conclure un accord, il n'y a pas acte de démarchage.
À ces principes, le législateur a prévu différentes exceptions concernant, d'une part, certains types d'actes de démarchage et, d'autre part, certaines opérations de crédit.

2°/ Exceptions

Il existe trois types d'actes de démarchage exclus du dispositif de protection légale.

• **Les prises de contact dans les locaux des personnes habilitées à procéder à des actes de démarchage** (C. mon. et fin., art. L. 341-2, 2°), parmi lesquelles figurent les établissements de crédit. Ici, le législateur a considéré, selon les travaux préparatoires susvisés, que le déplacement du client dans les locaux de l'établissement de crédit, par exemple, n'est pas assimilable à la situation où le client est en présence d'une lettre ou face à un démarcheur, puisque c'est lui qui fait le déplacement pour rencontrer le banquier pour solliciter un crédit.
Il agit en connaissance de cause car il connaît le but de sa visite.

• De même, **les démarches dans les locaux professionnels d'une personne morale à sa demande** suffisent à exclure le dispositif de protection légale, selon les termes de l'article L 341-2, 3° du Code monétaire et financier. En effet, il ressort des mêmes travaux préparatoires que le déplacement du démarcheur constitue, dans ce cas, un service pour la personne morale et non une source de pression, d'autant qu'il est d'usage aujourd'hui dans le monde des affaires de se déplacer chez le client.

• Enfin, **les démarches faites à l'égard d'un client de l'établissement** pour le compte duquel la démarche est faite et dans la mesure où il s'agit d'une **opération dont le client a l'habitude** constituent la troisième exception au dispositif de protection légale, selon les dispositions de l'article L. 341-2, 5°, du Code monétaire et financier.

Parmi les opérations de crédit exclues du dispositif de protection légale ayant un lien avec le crédit purement immobilier, figurent les crédits destinés au financement d'une activité professionnelle (C. mon. et fin., art. L. 341-2, 6° *in fine*) et les crédits liés à la consommation et les crédits immobiliers destinés au financement de l'habitation, à l'exclusion des activités professionnelles (C. mon. et fin., art. L. 341-2, 8°).
Il faut noter que ces exceptions n'avaient pas été prévues par le législateur à l'origine et qu'elles sont issues des débats parlementaires.
Parmi les exceptions relatives aux opérations de crédit exclues du dispositif de protection légale se rapportant au crédit immobilier, deux exceptions nous intéresseront plus particulièrement.

• La première exception concerne **le financement des besoins d'une activité professionnelle**.
Dans le contexte qui nous occupe, il faut comprendre que le législateur a voulu viser le secteur économique auquel se rattache une entreprise en raison de son activité.
Si le financement d'un immeuble affecté aux besoins de l'activité artisanale, industrielle, commerciale ou de prestation de services de l'entreprise (siège social, usine, entrepôts, etc.) ou le financement d'un achat en vue de la revente d'un immeuble ou la construction en vue de la revente de façon professionnelle, c'est-à-dire habituelle (marchand de biens ou promoteur), sont exclus sans aucun doute du dispositif de protection légale, se pose la question de savoir si le financement d'un investisseur immobilier entre ou non dans le champ de l'exonération de l'article L. 341-2, 6°, *in fine*, dont il s'agit.
Rappelons qu'un investisseur est une personne physique ou morale qui place des capitaux en vue d'en dégager une certaine rentabilité et donc un profit.
Pour répondre à cette question dans le silence de la loi, nous tenterons de faire un parallèle avec les dispositions relatives au crédit immobilier relevant du statut des articles L. 312-1 à L. 312-36 du Code de la consommation et qui sont exclues du dispositif de protection légale objet de cette étude.
L'article L. 312-3, 2°, du Code de la consommation exclut du champ d'application du statut protecteur les prêts destinés à financer une activité professionnelle, que ce soit à l'égard des personnes physiques ou morales, qui à titre habituel ou même accessoire à une autre activité ou en vertu de l'objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles en propriété ou en jouissance.
Ici, le législateur a voulu viser directement l'activité des professionnels de l'immobilier (marchand de biens ou promoteurs), mais ne précise rien quant à l'activité des investisseurs.
Il faut souligner le fait que le crédit-bail immobilier peut aussi, depuis le 1er janvier 1996 (date d'entrée en vigueur de la suppression du régime des SICOMI [5]), servir à financer des immeubles d'entreprises dans le cadre d'opérations d'investissement.
Il faut donc se tourner vers la jurisprudence rendue au sujet des sociétés civiles immobilières de gestion patrimoniale pour savoir si, lorsqu'elles recourent à l'emprunt pour financer leur investissement immobilier à usage d'habitation, elles relèvent ou non de la police des articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation.
La première cham-bre civile de la Cour de cassation a confirmé, les 10 février 1993 et 11 octobre 1994 (6), que

notes

(5) L. n° 95-115, 4 févr. 1995, « *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* », JO 5 févr. 1995, p. 1973.

