



Réforme du courtage : l'ombre de la censure du Conseil constitutionnel (Analyse)

LA RÉDACTION | 09/03/2021 à 10h11



Une commission mixte paritaire doit se réunir le mercredi 10 mars sur la proposition de loi portant sur la réforme du courtage. Safine Hadri, associée en droit de la responsabilité et des assurances au cabinet DS Avocats, met en exergue le risque d'une nouvelle censure par le Conseil constitutionnel.

La réforme du courtage, qui affiche l'objectif d'accompagnement des courtiers et de renforcement de la protection du consommateur, est décriée par les principaux acteurs de la place depuis les premiers travaux présentés par le Trésor[1]. Pourtant, la proposition de loi **relative à la réforme du courtage de l'assurance et du courtage en opérations de banque et en services de paiement** déposée le 14 janvier 2021, a emprunté la procédure accélérée, l'exonérant ainsi d'étude d'impact et d'avis du Conseil d'Etat. Or, l'analyse de ses dispositions révèle une déconnexion avec l'objectif affiché, et de sérieux doutes **sur leur constitutionnalité**. La réintroduction de dispositions[2] déjà censurées dans la décision n°2019-781 DC du 16 mars 2019 les qualifiant de « **cavalier législatif** », interroge, et pourrait de nouveau être réprouvée par les Sages.

L'objectif non-atteint de protection du consommateur

La PPL distingue les opérateurs nationaux de ceux agissant en **liberté d'établissement (LE)** ou en **libre prestation de service (LPS)**, seuls les premiers étant soumis à l'obligation d'adhérer à une association professionnelle agréée subordonnant leur immatriculation à l'ORIAS. Cette



distorsion de traitement interroge quant à une éventuelle censure en raison **du risque d'atteinte au principe d'égalité**. Comment justifier le traitement différent d'opérateurs placés dans une situation quasi-identique (du fait du caractère durable de l'établissement), alors que l'intérêt général de protection du consommateur ne suffit pas à justifier cette dérogation au principe d'égalité ? Pourtant, l'ACPR alertait dès son rapport annuel 2019 sur les défaillances des acteurs agissant en LPS, dont la supervision prudentielle lui échappe. En excluant *de facto* de la réforme les acteurs pointés par le régulateur, la proposition de loi souffre déjà la critique.

Plus grave encore, **les agents généraux d'assurance** se trouvent également exclus du dispositif, sous couvert de l'existence de contrôles de leurs mandantes. Pourtant, la justification apportée à la différence de traitement faillit devant la réalité de l'exercice de ces agents, dont la part d'activité de courtage est éludée alors qu'elle concerne **60% de l'effectif de la profession**, s'agissant du courtage à titre accessoire[3]. D'ailleurs, cette part intermédiée serait placée, pour les garanties d'assurance construction, auprès des mêmes entreprises critiquées intervenant en LPS. On peut donc s'interroger sur **la résistance de la réforme au filtre du Conseil Constitutionnel**, mais aussi, comme l'évoquait le groupe April en 2019, sur le risque d'apparition d'un mécanisme de protection du consommateur à deux vitesses.

Les autres potentielles critiques constitutionnelles de la réforme

L'obligation d'adhésion à une association professionnelle interroge, sans même considérer la discutabile comparaison faite avec les **conseillers en investissement financier (CIF)**. En effet, cette contrainte imposée aux courtiers contrarie le principe constitutionnel de liberté syndicale et d'association, qui comprend la liberté d'adhérer et de ne pas adhérer.

La réforme ajoute ici une strate surabondante de contrôle : les courtiers se trouvent déjà soumis à une réglementation stricte dont le contrôle est assuré par **l'ORIAS** et **l'ACPR**. De fait, cette nouvelle obligation pourrait constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, car il pourrait être aisément démontré qu'elle ne satisfait pas l'intérêt général.

En outre, la réforme confère aux associations **un pouvoir de contrôle et de sanction**, qui - outre la potentielle atteinte aux principes d'impartialité et d'indépendance - serait de nature à empiéter sur celui de l'ACPR, dans la mesure où elles pourraient prononcer le retrait d'adhésion entraînant la radiation du courtier du registre de l'ORIAS. Ce faisant, cette disposition contrarie **le principe non bis in idem**, protégé par le Conseil Constitutionnel.

Le caractère questionnable de la reproduction du régime des CIF

La réforme octroie la possibilité aux associations professionnelles de retirer d'office l'adhésion à leurs membres, dès lors que leurs conditions d'accès ne seraient plus remplies. Les rédacteurs justifient cette compétence par mimétisme de régime avec **celui des CIF**.

Or, cette comparaison n'est pas satisfaisante, en raison de la différence de nature organique entre l'AMF et l'ACPR, comme au regard des principes constitutionnels contrariés par ce dispositif. En effet, l'AMF - **autorité administrative indépendante** - dispose d'une faculté de déléguer ses compétences aux associations professionnelles autorisées encadrée par la loi[4]. L'ACPR n'est pas une AAI et ne dispose pas de tels pouvoirs. En tout état de cause, la question de l'adhésion obligatoire des CIF à des associations n'a été questionnée au regard des principes garantis par la



Constitution ni dans le cadre du contrôle *a priori* ni au titre d'une QPC, rendant ainsi discutable la comparaison.

La déconnexion de la disposition relative au démarchage téléphonique

L'encadrement renforcé du démarchage téléphonique a été inséré par amendement du Gouvernement dans le texte voté par le Sénat le 16 février dernier. L'objectif affiché est d'apporter un cadre légal à cette pratique, en dépit **des recommandations du CCSF**. Le Trésor entend ainsi sanctionner les courtiers qui s'étaient engagés à mettre en œuvre les recommandations du CCSF **dès le 1^{er} juillet 2020**, sans tenir compte d'un contexte sanitaire affectant l'organisation interne des opérateurs. Pourtant, le dispositif envisagé, notamment sur **l'exigence de traçabilité des communications**, pose question sur le plan constitutionnel, en générant **une distorsion de concurrence** entre petits et gros courtiers. Une étude d'impact sur ce seul point aurait sans doute suffi à éclairer le Gouvernement sur la réalité du terrain.

Le mal français du millefeuille administratif

La création de cette nouvelle strate de contrôle interroge d'autant plus qu'une alternative plus efficiente existe : s'appuyer sur l'ORIAS et l'ACPR en optimisant leurs compétences. Cette alternative, proposée par certains acteurs du secteur, a l'avantage d'être en adéquation avec **les attentes de la DDA**, d'inclure toute la profession des distributeurs, assurant ainsi une homogénéité de traitement et, en ces temps de crise, de limiter les coûts d'une réforme qui *in fine* et comme toute régulation, sera financée par les consommateurs. La proposition de loi est aujourd'hui renvoyée devant une commission mixte paritaire qui devrait adopter le texte sans grandes modifications, au risque de le voir faillir, s'il venait à être examiné dans le cadre du contrôle *a priori* par le Conseil Constitutionnel.

[1] L'ARGUS 12 février 2019 « April vent debout contre la réforme du courtage »

[2] L'autorégulation du courtage a initialement été introduite dans l'article 207 de la loi Pacte

[3] Rapport annuel 2019 de l'ORIAS

[4] Article L.541-4 du Code monétaire et financier