

L'HYPOTHEQUE ET LE CREDIT HYPOTHECAIRE

Par lettre de mission du 25 juin 2004, le Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice ont demandé à l'Inspection générale des Finances et à l'Inspection générale des Services judiciaires d'examiner l'adaptation du régime des hypothèques dans le double objectif :

- de favoriser les opérations d'accession à la propriété,
- d'élargir la gamme des produits hypothécaires offerts aux Français, notamment en créant les conditions d'émergence du crédit hypothécaire mobilier.

Conformément aux objectifs fixés par les ministres, la mission a porté son attention sur le crédit aux ménages et n'a donc pas examiné l'ensemble des questions que peut soulever le régime des hypothèques. En particulier, le crédit aux entreprises et l'articulation de l'hypothèque avec les procédures collectives ne sont pas directement traités dans le présent rapport. Ils ne sont évoqués que de façon incidente lorsque les évolutions envisagées sont susceptibles de poser un problème de cohérence du système juridique ou de fonctionnement de la publicité foncière.

Par ailleurs, il convient de clarifier d'emblée le champ des instruments juridiques auxquels la mission s'est intéressée. En France, deux types de sûretés peuvent être utilisées pour affecter un bien immobilier en garantie du remboursement d'un emprunt :

– *l'hypothèque conventionnelle*, par laquelle l'emprunteur consent au prêteur, en cas de défaillance de sa part, la possibilité de se faire payer par préférence sur le produit de la vente du bien ;

– *le privilège de prêteur de deniers*, reconnu par la loi à celui qui prête les fonds pour l'acquisition d'un immeuble existant. Ses effets sont semblables à ceux de l'hypothèque, avec cette seule différence qu'il rétroagit à la date de la vente pourvu qu'il soit inscrit dans les deux mois. Pour que le prêteur puisse invoquer son privilège, un acte doit être passé devant notaire, comme pour l'hypothèque.

Le privilège de prêteur de deniers est plus utilisé que l'hypothèque dans les crédits immobiliers, car il est exonéré de la taxe de publicité foncière, et donc moins onéreux. Toutefois le privilège n'est possible que pour l'acquisition d'un immeuble existant, non pour une construction neuve ou des travaux.

Par simplification, l'expression de « sûreté réelle » (c'est à dire assise sur un bien) comme celle d'hypothèque seront utilisées dans le rapport pour qualifier indifféremment ces deux instruments¹ qui soulèvent globalement les mêmes questions et qui sont vivement concurrencés par les cautions accordées par les organismes spécialisés.

¹ Il en ira de même des garanties similaires dans les droits étrangers.

La mission a notamment procédé à des investigations dans cinq conservations des hypothèques. Les données recueillies visaient à porter un diagnostic sur la chaîne de traitement des hypothèques, non seulement dans les conservations elles-mêmes, mais aussi en amont dans les études notariales et en aval, dans les tribunaux, en cas d'exécution forcée. La mission a mené par ailleurs de larges consultations auprès des divers secteurs professionnels impliqués, notamment des établissements de crédit et des professions juridiques, des associations de consommateurs, de juristes et d'économistes spécialistes de ces matières. Elle a entendu les administrations et autorités concernées et a également procédé à des visites dans plusieurs juridictions, dont cinq tribunaux de grande instance et deux cours d'appel. Elle a aussi consulté trois magistrats à la cour de cassation.

Comme il lui était recommandé, la mission a pris l'attache du Professeur Grimaldi qui préside le groupe de travail sur la réforme de droit des sûretés. Cet échange a été fort utile. Toutefois le groupe n'avait pas achevé ses travaux sur l'hypothèque à la date d'établissement du présent rapport.

La mission s'est attachée également à procéder à des comparaisons internationales par la documentation qu'elle a recueillie, par l'envoi de questionnaires aux représentants français dans plusieurs pays occidentaux (magistrats de liaison, missions économiques et financières) et par des visites sur place au Royaume-Uni et en Allemagne.

La mission remercie toutes les personnes qui lui ont apporté leur concours, leur réflexion et leur expertise. Elle adresse des remerciements tout particuliers aux représentants français à l'étranger qui ont collecté une information de qualité sur des sujets très techniques et organisé ses déplacements.

Les constatations et les propositions de la mission sont ordonnées de la façon suivante :

- l'examen du fonctionnement du marché des emprunts immobiliers afin de déterminer si une évolution des sûretés réelles peut avoir une incidence sur l'accès au crédit ;
- l'étude des conditions de l'émergence en France d'un crédit hypothécaire mobilier ;
- la description des améliorations souhaitables au fonctionnement des sûretés réelles pour les rendre plus accessibles, qu'il s'agisse de garantir des crédits immobiliers ou mobiliers ;
- un diagnostic sur les mécanismes de refinancement des crédits hypothécaires et les évolutions envisageables.

1. QUEL EST LE ROLE DE LA SURETE REELLE DANS L'ACCES AU CREDIT IMMOBILIER ?

1.1 Les principales caractéristiques du marché du crédit immobilier en France

1.1.1 Les caractéristiques des propriétaires de patrimoine immobilier

En France, 56% des ménages sont propriétaires de leur résidence principale mais 60% sont propriétaires immobiliers². La part des propriétaires de leur résidence principale est croissante avec le niveau de revenu. Ainsi, les foyers fiscaux ayant déclaré un revenu de plus de 40 000 € au titre de l'année 2002 (soit 15% de l'ensemble des foyers fiscaux) sont, pour 82% d'entre eux, propriétaires de leur résidence principale. Ce taux tombe à 55% si l'on considère les 10% de titulaires du revenu déclaré médian (compris entre 16 600 € et 20 000 €) et à 38% pour les personnes déclarant entre 9 000 € et 12 500 € de revenus annuels³.

La part des propriétaires de leur résidence principale, et des propriétaires immobiliers plus généralement, est aussi croissante avec le patrimoine détenu. Les 50% de ménages qui détiennent un patrimoine supérieur à 105 000 € au début de l'année 2004 sont propriétaires immobiliers à 95% et propriétaires de leur résidence principale à 89%. Mais les 38% des ménages qui détiennent un patrimoine compris entre 3 000 et 105 000 € sont 26% à détenir un patrimoine immobilier et moins de 22% à être propriétaires de leur résidence principale⁴. Cette situation traduit en partie le fait que, lorsque les ménages commencent à détenir un petit patrimoine financier, ils cherchent en général à le convertir en un patrimoine immobilier.

Enfin, le taux de détention de la résidence principale et, plus généralement, d'un patrimoine immobilier s'accroît avec l'âge et retombe aux âges les plus élevés : 14% des moins de 30 ans sont propriétaires de leur résidence principale, cette proportion atteint 46% pour les ménages dont la personne de référence est âgée de 30 à 39 ans et 70% pour ceux dont la personne de référence est âgée de 60 et à 70 ans, mais retombe à 61% au delà de 70 ans.

1.1.2 Les modes d'accession à la propriété

Devenir propriétaire peut se faire par trois canaux différents, la primo-acquisition, la vente suivie d'une nouvelle acquisition ou une mutation à titre gratuit (donation ou succession). En 2002, 13% des propriétaires le sont grâce à un héritage ou une donation, 50% ont remboursé l'endettement contracté pour l'acquisition de leur bien et 37% sont *propriétaires accédants*, c'est à dire ont un emprunt immobilier en cours⁵.

Le vieillissement de la population est un frein à la transmission du patrimoine financier et immobilier et donc à l'accession à la propriété pour les générations les plus jeunes. Cependant des mesures favorisant les donations anticipées ont tenté de corriger ces effets depuis plusieurs années.

En 2003, le nombre d'acquisitions de résidences principales en France s'élève à environ 800 000. 85% de ces acquisitions, soit 680 000 transactions, sont financés à l'aide d'un

² C'est à dire en incluant les propriétaires de résidences secondaires et de biens loués.

³ Source : DGI, bureau M2, chargé des études et statistiques en matière fiscale, à partir des fichiers de taxe d'habitation et d'impôt sur le revenu.

⁴ Source : INSEE Première n°985, septembre 2004, Patrimoine des ménages début 2004, à partir de l'enquête patrimoine.

⁵ Source : INSEE Résultats n°20, octobre 2003, Les conditions de logement des ménages en 2002, à partir de l'enquête logement.

recours au crédit ; parmi elles, 70% sont des acquisitions dans l'ancien et 30% des acquisitions de biens neufs⁶.

En moins de 10 ans, le nombre d'accédants à la propriété a augmenté de près de 60%, passant de 430 000 en 1995 à 680 000 en 2003.

1.1.3 Le financement des acquisitions

La croissance du nombre d'accédants à la propriété a été favorisée par la conjonction de plusieurs phénomènes qui ont permis de rendre plus solvable et d'élargir la clientèle :

- la baisse des taux des crédits immobiliers (ils ont été divisés par près de trois entre 1993 et 2003) ;
- l'allongement de la durée des prêts immobiliers (de 11 à 12 ans en moyenne en 1995, elle est passée à 16 ans en 2003) ;
- le prêt à taux zéro, associé au prêt à l'accession sociale, qui a développé la demande de biens neufs ou de biens anciens nécessitant une part importante de travaux (en raison des conditions d'octroi qui prévalaient jusqu'à présent) ;
- enfin, la baisse des droits de mutation à titre onéreux qui a accru la mobilité et accéléré la rotation du parc de logements.

Les établissements de crédit rencontrés dans le cadre de la mission ont effectivement insisté sur les évolutions du marché intervenues depuis le milieu des années quatre-vingt-dix : baisse des taux, allongement de la durée des prêts, diminution de la part de l'apport personnel. La concurrence entre banques semble avoir amplifié le phénomène de la baisse des taux des crédits immobiliers, qui sont de fait plus faibles qu'à l'étranger. Les prêts immobiliers constituent un produit de fidélisation de la clientèle et la souscription d'un tel emprunt est l'une des rares occasions où les particuliers envisagent de changer d'établissement.

Toutefois, cette compétition entre établissements ne semble pas avoir conduit certains d'entre eux à exploiter des niches de clientèle laissées inexploitées, car présentant par exemple un risque a priori plus élevé que la norme acceptée.

Sur 1 680 000 dossiers de prêts accordés en 2002, 55% l'ont été par des banques mutualistes, 17% par des banques commerciales généralistes, 17% par des établissements spécialisés et 11% par les caisses interprofessionnelles du logement, pour une production totale de 76 Mds €.

1.2 A l'étranger, le crédit immobilier est systématiquement hypothécaire

Hors de France, le recours à une sûreté réelle est quasi-systématique pour le crédit immobilier. Sans doute existe-t-il, sans visibilité statistique, des crédits immobiliers de faible montant consentis sans garantie. En revanche, seule la France a vu se développer un système de garantie alternative, avec les organismes spécialisés de caution.

⁶ Source : Michel MOUILLART, professeur d'économie à l'université de Paris X-Nanterre, à partir des résultats de l'Observatoire de financement du logement.

1.2.1 Les ambiguïtés du vocabulaire

Pour simplifier, on qualifiera d'hypothécaire le crédit garanti par une sûreté réelle, même lorsque l'instrument juridique est différent de l'hypothèque du code civil français. De façon significative, en anglais, le même mot « mortgage », de lointaine origine française (« gage mort »), désigne tout à la fois l'hypothèque, le crédit hypothécaire, au sens défini ci-dessus, et le crédit immobilier.

Les catégories juridiques et financières retenues par les organisations internationales publiques ou privées, comme par la plupart des travaux statistiques et de recherche, distinguent le crédit hypothécaire (« mortgage ») des autres formes de crédit. A titre d'exemple, il existe dans beaucoup de pays européens et, plus largement occidentaux, une association professionnelle des prêteurs immobiliers qui s'identifie généralement sous le qualificatif de « mortgage lenders ». Il en va de même au niveau européen avec la Fédération hypothécaire européenne. La Commission européenne, dans le cadre de ses réflexions sur la poursuite du marché intérieur des services financiers, a créé un « forum group » sur le crédit hypothécaire qui rendra prochainement ses conclusions. Derrière le vocable d'hypothécaire, ces organisations ou ces travaux ne s'intéressent pas exclusivement, ni même principalement, à la sûreté, mais au crédit immobilier dans toutes ses dimensions.

Une complication supplémentaire vient de ce que, dans certains pays, est apparu un crédit hypothécaire à d'autres fins que l'investissement immobilier, mais sous des formes en réalité très mêlées au crédit immobilier (rechargement ou refinancement de crédits initialement immobiliers- Cf. partie 2 du présent rapport). Donc si le crédit immobilier est systématiquement hypothécaire (hors de France), l'inverse n'est pas vrai : le crédit hypothécaire peut n'être pas immobilier.

Les statistiques disponibles portent en général sur le crédit hypothécaire, donc une notion parfois plus large que le crédit immobilier, sauf en France où c'est une notion plus étroite. Toutefois, dès lors que ces séries ont pour principal usage l'appréhension du crédit immobilier, les représentants français dans les enceintes compétentes ont décidé d'y faire figurer, pour la France, tous les crédits immobiliers.

Des précautions sont donc nécessaires dans l'interprétation des données. Sauf précision contraire, les statistiques internationales sur la dette hypothécaire utilisées dans la suite du rapport porteront sur le total du crédit hypothécaire ou immobilier. Par ailleurs, dans ces séries, la distinction est correctement faite entre crédits hypothécaires aux entreprises et aux ménages (ou « crédits résidentiels ») qui seuls nous intéressent ici.

1.2.2 *Un fort contraste entre les pays occidentaux*

Le recours au crédit hypothécaire résidentiel est très différent selon les pays :

⁷	Dettes hypothécaires résidentielles/PIB	Dettes hypothécaires résidentielles per capita (en €)
Danemark	87.5%	30,500
Allemagne	54.3%	14,000
Espagne	42.1%	7,500
France	24.7%	6,500
Italie	13.3%	3,000
Pays-Bas	99.9%	28,000
Royaume - Uni	70.4%	18,900
Union européenne	45.6%	11,200
Etats-Unis	71.0%	23,800

Les facteurs explicatifs sont divers et dépassent l'objet du présent rapport : comportements d'épargne, démographie, structures du marché immobilier et du marché bancaire. La fiscalité a également son importance : les pays où le crédit hypothécaire résidentiel est relativement le plus développé (Etats-Unis, Danemark, Pays-Bas) ont en commun la déductibilité fiscale des intérêts correspondants.

La plus ou moins grande facilité juridique et administrative du recours aux sûretés réelles joue sans doute également un rôle : ce sont plutôt les pays où, selon une étude menée par la FHE⁸, les procédures sont les plus simples et les plus rapides qui ont davantage recours au crédit hypothécaire résidentiel.

1.2.3 *Une spécificité marquée du crédit hypothécaire par rapport aux autres concours bancaires*

Le régime juridique comme les pratiques bancaires distinguent fortement le crédit hypothécaire des autres formes de crédit.

Pour le prêteur la nature du risque est différente : il ne s'agit pas seulement d'apprécier la probabilité de défaillance du débiteur, mais aussi la solidité du gage. Dans la plupart des pays, une expertise indépendante du bien est réalisée avant l'octroi du crédit. La souscription d'une assurance-dommages est obligatoire. Ces pratiques sont, en revanche, inhabituelles en France.

L'existence d'une sûreté réelle est également prise en compte dans les obligations prudentielles (constitution de fonds propres en face du risque de crédit) qui s'imposent aux établissements prêteurs. Ces règles ont un statut international (comité de Bâle, directives européennes). Les exigences de fonds propres sont actuellement réduites de moitié par rapport à un crédit ordinaire dès lors qu'il y a une sûreté réelle sur un bien à usage de logement. Des règles nouvelles (accord Bâle 2), plus complexes, s'appliqueront progressivement au cours des prochaines années. En substance, elles continuent de réserver un sort plus favorable au crédit

⁷ Source : Fédération hypothécaire européenne- Hypostat 2003

⁸ Fédération hypothécaire européenne- Efficiency of mortgage collateral in the European Union-2002. Les résultats de cette étude sont à interpréter avec précaution car les données recueillies par voie de questionnaire sont parfois hétérogènes. Les pays où les procédures apparaissent les plus faciles ne sont pas nécessairement celles où elles sont les moins coûteuses (poids des taxes au Danemark, par exemple).

hypothécaire résidentiel, soit par l'application de coefficients standards, soit, pour les établissements les plus sophistiqués, en appliquant des modèles mathématiques tenant compte de la réalité de leur sinistralité passée⁹.

1.2.4 La diversité des systèmes nationaux

Le crédit hypothécaire est marqué par de fortes spécificités nationales.

Celles qui peuvent sembler les plus évidentes touchent les systèmes de droit :

– la sûreté réelle peut être obligatoirement l'accessoire d'une créance déterminée (principe d'accessoirité en vigueur dans la plupart des pays d'Europe) ou bien exister de façon abstraite et garantir éventuellement des créances différentes au fil du temps (« Grundschild » allemande ou cédule suisse) ;

– l'hypothèque est constituée dès l'acte notarié (France) ou seulement une fois inscrite au livre foncier (Allemagne) ;

– la constitution de la sûreté fait intervenir un notaire (Europe continentale) ou non (pays anglo-saxons).