financière

constitue une activité professionnelle celle d'une personne morale, qui, en vertu de son objet social, procure, sous quelque forme que ce soit, des immeubles, quel que soit le nombre d'immeubles sur lesquels s'exerce cette activité de location immobilière.
Autrement dit, l'activité de gestion locative, même limitée à un seul immeuble, doit être considérée comme relevant d'une activité professionnelle au sens de l'article L. 312-3, 2°, du Code de la consommation.
Mais il faut préciser que la jurisprudence de la première chambre civile n'a été rendue qu'à l'égard des seules sociétés civiles immobilières. Toutefois, compte tenu des termes de la motivation de la Cour de cassation, on ne voit pas pourquoi, si une personne physique réalisait un investissement locatif à titre personnel, cette jurisprudence ne s'appliquerait pas aussi.
Il paraît donc possible de pouvoir transposer cette jurisprudence à l'interprétation du 6°, *in fine*, de l'article L. 341-2 du Code monétaire et financier. Mais s'agissant d'une transposition d'une jurisprudence rendue au sujet d'une autre loi, l'idéal serait que le législateur, pour éviter toute incertitude, clarifie le concept de financement d'une activité professionnelle, car celle-ci inquiète le monde bancaire.

• La seconde exception concerne **le crédit immobilier pour le logement** déjà soumis à un dispositif protecteur quant à la conclusion du prêt et à l'information à transmettre au candidat emprunteur.
Le législateur n'a pas jugé utile de modifier la législation sur cette question.

En conclusion, si l'on considère que les financements des immeubles d'habitation et à finalité professionnelle sont exclus du champ d'application de la loi sur le démarchage, reste l'incertitude sur l'interprétation de la notion de financement pour servir les besoins d'une activité professionnelle relative aux investissements immobiliers.
Examinons maintenant les personnes visées par la loi.

B – Les personnes visées par la loi

On étudiera successivement les personnes qui démarchent, puis celles qui sont démarchées, dans le domaine du crédit immobilier.

1°/ Les démarcheurs

L'article L. 341-8 du Code monétaire et financier dispose que toute personne (7) se livrant à une activité de démarchage, notamment bancaire, en se rendant physiquement au domicile des personnes démarchées, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, d'investissements ou de services financiers, doit être titulaire d'une carte de démarchage délivrée par la personne pour le compte de laquelle elle agit, selon un modèle fixé par arrêté du ministre de l'Économie. Cette carte doit être présentée à toute personne démarchée.
L'article L. 341-9 du Code monétaire et financier définit toute une série de condamnations pénales qui constituent un empêchement dirimant pour exercer une activité de démarchage, tant pour son compte que pour le compte d'autrui.
À cette interdiction s'ajoutent des conditions d'âge, d'honorabilité et de compétence professionnelle que doit définir un décret non encore paru à la date où nous rédigeons ces lignes. Une assurance de responsabilité civile professionnelle doit être souscrite par l'intéressé en application des dispositions de l'article L. 341-5 du Code monétaire et financier et dans des conditions qui résulteront du décret attendu.
À cette règle de principe s'appliquant au démarcheur qui pourrait être de nature à effrayer plus d'un établissement de crédit, surtout ceux qui veulent s'implanter en France à travers une succursale pour établir un réseau de relations d'affaires, existent différentes exceptions, dont une concerne principalement cette étude, énoncée au 1° de l'article L. 341-3 du Code monétaire et financier.
Elle vise les établissements de crédit définis à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, ainsi que les établissements équivalents agréés dans un autre État membre de la Communauté européenne et habilités à intervenir sur le territoire français, soit en libre prestation de services, soit à travers une succursale implantée en France.
Rappelons que les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent, à titre de profession habituelle, des opérations de banque. Nous avons vu ci-dessus que les sociétés financières habilitées à pratiquer le crédit-bail immobilier étaient des établissements de crédit.
Si le législateur a également visé les établissements de crédit agréés dans l'État de l'Union dont ils dépendent et habilités à intervenir sur le territoire français après avoir effectué les formalités auprès de la Banque de France dans le cadre des dispositions des articles L. 511-21 à L. 511-28 du Code monétaire et financier, il n'a pas prévu de dispositions relatives au champ d'application territoriale de la loi du 1er août 2003 quant aux établissements européens de crédit et autres intervenant en libre prestation de services sur le territoire de la République française.
En effet, la loi du 1er août 2003 est-elle applicable à l'activité de démarchage afférente à des opérations de crédit ayant pour objet des immeubles en France assujetties ou non à la loi française, à intervenir entre un établissement de crédit d'un autre pays de la Communauté européenne que la France et un débiteur français ou dépendant d'un autre pays de Communauté européenne que la France ?

notes

(6) Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, n° 91-12.382, JCP éd. N 1993, II, p. 233 et s., note A. Gourio ; Cass. 1re civ., 11 oct. 1994, n° 92-20.563, Bull. civ. I, n° 285, p. 208, Contrat, conc., consom. déc. 2000, hors série « *10 ans de jurisprudence commentée* », n° 113, Dr. & patr. mars 1995, n° 25, chr. n° 880, p. 65.
(7) Il peut s'agir, soit d'une personne physique agissant directement pour le compte de la personne morale qui l'a mandatée à cet effet, soit d'une personne physique agissant pour le compte d'une personne morale elle-même mandatée pour accomplir des actes de démarchage au nom d'une autre personne morale.

Crédit immobilier et démarchage. L'impact limité de la loi de sécurité

Faut-il se tourner vers la jurisprudence rendue au sujet des prêts immobiliers soumis au régime des articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation dans le cadre d'un litige qui avait opposé une banque suisse avec son débiteur ? Celui-ci reprochait à la banque d'avoir assujetti le crédit au droit suisse, lui-même garanti par la constitution d'une hypothèque en France, sans respect des dispositions impératives de la loi du 13 juillet 1979, codifiée sous les articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation.

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 19 janvier 1999 (8), a confirmé que la banque était libre de choisir la loi applicable au contrat de prêt, tandis que la sûreté réelle immobilière destinée à garantir cette créance était soumise à la loi de situation des biens.

Si la Cour de cassation a soigneusement évité de définir des critères d'application de la loi du 13 juillet 1979 dans l'espace, cette décision a donné l'occasion à la doctrine de rappeler les conditions d'application territoriale de cette loi au regard des dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (9).

Murielle Revillard, du Cridon de Lyon, rappelle (10) que l'article 5 de la Convention de Rome a introduit un système de protection du consommateur susceptible de trouver assez largement application aux contrats de prêt d'argent.

Selon cet article 5, le choix par les parties de la loi applicable au contrat de prêt ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, dès lors que différentes conditions sont remplies.

Toutefois, l'article 7-1 de la Convention de Rome réserve l'application des lois de police, en précisant qu'il ne pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables, quelle que soit la loi régissant le contrat.

Mais le même article 7-1 précise que l'application des dispositions impératives de la loi étrangère à celle de l'obligation doit se justifier par leur nature et leur objet. En outre, le juge doit rechercher les conséquences qui découleraient de leur application ou non.

Faute de décisions de jurisprudence, la doctrine, s'appuyant sur deux réponses ministérielles datant de 1981 (11), considère que :

- si le prêt relève de la loi française, les dispositions de la loi « Scrivener » seront applicables en totalité, compte tenu du fait qu'elles sont d'ordre public en vertu des règles issues de l'article L. 313-16 du Code de la consommation ;
- si le prêt relève de la loi étrangère, la volonté contractuelle des parties sera limitée par les lois de police du pays de situation de l'immeuble à financer et du pays dont dépend l'une des parties.

Ainsi, les dispositions de la loi du 13 juillet 1979 relevant de l'ordre public économique sont applicables dès lors que l'immeuble est situé en France et que l'établissement prêteur est installé en France et/ou que l'emprunteur a sa résidence en France.

Mais à la réflexion, il paraît difficile d'utiliser ces critères pour la loi du 1er août 2003.

En effet, la loi pose pour principe qu'elle est applicable à tous les établissements de crédit agréés dans un autre État membre de la Communauté européenne intervenant en libre prestation de services sur le territoire de la République française ou à travers une succursale implantée en France, sans aucune autre condition.

Mais ce critère semble trop extensif.

Si le crédit est assujetti à la loi d'un pays de l'Union autre que la France et que les parties ne sont pas françaises, on ne voit pas pourquoi la loi s'appliquerait au motif que le financement concerne un immeuble situé en France. Il aurait fallu considérer que la loi sur le démarchage ne pouvait recevoir son application que si le crédit relevait de la loi française et que le débiteur était de nationalité française.

On peut d'ailleurs se demander si cette réforme ne va pas contraindre en pratique les établissements de crédit européens à ouvrir des succursales en France plutôt que d'intervenir en libre prestation de services depuis leur pays d'origine ou à travers leur bureau de représentation qui n'a pourtant qu'une fonction d'information, de liaison et de représentation de l'établissement de crédit.