Toutefois le fonctionnement pratique des systèmes hypothécaires comporte beaucoup de points communs, au delà des différences juridiques : intervention d'un juriste, inscription de la sûreté dans un registre public avec identification précise au minimum de trois éléments (le bien grevé, le débiteur et le créancier), prise de rang à partir de cette inscription. Les différences les plus importantes d'un point de vue économique sont celles qui touchent d'une part aux délais et aux coûts, d'autre part au crédit hypothécaire mobilier (Cf. partie 2).

La diversité des systèmes nationaux se retrouve aussi dans des éléments sans lien direct avec la sûreté réelle : les circuits de distribution du crédit hypothécaire (poids très différents, selon les pays, des banques généralistes, des établissements spécialisés, des courtiers...) et la gamme de produits offerte¹⁰.

1.3 En France, la garantie réelle est sans incidence ou presque sur la décision d'accorder le prêt

1.3.1 Les critères d'octroi des prêts immobiliers

La pratique d'attribution des prêts est relativement homogène entre les banques. L'analyse de la demande du client se fait essentiellement à travers le prisme de sa solvabilité, peu d'attention étant portée sur le bien devant faire l'objet du financement. Cette attitude s'explique par une pratique d'attribution du crédit à « la personne », le prêt « à la garantie » n'étant pas dans la culture bancaire française.

En conséquence, les établissements de crédit examinent le niveau des revenus de l'emprunteur, le poids des mensualités, le reste à vivre après prise en compte des mensualités, mais aussi des charges incombant à un propriétaire immobilier. C'est donc essentiellement en

⁹ Pour l'application de la méthode sophistiquée, dite des « modèles internes », tous les crédits à l'habitat sont assimilés aux crédits hypothécaires, mais il ne s'agit que du cadre de calcul ; c'est ensuite l'historique de la sinistralité réelle qui est pris en compte.

¹⁰ Cf Mercer Oliver Wyman- Study on the Financial Integration of Mortgage Markets-Octobre 2003 et annexe I du présent rapport;

fonction de considérations sur la solvabilité du client et sur le fonctionnement de son compte bancaire que se décide l'octroi d'un prêt.

Le taux consenti par la banque dépend du profil du client, mais aussi de sa capacité à savoir faire jouer la concurrence. Les prêts immobiliers servent de produits d'appel pour les banques qui lient en général l'octroi d'un prêt immobilier à une condition de domiciliation des revenus.

Dans la plupart des établissements bancaires, le choix de la garantie, inscription hypothécaire ou caution, intervient postérieurement à l'accord de principe sur le prêt. Toutefois, certains établissements semblent utiliser le filtre exercé par l'organisme de caution et se réfugier derrière son refus pour finalement décider de ne pas accorder un prêt.

Cet accent mis sur l'analyse de la solvabilité du client contribue à expliquer que la proportion de propriétaires immobiliers croît avec le revenu et que les personnes vivant en couple sont davantage propriétaires (66% sur la tranche d'âge de 30 à 60 ans) que les personnes seules (37% sur la même tranche d'âge).

Enfin, les banquiers mettent en avant, pour expliquer leurs modes de fonctionnement, la jurisprudence qui les conduirait à être particulièrement attentifs aux capacités de remboursement de l'emprunteur, insistant sur le rôle de conseil qui leur est imparti. Même si cette compréhension de la jurisprudence est loin d'être parfaite (Cf. infra 2.4.4.), ces raisonnements expliquent que la décision d'octroi du prêt soit finalement assez déconnectée de celle du choix de la garantie.

1.3.2 Les critères de choix entre la sûreté réelle et la caution¹¹

La caution par des organismes spécialisés est un mécanisme de garantie des prêts immobiliers qui n'existe qu'en France et qui a commencé à apparaître il y a une trentaine d'années. Elle a été mise en place par les banques pour se substituer aux sûretés réelles que sont le privilège de prêteur de deniers et l'hypothèque conventionnelle¹².

Les organismes de caution appartiennent à un groupe bancaire (SACCEF du groupe Caisses d'épargne, CMH du groupe Crédit mutuel, CAMCA du groupe Crédit agricole, SOCAMI du groupe Banques populaires) ou leur sont extérieurs (Crédit logement, CNP Caution).

Leur mode de fonctionnement repose à la fois sur un principe de mutualisation du risque et sur le recours à l'inscription hypothécaire en cas de défaillance du débiteur. Ils perçoivent une cotisation lors de la souscription de la caution qui permet de mutualiser la prise en charge des impayés. Cependant, en cas de défaillance du débiteur et en l'absence d'une solution amiable avec celui-ci pour poursuivre le déroulement du prêt, ils se font consentir par lui une hypothèque conventionnelle ou sollicitent une hypothèque judiciaire pour ensuite, toujours en l'absence de solution amiable, publier un commandement de saisie et suivre la procédure jusqu'à l'adjudication du bien.

¹¹ Pour une étude détaillée de la comparaison des cautions avec l'hypothèque conventionnelle et le privilège de prêteur de deniers, se rapporter à l'annexe V intitulée : "Le choix entre l'hypothèque et la caution, quels coûts en jeu pour l'emprunteur ?".

¹² Lorsqu'un crédit immobilier fait l'objet d'une sûreté réelle, c'est en effet le privilège de prêteur de deniers qui est généralement utilisé, car moins onéreux (exonération de la taxe de publicité foncière) que l'hypothèque conventionnelle. Toutefois le privilège de prêteur de deniers n'est possible que pour l'acquisition d'un immeuble existant, non pour une construction neuve ou des travaux.

La fixation des tarifs des organismes de caution a été guidée par le coût de l'hypothèque conventionnelle et du privilège de prêteur de deniers. Ainsi, Crédit Logement, organisme de place, filiale des principaux réseaux bancaires français, qui détient en 2002 de l'ordre de la moitié du marché de la caution, a fixé le coût initial de la souscription de la caution approximativement au même niveau que celui de l'hypothèque conventionnelle. Toutefois le coût de la caution Crédit Logement se décompose en un montant fixe, correspondant schématiquement à des frais de dossier, et une cotisation à un fonds mutuel de garantie dont une fraction, actuellement comprise entre 80% et 85%, est restituée au remboursement du prêt. En conséquence, la caution Crédit logement est donc systématiquement moins onéreuse qu'une hypothèque conventionnelle.

La comparaison est plus délicate avec le coût du privilège de prêteur de deniers, moins onéreux que l'hypothèque conventionnelle, car non soumis à la taxe de publicité foncière. Tout dépend de la nécessité dans laquelle se trouvera ou non le débiteur de demander une mainlevée de ce privilège en cours de prêt, en pratique s'il vend son bien, et donc de supporter alors les frais correspondants.

S'il n'y a pas besoin de procéder à une mainlevée, le privilège de prêteur de deniers est, pour des emprunts de moins de 200 000 €, moins onéreux que la caution Crédit Logement. Pour des sommes empruntées supérieures à 200 000 €, l'arbitrage entre les deux modes de garantie dépend davantage de la date à laquelle le remboursement définitif du prêt est effectué.

En revanche, si l'emprunteur pense ne pas conserver durablement le bien qu'il acquiert, l'arbitrage nécessite de comparer le coût de la caution à celui du privilège *et* de sa mainlevée. Il est alors systématiquement favorable à la caution.

La plupart des autres organismes de caution, dont la SACCEF (Société d'Assurance des Crédits des Caisses d'Epargne de France), ont des modes de tarification différents de celui de Crédit Logement : ils perçoivent une cotisation une fois pour toutes lors la souscription de la caution. Les tarifs semblent avoir été fixés pour être du même ordre de grandeur que le coût du privilège de prêteur de deniers et de sa mainlevée.

L'analyse détaillée des tarifs de la caution indique donc que l'avantage en termes de prix, sous réserve d'une information fiable des emprunteurs, ne devrait pas être à lui seul un argument décisif des établissements bancaires pour promouvoir la caution. Les entretiens menés dans le cadre de la mission font ressortir que l'absence d'inscription hypothécaire sur un bien serait perçue comme un avantage psychologique fort par les emprunteurs. Mais là encore peut se poser la question de la fiabilité et de la clarté de l'information qui leur est communiquée. En cas de défaillance de l'emprunteur et d'absence de solution amiable avec le créancier, les organismes de caution ont recours à une inscription d'hypothèque pour éventuellement saisir le bien, comme le ferait un créancier titulaire d'une hypothèque à l'origine.

En revanche, il est vrai que le mode de fonctionnement des organismes de caution, qui ont été mis en place par et pour les établissements de crédit présentent pour eux un certain nombre d'avantages en termes pratiques, répondant à des besoins que l'inscription hypothécaire ne satisfait pas ou mal :

- l'organisme de caution joue parfois le rôle de deuxième filtre d'évaluation du risque ;
- l'accord ou le refus de l'organisme de caution nécessite un minimum de formalités et est connu de la banque dans un délai court, de l'ordre de 48 heures. En conséquence, une fois l'offre de prêt signée et les fonds déboursés, le dossier peut être considéré comme clos du point de vue de la banque alors qu'en cas d'inscription hypothécaire, il faut attendre qu'il revienne de l'étude notariale, une

fois l'inscription prise à la conservation des hypothèques, ce qui fait au total un délai de plusieurs mois ;

- la souscription de la caution est un acte sous seing privé, établi directement au guichet de la banque. En cas de revente du bien et de nouvelle acquisition, la caution peut être transférée, sans coût ; elle a donc été conçue pour avoir un mode de fonctionnement souple au regard des démarches que demande une inscription hypothécaire ; cependant il n'est pas certain que ce transfert simple soit d'usage systématique ;
- en cas de défaillance de l'emprunteur, la caution se substitue rapidement (généralement à partir de la troisième échéance impayée) à lui pour honorer les mensualités et prend en charge le traitement contentieux du dossier. Dès que la banque prononce la déchéance du terme, l'organisme de caution lui rembourse le capital restant dû et se trouve alors subrogé dans les droits du créancier. Pour l'établissement bancaire, c'est une manière d'externaliser et de professionnaliser le traitement du contentieux ;
- par ailleurs, la réglementation actuelle relative à la constitution de fonds propres et au ratio international de solvabilité considère que les prêts garantis par une caution sont moins risqués (20%) que ceux garantis par une hypothèque (50%). Le coût direct en termes de constitution de fonds propres est donc moindre pour les banques en cas de prêts cautionnés ; en revanche, elles doivent contribuer aux fonds propres des organismes de caution dont elles sont actionnaires¹³ ;
- enfin, le développement de la caution participe plus ou moins directement, selon les établissements, à l'accroissement du produit net bancaire ou du résultat; c'est un moyen de conserver à l'intérieur du secteur bancaire des sommes qui sinon auraient financé le système de publicité foncière tout en utilisant – et en rémunérant -- ce dernier uniquement dans les cas de défaillance sur un crédit. Il y a là, en quelque sorte, un comportement de "passager clandestin", au sens économique du terme, de la part des établissements de crédit à l'égard du service public de publicité foncière.

Au total, ces différents facteurs motivent les établissements bancaires à développer des argumentaires de vente favorisant les prêts cautionnés au détriment des prêts garantis par une inscription hypothécaire. La part de marché des prêts immobiliers cautionnés croît ainsi régulièrement depuis plusieurs années¹⁴. En 2000, la part des crédits immobiliers, exprimée en montant, garantis par une caution était de 30%, contre 46% pour les crédits garantis par une inscription hypothécaire. En 2002, elle est passée à près de 47% et celle des crédits avec garantie hypothécaire est tombée à 39%. Poursuivant continûment sa progression, elle serait aujourd'hui au delà des 50% en montant.

Fondé sur un tarif uniforme, le système de la caution écarte les dossiers les plus risqués. On pourrait penser que l'accroissement actuel de la part de marché de la caution correspond à une moindre sélection des risques. Cependant il semble que le principal facteur de montée de la caution soit le délaissement des sûretés réelles par les réseaux qui y étaient restés attachés, notamment parmi les réseaux mutualistes. En particulier, la rupture des relations

¹³ Le nouvel accord de Bâle, dit Bâle 2, modifie les règles de calcul des fonds propres en permettant de fonder l'analyse de risque sur l'étude des séries statistiques historiques, pour les établissements qui en disposent. Pour un organisme comme Crédit Logement, le besoin en fonds propres va être très sensiblement revu à la baisse.

¹⁴ Source : observatoire de financement du logement.

spécifiques entre les notaires et le Crédit agricole¹⁵ semble avoir contribué à réduire l'appétence traditionnelle de ce réseau pour l'hypothèque.

1.4 L'hypothèque peut-elle jouer un rôle pour éviter l'exclusion de certaines catégories de population de l'accès au crédit ?

L'importance réduite accordée à la garantie réelle dans la décision d'octroi d'un crédit immobilier en France joue dans le sens d'une sélection des emprunteurs plus sévère que dans d'autres pays. Toutefois il est assez difficile de dépasser ce constat assez mécanique pour déterminer des objectifs d'accès au crédit et apprécier en quoi une réforme de l'hypothèque pourrait y contribuer.

1.4.1 Peut-on identifier des catégories de population qu'il serait souhaitable de faire accéder au crédit ?

La population des emprunteurs est mieux connue que celle des personnes qui se sont vu refuser l'accès au crédit.

La mission n'a pas eu connaissance de données fiables sur le taux de refus des demandes de prêt immobilier par les établissements. Seul un des établissements rencontrés a évoqué une proportion de l'ordre de 5%. Il est probable que le taux de refus moyen soit supérieur : Crédit logement refuse 10 à 15 % des demandes de caution et, d'après les indications qualitatives recueillies lors des entretiens, il ne semble pas que plus de la moitié des dossiers ainsi refusés soient finalement acceptés, sous forme de prêt hypothécaire et non plus cautionné, par l'établissement initiateur. On peut donc estimer, avec beaucoup d'incertitude, entre 5 et 10 % le taux de refus des dossiers effectivement soumis aux établissements prêteurs. Mais il faut aussi compter avec l'autocensure des emprunteurs en amont de toute démarche auprès d'une banque et avec une dissuasion qui peut intervenir dès les premiers contacts commerciaux.

Une étude¹⁶ a été menée début 2004 par l'ANIL (Agence nationale d'information sur le logement) auprès de 3 500 ménages qui ont consulté ses agences départementales en 2003 sur un projet d'accession à la propriété. Sur le total des 3 500 ménages, seuls 5% se sont vu opposer un refus de prêt stricto sensu, mais 28% ont renoncé durablement à leur projet, dont la moitié pour des raisons principalement financières.

D'une façon générale, ce sont principalement les faibles ressources du ménage, face à des prix immobiliers en forte hausse qui expliquent le non-aboutissement de ces projets. La moitié des refus de prêt évoqués dans l'étude ANIL concerne des ménages « très modestes » (quartile inférieur des revenus). D'une façon générale, l'accès des ménages modestes à la propriété a reculé au cours des dernières années : le nombre d'accédants à la propriété disposant d'un revenu inférieur à 3 SMIC a diminué de 26% entre 1999 et 2003¹⁷ ; entre 2001 et 2003, leur part dans l'ensemble des accédants a reculé de 41,6% à 35,2%.

La réponse à ce phénomène ne doit pas être d'abord recherchée dans l'octroi de crédits plus risqués, mieux garantis par des sûretés réelles modernisées. Les projets

¹⁵ Des dispositions spécifiques ont longtemps autorisé, en milieu rural, le dépôt par les notaires de leurs fonds auprès des caisses de Crédit agricole, en alternative à la Caisse des dépôts.

¹⁶ Accession à la propriété : les projets à l'épreuve du marché- Béatrice Herbert- ANIL Habitat Actualité- Septembre 2004

¹⁷ 340 000 ménages en 1999, 250 000 en 2003. Source : M.Mouillart

manifestement irréalistes¹⁸ ne sauraient être encouragés. Les politiques publiques jouant sur l'offre (prix des biens) et la demande (aide personnalisée au logement, prêt à taux zéro...) sont à adapter en fonction des objectifs d'accès sociale que les pouvoirs publics souhaitent atteindre.

En revanche, si l'on considère les taux de sinistralité actuels des crédits immobiliers, parmi les plus faibles dans les pays occidentaux, il y a sans doute place pour prêter à des ménages au profil légèrement plus risqué que ceux dont les dossiers sont actuellement acceptés :

– les ménages à revenu moyen ou modeste (mais sans doute pas parmi les plus modestes) dont le projet a un profil de financement un peu tendu, notamment parmi les jeunes trentenaires¹⁹ ;

– les ménages à revenu important mais irrégulier ;

– les entrepreneurs, les professions individuelles.

1.4.2 Peut-on réunir un consensus social pour faire accéder des catégories plus risquées au crédit immobilier ?

Dans les pays anglo-saxons, et notamment aux Etats-Unis, l'accès au crédit le plus large possible des diverses catégories de la population, notamment des minorités ethniques ou sociales, fait l'objet de revendications associatives et de politiques publiques. Par ailleurs, le marché fait place à des établissements spécialisés dans les prêts à risque (« sub-prime lending »), à taux élevé. Le mouvement consumériste et les pouvoirs publics s'efforcent d'éviter les pratiques trompeuses ou abusives, mais la légitimité de ce type de crédit n'est pas mise en cause.

En France, depuis la fin des années 1980, les politiques publiques en matière de crédit aux ménages ont été surtout marquées par la lutte contre le surendettement qui a fait l'objet de textes législatifs successifs. Il n'est donc pas anormal d'y trouver des taux de sinistres extrêmement bas.