Voyons maintenant quelles sont les personnes que le législateur a estimé nécessaire de protéger en leur qualité de démarché.

2°/ Les démarchés

Selon l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier, les personnes démarchées sont autant les personnes physiques que morales, le texte allant ainsi au-delà de la directive du 23 septembre 2002 qui se limite aux seules personnes physiques.

Mais l'article L. 341-2 dudit code exclut certaines personnes morales.

Il s'agit des investisseurs qualifiés et des personnes morales dont le chiffre d'affaires, le bilan, le montant des actifs gérés, les recettes et les effectifs sont supérieurs à des seuils qui seront définis par décret, non paru à la date où nous rédigeons ces lignes. Cette seconde réserve apporte une exception importante au champ d'application de la réforme du 1er août 2003.

Autrement dit, le législateur a voulu essentiellement viser, parmi les personnes morales, les petites et moyennes entreprises, peu familiarisées avec les opérations de crédit ou financières de plus en plus complexes.

Il faut définir ce que le législateur entend par « *investisseur qualifié* ». Cette

notes

(8) Cass. 1re civ., 19 janv. 1999, n° 96-17.269, Defrénois 1999, art. 36976.
(9) Conv. Rome, 19 juin 1980, « *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », JOCE 26 janv. 1998, n° C 027, p. 34 à 46.
(10) M. Revillard, Droit international et pratique notariale, Defrénois, 5e éd., § 700 et 704.
(11) Rép. min. à QE n° 38238, Richomme, JO AN Q. 2 févr. 1981, p. 489 ; Rép. min. à QE n° 40845, Briane, JO AN Q. 9 mars 1981, p. 1031.

financière

exception pourrait être très utile pour exclure définitivement du champ d'application de la loi sur le démarchage les financements portant sur des opérations d'investissement.
Pour définir la notion d'investisseur qualifié, la loi renvoie aux dispositions de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier.
Il s'agit des personnes morales disposant des compétences et des moyens pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur investissements financiers.
La liste de ces investisseurs est définie dans le décret du 1er octobre 1998 (12), à savoir :
- les établissements de crédit et compagnies financières ;
- les sociétés d'assurances et de capitalisation ;
- les institutions de prévoyance et la caisse d'amortissement de la dette sociale ;
- les entreprises et les sociétés d'investissement.
Ces personnes morales ont toutes un champ d'activité qui concerne les valeurs mobilières. Un doute pourrait subsister concernant les sociétés et les entreprises d'investissement.
L'article 7 de la loi du 2 juillet 1996 (13) définit les « *entreprises d'investissement* » comme des personnes morales autres que des établissements de crédit qui ont pour profession habituelle et principale de fournir des services d'investissement, c'est-à-dire des services portant sur des opérations concernant des valeurs mobilières (actions, obligations, etc.).
L'article 6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (14) définit les « *sociétés d'investissement* » comme les sociétés ayant pour objet de gérer des portefeuilles de valeurs mobilières et de réaliser aussi des placements en billets à ordre, émis par des établissements détenteurs de créances hypothécaires à l'exclusion de toutes autres opérations.
À la liste énoncée ci-dessus, s'ajoutent également certaines sociétés qui peuvent se déclarer investisseurs qualifiés, sous réserve de l'accomplissement des différentes formalités prévues par la loi. Cela vise :
- les sociétés de capital-risque ;
- les sociétés financières d'innovation ;
- les établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ;
- les organismes mutualistes ;
- les sociétés détenues à 99 % au moins par des investisseurs qualifiés ;
- les sociétés commerciales dont le total du bilan consolidé ou, à défaut, du bilan social du dernier exercice est supérieur à 150 millions d'euros.
Nous pouvons donc constater que l'exception relative aux investisseurs qualifiés ne peut pas concerner les opérations de banque relatives au crédit immobilier.
Après avoir vu le champ d'application limité de la loi quant au crédit immobilier, voyons maintenant les conséquences de cette réforme sur l'offre de crédit immobilier.

II – IMPACT DE LA RÉFORME SUR LA MISE EN PLACE DE L'OFFRE DE CRÉDIT IMMOBILIER

Pour les opérations de crédit, les établissements financiers sont habilités à se livrer à une activité de démarchage dans la limite des dispositions qui les gouvernent.
Examinons les conditions imposées par la loi tenant aux personnes habilitées par les établissements de crédits à effectuer les actes de démarchage pour leur compte, et à l'information à fournir des démarchés.