Les consultations auxquelles a procédé la mission montrent que la priorité collective est bien une politique très prudente d'octroi des crédits immobiliers, afin d'éviter au maximum les sinistres, considérés comme d'autant plus graves qu'ils mettent en cause le logement lui-même. La plupart des interlocuteurs de la mission (établissements de crédit, consommateurs, administrations, magistrats, spécialistes de l'immobilier...) se rejoignent pour donner la priorité à la prévention du surendettement, quitte à écarter de l'accès à la propriété des catégories marginalement plus risquées.

On ne peut que relever ici une contradiction significative entre ce consensus social et l'objectif de la présente mission : une hypothèque plus accessible ne contribuera vraiment à développer le crédit que si l'on admet... qu'elle puisse être mise en jeu plus souvent.

Certaines évolutions semblent cependant possibles.

¹⁸ L'expérience très négative des prêts d'accès à la propriété dans les années 1980 avec un bâti de médiocre qualité et un mécanisme financier inadapté (annuités progressives) reste dans les mémoires.

¹⁹ La part des 30-34 ans dans les accédants à la propriété est passée de 29% à 24% entre 1996 et 2002-cf. INSEE Première- La reprise de l'accès à la propriété- Marion Daubresse- Juillet 2003.

1.4.3 Comment favoriser une prise de risque - légèrement - accrue ?

On ne s'intéressera ici qu'aux mesures portant sur le risque lui-même, qui seules ont un rapport direct avec la présente mission. Bien évidemment les autres politiques, et notamment les aides directes, sont très importantes pour l'accès à la propriété.

Pour faire face à des risques accrus, les prêteurs peuvent en répartir la charge entre les emprunteurs (taux d'intérêt), les pouvoirs publics (fonds de garantie) et la sûreté réelle elle-même.

➤ Les établissements de crédit ne différencient que très peu aujourd'hui **les taux d'intérêt** qu'ils pratiquent selon le risque. La réponse aux risques médiocres est plus souvent un refus de prêt qu'un taux plus élevé. Ce comportement pourrait un peu évoluer, selon certains interlocuteurs, avec l'introduction des nouvelles règles prudentielles (modèles internes, Cf. supra 1.2.3).

Toutefois, dans la conjoncture actuelle de taux bas, la réglementation du taux de l'usure crée une contrainte significative : le taux appliqué ne peut en effet être supérieur de plus du tiers à la moyenne des taux pratiqués sur le marché pour les crédits de même catégorie. Cela ne laisse actuellement que 1,6 points de taux²⁰ pour différencier les risques sur le crédit immobilier. Il serait préférable de fixer une marge en nombre de points, par exemple 3 points de pourcentage, étant entendu qu'une telle limite ne permettra pas de rendre solvable une clientèle présentant un risque élevé. Cette réforme est de nature législative (art L 313-3 du Code de la consommation).

➤ **L'Etat contribue** aujourd'hui à la prise en charge du risque emprunteur des Prêts à l'accession sociale (PAS)²¹ par l'intermédiaire du Fonds de garantie à l'accession sociale (FGAS) créé en 1992. Le fonctionnement du fonds²² obéit à des mécanismes relativement complexes qui responsabilisent les établissements prêteurs. Sous diverses formes, des dispositifs publics de garantie existent aussi dans beaucoup de pays occidentaux (sauf au Royaume-Uni et dans certains Länder allemands)²³.

Toutefois, en France, les mécanismes actuels du FGAS ne réussissent pas à inciter réellement les prêteurs à avoir un comportement plus audacieux en matière d'octroi de prêt : le taux de sinistralité des concours ainsi garantis ne s'écarte pas de la moyenne de l'ensemble des crédits. L'encours garanti est actuellement de 1,5 Mds € et le total des indemnisations intervenues depuis l'origine n'est que de 6 M €. Les précautions importantes demandées par l'administration pour éviter tout débordement de sinistralité et un certain désintérêt des établissements de crédit expliquent sans doute cette situation. Très paradoxalement la convention qui lie les prêteurs au FGAS stipule l'égalité de traitement avec les autres dossiers de l'établissement dans l'appréciation du risque²⁴. De fait, l'application de cette clause a été en partie suspendue. Sa suppression effective devrait être envisagée.

²⁰ Au 3^{ème} trimestre 2004, le taux effectif moyen des prêts immobiliers à taux fixe était de 4,92%. En conséquence, le taux de l'usure pour cette catégorie de crédit à compter du 1/10/04 est de 6,56% (4,92+1/3).

²¹ Et les prêts à taux zéro associés.

²² L'obtention de la garantie du FGAS suppose notamment que le prêteur dispose d'un privilège de prêteur de deniers ou d'une hypothèque conventionnelle. Ces prêts ne font donc pas l'objet de cautions.

²³ Government Guarantees in the rental and owner-occupied sector- NHG (Foundation Homeownership Guarantee Fund)- Pays-Bas-2004

²⁴ Art 3 du Titre 1 de la convention entre les établissements et la SGFAS: l'établissement est tenu de vérifier la solvabilité de l'emprunteur « dans des conditions identiques à celles qu'il adopte pour des prêts analogues » ne bénéficiant pas de cette garantie.

➤ Enfin, une plus grande confiance des établissements dans l'efficacité des **sûretés réelles** irait évidemment dans le sens d'une prise de risque un peu accrue dans les crédits immobiliers, mais à elle seule elle ne saurait provoquer un changement de comportement. Les améliorations envisageables sont décrites dans la partie 3 du présent rapport.

2. COMMENT PERMETTRE L'EMERGENCE DU CREDIT HYPOTHECAIRE MOBILIER ?

2.1 Les expériences étrangères : certains pays occidentaux ont vu se développer le crédit hypothécaire à d'autres fins que l'immobilier

Dans plusieurs pays occidentaux, à partir du milieu des années 1990, les ménages ont eu recours de façon significative au crédit hypothécaire à d'autres fins que l'investissement immobilier. Ce crédit hypothécaire mobilier s'est surtout développé dans les pays anglo-saxons (Etats-Unis, Canada, Royaume-Uni) ainsi qu'aux Pays-Bas et au Danemark. Il n'est pas apparu, en revanche, à un niveau vraiment notable tout au moins, dans la plupart des pays d'Europe continentale, même s'il est juridiquement possible.

2.1.1 *La diversité des formes de crédit hypothécaire mobilier*

Là où il s'est développé, ce financement hypothécaire mobilier a revêtu trois formes :

– des tirages supplémentaires (« further advances ») sur des crédits initialement immobiliers, en application d'une clause du contrat initial (« flexible loans » pratiqués au Royaume-Uni), ou d'un avenant ;

– des refinancements de crédits immobiliers (« remortgaging » au Royaume-Uni, « refinancing » aux Etats-Unis) assortis d'un accroissement de leur montant, avec ou non le même créancier ;

– des crédits hypothécaires autonomes (« home secured loans » au Royaume-Uni ou « home equity loans » aux Etats-Unis), par exemple sous forme de lignes de crédit (« home equity lines »). Lorsque le ménage a déjà un crédit immobilier, le nouveau créancier ne bénéficie alors que d'une hypothèque de second rang (d'où le nom de « second mortgage » également donné à ces crédits).

Ces différentes catégories ne sont pas étanches : par exemple, un avenant à un contrat existant n'est pas différent d'un refinancement avec le même créancier. Surtout ces formes de crédit sont fortement imbriquées avec le crédit proprement immobilier, dans lequel elles viennent souvent se loger, qu'il s'agisse des tirages supplémentaires ou des refinancements avec montant accru. L'objet même d'un concours hypothécaire supplémentaire peut lui-même être immobilier : aux Etats-Unis, 1/3 des montants supplémentaires dégagés lors des refinancements hypothécaires seraient utilisés à l'amélioration du logement, selon une enquête de 2002²⁵.

Il en résulte de considérables difficultés pour appréhender statistiquement le phénomène²⁶.

²⁵ Mortgage refinancing in 2001 and early 2002-Federal Reserve Bulletin-Décembre 2002-Canner, Dynan and Passmore.

²⁶ Voir annexe I « L'impact macroéconomique du crédit hypothécaire » pour des développements plus détaillés.

2.1.2 *Les difficultés de la quantification*

Un indicateur synthétique souvent mentionné est *l'extraction hypothécaire* (« mortgage equity withdrawal »)²⁷ : il s'agit des sommes que les ménages ont extrait, par l'emprunt, de leur richesse immobilière pour les employer à d'autres fins que l'immobilier. De fait, les pays où le crédit hypothécaire mobilier s'est développé sont ceux où l'extraction hypothécaire est la plus élevée. Au cours des dernières années, elle a cru de plusieurs points en pourcentage du revenu disponible des ménages dans les pays anglo-saxons. Mais ce solde macroéconomique agrège des éléments divers : ainsi la vente de son bien par un ménage qui n'en rachète pas un autre constitue-t-elle une extraction hypothécaire.

Ce sont les données statistiques directement issues de l'activité des prêteurs qui devraient permettre de mieux cerner le crédit hypothécaire mobilier, c'est à dire les formes volontaires d'extraction. Elles sont cependant très hétérogènes d'un pays à l'autre et entre les différentes formes de financement qu'elles ne couvrent d'ailleurs pas toutes.

Aux Etats-Unis, où les crédits immobiliers sont principalement à taux fixe avec libre remboursement anticipé, la baisse des taux a fortement poussé les ménages au refinancement de leur emprunt hypothécaire ces dernières années. En 2002, la moitié des emprunteurs hypothécaires avaient refinancé leur crédit au moins une fois et une forte proportion d'entre eux (à nouveau environ la moitié)²⁸ a saisi cette occasion pour emprunter des sommes supplémentaires, tirant ainsi également partie de la hausse des prix des logements.

Au Royaume-Uni, où les taux sont le plus souvent variables, la baisse des taux n'a pas joué aussi fortement en faveur du refinancement, mais les formes actives d'extraction hypothécaire se sont néanmoins développées. Là aussi environ la moitié de ceux qui ont refinancé (« remortgage ») leur crédit hypothécaire ont tiré des sommes supplémentaires à cette occasion²⁹.

2.1.3 *Les facteurs favorables au crédit hypothécaire mobilier*

D'une façon générale, la différence de taux avec le crédit non garanti est une motivation forte des emprunteurs pour recourir au crédit hypothécaire. Cette différence est particulièrement élevée dans les pays anglo-saxons (actuellement 6 à 7 point d'écart pour les prêts personnels³⁰).

Un facteur favorable au développement du crédit hypothécaire mobilier a été, dans certains pays, la déductibilité des intérêts sur le crédit hypothécaire (et non sur le seul crédit purement immobilier, d'ailleurs difficile à isoler) : Etats-Unis, Pays-Bas. La suppression de la déductibilité sur les autres crédits aux Etats-Unis dans les années 1980 a d'ailleurs favorisé l'extension du crédit hypothécaire à d'autres fins. Cependant, au Royaume-Uni, la suppression des déductions fiscales sur le crédit hypothécaire n'a pas nui au développement du crédit hypothécaire mobilier.

²⁷ Cf annexe I partie 1.1.

²⁸ Mortgage refinancing in 2001 and early 2002-Federal Reserve Bulletin-Décembre 2002-Canner, Dynan and Passmore

²⁹ Mortgage equity withdrawal and consumption- Bank of England- Melissa Davey- 2001

³⁰ Au 2^{ème} trimestre 2004, les taux moyens des prêts personnels non garantis (hors cartes de crédit et découverts en compte, plus onéreux) étaient en moyenne de 13,2% au Royaume-Uni et de 11,8% aux Etats-Unis, alors que le taux moyen des « mortgages » était respectivement de 5,9% (taux variable) et de 6,1% (taux fixe). En France, pour la même période, le taux moyen des prêts personnels de moins de 1524€ était de 15,5%, mais celui des prêts personnels de plus de 1524€ de 6,8% seulement, à comparer à un taux moyen des prêts immobiliers de 5,0% (taux fixe).

La diversité des produits sur le marché du crédit immobilier est également un facteur favorable à l'élargissement du crédit hypothécaire aux usages mobiliers : selon une étude menée à l'initiative de la Fédération hypothécaire européenne³¹ sur 8 pays européens, les trois pays où la gamme de produits est la plus large sont précisément le Royaume-Uni, les Pays-Bas et le Danemark, c'est à dire ceux où le crédit hypothécaire mobilier s'est développé.

Pour que l'extraction hypothécaire se développe, il faut aussi que le système administratif et juridique permette d'y recourir aisément, c'est à dire que l'hypothèque garantissant le nouveau crédit ou le complément de crédit puisse entrer en vigueur avec le minimum de formalités et de coûts.

Paradoxalement, en Allemagne, où la sûreté réelle la plus usitée (« Grundschuld »- cf. annexe III) est juridiquement indépendante de la dette elle-même et pourrait donc aisément s'étendre à un complément de crédit, le crédit hypothécaire mobilier ne s'est pas développé.

En revanche, dans les pays anglo-saxons, même si la sûreté réelle demeure juridiquement liée à des créances déterminées, des formules adaptées ont été trouvées pour ne pas entraver l'apparition du crédit hypothécaire mobilier. En particulier, il n'y existe pas ou plus de principe de spécialité absolu pour l'hypothèque : la cause de la créance garantie peut évoluer au fil du temps, c'est à dire des tirages successifs, sans mettre en cause la validité de la sûreté et sans nécessiter de nouvel enregistrement; par exemple, un crédit immobilier peut être rechargé à des fins de consommation. Selon les pays, il y a ou non besoin d'une nouvelle inscription en cas d'amendement au contrat de prêt initial. Logiquement les prêts hypothécaires autonomes (« second mortgages ») ne soulèvent pas de difficulté juridique de ce type.

Au Royaume-Uni, il est devenu de règle assez générale qu'un crédit hypothécaire comporte la possibilité de nouveaux tirages ultérieurs, garantis par l'hypothèque initiale sans nouvelle inscription au Land Registry.

Par ailleurs, un point commun entre les pays où le crédit hypothécaire mobilier s'est développé est la rapidité de la procédure d'enregistrement de la sûreté réelle et son faible coût.

D'une façon générale, l'expérience étrangère du crédit hypothécaire mobilier montre qu'il ne se développe qu'étroitement imbriqué à un crédit immobilier commercialement dynamique, administrativement peu coûteux et juridiquement souple. Même s'il existe des prêts hypothécaires autonomes (« second mortgages »), l'essentiel du crédit hypothécaire mobilier prend la forme du rechargement de crédits initialement immobiliers, en lien ou non avec un refinancement du concours initial. Son développement en France pose donc la question du principe de spécialité pour les sûretés réelles.

2.2 L'enjeu macroéconomique : les effets d'un développement du crédit hypothécaire mobilier sont à relativiser³²

L'intérêt pour l'émergence d'un crédit hypothécaire mobilier aux ménages en France est largement venu du sentiment que l'extraction hypothécaire avait joué un grand rôle dans le soutien de la croissance au cours de ces dernières années dans les pays anglo-saxons.

³¹ Cf annexe I (notamment tableau 5) et Study on the financial integration of European Mortgage Markets- Mercer, Oliver, Wyman- Octobre 2003-Etude établie pour le compte de la Fédération hypothécaire européenne.

³² Cf annexe I pour des développements plus détaillés.

L'examen des études macroéconomiques³³ abordant ce sujet conduit à nuancer cette appréciation.

Comme indiqué supra, une première difficulté est de quantifier les crédits dont on souhaite isoler les effets. La plupart des études raisonnent sur l'extraction hypothécaire (« mortgage equity withdrawal ») dans son ensemble, non sur les seules formes actives de celle-ci. Ensuite, la mesure des effets sur la consommation des ménages est elle-même délicate, car fondée sur des calculs économétriques intéressants, mais pas toujours probants, et des enquêtes directes riches d'informations mais ponctuelles.

Au total, il semble indéniable que, dans les pays où elles sont développées, les formes actives d'extraction hypothécaire aient un lien avec le maintien de la consommation des ménages ces dernières années. Toutefois ce lien doit être apprécié avec beaucoup de précautions :

- Selon les enquêtes directes, la part de l'extraction hypothécaire active utilisée à des dépenses de consommation stricto sensu est minoritaire, voire très minoritaire (utilisation partielle à cette fin par 31% des emprunteurs au Royaume-Uni et 25 % aux Etats-Unis, et seulement 16% des montants)³⁴.
- Le sens dans lequel joue la causalité n'est pas clairement établi. Dans les pays concernés les ménages se sont-ils plus endettés qu'ils ne l'auraient fait s'ils n'avaient pas disposé de ces facilités hypothécaires ? La consommation supplémentaire financée par ces instruments n'aurait-elle pas eu lieu de toute façon, avec d'autres financements ? Un désir accru de consommation dans une période de taux bas n'a-t-il pas tout simplement provoqué une croissance de l'endettement ? L'existence d'instruments juridiques appropriés et d'une culture bancaire innovatrice ne s'est-elle pas alors conjuguée à la hausse des prix de l'immobilier pour favoriser le recours au financement hypothécaire plutôt qu'à d'autres types de crédit, plus onéreux ?
- Dans les pays où il existe, la conjonction de taux d'intérêt bas et de prix de l'immobilier élevés au cours des toutes dernières années a favorisé un recours nettement accru au financement hypothécaire mobilier. Le retournement des taux et du prix des logements au cours des prochains mois ou années pourrait avoir des conséquences négatives en réduisant les capacités d'endettement des ménages, ce qui pourrait peser sur la consommation. Là aussi il faut nuancer le jugement selon la structure des marchés, l'ampleur et la rapidité des évolutions qui pourraient intervenir.