A – Personnes habilitées à agir au nom d'un établissement de crédit

Si les établissements de crédit sont habilités à accomplir des actes de démarchage, notamment pour des opérations de crédit, ils ne peuvent laisser réaliser ces actes que par des personnes autorisées à cet effet.
L'article L. 341-6, alinéa 1er, du Code monétaire et financier définit les obligations d'enregistrement auprès du Comité des établissements de crédit, obligations qui incombent aux établissements de crédit, des personnes chargées de réaliser pour leur compte des opérations de démarchage en matière bancaire. Cet enregistrement se traduit par la délivrance à chaque démarcheur d'un numéro d'enregistrement destiné à être communiqué aux tiers à leur demande et qui doit figurer sur tous les documents émanant des démarcheurs.
Ces personnes sont :
- soit mandatées préalablement par les établissements de crédit en vertu des dispositions de l'article L. 341-4 du Code monétaire et financier. En l'espèce, il s'agit de personnes physiques ou morales (ces dernières doivent être représentées par des personnes physiques) mandatées par un ou plusieurs établissements de crédit pour assurer des activités de démarchage en matière bancaire. Ce mandat est nominatif. Sa durée est limitée à deux ans. Il est renouvelable. Il mentionne la nature des services qui en sont l'objet, ainsi que les conditions dans lesquelles il doit s'exercer ;
- les personnes salariées de l'établissement de crédit, qui seront chargées par celui-ci de réaliser des opérations de démarchage bancaire. Mais, pour ces mêmes établissements de crédit, il existe une exception importante concernant l'enregistrement de leurs salariés chargés de certaines opérations de démarchage.
En effet, selon l'alinéa 2 du même article L. 341-6 du Code monétaire et financier, les salariés de l'établissement de crédit qui se livreront à des actes de démarchage sans déplacement physique au domicile des per-

notes

(12) D. n° 98-880, 1er oct. 1998, « *portant application des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 modifiée instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse* », JO 2 oct. 1998, p. 14938.
(13) L. n° 96-597, 2 juill. 1996, « *Loi de modernisation des activités financières* », JO 4 juill. 1996, p. 10063.
(14) Ord. n° 45-2710, 2 nov. 1945, « *relative aux sociétés d'investissement* ».

Crédit immobilier et démarchage. L'impact limité de la loi de sécurité

sonnes démarchées, sur leur lieu de travail ou dans des lieux non destinés à la commercialisation des produits ou services visés par le législateur, ne seront pas concernés par l'obligation d'enregistrement auprès du Comité des établissements de crédit. Autrement dit, les salariés de la banque seront autorisés sans contrainte particulière à se livrer à des activités de démarchage à distance : courrier postal ou électronique, appel téléphonique, etc.

De même, l'établissement de crédit doit être en mesure de justifier, en application des dispositions de l'article L.341-6, alinéa 2, du Code monétaire et financier, à la demande des personnes démarchées, de la qualité du salarié qui se livrera pour son compte à un acte de démarchage.

Nous rappellerons ici que, pour ces deux types de personnes mandatées ou salariées, tout déplacement physique vers un client suppose de détenir une carte de démarchage, conformément aux prescriptions de l'article L. 341-8 du Code monétaire et financier.

Pour pouvoir procéder à cet enregistrement, l'établissement de crédit doit s'assurer que la personne mandatée ou les salariés concernés par les opérations de démarchage n'ont pas fait l'objet de l'une des condamnations visées à l'article L. 341-9 du Code monétaire et financier, que nous avons déjà examinées au sujet des personnes habilitées à réaliser des opérations de démarchage.

L'établissement de crédit qui mandatera une personne pour l'habiliter à exercer des actes de démarchage en son nom devra vérifier qu'elle remplit les conditions fixées aux articles L.341-4, IV, et L.341-5 du Code monétaire et financier, conditions que nous avons déjà examinées concernant l'habilitation des personnes pouvant faire du démarchage (v. *supra* I, A, 1°).

En ce qui concerne les salariés de l'établissement de crédit autorisés à accomplir des actes de démarchage, le mandant devra vérifier qu'ils remplissent les conditions de l'article L. 341-4, IV, du Code monétaire et financier.

Pour ce qui concerne les dommages causés par les salariés à raison des actes de démarchage, l'établissement de crédit en sera directement responsable en application des dispositions de l'article L. 341-4, III, du Code monétaire et financier.

Mais le législateur a allégé les règles pour les personnes physiques participant à l'envoi de documents nominatifs, compte tenu du caractère mécanique de leur travail, conformément aux instructions qu'elles ont reçues à cet effet et sous réserve qu'elles n'aient aucun contact personnalisé permettant d'influencer le choix de la personne démarchée. En vertu des dispositions de l'article L. 341-4, V, du Code monétaire et financier, aucune obligation de mandat n'incombe à l'égard de ces personnes, ainsi qu'aucune compétence particulière ou aucune condition en matière d'âge ou d'honorabilité.