Des travaux économiques plus approfondis seraient certainement très utiles pour une meilleure connaissance de ces phénomènes.

³³ La principale étude synthétique récente sur le sujet est « Housing markets, wealth and the business cycle (Marchés du logement, patrimoine et cycle économique)-juin 2004 » qui fait l'objet d'une analyse critique dans l'annexe I.

³⁴ Cf annexe I, partie 2.3 et études publiées par les banques centrales:

- Mortgage equity withdrawal and consumption- Bank of England- Melissa Davey- 2001
- Mortgage refinancing in 2001 and early 2002-Federal Reserve Bulletin-Décembre 2002-Canner, Dynan and Passmore

L'incertitude sur les effets macroéconomiques du crédit hypothécaire mobilier et le risque adverse en cas de retournement des taux ou de l'immobilier ne conduisent pas pour autant la mission à écarter l'introduction de ce type d'instrument en France. Il est possible que, du point de vue conjoncturel (taux d'intérêt, prix du logement), la situation ne soit pas la plus favorable au moment même où les dispositions juridiques permettant ces financements entreraient en vigueur, par hypothèse dans quelques mois. Toutefois il s'agirait d'offrir une liberté supplémentaire aux ménages, en l'encadrant dans des limites et règles raisonnables. Libre à eux ensuite d'en faire le meilleur usage au gré de circonstances économiques nécessairement changeantes.

Au préalable, il importe d'examiner l'état actuel des pratiques en France et les problèmes que peut soulever dans l'ordre juridique français l'introduction de mécanismes existant dans les pays évoqués.

2.3 Le constat en France: la place restreinte des prêts hypothécaires mobiliers

En France rien ne s'oppose aujourd'hui à ce qu'un débiteur consente une hypothèque conventionnelle en garantie d'un prêt mobilier. Les éléments recueillis par la mission permettent d'observer qu'en pratique, s'agissant du crédit aux particuliers, le recours à cette sûreté n'est pas très répandu comme d'ailleurs dans la plupart des pays d'Europe continentale. Elle est surtout utilisée par certaines banques pour garantir des ouvertures de crédit réservées à une clientèle sélectionnée. Par ailleurs, il existe une tendance récente au développement du crédit hypothécaire mobilier, à l'initiative de certains établissements financiers spécialisés dans la restructuration des dettes de particuliers.

2.3.1 L'hypothèque conventionnelle en garantie d'une ouverture de crédit

L'ouverture de crédit est une convention par laquelle une banque s'oblige à mettre à la disposition de son client des fonds en fonction de ses besoins de trésorerie. L'hypothèque conventionnelle consentie en garantie de ce contrat peut donc porter sur une créance éventuelle³⁵ ou conditionnelle. Elle doit, lors de son acte constitutif d'inscription, être limitée à une somme expressément déterminée³⁶ et à une durée fixée. Elle ne pourra en conséquence dépasser le montant de l'ouverture de crédit accordée. De même, l'utilisation d'une somme inférieure au montant du crédit ouvert aura pour effet de ne faire jouer l'hypothèque qu'à concurrence de la somme effectivement utilisée par l'emprunteur. En revanche, si l'hypothèque ne peut valoir que pour les sommes avancées pendant la période fixée par les parties, celles-ci peuvent convenir valablement qu'elle garantira les avances déjà faites et celles à venir dès lors que celles-ci ne dépassent pas le montant du crédit ouvert.

L'hypothèque d'une ouverture de crédit est plutôt favorisée du fait qu'elle prend immédiatement rang au jour de son inscription, peu importe que le crédit, mis à la disposition de l'emprunteur, le soit par versements échelonnés à des époques déterminées ou que le débiteur puisse tirer des fonds à son gré et faire naître ainsi la créance de la banque. La seule limite viendra de la somme déterminée lors de l'inscription de l'hypothèque.

Le caractère peu répandu de ce mécanisme, pour des crédits mobiliers destinés à des particuliers peut s'expliquer par le montant (relativement faible) et la durée (le plus souvent à court terme) des prêts sollicités par les particuliers au regard du coût et du formalisme de

³⁵ La Cour de Cassation a admis d'une manière générale l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit (Cass. Civ. 21 novembre 1848-D.1849,1,275)

³⁶ Cass. Civ-6 février 1939

l'hypothèque. A cela s'ajoute la réticence de la plupart des banques qui le réservent à une clientèle choisie.

2.3.2 Les prêts hypothécaires de restructuration des dettes.

L'offre de prêts permettant de restructurer les dettes bancaires des particuliers s'est récemment développée, en particulier, à l'initiative de certains établissements spécialisés tels que le Crédit municipal de Paris, Royal Saint-Georges à Nantes (devenu filiale de General Electric Capital) et le Crédit foncier communal d'Alsace-Lorraine à Strasbourg. Son marché s'élargit avec l'apparition de nouvelles formes de distribution : cabinets de courtage, sites internet (par exemple, « Lepetitpoucetducredit.com », « étoilesfinances.com », « soulucrédit.com » qui proposent pour certains le rachat des dettes sur 25 ans).

Ce mécanisme financier permet à des ménages dont le niveau d'endettement est élevé d'obtenir auprès d'un établissement le regroupement, en un seul prêt, de plusieurs prêts (à la consommation ou immobiliers) ainsi que d'autres dettes (arriérés de loyers, d'impôts) de façon à désintéresser l'ensemble des créanciers.

Il aboutit à une réduction du montant des mensualités par un allongement sensible de la durée de la dette restructurée restant à rembourser. En raison du risque élevé, ce type de prêts est adossé, le plus souvent à une garantie hypothécaire, lorsque l'emprunteur est propriétaire.

Cette pratique, courante dans des pays comme le Royaume-Uni, est en train de se développer en France sous l'effet conjugué, comme le souligne la Banque de France³⁷, d'un contexte de baisse du taux des intérêts, d'une valorisation des biens immobiliers apportés en garantie par les emprunteurs et d'un accroissement du surendettement des ménages. Si cette offre constitue une solution positive pour des ménages qui traversent des difficultés financières, en leur permettant d'adopter un échéancier de remboursement à leur niveau de revenus mensuels, elle n'est évidemment pas sans risques pour eux dès lors qu'ils engagent, par la garantie hypothécaire, leur bien immobilier.

Au total cependant le crédit hypothécaire mobilier demeure une pratique relativement confidentielle pour les particuliers.

2.4 Les enjeux juridiques au regard du droit des sûretés

Faciliter en France le recours à l'hypothèque impose d'alléger le formalisme et le coût de cette sûreté (Cf. 3). Toutefois développer le crédit hypothécaire mobilier, à l'exemple des expériences d'autres pays, suppose aussi de modifier les règles juridiques actuelles. En effet, à droit constant, il n'est pas possible de se servir de la constitution d'une hypothèque garantissant un premier prêt pour garantir par la même sûreté d'autres prêts.

Les difficultés juridiques que soulève une sûreté réelle « rechargeable » sont de diverses natures : remise en cause de certains principes essentiels de l'hypothèque, conséquences sur les droits des diverses parties intéressées, règles de protection du consommateur, responsabilité bancaire.

³⁷ « Le crédit à la consommation » in rapport annuel de la commission bancaire - 2003

2.4.1 La création d'un crédit hypothécaire mobilier « rechargeable » n'est pas compatible avec l'état actuel du droit de l'hypothèque conventionnelle

2.4.1.1 Les principes juridiques essentiels de l'hypothèque

En droit français, l'hypothèque est constitutive d'un droit réel qui accorde au créancier un droit de préférence sur la valeur économique de l'immeuble hypothéqué et lui permet d'être payé avant les créanciers chirographaires (non titulaires d'une sûreté ou d'un privilège). Elle donne au créancier un droit de suite qui lui permet de saisir l'immeuble même dans le patrimoine d'un tiers auquel il aurait été cédé ou transmis.

Droit accessoire à une obligation principale, elle ne peut naître sans une créance à garantir encore que cette créance puisse être conditionnelle ou éventuelle³⁸. Elle en suit le sort et se transmet ou s'éteint avec celle-ci. Le caractère accessoire de l'hypothèque en droit français ne permet pas, contrairement au droit suisse³⁹ ou allemand⁴⁰, de constituer une hypothèque abstraite et indépendante d'une créance⁴¹ sur son propre bien et de la céder à des créanciers en prévision de créances futures. De fait, en Allemagne et en Suisse, ces sûretés autonomes sont la plupart du temps constituées pour garantir un prêt ; elles ont l'utilité de ne pas subir les conséquences d'une nullité, d'une diminution ou d'une extinction de la créance garantie.

L'hypothèque présente également l'avantage pour le créancier d'être indivisible ce qui, notamment, lui permet, en cas de remboursement partiel de la dette, de subsister sur la totalité de l'immeuble, pour garantir le montant restant dû.

Enfin, l'hypothèque conventionnelle est dominée, à peine de nullité, par le principe de spécialité. Il permet aux tiers de connaître avec précision les biens grevés et le montant des créances garanties (du moins à la date de leur inscription). Il s'applique non seulement à l'assiette (immeubles affectés), mais aussi à la créance garantie par ces immeubles.

En ce qui concerne l'assiette, la constitution d'une hypothèque conventionnelle n'est valable que par un acte authentique qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles donnés en garantie. La spécialité est imposée par les impératifs tenant à la publicité foncière, elle vise également à protéger le constituant en attirant son attention sur l'étendue des biens qu'il donne en garantie. Elle ne lui interdit pas de grever tous ses droits immobiliers, à condition de le faire par une manifestation expresse de volonté pour chacun, en déterminant précisément ceux qu'il entend affecter d'une hypothèque.

S'agissant de la créance garantie, le principe de spécialité impose que la créance soit déterminée ou déterminable et que son montant en capital soit indiqué dans l'acte de constitution, avec mention des intérêts et de la date de leur point de départ. De plus, la mention de la cause (fait générateur) de la créance, imposée par la jurisprudence dans la convention d'hypothèque, est nécessaire à l'inscription. Le plus souvent, elle figure sous la forme, jugée suffisante, de la clause de style « pour prêt consenti ».

³⁸ Par exemple, la créance de participation aux acquêts (article 1575 du code civil) ou celle résultant du solde d'un compte courant.

³⁹ Aux termes de l'article 842 du code civil suisse la cédula hypothécaire (Schuldbrief) est une créance personnelle garantie par un gage immobilier. La constitution d'une cédula hypothécaire, matérialisée par un document du même nom, donne naissance à une créance nouvelle qui résulte de la reconnaissance de dette que le débiteur exprime dans le titre. Elle n'énonce pas sa cause et elle est abstraite. Elle prend la forme d'un titre au porteur ou à ordre.

⁴⁰ Dette foncière du BGB, Eigengrundsschuld, articles 1191 et 1192

⁴¹ Le droit intermédiaire français (loi du 9 messidor an III, articles 36 à 38) avait institué la cédula hypothécaire, elle a été ensuite abandonnée car elle était très peu utilisée.

Cette règle a pour but de ménager le crédit du débiteur en empêchant qu'une hypothèque ne soit accordée pour garantir toutes les dettes que le constituant (débiteur) aurait, dans l'avenir, avec le créancier bénéficiaire, par exemple son banquier. Elle interdit l'hypothèque flottante que le créancier déplacerait d'une créance à l'autre⁴².

2.4.1.2 *Les difficultés soulevées par l'hypothèque « rechargeable »*

Un emprunteur peut consentir hypothèque sur un immeuble pour des prêts contractés successivement à l'égard d'un ou plusieurs créanciers. Des inscriptions séparées doivent être prises. Les prêteurs pourront exercer leur droit de préférence sur la valeur économique de l'immeuble suivant le rang de leur inscription. L'hypothèque peut aussi être accordée pour une créance éventuelle, voire conditionnelle⁴³, notamment en cas d'ouverture de crédit⁴⁴.

Concevoir qu'une même garantie hypothécaire (faisant l'objet d'une inscription unique) et consentie à titre initial pour une créance d'un montant déterminé puisse être affectée, sans nouvelle inscription et dans la limite du montant initial, à la garantie d'autres créances, nées de contrats de prêt postérieurs et distincts conclus entre les mêmes parties, porte atteinte au principe de spécialité, voire au caractère accessoire de l'hypothèque.

L'atteinte au principe de spécialité : elle porte sur la cause (fait générateur) de la créance dès lors que, sans nouvelle inscription, un nouveau contrat de prêt consenti pour une cause distincte va se greffer à la garantie initialement consentie au créancier.

L'impact prévisible sur le caractère accessoire de l'hypothèque : il existe un fort lien entre celui-ci et le principe de spécialité. A partir du moment où la créance initiale est éteinte, par remboursement normal ou anticipé, l'hypothèque suit son sort. Prévoir que le crédit hypothécaire puisse être alors reconstitué sur la même hypothèque, conduit à reconnaître l'existence d'une garantie indépendante de celle d'une créance, ce qui porte atteinte à la cohérence actuelle du droit des sûretés.

De plus, le ou les contrats de prêts postérieurs qui sont « adossés » à l'inscription de l'hypothèque initialement consentie sans inscription d'une nouvelle hypothèque ne font pas l'objet d'une publicité foncière spécifique.

Le rôle de la publicité foncière est de garantir la sécurité juridique des opérations portant sur des immeubles. Elle n'est pas constitutive de droits, mais elle vise à rendre les droits constitués sur les immeubles opposables aux tiers. Si l'indication de la date, de la nature et de la cause du ou des contrats de prêt destinés à reconstituer le crédit hypothécaire initial n'est pas publiée, les tiers ne seront pas informés de la « réévaluation interne » de la sûreté initiale et ils devront présumer que l'immeuble reste hypothéqué, durant toute la durée de l'inscription de la garantie, à hauteur du « plein » montant de la créance originaire outre ses intérêts.

⁴² A titre d'exemple, un créancier pourrait être tenté de garantir par cette sûreté une autre créance plus importante ce qui grèverait davantage l'immeuble au détriment d'un autre créancier sans que ce dernier ne le sache.

⁴³ L'article 2132 du code civil dispose : si la créance est conditionnelle pour son existence ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription...que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui expressément déclarée, et que le débiteur aura droit de faire réduire..

⁴⁴ Opération décrite au 2.3

2.4.2 *L'hypothèque « rechargeable » a des conséquences sur les droits « tirés » de l'existence d'une garantie hypothécaire*

Il s'agit essentiellement des droits respectifs du prêteur et de l'emprunteur, de ceux des autres créanciers du débiteur et des tiers. Il convient d'ajouter que l'émergence d'un mécanisme de reconstitution du crédit hypothécaire mobilier n'est pas sans effet sur le droit des obligations⁴⁵ et d'autres branches du droit visant à protéger l'emprunteur consommateur, notamment à prévenir son endettement excessif.

2.4.2.1 *Les droits du prêteur bénéficiaire de la sûreté :*

Le prêteur verrait l'étendue de ses droits renforcée : après avoir consenti un premier prêt (immobilier ou mobilier), garanti par une hypothèque, il aurait la faculté de consentir au même emprunteur de nouveaux prêts mobiliers adossés à la même sûreté réelle sans avoir à requérir une nouvelle inscription.

En effet, titulaire originaire d'un droit réel sur la valeur économique de l'immeuble donné en garantie, il bénéficierait d'un droit de préférence et de suite sur l'immeuble lui permettant, dans la limite du prix de celui-ci et du montant de son inscription⁴⁶, de recouvrer la totalité de sa créance qui comprendra également l'ensemble des concours venus postérieurement reconstituer le crédit de l'emprunteur.

En conséquence, il prime, pour ces dernières, le rang d'autres créanciers hypothécaires, titulaires d'une inscription de second ou troisième rang destinée à garantir des obligations contractées avant les prêts « rechargeant » la première hypothèque.

2.4.2.2 *La situation de l'emprunteur.*

L'emprunteur se verrait offrir la faculté de reconstituer son crédit, en profitant de la surface de garantie dégagée, par l'effet du remboursement des mensualités de son premier emprunt, sur l'immeuble grevé d'une hypothèque initiale. Cela lui permettrait de tirer davantage de crédit du bien dont il dispose sans en perdre l'utilisation et la possession. La dispense de nouvelles inscriptions hypothécaires, pour les prêts qui lui sont, par la suite, consentis par le même prêteur, le décharge des formalités et du coût du recours à l'acte authentique imposé pour ces inscriptions. Il lui est donc plus facile d'obtenir du crédit auprès de l'établissement financier à qui il a consenti une hypothèque initiale.

En contrepartie, l'emprunteur risque de se trouver captif du même établissement financier pendant toute la durée de l'inscription de l'hypothèque et, en tout cas, tant qu'il n'a pas totalement remboursé les différents prêts que celui-ci lui a successivement consentis. Il lui sera également plus difficile d'obtenir du crédit auprès d'autres prêteurs dont l'intérêt à recourir à une garantie hypothécaire de second rang sera encore diminué. Cela pose donc la question de la renégociation des prêts, plus usuelle dans les pays où ce type de crédit s'est développé.

2.4.2.3 *Les droits des autres créanciers et des tiers*

Comme cela a été précédemment évoqué, les autres créanciers doivent présumer que l'immeuble reste hypothéqué durant toute la durée de l'inscription, à hauteur du plein montant de la créance inscrite outre les intérêts de celle-ci.

⁴⁵ Articles 1108 et suivants du code civil.

⁴⁶ Actuellement, les créanciers sont informés par le fichier immobilier du montant de la garantie prise lors de l'inscription et ils doivent demander au débiteur, ou par l'intermédiaire de celui-ci, un état du remboursement de la créance inscrite.

Les créanciers titulaires d'une inscription de second rang dont le titre est plus ancien verront leur situation dégradée par rapport au système actuel. En effet, ils vont être primés par toutes les créances venues reconstituer, dans la limite du montant inscrit, le crédit hypothécaire. Même nées postérieurement à l'inscription de la garantie des créanciers de second ou troisième rang, ces créances leur seront opposables sans avoir été spécifiquement portées à leur connaissance puisque dispensées de la publicité foncière attachée à la prise d'hypothèque.

Cette situation moins favorable des créanciers de rang suivant aura pour conséquence de « dévaluer » leur intérêt d'avoir recours à l'hypothèque conventionnelle. Cette dernière reviendra à être réservée, au seul créancier de premier rang, pendant toute la durée de son inscription pour le montant total de la somme pour laquelle elle aura été prise. Si cette somme, dans le cas d'une acquisition d'un immeuble, correspond à la valeur économique du bien, les autres créanciers du débiteur auront encore moins d'intérêt qu'aujourd'hui⁴⁷ à s'inscrire en second ou troisième rang. Dans les autres cas, le cumul d'hypothèques sur un même bien présentera peu d'avantages pour les autres créanciers. En conséquence, l'attrait de la garantie hypothécaire risque de ne plus concerner qu'un seul créancier.

Quant aux créanciers chirographaires qui redoutent l'insolvabilité de leur débiteur, ils ont la possibilité d'obtenir un jugement de condamnation qui leur permet d'inscrire une hypothèque légale mais ils peuvent également, si le recouvrement de leur créance est en péril⁴⁸, ou s'ils sont titulaires d'un titre exécutoire⁴⁹ inscrire une hypothèque conservatoire qui prend immédiatement rang. Il est certain que le recours à ces mesures, actuellement assez répandues, est susceptible de perdre, pour les mêmes raisons, une grande partie de son intérêt.

Enfin, il convient de relever que les titulaires d'une hypothèque légale⁵⁰ se trouveront dans une situation comparable.

2.4.3 Les mécanismes actuels de protection du crédit à la consommation ne seraient pas, en l'état, applicables au crédit hypothécaire « rechargeable ».

Soumis aux droit commun de la formation des contrats des articles 1108 et suivants du code civil, le contrat de crédit est conclu en considération de la personne de l'emprunteur. Les possibilités de négociation de celui-ci étant réduites, il s'analyse en un contrat d'adhésion. Dans un souci de protection des emprunteurs, des règles de protection du consommateur ont été instaurées en France et dans la plupart des pays d'Europe ; des textes législatifs communautaires ont été adoptés⁵¹ et d'autres sont en cours d'étude.

La législation française actuelle établit un dispositif de protection différent pour le crédit immobilier et pour le crédit à la consommation (crédits de moins de 21 500 €, non conclu

⁴⁷ Le faible développement du crédit hypothécaire mobilier montre que les particuliers ont rarement recours à l'hypothèque de second rang pour emprunter.

⁴⁸ Il s'agit de l'hypothèque judiciaire conservatoire sur autorisation du juge prévue par les articles 210 et suivants du décret du 31 juillet 1992, elle doit être suivie, d'une inscription définitive dans les deux mois de jugement de condamnation du débiteur.

⁴⁹ Les titulaires d'un titre exécutoire (acte de prêt authentique par exemple) peuvent faire inscrire directement, sans autorisation du juge, une hypothèque conservatoire qui devra être transformée en inscription définitive dans les trois mois qui suivent la signification de l'inscription au débiteur (même décret, article 250 et suivants).

⁵⁰ La liste des bénéficiaires d'une hypothèque légale est énoncée à l'article 2121 du code civil. Il s'agit essentiellement d'un des époux sur les biens de l'autre, du mineur sur ceux du tuteur, du légataire sur les biens de la succession et de l'Etat.

⁵¹ La directive 87/102/CEE de décembre 1986 modifiée en 1990 puis en 1998 a fixé un seuil de protection minimale des consommateurs sans chercher à harmoniser les droits des Etats membres.

par acte authentique). A législation inchangée, une partie des crédits consentis avec la garantie d'une hypothèque rechargeable risque de ne pas être soumise à ces dispositions protectrices dont on rappellera ci-après les grandes lignes.

2.4.3.1 Les prêts immobiliers relèvent d'un dispositif⁵² qui instaure une dépendance de l'opération immobilière par rapport au prêt et symétriquement une dépendance du prêt par rapport à l'opération immobilière

Le code de la consommation prévoit un certain nombre de dispositions d'ordre public qui concernent la publicité, l'offre préalable et son acceptation. Elles imposent notamment l'envoi d'une offre préalable qui ne peut être modifiée sans nouvelle offre et oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur. En cas de non respect du formalisme de cette offre, le prêteur s'expose à des sanctions pénales et à une sanction civile.

S'agissant de l'acceptation, le candidat emprunteur ne peut accepter l'offre que dix jours après sa réception et il n'a pas la faculté de renoncer à ce délai. Enfin, jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement sous quelque forme que ce soit ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de ce derniers.

Ces dispositions protectrices pourraient s'appliquer à tout crédit immobilier consenti à des particuliers dans le cadre d'un crédit hypothécaire « rechargeable ».

2.4.3.2 La protection du crédit mobilier à la consommation est également d'ordre public⁵³ et concerne un domaine d'application large

Elle couvre toute opération de crédit, ainsi que son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel, que ce soit à titre onéreux ou gratuit, par toute personne, même non établissement de crédit, pour financer les besoins d'une activité non professionnelle jusqu'au montant de 21 500 €. La notion d'opération de crédit inclut notamment la location vente, la location avec option d'achat, les ouvertures de crédit de plus de trois mois ainsi que les opérations de crédit bail.

Afin de mieux informer les consommateurs, les règles relatives à la publicité imposent aux établissements financiers de rendre leurs offres commerciales lisibles en ne faisant notamment figurer comme taux d'intérêt que le TAEG⁵⁴.

L'offre préalable de crédit mobilier, établie par écrit, doit comporter des mentions obligatoires destinées à informer le consommateur sur le crédit qui lui est proposé (montant, objet, nature et modalités). Elle doit être obligatoirement maintenue pendant quinze jours à compter de son émission ; de plus, l'emprunteur dispose d'un délai de rétractation de sept jours à compter de son acceptation. A défaut de respect de ces règles, le prêteur s'expose à des sanctions telles que la déchéance du droit aux intérêts⁵⁵.

⁵² Ces dispositions instituées par la loi du 13 juillet 1979 sont reprises aux articles L 312-1 et suivants du code de la consommation. Ce dispositif comprend une série de règles d'ordre public auxquelles il est impossible de renoncer.

⁵³ Instauré par la loi Scrivener n° 78-22 du 10 janvier 1978 et intégré sous les articles L 311-1 à L. 311-37 du code de la consommation, ce dispositif a été renforcé par la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001 et par celle du 1^{er} août 2003 dite loi LSF.

⁵⁴ Taux annuel effectif global.

⁵⁵ Lorsqu'il n'a pas satisfait aux conditions fixées par l'offre préalable.

Désormais⁵⁶, les commissions de surendettement peuvent saisir le juge de l'exécution afin d'obtenir le prononcé d'office de la déchéance des intérêts et des dettes contractées à la suite d'un manquement manifeste du créancier à ses obligations.

En l'état, ces dispositions ne seraient pas applicables aux crédits mobiliers garantis par une hypothèque « rechargeable » dès lors que les prêts consentis pour le crédit hypothécaire initial, bien que mobiliers, seraient conclus par acte authentique et que les prêts consentis afin de le reconstituer excéderaient la somme de 21 500 €. Il existerait donc un vide juridique à combler.

Enfin, il convient de relever que la commission européenne a, pour tenir compte de la forte croissance du crédit à la consommation, adopté le 11 septembre 2002⁵⁷, une proposition de directive qui vise à une harmonisation maximale des droits nationaux, ce qui conduirait à assurer la protection du consommateur à hauteur des dispositions les plus protectrices des Etats membres. Ce projet qui porte à 100 000 € le montant des contrats soumis aux règles de protection du consommateur, pourrait s'appliquer aux crédits mobiliers garantis par une hypothèque « rechargeable » ; toutefois, il existe de fortes divergences entre les Etats sur ce champ d'application.

2.4.4 La mise en cause de la responsabilité éventuelle des établissements financiers ne devrait pas, au vu de la jurisprudence, constituer un obstacle à la création d'une hypothèque « rechargeable »

Invoquée par les établissements financiers comme frein à la mise en place d'un crédit hypothécaire mobilier pouvant être reconstitué, la mise en cause éventuelle de leur responsabilité envers les emprunteurs repose sur le droit commun de la responsabilité civile. Elle procède d'un devoir général de prudence qui impose à tout établissement de crédit une obligation de vigilance et de discernement et doit le conduire à refuser le crédit lorsque celui-ci dépasse manifestement les capacités de remboursement de l'emprunteur. En matière de crédits dispensés aux particuliers, elle présente des aspects spécifiques. Elle s'inscrit dans une évolution jurisprudentielle parvenue à un équilibre désormais stable.

2.4.4.1 La spécificité de la situation des particuliers en tant qu'emprunteurs

Sociologiquement, la dispense de crédit aux particuliers repose sur deux impératifs, a priori contradictoires, faciliter d'une part un accès plus large au crédit de façon à accéder à des biens de consommation ou à un logement permettant d'améliorer les conditions d'existence, faire preuve d'autre part d'une vigilance constante pour éviter qu'un endettement latent devienne excessif.

Juridiquement, le crédit est encadré, en amont, par les dispositifs de protection du consommateur destinés à compenser la situation d'infériorité présumée du particulier emprunteur. Ces normes imposent un formalisme informatif particulièrement détaillé et

⁵⁶ Depuis l'entrée en application de la loi du 1^{er} août 2003.

⁵⁷ Ce projet a notamment pour effet d'élargir le champ des opérations couvertes par la protection, d'accroître les délais de rétractation, de définir de façon extensive les intermédiaires de crédit et d'instaurer un dispositif pour les contrôler. Il vise aussi à la mise en place d'organismes de médiation, d'information et de conseil pour les emprunteurs. Adopté dans son principe par le parlement européen le 5 novembre 2003, il a été renvoyé à la commission du marché intérieur qui en a modifié assez largement le cadre initial. Réuni en assemblée plénière le 20 avril 2004, le parlement s'est prononcé en faveur d'une harmonisation maximale. Les textes de la commission et du parlement européen doivent être soumis à l'arbitrage du conseil européen. Toutefois, la procédure doit se poursuivre entre le conseil des ministres et le parlement européen et l'introduction de cette loi en doit interne devrait prendre plusieurs années.

contraignant⁵⁸, elles réglementent précisément le contenu des contrats de crédit à la consommation et de crédit mobilier et accordent des délais de réflexion ou de rétraction au débiteur.

En aval, il est soumis à des règles de traitement des situations de surendettement favorables aux débiteurs qui permettent à la commission de surendettement d'apprécier si le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels et lui accorde la possibilité de proposer un dispositif d'effacement partiel des dettes⁵⁹.

2.4.4.2 *La position de la jurisprudence sur la responsabilité des banques*

L'éventuelle faute commise par la banque consiste le plus souvent en l'octroi d'un crédit excessif, hors de proportion avec les capacités de remboursement résultant de la situation de l'emprunteur. Elle s'évalue à la date de formation du contrat⁶⁰ et elle s'apprécie en fonction des informations fournies par l'emprunteur⁶¹. Ainsi, la jurisprudence procède à une répartition équitable des obligations de chaque partie, le prêteur ayant l'obligation de s'informer sur la situation de l'emprunteur et ce dernier devant en contrepartie lui fournir loyalement les éléments lui permettant d'apprécier cette situation.

Après avoir retenu la notion d'obligation de conseil de la banque à l'égard de l'emprunteur⁶², la jurisprudence l'a abandonnée, semble-t-il⁶³, définitivement en 1998⁶⁴. Depuis un arrêt rendu par la chambre commerciale le 11 mai 1999, la cour de cassation se fonde sur le critère de symétrie d'information selon lequel si chacune des parties au contrat dispose d'un même degré d'information et prend la décision de s'engager en connaissance de cause, elle ne peut reprocher à l'autre la conclusion du contrat. Il s'en déduit que l'octroi d'un crédit excessif ne saurait dans ce cas être imputé au prêteur. Cette solution, transposée à des particuliers,⁶⁵ consacre un fondement unifié de la responsabilité du prêteur au titre de l'octroi de crédit.

La responsabilité du prêteur est le plus souvent retenue en cas de faute grave et particulièrement caractérisée de sa part. Cette faute correspond généralement à une attitude abusive de celui-ci qui aura, en accordant un crédit manifestement disproportionné à la capacité de remboursement de l'emprunteur, joué « un rôle actif d'incitation au surendettement » ou encore aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance de ce dernier.

⁵⁸ Par arrêt rendu le 27 juin 1995, la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation a néanmoins estimé que ces règles ne dispensaient pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil, notamment lorsque le taux d'endettement est excessif par rapport à la modicité des ressources de l'emprunteur. La responsabilité du prêteur est engagée du fait du défaut de mise en garde du consommateur.

⁵⁹ Aux termes de l'article L. 331-7 du code de la consommation, la commission prend en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur. Elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels.

⁶⁰ Des difficultés financières ultérieures imprévisibles liées notamment aux accidents de la vie ne sont pas prises en compte pour caractériser un crédit excessif.

⁶¹ La banque a le devoir de se renseigner afin d'obtenir de l'emprunteur des informations pertinentes lui permettant de décider de l'octroi du crédit. Elle n'a pas à vérifier les informations qui lui sont données, sauf si elles sont manifestement inexactes ou insuffisantes.

⁶² Cass.civ 1^{ère} 27 juin 1995

⁶³ Un arrêt rendu le 8 juin 2004, au visa de l'article 1147 du code civil, revient sur cette position, mais il doit être analysé, comme un arrêt d'espèce.

⁶⁴ Cass civ 1^{ère} 10 février 1998. Il était reproché à la banque d'avoir octroyé un crédit excessif à des particuliers sans avoir attiré leur attention sur l'alourdissement du poids futur des mensualités (taux d'intérêts progressif et baisse des prestations sociales). La cour a rejeté le pourvoi au motif que les emprunteurs avaient eu connaissance des risques encourus dans l'avenir.

⁶⁵ Cass. Com -10 octobre 2000.

Un crédit hypothécaire mobilier capable d’être reconstitué, en facilitant un accès plus large au crédit, peut constituer pour les particuliers un facteur de risque d’endettement excessif. Il appartiendra aux établissements prêteurs d’éviter l’octroi de concours manifestement disproportionnés.

En conclusion, il est possible d’affirmer que la mise en cause éventuelle de la responsabilité des banques par la jurisprudence ne devrait pas constituer, en elle-même, un obstacle à la mise en place d’un crédit hypothécaire mobilier garanti par une hypothèque « rechargeable ». Reste à observer que les banques fondent essentiellement leurs réserves sur l’aléa judiciaire que constitue, selon elles, les décisions rendues par les juridictions de première instance.

2.5 Les propositions

2.5.1 *Rendre possible le « rechargement » de l’hypothèque*

L’objectif assigné à la mission consiste notamment à créer les conditions d’émergence du crédit hypothécaire mobilier en permettant aux ménages de mobiliser les ressources financières gagées sur le logement qu’ils occupent par le développement du crédit hypothécaire mobilier. Il s’agit d’alléger la complexité et le coût de l’hypothèque (cf. 3) et également de permettre d’utiliser une inscription d’hypothèque conventionnelle prise à l’appui d’un premier prêt, immobilier ou mobilier, pour garantir, ultérieurement, au fur et à mesure que la surface de garantie sur le bien hypothéqué se dégage, par l’effet des remboursements effectués, de nouveaux crédits mobiliers ou immobiliers distincts.

A partir des éléments recueillis et des constats effectués, plusieurs propositions peuvent être formulées. La première pourrait être envisagée à droit constant, la seconde imposerait d’importantes modifications législatives, enfin, une troisième voie intermédiaire consisterait à mettre en place une sûreté originale.

Actuellement, la majorité des prêts immobiliers accordés à des particuliers sont garantis par un privilège de prêteur de deniers et non par une hypothèque conventionnelle. Envisager d’asseoir un crédit hypothécaire « rechargeable » sur un privilège d’origine légale semble devoir être exclu⁶⁶. Aussi, les trois propositions formulées par la mission supposent que l’emprunteur consente ou ait consenti une hypothèque conventionnelle au prêteur.