Dans ce cas, l'établissement de crédit est réputé exercer directement l'activité de démarchage et tenu d'en respecter les règles.

Voyons maintenant quelles sont les conditions préalables à remplir pour recueillir l'accord du client sur une offre de crédit.

B – Conditions préalables avant de recueillir l'accord du client

Les articles L. 341-10 à L. 341-16 du Code monétaire et financier édictent un régime spécifique quant aux produits ne pouvant pas faire l'objet d'un démarchage (C. mon. et fin., art. L. 341-10) et quant aux diverses règles de bonne conduite à observer (C. mon. et fin., art. L. 341-11 à L. 341-16).

Le législateur n'a pas prévu d'inclure les opérations de crédit dans les « *produits ne pouvant pas faire l'objet de démarchage* ». Par conséquent, il faut considérer qu'elles peuvent faire l'objet d'actes de démarchage, ce qui paraît confirmé par la lecture des travaux préparatoires.

Ce sont surtout les règles de bonne conduite qui intéressent l'activité des établissements de crédit en matière de financement immobilier.

L'objectif du législateur est de fournir une meilleure information à la personne démarchée pour lui éviter de donner trop vite un accord sur une opération sur laquelle elle ne possède pas tous les éléments d'information nécessaires.

Le législateur a mis en place différentes mesures visant à la fourniture d'informations générales ou particulières, la mise en place d'un délai de rétractation (le délai de réflexion n'intéressant pas ici la pratique des offres de crédit immobilier) et l'interdiction de certaines pratiques sanctionnées pénalement ou par des mesures disciplinaires.

1°/ Les mesures d'information et le délai de rétractation

Indépendamment des exceptions déjà énoncées tenant soit aux personnes démarchées, soit à certains types d'actes de démarchage ou à certaines opérations de crédit, l'établissement de crédit devra, en application des dispositions de l'article L. 341-11, alinéa 1er, du Code monétaire et financier, avant toute formulation d'une offre, s'enquérir de la situation financière de la personne démarchée, de son expérience et de ses objectifs en matière de placement ou de financement.

L'objectif du législateur est d'obliger le démarcheur à présenter un produit adapté aux besoins de la personne démarchée.

La loi précise en outre que les informations données devront être claires et compréhensibles pour que la personne démarchée puisse prendre sa décision en toute connaissance de cause.

Une exception à cette règle est prévue pour les envois en nombre par les salariés de la personne morale qui n'ont aucun contact personnalisé avec le client. Elle a été apportée lors des débats devant l'Assemblée nationale, car sans celle-ci, tout envoi de documents de démarchage à une catégorie déterminée de personnes serait devenu impossible.