2.5.1.1 *Utiliser plus largement le cadre légal existant du crédit hypothécaire mobilier*

La technique de l’ouverture de crédit se révèle particulièrement adaptée sur le plan juridique au « rechargement » d’une hypothèque. En effet, elle permet, par l’effet d’une seule inscription hypothécaire, de garantir des créances nées et actuelles, futures ou éventuelles, conditionnelles, voire antérieures, si les parties le stipulent expressément.

⁶⁶ Le fait que le privilège de prêteur de deniers figure dans le même instrument juridique (contrat de prêt), rédigé en la forme authentique pour permettre la constitution de cette garantie et son opposabilité au tiers, ne lui confère aucun caractère contractuel et ne lui retire pas son origine légale spécifique. Si à l’occasion de la novation du contrat de prêt, ce privilège peut être réservé par le prêteur (cf. article 1278 du code civil), la créance née de cette novation sera garantie par le privilège, ainsi réservé, seulement à hauteur du montant restant dû par l’emprunteur au titre de l’ancien contrat de prêt. Il convient d’ajouter que l’utilisation de ce privilège pour garantir une créance autre que celle destinée à l’acquisition d’un immeuble constitue un détournement du fondement légal de cette sûreté.

Les seules conditions requises au moment de l'inscription sont la détermination du montant global de la créance que les parties ont voulu garantir sur un ou des biens désignés et la fixation d'une durée à la sûreté.

En effet, dès lors que le montant maximum de la créance a été fixé, les parties peuvent convenir de libérer les fonds en un seul versement de façon à permettre à l'emprunteur d'en faire usage à son gré. Elles peuvent aussi décider que ceux-ci, quelle que soit leur destination, seront mis à la disposition de l'emprunteur au fur et à mesure de ses besoins futurs sans qu'il ait à contracter un nouvel engagement.

Ce mécanisme, particulièrement souple présente des avantages pour l'emprunteur qui se voit consentir en un seul prêt une enveloppe globale de crédit à un taux d'intérêt définitivement acquis et qui ne supporte qu'une seule fois les frais de l'inscription d'hypothèque. De plus, il est assuré que, s'il n'utilise pas la totalité des fonds mis à sa disposition, la garantie ne jouera qu'à hauteur des sommes qui lui ont été débloquées. Il convient d'ajouter qu'il lui est loisible, en accord avec le prêteur, de limiter conventionnellement la durée de la garantie selon les caractéristiques du prêt (court ou moyen terme). Enfin, il lui suffit de se libérer de sa dette pour que l'hypothèque, qui en suit le sort, s'éteigne⁶⁷.

Le créancier dispose d'une sûreté réelle qui lui garantit d'être payé sur la valeur vénale du bien en cas de défaillance de l'emprunteur et il prend rang dès l'inscription même s'il ne verse pas d'emblée à l'emprunteur la totalité des fonds qu'il s'est engagé à lui prêter. En effet, dans le cas d'une créance future ou conditionnelle, le rang de l'hypothèque sera déterminé par la date de l'inscription car la condition suspensive qui affectait l'hypothèque garantissant une créance éventuelle ou conditionnelle rétroagit. Enfin, l'engagement du créancier, matérialisé en un acte unique de prêt, suivi de la prise de garantie, est pour lui comme pour l'emprunteur, facteur de sécurité juridique.

L'ouverture de crédit garantie par une hypothèque ne se heurte à aucun principe du droit des sûretés et il suffirait de la promouvoir davantage notamment en réduisant les coûts et le formalisme de l'hypothèque conventionnelle pour la rendre plus accessible (cf. 3).

Economiquement, l'ouverture de crédit garantie par une hypothèque ne semble pouvoir couvrir que la satisfaction de besoins de trésorerie successifs pour du crédit mobilier. Elle ne paraît pas adaptée pour des particuliers sur du long terme, par exemple, à l'octroi d'un prêt immobilier, sauf pour prévoir, dans le prêt initial, une marge supplémentaire de crédit pour de futurs travaux sur l'immeuble acquis. En effet, la durée de plus en plus longue des prêts immobiliers, la différence sensible des taux d'intérêts entre prêts immobiliers et mobiliers (personnels ou à la consommation) mais surtout l'incertitude qui pèse sur l'évolution des taux sur longue période sont difficilement compatibles avec la conclusion d'un seul contrat de prêt.

Au total, cette technique pourrait sans doute être davantage utilisée pour répondre à des besoins spécifiques de certains ménages, mais semble peu adaptée à une très large diffusion.

2.5.1.2 Réformer globalement le régime de l'hypothèque pour la rendre « rechargeable »

Cette seconde proposition aurait des conséquences sur la cohérence de l'ensemble du droit des sûretés dont un groupe de travail est chargé de la réforme depuis juillet 2003. La mission s'est entretenue avec le professeur Grimaldi qui le préside ; en l'état, la question de

⁶⁷ Article 2180 al 1^{er} du code civil ;

l'hypothèque avait fait l'objet d'une réflexion en sous-groupe de travail, mais elle restait à débattre en assemblée plénière. En conséquence, les conclusions du présent rapport n'ont pu prendre en compte les orientations de ce groupe de travail.

Il s'agirait de permettre, par l'effet d'une seule inscription d'hypothèque garantissant un premier prêt (immobilier ou mobilier), de contracter d'autres prêts mobiliers garantis par la même sûreté afin d'atteindre les objectifs fixés. Cette solution réduit le coût de la sûreté à une seule inscription pour des prêts multiples, elle assure au prêteur d'être garanti pour tous. Par ailleurs, elle individualise le taux d'intérêt de chaque prêt en fonction de ses caractéristiques.

L'emprunteur peut justifier de l'existence de cette hypothèque pour obtenir du crédit auprès du même banquier mais en contrepartie risque de rester captif de celui-ci.

Adossée à une hypothèque conventionnelle, cette technique de crédit heurte ses caractères juridiques essentiels : atteinte au principe de spécialité en ce qui concerne la cause de l'obligation, dérogation aux règles de publicité foncière, voire perte du caractère accessoire de la créance (cf. infra). Elle entraîne des conséquences sur les droits des parties et des tiers, conséquences qui ont été décrites au paragraphe 2.4.2.

Dans l'hypothèse où cette sûreté pourrait continuer à servir de garantie alors même que la créance pour laquelle elle a été constituée est éteinte, elle perdrait son caractère accessoire. Elle constituerait alors une garantie indépendante de type cédule hypothécaire. Il conviendrait dans ce cas d'exclure sa transmission sous forme de titre au porteur⁶⁸.

La proposition consistant en une réforme globale de l'hypothèque afin de permettre le « rechargement » de la créance pour laquelle elle a été constituée présente un intérêt certain. Toutefois l'ampleur des effets qu'elle peut avoir sur l'ensemble du droit des sûretés et sur des droits voisins, tels que celui des obligations, mérite qu'elle fasse l'objet d'une étude exhaustive qui ne saurait être conduite par la mission, ne serait-ce qu'en raison des délais qui lui sont impartis. De plus, cette réforme dépasse largement le périmètre du crédit octroyé aux particuliers dans le but d'acquérir un bien immobilier ou mobilier.

2.5.1.3 *Créer des dispositions législatives spécifiques*

Cette proposition, qui semble la plus adaptée, vise à mettre en place une technique juridique particulière à l'hypothèque « rechargeable » qui viendrait s'ajouter aux autres sûretés réelles sans porter atteinte à leur identité. Il conviendrait de l'intituler différemment des autres sûretés de façon à ce qu'elle soit bien différenciée par ses usagers, comme par les créanciers du débiteurs et par les tiers.

Ce mécanisme pourrait consister, en quelque sorte, en un contrat cadre qui dérogerait au principe de spécialité, voire au caractère accessoire imposé aux autres sûretés. L'hypothèque ainsi consentie le serait pour toutes créances nées ou actuelles, ainsi que pour toutes autres à naître d'autres contrats de prêts distincts quelle que soit leur nature (mobiliers ou immobiliers). Seuls devraient être déterminés, lors de l'inscription de cette garantie, le montant

⁶⁸ la loi 76-519 du 15 juin 1976 a minutieusement réglementé la transmission des créances hypothécaires par copies exécutoires à ordre pour éviter les risques de fraude par exemple au préjudice l'emprunteur qui aurait effectué des remboursements partiels non mentionnés sur la copie exécutoire au porteur et se verrait réclamer plus que sa dette ou encore dans le cas ou après remboursement et remise de la copie exécutoire à l'emprunteur, ce dernier s'entendrait avec un tiers compare pour la remettre en circulation comme si elle avait encore une valeur.

maximum de la créance que les parties ont convenu de garantir la durée de l'inscription et la désignation du bien apporté en garantie.

Cette nouvelle sûreté serait assise exclusivement sur des biens immobiliers appartenant à des ménages et serait réservée à la garantie de crédits aux particuliers.

S'agissant du montant de la créance inscrite, la question pourrait se poser d'y inclure ou non le coût des intérêts. Mais il paraît difficile de présumer des taux d'intérêt applicables à des contrats multiples et futurs dont on ne connaît à l'avance ni le nombre, ni l'objet. Une autre hypothèse, économiquement plus réaliste, consisterait à fixer (comme pour l'hypothèque classique) à une durée maximum de trois ans le montant des intérêts garantis. En cas d'accumulation d'impayés sur les intérêts, le créancier pourrait toujours demander l'inscription d'une hypothèque judiciaire.

Il conviendrait également de prévoir que la déchéance du terme de l'un des contrats n'entraîne pas automatiquement celle de la chaîne des autres contrats. En effet, il serait difficilement concevable de priver ainsi l'emprunteur, dont la défaillance pourrait résulter de difficultés ponctuelles, du bénéfice de délais de paiement sur un prêt⁶⁹, et de précipiter, par l'effet de cette déchéance massive, la réalisation de la sûreté.

En ce qui concerne la durée de l'inscription de la garantie, elle pourrait être fixée à une durée maximum de trente ans, voire allongée. Mais il conviendrait dans ce cas d'accorder à l'emprunteur la possibilité de se dégager unilatéralement de son obligation⁷⁰ pour éventuellement passer à la concurrence en retrouvant la surface de garantie qu'il a donnée au prêteur. Actuellement, le code de la consommation adopte des solutions différentes selon la nature du crédit contracté : s'il s'agit d'un prêt mobilier, l'emprunteur peut rembourser par anticipation sans contrepartie financière⁷¹ ; en revanche, dans le cas d'un prêt immobilier, il peut contractuellement être tenu, sauf exception légale, à une indemnité de remboursement anticipé⁷². Deux hypothèses peuvent être envisagées : régler de façon spécifique l'indemnité de résiliation qui s'appliquerait à tous les contrats conclus dans le cadre du nouveau mécanisme envisagé ou lier les conditions de résiliation anticipée, comme actuellement, à la nature (immobilière ou mobilière) de chacun des crédits.

Les grandes lignes du schéma juridique de cette sûreté nouvelle peuvent être ainsi résumées :

➤ Le prêteur et l'emprunteur concluent un premier contrat de prêt immobilier ou mobilier qui stipule, en tant que support juridique du contrat cadre, que le crédit accordé pourra être reconstitué, au profit de l'emprunteur à l'occasion d'autres contrats de prêt conclus entre les mêmes parties tant que le premier prêt consenti n'est pas intégralement remboursé⁷³.

⁶⁹ L'emprunteur qui disposera d'une telle sûreté pourrait être tenté d'en obtenir abusivement la réalisation pour des montants d'impayés qui ne justifient pas la vente d'un immeuble.

Le débiteur doit bénéficier des délais de paiement prévus à l'article 1244-1 du code civil

⁷⁰ Un contrat à durée déterminée ne peut, par nature, être résilié unilatéralement et celui qui prend l'initiative de cette rupture s'expose à des dommages intérêts.

⁷¹ Article L. 311-29 du code de la consommation.

⁷² Articles L. 312-21 et R. 312-2 du code de la consommation. Cette indemnité ne peut excéder la valeur d'un semestre d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt sans dépasser 3 % du capital restant dû avant le remboursement. L'emprunteur en est notamment dispensé en cas de vente du bien suite à une mutation professionnelle.

⁷³ Dans la limite de la durée de la garantie.

➤ Cette convention, obligatoirement passée par acte authentique⁷⁴, comprend l'engagement de l'emprunteur de consentir une garantie hypothécaire pour ce prêt et précise que la garantie ainsi consentie pourra s'appliquer à tout autre crédit⁷⁵ que lui accordera l'emprunteur pendant la durée de cette garantie.

➤ Elle est suivie d'une inscription d'hypothèque conventionnelle qui, pour être identifiable et ne pas être confondue avec l'hypothèque conventionnelle classique, par les tiers et les autres créanciers du débiteur prend une dénomination spécifique, par exemple « hypothèque bancaire » ou « hypothèque de crédit »⁷⁶. Cette inscription mentionne le montant de la créance garantie⁷⁷, la désignation précise du ou des biens sur lesquels porte la garantie et la durée de celle-ci.

➤ Pendant toute la durée de la garantie, l'emprunteur peut, dans la limite du plafond maximum de celle-ci, solliciter la reconstitution du crédit qui lui a été accordé. Si le prêteur accède à sa demande, un contrat de prêt distinct est alors conclu, sous seing privé, sans nouvelle inscription hypothécaire.

D'autres clauses doivent être envisagées comme notamment l'interdiction d'imputer les remboursements effectués sur un contrat au titre d'un autre, l'obligation faite au prêteur de délivrer automatiquement au notaire un certificat dès que le emprunteur l'a intégralement remboursé.

Au stade du présent rapport, seuls peuvent être définis les grands axes de cette proposition qui doivent nécessairement faire l'objet d'une analyse juridique plus exhaustive de façon à parvenir à un concept juridique équilibré et respectueux du droits des parties au contrat et de ceux des tiers.

2.5.2 Prévoir des règles appropriées de protection du consommateur

Le montant des prêts mobiliers destinés à reconstituer le crédit garanti par une « hypothèque de crédit » dépassera ou non la somme de 21 500 €, correspondant au montant maximum des crédits à la consommation soumis aux règles de protection du consommateur.

La question de la protection des droit du consommateur n'aura pas à se poser lors de la conclusion par acte authentique du prêt initial (mobilier ou immobilier). L'intervention du notaire assure en elle-même une protection à l'emprunteur. De surcroît, le plus fréquemment, il s'agira de prêts immobiliers qui font déjà l'objet d'un dispositif de protection du consommateur. Toutefois, la publicité de ce type d'opération devra être réglementée, de même que les conditions de l'offre qui devront être acceptées par l'emprunteur obligatoirement devant notaire⁷⁸.

S'agissant des contrats suivants, la souplesse et l'économie du mécanisme justifient qu'ils soient conclus sous seing privé. Ils semblent devoir être classés suivant la destination des fonds et constituer des prêts mobiliers ou immobiliers ; dans ce cas, ils obéiront aux règles spécifiques de protection édictées pour chacun de ces types de prêt.

⁷⁴ L'intervention du notaire se justifie par la nécessité d'attirer l'attention de l'emprunteur sur l'importance de son engagement

⁷⁵ Dans la limite du montant de la garantie initialement consentie.

⁷⁶ La dénomination retenue en Belgique est « crédit hypothécaire ». Elle paraît plus adaptée pour désigner le type de crédit que la sûreté elle-même.

⁷⁷ il conviendra de préciser que le montant des intérêts né de ce contrat et de tous autres contrats conclus par la suite entre les mêmes parties seront garantis pour une durée maximum de trois ans.

⁷⁸ L'offre ne pourrait être considérée comme acceptée avant signature d'un acte authentique de prêt.

S'agissant de contrats distincts, chacun devra, bien évidemment, mentionner le TAEG qui lui est applicable.

S'il s'agit d'un prêt immobilier complémentaire, par exemple d'un prêt pour travaux d'amélioration, de réparation ou d'entretien d'un immeuble, les dispositions des articles L. 312-1 du code de la consommation s'appliqueront.

Si le crédit est mobilier, il conviendra de prévoir, quel que soit son montant, un régime particulier de protection du consommateur apparenté à celui déjà existant (cf. supra, 2.4.3.2). Il devra définir notamment :

– le domaine d'application des règles destinées à protéger l'emprunteur. A priori, ce mécanisme devrait pouvoir s'appliquer à toutes les opérations de crédit visées dans le code de la consommation⁷⁹. Il sera utile de déterminer si l'un des contrats peut constituer un crédit affecté (destiné, par exemple, à l'achat d'un équipement ménager lourd) ou encore une ouverture de crédit visant à apporter ponctuellement à un ménage un volant de trésorerie et, dans ces deux cas, d'emprunter les dispositions particulières à ce type d'opérations ;

– les conditions de la publicité ;

– les délais relatifs à l'offre préalable et à la faculté de rétraction ;

– le formalisme des contrats qui devra être allégé dans un souci de plus grande lisibilité et de protection plus efficace⁸⁰ du consommateur.

Ces mécanismes résultant des dispositifs déjà en cours devront tenir compte de la particularité de « l'hypothèque de crédit ». Mais, il conviendra d'éviter que ceux-ci ne conduisent à un excès de formalisme qui se révélerait inefficace à une véritable protection de l'emprunteur et paralyserait la facilité d'octroi de crédit recherchée.

Bien évidemment, le recours par les particuliers à cette nouvelle hypothèque ne dépendra pas seulement du cadre juridique qui lui aura été spécifiquement tracé. Il suppose aussi que, d'une façon générale, le recours aux sûretés réelles se trouve facilité.