Lorsque le démarcheur va émettre son « offre personnalisée », lors de l'ac-

financière

complissement d'un acte de démarchage, le support écrit de celle-ci, quel qu'il soit, devra être accompagné d'un certain nombre de mentions ou de renseignements.
Le législateur a souhaité que ces informations soient communiquées sur un support écrit en même temps que l'offre, afin qu'il en reste une trace.
Celles-ci sont de plusieurs ordres.
Les premières résultent des dispositions des paragraphes 1° à 3° de l'article L. 341-12 du Code monétaire et financier concernant le démarcheur. Doit être indiquée sur le support écrit transmis à la personne démarchée l'identité de la personne morale pour le compte de laquelle l'acte de démarchage est consenti (nom et adresse professionnelle). En outre, doivent être spécifiés le nom et l'adresse professionnelle de la personne physique qui réalise l'acte de démarchage, ainsi que son numéro d'enregistrement auprès du Comité des établissements de crédit ou celui de la personne morale elle-même mandatée par une personne morale pour le compte de laquelle l'acte de démarchage est accompli.
Ces informations se cumulent avec celles figurant sur la carte de démarchage en cas de déplacement physique.
Les secondes concernent l'information spécifique à donner à la personne démarchée au titre de l'offre remise, dont la teneur résulte des paragraphes 4° à 6° de l'article L. 341-12 du Code monétaire et financier.
Une note d'information sur le produit ou le service proposé doit être élaborée par l'établissement pour le compte duquel l'acte de démarchage a lieu, note devant indiquer les risques éventuels.
A priori, le législateur n'a pas voulu ici viser les opérations de crédit, car celles-ci ne sont pas de nature à pouvoir entraîner des risques de perte pour leur bénéficiaire.
En revanche, rien ne s'oppose pour des crédits en devises ou avec des clauses d'option de taux fixe en taux variable à attirer l'attention du client démarché sur les risques de change ou les conséquences du passage en taux variable.
Le point sans doute le plus intéressant consiste à remettre une offre complète indiquant les conditions financières de l'opération, ses modalités et, en particulier, le lieu et la date de signature du contrat, ainsi que l'existence d'un droit de rétractation et les modalités d'exercice de celui-ci.
Ces dernières dispositions sont proches de celles que l'on connaît déjà en matière de financement de l'immobilier d'habitation réservé aux non-professionnels, mais elles s'en différencient sur deux points.
Si l'article L. 312-8 du Code de la consommation prévoit l'envoi d'une offre de crédit détaillée dont la teneur est précisément arrêtée par le législateur, la loi du 1er août 2003 ne prévoit pas un contenu aussi détaillé de l'offre.
L'autre différence entre les deux systèmes de protection repose sur l'existence d'un droit de rétractation dans un délai de quatorze jours à compter de la conclusion du contrat (date de réception par le démarché du contrat signé des deux parties) sans pénalité et sans motivation, conformément aux prescriptions de l'article L. 341-16 du Code monétaire et financier, alors qu'en vertu des dispositions de l'article L. 312-10 du Code de la consommation, l'offre ne peut pas être acceptée avant un délai de dix jours.
En pratique, on ne peut que conseiller à l'établissement de crédit d'établir une offre de crédit aussi précise que possible sur la base des informations énoncées à l'article L. 312-8 du Code de la consommation, voire le cadre complet du crédit.
Le législateur a en outre précisé, à l'article L. 341-14 du Code monétaire et financier, que le contrat portant sur une opération de banque ne peut être conclu qu'entre la personne démarchée et l'établissement de crédit pour le compte duquel le démarchage est fait.
Le démarcheur ne peut en aucun cas signer ce document. Cela explique la formulation curieuse qui résulte du 5° de l'article L. 341-12 du Code monétaire et financier, qui dispose que l'offre doit indiquer les date et lieu de signature du contrat. En réalité, le législateur a souhaité que la personne démarchée ne puisse pas tout de suite signer l'offre pour lui laisser le temps de réfléchir avant de s'engager définitivement. Le législateur a mis en place un dispositif qui oblige le démarché, après avoir reçu les informations, à convenir d'un rendez-vous ultérieur avec une personne habilitée au sein de l'établissement de crédit, autre que la personne physique démarcheur, pour signer le « *contrat* ».
Que faut-il entendre par « *contrat* » ?
Il résulte des travaux préparatoires que la notion de contrat doit s'entendre au sens large. Il peut s'agir du contrat de prêt définitif, comme il peut s'agir de l'offre préalable à la signature du document final, nécessaire à la mise en place des sûretés par la banque.
Rappelons qu'en matière de prêt, l'échange des consentements suffit à former le contrat, sans remise préalable des fonds, dès lors que le prêt est consenti par un professionnel du crédit (15).
Autrement dit, la signature de l'offre de prêt par les deux parties suffit à former le contrat. Il en est un peu différemment en matière d'ouverture de crédit, car, à la différence du prêt, l'ouverture de crédit n'est qu'une promesse de prêt, de sorte que le banquier n'est pas tenu de délivrer les fonds (16), contrairement à une offre de prêt susceptible d'exécution forcée, dès lors que le prêteur est un professionnel.
Toutefois, ce point de vue est assez théorique car, en matière de crédit hypothécaire, il est souvent spécifié que les fonds ne seront remis que sous réserve de la signature préalable d'une affectation hypothécaire ou d'un acte

notes

(15) Cass. 1re civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, JCP éd. N 2000, p. 1270, note D. Lochouarn ; Cass. 1er civ., 27 nov. 2001, n° 99-10.633, D. 2002, p. 119, note Y. Chartier ; Revue Lamy Droit des affaires, janv. 2002, n° 45.
(16) Cass. com., 21 janv. 2004, n° 01-01.129, Bulletin d'actualité Lamy Droit du financement, 2004, I, n° 152, p. 1.