⁷⁹ L'article L.311-2 vise notamment la location vente, la location avec option d'achat, les ouvertures de crédit de plus de trois mois ainsi que les opérations de crédit bail.

⁸⁰ Aujourd'hui, les modèles-types prévus par l'article 311-6 du code de la consommation restent longs et d'une compréhension complexe pour l'emprunteur.

3. COMMENT FACILITER LE RECOURS A L'HYPOTHEQUE ?

Tant pour favoriser un meilleur fonctionnement du marché des prêts immobiliers que pour permettre l'émergence du crédit hypothécaire mobilier, un recours plus aisé à la sûreté hypothécaire paraît nécessaire. Les mesures évoquées ici auraient évidemment vocation à s'appliquer également à "l'hypothèque de crédit".

La caution s'est développée à l'abri des inscriptions hypothécaires, évitant certains de leurs différents inconvénients. Parmi ceux-ci sont principalement évoqués :

– la lourdeur du formalisme et des délais depuis l'inscription de la sûreté jusqu'à sa radiation, en passant par l'absence de souplesse pour s'adapter aux évolutions potentielles du prêt (renégociation, changement de destination...);

– les coûts aux différents stades ;

– les difficultés de réalisation de l'hypothèque.

3.1 Un formalisme administratif et juridique à alléger

3.1.1 L'inscription hypothécaire

3.1.1.1 Une procédure à l'apparence complexe

L'inscription de la sûreté réelle à la conservation des hypothèques assure la publicité de celle-ci en la rendant opposable aux tiers. Prendre une inscription suppose d'avoir au préalable fait établir par un notaire un acte authentique de prêt hypothécaire. Dans la pratique, cet acte reprend les éléments mentionnés dans *l'offre de prêt*, signée sous seing privé, avec la banque.

Dans le cas d'une vente d'immeuble, l'acte de prêt hypothécaire est, en général, inséré dans l'acte de vente. Sa présentation et sa formulation sont souvent dictées par l'établissement prêteur. Il est finalisé dans les mêmes délais que ceux de l'acte de vente. Il est donc difficile de prétendre que l'acte authentique de prêt allonge les délais nécessaires pour procéder à la vente.

A partir de cet acte de prêt hypothécaire, le notaire établit aussi le bordereau d'inscription qui comporte l'ensemble des éléments nécessaires à la publication. L'inscription hypothécaire est finalement publiée à la conservation des hypothèques, en même temps que l'acte de vente, sous réserve qu'elle ne fasse pas l'objet d'un refus en raison d'informations inexacts ou incohérentes⁸¹.

Les investigations menées dans cinq conservations des hypothèques⁸² ont permis de constater que les notaires transmettent les actes à la conservation des hypothèques dans un délai moyen de 50 jours après leur signature. Depuis l'informatisation des conservations des hypothèques, le délai moyen entre le dépôt des actes ou des inscriptions et leur publication a été

⁸¹ Les motifs de refus de dépôt résultent de dispositions du Code civil, du Code général des impôts et des deux décrets de 1955 relatifs à la publicité foncière. A titre d'exemple, une inscription relative à un immeuble situé en dehors du ressort géographique de la conservation sera refusée.

⁸² Pour plus de détails sur l'informatisation récente des conservations des hypothèques et leur mode de fonctionnement, se reporter à l'annexe IV, intitulée : "Les conservations des hypothèques : leur fonctionnement, la pratique des sûretés réelles".

sensiblement réduit : en l'espace de six ans, entre 1998 et 2004, la part des conservations des hypothèques affichant un délai de publication de moins de 10 jours a plus que doublé. A la fin du premier semestre 2004, elle est de plus de 40%. Le délai moyen de publication de l'ensemble des conservations est de 24 jours à la fin du mois de septembre 2004.

Une fois l'inscription publiée à la conservation, elle est ensuite retournée au notaire qui la transmet à l'établissement de crédit et à l'emprunteur. Au total, il s'écoule vraisemblablement au moins trois mois entre l'instant où les parties signent les actes de vente et de prêt et le moment où elles obtiennent la confirmation de l'inscription et reçoivent toutes les pièces en retour. En conséquence, pour l'établissement de crédit, ce délai non maîtrisé représente une différence importante avec la caution.

Pour l'emprunteur, ce processus n'allonge pas le délai des formalités de vente. En revanche, il peut être perçu comme complexe, notamment parce que le vocabulaire entourant l'inscription hypothécaire paraît vite ésotérique à un non initié : le "principal" correspond au capital garanti par l'inscription, les "accessoires", dans la quasi-totalité des cas égaux à 20% du principal, doivent permettre à l'établissement de crédit de couvrir les frais de procédure en cas de défaut de l'emprunteur, la "date d'exigibilité" de la sûreté est celle de la dernière échéance du prêt, la "date d'effet" est celle jusqu'à laquelle la sûreté joue et elle est généralement postérieure de deux ans⁸³ à la date d'exigibilité...

Ces différentes caractéristiques rendent la procédure opaque aux yeux des emprunteurs qui se laissent donc d'autant plus facilement convaincre par la simplicité apparente de la caution.

Pour faciliter le recours aux sûretés réelles, il semble donc nécessaire de simplifier le formalisme administratif et juridique entourant l'inscription hypothécaire, mais aussi d'en réduire sensiblement les coûts.

3.1.1.2 *Simplifier l'acte de prêt*

Il n'est pas apparu possible à la mission de se passer de la forme authentique de l'acte de prêt pour la constitution de sûretés réelles et, donc, de l'intervention du notaire. Cela correspondrait à une réforme radicale soulevant des questions allant bien au delà de l'objet du présent rapport.

La forme authentique confère à l'acte sa force exécutoire. C'est elle qui permet au créancier d'enclencher la saisie du bien, en cas de défaillance du débiteur, sans avoir besoin au préalable d'obtenir une décision de justice. L'intervention du notaire comporte un devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur et elle garantit aussi le bon fonctionnement de la publicité foncière. Au demeurant, pour les prêts finançant une transaction immobilière, elle est de toute façon nécessaire pour la mutation de propriété.

Il semble toutefois possible d'alléger le formalisme qui entoure, dans la majorité des cas, l'acte de prêt hypothécaire.

En général, chaque établissement de crédit demandant une inscription hypothécaire a son propre modèle d'acte qu'il transmet au notaire chargé de la vente. Selon les cas, ces modèles sont plus ou moins longs, font appel à des termes plus ou moins compréhensibles par un non initié et reprennent en tout ou partie les informations contenues dans l'offre de prêt déjà signée sous seing privé.

⁸³ Délai légal maximum.

Dans une perspective de simplification, il pourrait être envisagé de simplifier et normaliser les actes authentiques de prêt hypothécaire en imposant qu'ils ne reprennent que les informations strictement nécessaires pour rendre le document exécutoire et permettre la publication de l'inscription à la conservation des hypothèques : référence cadastrale du bien hypothéqué, coordonnées du créancier et du débiteur, capital et frais annexes garantis par l'inscription, taux d'intérêt, date d'extinction de l'inscription. Dans cette optique, l'offre de prêt serait renvoyée en annexe, en mentionnant dans l'acte authentique "l'adhésion expresse aux conditions générales et particulières qui figurent dans l'offre de prêt jointe en annexe". Des exemples d'actes rédigés sur deux pages ont été montrés à la mission ; il serait souhaitable que ce type de présentation devienne la norme pour les actes authentiques de prêt. Une telle évolution aurait de surcroît l'avantage de faire baisser le coût de l'inscription hypothécaire, l'acte authentique de prêt étant soumis au droit de timbre de dimension, qui dépend du nombre de pages du document.⁸⁴

La mise en place de Téléactes dans les conservations des hypothèques, liaison informatique entre celles-ci et les études notariales, permettra d'alimenter automatiquement l'application FIDJI, gestionnaire du fichier foncier. Cela pourrait contribuer à faciliter la simplification des actes de prêt. L'informatisation va en effet nécessiter de standardiser l'ensemble des actes adressés aux conservations par ce canal pour permettre de procéder à des contrôles automatisés de cohérence et de qualité.

Téléactes devrait aussi permettre de diminuer le délai global compris entre la signature de l'acte et la publication de l'inscription, en raccourcissant la durée des échanges entre les études notariales et les conservations des hypothèques.

Toutefois, Téléactes ne devrait être opérationnel, dans un premier temps, que pour les actes de vente. Cette situation risque de pénaliser les acquisitions réalisées grâce à des prêts garantis par une inscription hypothécaire par rapport à ceux garantis par une caution. En effet, les ventes comportant un prêt hypothécaire devront continuer à utiliser les circuits de transmission actuels alors que les autres seront transmises, plus rapidement, par voie électronique. Si elle devait durer trop longtemps, cette disparité de traitement pourrait porter préjudice aux inscriptions hypothécaires et, partant, être un nouveau facteur de développement de la caution.

3.1.2 *Pendant la durée de l'inscription*

Seule l'inscription à la conservation des hypothèques rend la sûreté opposable aux tiers. De même, les effets des opérations affectant la sûreté pendant la durée de l'inscription dépendent de la publicité foncière qui leur est réservée.

S'il s'agit d'un accroissement de la créance garantie, une inscription complémentaire est nécessaire. Elle prendra rang à sa date et non à celle de l'inscription qu'elle complète. En revanche, pour être opposables aux tiers, les modifications qui ne contribuent pas à aggraver la situation du débiteur sont en principe soumises à publication en marge des inscriptions existantes.

3.1.2.1 *La publicité foncière n'est pas obligatoire pour la transmission des créances hypothécaires*

La transmission des créances hypothécaires par le jeu d'une cession de créance ou d'un paiement avec subrogation légale ou conventionnelle fait exception au formalisme de la publicité en marge de l'inscription originaire. La cour de cassation a jugé que l'inobservation de

⁸⁴ Les annexes sont aussi soumises au droit de timbre de dimension.

la formalité de publicité foncière n'est pas sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers⁸⁵. La mention marginale de la transmission de la créance hypothécaire n'est alors qu'une mesure d'information, d'ailleurs utile. Elle vise en effet à assurer un meilleur fonctionnement de l'hypothèque dans l'intérêt de son titulaire qui, avisé en cas de réalisation de la sûreté, sera à l'abri d'une mainlevée qu'accorderait son cédant.

➤ **La cession des créances hypothécaires** est réglementée par la loi du 15 juin 1976⁸⁶. Celle-ci autorise la transmission des créances uniquement par copie exécutoire à ordre en opérant une distinction entre les particuliers et les établissements de crédit dans le but de limiter les transactions entre les premiers et de les faciliter entre les seconds. A condition que l'acte constitutif de l'hypothèque mentionne la possibilité d'établir une copie exécutoire à ordre au nom du créancier, le titre peut se transmettre par endossement, c'est à dire par une signature portée au dos du titre.

Si la transmission a lieu entre particuliers, l'endossement doit être constaté par le notaire et notifié au notaire rédacteur de l'acte constatant la créance. L'endossement est reporté sur l'original de la créance et prend effet à l'égard des tiers à la date de la notification adressée au débiteur sans qu'il soit besoin d'autre formalité. En revanche, aucune formalité n'est requise si cette opération a lieu entre établissements financiers.

La cession de créance hypothécaire entre professionnels du crédit est donc préservée de la complexité souvent reprochée aux mécanismes de l'hypothèque. Utilisé par les établissements de crédit notamment en cas de fusion, l'endossement des copies exécutoires reste cependant un mécanisme très peu employé⁸⁷.

➤ **La subrogation** désigne l'opération par laquelle, à l'occasion d'un paiement, une substitution de personnes a lieu, de façon que le créancier d'origine, désintéressé, se voit dans ses rapports avec le débiteur, remplacer par l'auteur du paiement. La subrogation transmet au subrogé⁸⁸ la créance et ses accessoires, notamment les privilèges et hypothèques qui la garantissent.

Il existe plusieurs cas de subrogation légale, par exemple celle dont bénéficie de plein droit la caution qui paie le créancier et se trouve subrogée dans ses droits et sûretés contre le débiteur.

Mais la subrogation peut être aussi un mode conventionnel de transmission de la créance hypothécaire : un premier prêteur transmet sa créance à un second moyennant paiement et ce dernier est subrogé dans les droits et sûretés du premier. Le consentement du débiteur et son concours à l'acte de subrogation ne sont pas requis, il suffit que la subrogation soit expressément consentie par le premier créancier et concomitante au paiement constaté par la quittance subrogative délivrée au second prêteur.

Que ce soit par cession de la créance ou par paiement avec subrogation consentie par le créancier, la créance garantie par une sûreté réelle peut donc circuler facilement sans qu'il soit nécessaire de faire figurer ses mouvements en marge de l'inscription.

⁸⁵ Cour de cassation, 3^e chambre civile, 17 juin 1987 et 16 juillet 1987

⁸⁶ Loi n° 76-519 du 15 juin 1976 relative à certaines formes de transmission des créances

⁸⁷ Les représentants des notaires de la région parisienne ont précisé qu'environ 10 % des copies exécutoires comportaient une clause d'endossement. D'autres notaires consultés par la mission, à Dijon notamment, ont indiqué que la copie exécutoire n'était pratiquement jamais endossée.

⁸⁸ On entend, dans ce cas, par subrogé le nouveau titulaire de la créance.

La subrogation peut être aussi consentie par le débiteur. Cette opération intervient lorsque l'emprunteur fait un remboursement anticipé d'un premier emprunt consenti à un taux élevé pour emprunter une seconde fois à un taux plus avantageux en subrogeant le second prêteur dans les sûretés dont bénéficiait le premier. Lorsque le premier prêteur n'a pas consenti à la subrogation, l'emprunteur peut ainsi se passer de son consentement. Le plus souvent le premier prêteur accepte de délivrer une quittance. Mais s'il refuse de recevoir le remboursement anticipé ou de signer la quittance, l'emprunteur peut consigner la somme qu'il reste lui devoir ; le reçu délivré par la Caisse des dépôts et consignations qui mentionne l'origine des fonds permet alors la subrogation.

Lorsqu'elle intervient à l'initiative de l'emprunteur, la subrogation est entourée d'un formalisme très lourd qui conditionne l'opposabilité aux tiers : l'acte d'emprunt et la quittance doivent être constatés par actes notariés (ou un seul acte), qui mentionnent expressément l'un, le but de l'emprunt (remboursement du premier prêteur) et l'autre, l'origine des fonds (paiement du premier prêteur avec les fonds prêtés par le second).

La subrogation consentie par l'emprunteur pour contracter un prêt à de meilleures conditions constitue un mécanisme utile pour la renégociation d'un prêt hypothécaire en période de baisse des taux d'intérêt car elle permet au nouveau prêteur de conserver le rang de l'hypothèque initiale. L'opération peut servir également pour les opérations de restructuration de prêts.

Il semble cependant que, mal maîtrisé par les banques et négligé par les praticiens du droit, sans doute en raison de sa complexité, ce mécanisme soit peu employé. Les établissements de crédit et les notaires ne le proposent pas aux emprunteurs et préfèrent faire l'opération en deux temps : remboursement des prêts antérieurs et mainlevée pour chacune des garanties de ceux-ci, puis prise d'une nouvelle inscription⁸⁹.

En tout état de cause, si la situation du débiteur est aggravée soit par un changement dans le montant de la créance, soit par une hausse du taux d'intérêt, la garantie ne s'étend pas au-delà du montant en principal et accessoires figurant dans l'inscription initiale et il peut s'avérer nécessaire de prendre une nouvelle inscription qui prendra rang à sa date.

Si, dans le cadre de la renégociation ou restructuration de prêts, la charge du débiteur n'est pas alourdie, la mention de la subrogation en marge de l'inscription initiale reste utile pour renseigner les tiers sur l'évolution de la garantie. Quoiqu'il en soit, le formalisme très lourd qui pèse sur la subrogation consentie par l'emprunteur fait préférer, pour la transformation du prêt garanti par une hypothèque, d'autres mécanismes plus simples mais plus coûteux.

3.1.2.2 *Un formalisme qui reste lourd pour les mentions marginales inévitables*

A la différence de la cession de créance hypothécaire et de la transmission avec subrogation, toutes les autres opérations qui, sans mettre fin à l'hypothèque, modifient cependant ses caractéristiques (durée, montant garanti, changement dans la personne du créancier), sans aggraver la situation de l'emprunteur, nécessitent une mention en marge de l'inscription de l'hypothèque primitive pour être opposables aux tiers. La mention est effectuée par le notaire et comporte une analyse sommaire de l'acte à publier, elle est datée et signée par

⁸⁹ Le notaire peut éviter les frais de mainlevée du premier prêt en demandant au second prêteur d'accepter que son inscription vienne en deuxième rang ; dans ce cas l'inscription de premier rang n'est pas radiée, mais la créance étant éteinte par le remboursement du premier prêt, elle est dépourvue de tout effet.

le conservateur. Le coût, toujours significatif, de cette opération varie en fonction de la nature de la mention⁹⁰.

La description des deux opérations que sont la cession de rang ou d'antériorité et la prorogation de délai permet de mieux cerner l'enjeu de la publication par mention en marge de l'inscription.