Crédit immobilier et démarchage...

authentique devant constater que les conditions requises par la loi pour la naissance des privilèges de vendeur et/ou de prêteur de deniers sont bien remplies.
Indépendamment de la prise des sûretés, la constatation de la créance par acte authentique est nécessaire pour la délivrance d'une copie exécutoire au profit du créancier.
L'article L. 341-16, alinéa 2, du Code monétaire et financier prévoit que le « *contrat* » doit comporter un formulaire destiné à faciliter l'exercice de la faculté de rétractation, dont les conditions seront fixées par décret.
On peut ici s'interroger sur une hypothèse particulière qui serait celle où l'établissement de crédit, après avoir remis une offre personnalisée à son client, déciderait que le contrat final soit passé directement par acte notarié pour éviter les lourdeurs administratives.
Dans ce cas, il faut considérer que le délai de rétractation de quatorze jours s'appliquerait à compter de la remise de l'acte notarié au débiteur.
Pour cette raison, il est probable que cette pratique ne sera pas utilisée et il reste souhaitable, même dans ce genre de situation, de passer par une offre préalable de crédit acceptée par acte sous seing privé.
Tant que le délai de rétractation n'est pas expiré, aucune commission, aucun frais ne peuvent être versés par le démarché au profit de l'établissement de crédit, selon les termes de l'article L. 341-16, II, du Code monétaire et financier.
À ces mesures d'information et d'encadrement de l'acceptation de l'offre par le démarché, s'ajoutent différentes interdictions complémentaires.

2°/ Interdictions complémentaires

Deux interdictions principales pèsent sur le démarcheur.
La première, édictée à l'article L. 341-13 du Code monétaire et financier, consiste à interdire au démarcheur d'agir en dehors des prérogatives qu'il a reçues de la personne pour le compte de laquelle il agit.
La seconde résulte de l'article L. 341-15 du Code monétaire et financier qui interdit à tout démarcheur d'encaisser une quelconque somme des personnes démarchées dans le cadre de leur activité de démarcheur.

3°/ Sanctions pénales et disciplinaires

Le législateur n'a pas prévu de causes de nullité pour des actes qui seraient conclus au mépris des règles du démarchage.
Mais rien n'empêcherait la victime d'un acte de démarchage qui lui aurait causé un préjudice de demander des dommages et intérêts au démarcheur non habilité sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, voire de demander au juge de prononcer la nullité des opérations conclues à la suite d'un démarchage illicite (17).
Le législateur a prévu deux types de sanctions.
Le premier est de nature disciplinaire. L'article L. 341-17 du Code monétaire et financier prévoit, en effet, que tout manquement aux lois, règles et obligations professionnelles applicables au démarchage bancaire commis notamment par les établissements de crédit est sanctionné dans le cadre des dispositions de l'article L. 613-21 du Code monétaire et financier, à savoir par des peines allant du blâme à la suspension provisoire d'exercer la profession, voire le retrait de l'agrément de l'établissement de crédit, outre des sanctions purement pécuniaires prononcées par la Commission bancaire.
Au rang des sanctions pénales, les infractions les moins graves, définies à l'article L. 353-1 du Code monétaire et financier, sont punies d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.
Il s'agit de réprimer les simples manquements à la loi (par ex. : démarchage sans carte de démarchage, non-communication lors d'un démarchage des informations ou documents prévus à l'article L. 341-12 du Code monétaire et financier, etc.).
L'article L. 353-2 du Code monétaire et financier sanctionne lui des infractions plus graves assimilées à des escroqueries (fait de démarcher en violation des conditions posées aux articles L. 341-3 et L. 341-4 du Code monétaire et financier).

En conclusion, on peut penser que les conséquences de la réforme du 1er août 2003 sur le démarchage en matière de crédit immobilier sont très limitées puisque les crédits à la consommation et ceux visant à financer l'immobilier d'habitation sont hors du champ d'application de la loi, ainsi que les crédits servant à financer des activités professionnelles.
Par mesure de prudence, compte tenu de l'incertitude liée à cette notion de crédit servant à financer des activités professionnelles, pour les établissements de crédit qui voudraient se livrer à de la prospection avec un déplacement physique chez certains clients, il peut être conseillé de mandater des démarcheurs et de les faire enregistrer auprès du Comité des établissements de crédit ou de faire enregistrer leurs salariés chargés de ces missions de déplacement auprès dudit Comité et de les doter d'une carte de démarchage.
En outre, il est vivement conseillé de ne se livrer qu'à des offres de crédit adaptées aux besoins spécifiques des clients et rédigées de la façon la plus exhaustive *ab initio*, pour éviter que le client ne découvre les conditions finales et complètes du crédit qu'au moment de la signature du document final, ce qui peut être une source de complexité et être assimilé à un manque de transparence de la part de l'établissement de crédit. ■

notes

(17) Différentes décisions de la Cour de cassation ont été rendues sous l'empire de l'ancienne réglementation : Cass. 1re civ., 20 juill. 1994, n° 92-12.431, Bull. civ. I, n° 261, p 190 ; Cass. 1re civ., 15 mai 2001, n° 99-12.498, Bull. civ. I, n° 139, p. 91, arrêt qui se prononce sur le caractère absolu de la nullité encourue en matière d'opération de banque.