La cession de rang ou cession d'antériorité est la convention par laquelle deux créanciers inscrits sur le même immeuble décident d'intervertir leurs rangs respectifs : un créancier cède son rang à un créancier moins bien classé que lui. La convention ne porte que sur le droit de préférence et n'opère que dans la limite de la plus faible des créances en cause.

De telles cessions d'antériorité peuvent intervenir au profit des établissements de crédit qui n'acceptent de prêter qu'à la condition de bénéficier d'une garantie mieux placée. Elles sont surtout pratiquées, en cas de vente d'immeuble en état futur d'achèvement, entre le privilège du vendeur, qui vient normalement s'inscrire en premier rang, et le(s) privilège(s) du prêteur de deniers et/ou l'(les) hypothèque(s) conventionnelle(s). Dans ce cas, le notaire, parallèlement aux actes de vente et de prêt hypothécaire, établit un ou plusieurs actes authentiques de cession de rang pour que le privilège du vendeur prenne rang après l'ensemble des garanties consenties par la banque pour financer le bien. Le notaire requiert ensuite auprès de la conservation autant de mentions en marge que de sûretés réelles dont le rang vient précéder celui du privilège du vendeur. Les coûts sont ainsi multipliés pour l'acquéreur.

La mission propose d'éviter ces coûts dans l'hypothèse d'une cession d'antériorité concernant le privilège du vendeur et lorsque la mention de cession de rang est requise en même temps que l'inscription de la sûreté : la mention marginale de cession de rang pourrait être effectuée dès l'inscription et sans frais supplémentaire, sur la seule présentation de l'acte authentique de prêt hypothécaire comportant une clause de cession de rang.

Les prorogations de délais, ou renouvellements, effectuées par le créancier pour éviter la péremption de l'inscription, sont également mentionnées en marge de l'inscription d'origine. En effet, le créancier, lors de l'inscription, fixe le délai pendant lequel l'inscription de l'hypothèque conserve son effet, et ce dans les limites imposées par la loi. Pour éviter sa disparition automatique, le créancier doit, avant la date de péremption, procéder au renouvellement de l'inscription jusqu'au paiement du prix. Cette opération, intervient en particulier quand le créancier n'est pas payé à la dernière échéance, en cas de restructuration du prêt ou de rééchelonnement de la dette par la commission de surendettement. La mention est effectuée par le notaire sur mandat du créancier à qui il appartient de prendre les mesures nécessaires à la conservation de la sûreté. Le notaire est cependant tenu de ne pas manquer à son devoir de conseil en cette matière. Il est donc prudent de prévoir le mandat dans l'acte constitutif d'hypothèque.

Le coût des mentions de prorogation de délai est disproportionné par rapport à la simplicité de l'opération, mais celle-ci reste indispensable. Ces mentions sont, en effet, liées à l'existence d'une péremption⁹¹ de l'inscription qui se justifie car elle dispense des opérations de

⁹⁰ Le coût d'une prorogation de délai correspond aux versements à faire :

-au Trésor : 75 € + 15 € (salaire du conservateur),

-au notaire : application du barème S2 coefficient 1, soit pour une inscription au delà de 16 770 €, 0,6578 % du principal + 170,502 € + les émoluments de formalité (environ 100 €).

⁹¹ Délais de péremption :

- pour les prêts dont les échéances sont déterminées, au plus deux ans après la dernière échéance du prêt, dans un délai maximum de 35 ans,

mainlevée et de radiation lorsque l'emprunteur s'est acquitté de sa dette. Les interlocuteurs de la mission ont cependant exprimé des avis divergents sur une réforme du délai qui emporte péremption après la dernière échéance du prêt. Certains estiment qu'il devrait être abrégé à un an dans le but de rendre inutile la radiation en cas de vente et paiement du prix, d'autres remarquent que le délai de deux ans est trop bref en cas de restructuration de prêt.

La mission propose la réduction de ce délai à un an.

Pendant la durée de l'inscription, c'est surtout l'emprunteur qui subit le formalisme attaché aux opérations affectant l'hypothèque. Celles-ci sont juridiquement adaptées à l'évolution de la garantie, mais leur complexité en restreint l'utilisation et les mentions en marge de l'inscription initiale représentent une faible partie des formalités enregistrées à la conservation des hypothèques⁹². Outre les allègements formels évoqués ci-dessus, la mission propose que le coût des mentions en marge soit réduit selon les modalités exposées dans la partie dédiée à la réduction des coûts (cf. infra 3.2.) de façon à accroître la fluidité du crédit hypothécaire.

3.1.3 A son extinction

Il convient de distinguer l'extinction de l'hypothèque de l'extinction de son inscription. Par exemple, l'inscription d'une sûreté peut s'éteindre par péremption alors que la créance n'est pas entièrement remboursée et que, par conséquent, la sûreté elle-même existe toujours ; le créancier peut alors effectuer une nouvelle inscription qui prendra rang à sa date.

3.1.3.1 L'extinction de l'hypothèque

L'hypothèque, droit accessoire, s'éteint en même temps que la créance qu'elle garantit. Ainsi le paiement de la dette entraîne l'extinction de la créance et celle de l'hypothèque ; encore faut-il que le paiement soit total car, en raison de la règle de l'indivisibilité, un paiement partiel n'empêche pas l'hypothèque toute entière de subsister sur l'immeuble entier pour garantir le reliquat impayé.

L'extinction de la créance garantie par d'autres modes que le paiement (notamment en cas de prescription, remise de dette, compensation) entraîne également celle de l'hypothèque. Si ces modes d'extinction n'appellent pas de précisions particulières au regard des objectifs poursuivis par la mission, il en va différemment de la novation.

La *novation* est la convention par laquelle les parties décident d'éteindre une obligation pour la remplacer par une obligation nouvelle. Elle peut avoir lieu dans deux cas : lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, ou lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. La novation apparaît cependant juridiquement moins avantageuse que la subrogation car elle emporte extinction de la sûreté qui garantissait la créance ancienne et nécessite donc une radiation.

- pour les créances qui n'ont pas de terme certain ou dont l'échéance est déjà survenue, délai maximum de dix ans ;

Le délai de 35 ans mériterait d'être allongé selon plusieurs interlocuteurs de la mission ; toutefois les motifs de cet allongement correspondent à d'autres objectifs que ceux assignés à la présente mission : prêt viager hypothécaire, opérations d'entreprise...

⁹² En dehors des mentions de radiation totale ou partielle, le nombre des mentions en marge d'inscriptions requises en 2003 représentent 9% du nombre des inscriptions d'hypothèques conventionnelles et de privilèges de prêteur de deniers. Parmi ces mentions, 44% sont des renouvellements d'inscription. Rapporté au stock des inscriptions, le pourcentage des mentions en marge hors mentions de radiation, doit être inférieur à 1%.

Toutefois, en cas de changement d'objet, renégociation ou restructuration de prêt par exemple, les parties peuvent convenir de conserver à la nouvelle obligation les hypothèques qui assortissaient l'ancienne en faisant figurer à l'acte portant novation une réserve expresse des sûretés. Les coûts d'une nouvelle inscription, de la mainlevée de l'ancienne et l'inconvénient de la perte du rang de cette dernière peuvent ainsi être évités, la mention de la réserve en marge de l'inscription d'origine, suffisant alors à informer les tiers pour un moindre coût.

Il y a novation également lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier. Mais alors, la sûreté ne peut être transportée sur un immeuble appartenant au nouveau débiteur. Toutefois, dans un souci de fluidité, la règle a été assouplie et, lorsqu'un prêt est transféré à l'acquéreur d'un immeuble par le jeu d'une novation par changement de débiteur, les parties peuvent convenir de maintenir le privilège ou l'hypothèque qui le garantissait : ainsi, lorsque le propriétaire d'un immeuble acquis grâce à un prêt privilégié ou hypothécaire veut le revendre alors que le prêt est en cours d'amortissement, il peut le faire en cédant au nouvel acquéreur le bénéfice du prêt assorti de la même sûreté.

Les éléments recueillis permettent de relever que cette « réserve » des sûretés est peu utilisée dans la pratique.

De fait, qu'il s'agisse de subrogation ou de novation, le privilège ou l'hypothèque ne peut garantir après l'opération plus que ce qui restait dû au créancier au moment où l'opération est intervenue, ce qui limite l'intérêt de ces mécanismes pour le second prêteur, en particulier dans les opérations de restructuration de prêt.

Par ailleurs, ni la subrogation, ni la novation ne permettent de résoudre le problème posé par la rigidité du mécanisme de l'hypothèque lorsque l'emprunteur doit faire face à un changement de résidence pour des raisons professionnelles ou autres. L'emprunteur doit alors vendre, rembourser le prêteur, supporter les frais de mainlevée et éventuellement une indemnité de remboursement anticipé, puis solliciter un nouveau prêt avant d'acquérir un autre bien et inscrire une nouvelle hypothèque, là où l'organisme de cautionnement permet généralement de transférer la caution sans frais sur le bien acquis.

En l'état, seule une réduction sensible du coût des formalités permettra, en cas de vente d'un bien immobilier avant l'échéance d'un prêt assorti d'une hypothèque, de faciliter cette opération.

3.1.3.2 *L'extinction de l'inscription*

L'inscription de l'hypothèque prend fin avec la radiation. A la suite de cette opération, le créancier ne pourra plus rétablir l'inscription à son rang primitif, le constituant verra l'immeuble libéré de la sûreté inscrite, et les créanciers hypothécaires de rang inférieur sur le bien grevé pourront obtenir paiement plus facilement.

La radiation peut être totale ou partielle⁹³. Partielle, elle ne fait pas disparaître les effets de l'inscription, mais diminue soit le montant de la créance garantie (il s'agit alors d'une « réduction »), soit l'assiette de l'inscription (dans ce dernier cas, l'opération est désignée sous le terme de « cantonnement »)⁹⁴.

⁹³ En 2003, 286.000 radiations totales et 22.000 radiations partielles ont été enregistrées dans les conservations des hypothèques.

⁹⁴ Les observations faites dans les conservations des hypothèques montrent que la quasi totalité des radiations partielles concernent une réduction de l'assiette (Cf. annexe IV).

La radiation peut être volontaire et elle est alors précédée d'un acte de mainlevée émanant du créancier. Elle est judiciaire lorsque le juge⁹⁵, saisi en raison de l'inertie du créancier, ordonne, selon les cas, la radiation de l'inscription après avoir constaté l'extinction de la créance garantie ou une radiation partielle à la suite de la réduction des créances garanties ou du cantonnement.

Si les formalités de prise d'inscription sont lourdes et coûteuses, celles de la radiation ne le sont pas moins et les praticiens rencontrés par la mission sont unanimes à dénoncer la complexité du processus qui contribue au discrédit dont souffre l'hypothèque.

La mainlevée doit être consentie par acte authentique. S'agissant des sociétés civiles et commerciales et plus particulièrement des établissements de crédit, la mainlevée constatée par le notaire sera consentie par la personne ayant qualité pour représenter la société à la date de la mainlevée, soit parce qu'elle a reçu mandat de le faire, soit parce qu'en qualité de préposé, elle bénéficie d'une délégation de pouvoir du représentant légal de la société. Il doit être justifié dans l'acte de mainlevée de la délégation de pouvoir. Ces exigences obligent le notaire à vérifier la chaîne des pouvoirs au sein de l'établissement prêteur, ce qui, selon les notaires consultés par la mission, est source de complications et délais supplémentaires dans le processus de mainlevée.

Il appartient, en effet, au notaire de s'assurer de la capacité du créancier à donner mainlevée. Le plus souvent, l'établissement au profit duquel l'inscription a été prise sera celui qui a pouvoir de donner mainlevée, mais ce ne sera pas le cas si la créance a été transmise à un autre créancier. C'est pourquoi le notaire doit se procurer, auprès de l'établissement de crédit qui a consenti l'emprunt, la copie exécutoire de l'acte de prêt pour vérifier si elle a été endossée et la retirer de la circulation. Les notaires rencontrés par la mission ont là encore évoqué les difficultés qu'ils avaient à obtenir des banques la copie exécutoire. Par ailleurs, les banques facturent parfois l'établissement et l'envoi des différents documents.

Lors du dépôt de l'acte de mainlevée à la conservation des hypothèques, le conservateur n'exerce pas son contrôle seulement sur la forme de l'acte comme lors de l'inscription, il vérifie également la qualité et la capacité de la personne⁹⁶ qui donne mainlevée et s'assure que les énonciations de la mainlevée sont suffisantes pour justifier la validité du consentement. Ce pouvoir de contrôle de la validité au fond de la mainlevée engage sa responsabilité civile. Dans certaines conservations, c'est en conséquence le conservateur lui-même qui vérifie les mainlevées.

Les mainlevées sont publiées par le conservateur des hypothèques sous forme de mention en marge des inscriptions existantes et comportent une analyse sommaire de l'acte à publier. Un acte normalisé a été conçu conjointement par le Conseil supérieur du Notariat et la Direction générale des Impôts, mais certains praticiens en critiquent le nombre excessif de pages.

⁹⁵ Il s'agit d'une procédure devant la juridiction du fond qui se déroule sur un certain délai.

⁹⁶ Aux termes de l'article 2158 al 2 du code civil aucune pièce justificative n'est exigée à l'appui de l'expédition de l'acte authentique en ce qui concerne les énonciations établissant l'état, la capacité et la qualité des parties lorsque ces énonciations sont certifiées exactes dans l'acte par le notaire.

La lourdeur du processus et son coût (détaillé dans l'annexe V) expliquent que les opérations de mainlevée et radiation ne soient prioritaires ni pour les notaires, ni pour le conservateur⁹⁷.

Dans le but de simplifier les opérations de mainlevée et de radiation de l'inscription, la mission formule les propositions suivantes :

– la radiation pourrait être effectuée par le conservateur sur présentation par le notaire d'une attestation de l'établissement de crédit certifiant du remboursement de la créance ;

– pour l'appréciation de la capacité du créancier à donner mainlevée, il suffirait au notaire, qui, le plus souvent reçoit les fonds avant de les transmettre au prêteur, d'obtenir de celui-ci, en même temps que le décompte de la créance, mandat de procéder à la mainlevée.

Dans le cas où il ne transmet pas lui-même les fonds à la banque, ce qui semble l'exception, il suffirait au notaire d'obtenir de la banque un certificat attestant que son représentant a reçu délégation pour donner quittance et, en conséquence, a qualité pour la représenter.

Cette pratique permettrait de simplifier la question de la chaîne des pouvoirs, de rendre la radiation plus rapide, et de décharger le conservateur de la vérification de la capacité du créancier, réduisant ainsi l'étendue de sa responsabilité qui serait, en ce domaine, transférée entièrement au notaire.

En cas de résistance du créancier remboursé de sa créance, la radiation pourrait être faite par le conservateur des hypothèques au vu d'une ordonnance rendue en la forme des référés par le président du tribunal de grande instance ou le juge de l'exécution, saisi par l'emprunteur. Cette procédure, relativement rapide par rapport à la procédure de droit commun aujourd'hui suivie, présente, comme celle-ci, l'avantage d'être contradictoire.

3.2 Réduire le coût de l'inscription hypothécaire

Le coût dissuasif de l'inscription hypothécaire au regard de celui d'une caution est souvent mis en avant pour expliquer le développement de la caution. Or, ce n'est pas toujours l'écart de coût qui peut justifier que la caution soit préférée à la sûreté réelle. Toutefois, la comparaison internationale révèle un coût des inscriptions élevé en France et c'est en partie grâce à ce coût élevé que les organismes de caution ont pu faire leur place.

Face à ce constat, le développement du crédit hypothécaire suppose de revoir à la baisse le coût global de l'inscription hypothécaire ainsi que celui des mentions en marge effectuées pendant la durée de l'inscription et que celui de la mainlevée.

Baisser le coût global de la sûreté hypothécaire (celui de l'inscription, ainsi que celui des mentions en marge et de la mainlevée) aurait l'avantage de favoriser le recours à l'hypothèque et aussi de réduire les frais sur le crédit immobilier non hypothécaire, car les organismes de caution devront vraisemblablement aligner assez largement leurs tarifs.

⁹⁷ Il est ainsi relevé dans l'annexe IV dédiée aux conservations des hypothèques que, sur les cinq échantillons relevés dans les conservations représentant un total de 120 radiations, le délai moyen qui s'écoule entre l'acte de vente du bien et la radiation est d'un an et cinq mois.

3.2.1 La décomposition du coût de l'inscription hypothécaire

Les coûts liés à l'inscription hypothécaire peuvent être décomposés entre ceux dus au titre des recettes publiques, d'une part, et au titre de la rémunération des notaires, d'autre part, même si l'ensemble est facturé au particulier par le notaire. Ils sont différents selon qu'il s'agit d'un privilège de prêteur de deniers ou d'une hypothèque conventionnelle et selon qu'une mainlevée est ou non nécessaire⁹⁸.

En outre, comme dans la plupart des cas, l'inscription hypothécaire est concomitante à une acquisition, il est particulièrement difficile pour le particulier de faire la distinction entre les frais liés à la seule acquisition et ceux relatifs à l'inscription de la sûreté réelle.

3.2.1.1 Lors de l'inscription

Toute inscription hypothécaire nécessite l'intervention du notaire et de la conservation des hypothèques.

La rémunération du notaire est principalement constituée :

– par des "émoluments sur formalité", permettant de facturer les différentes démarches administratives et calculés en fonction d'un nombre "d'unités de valeur"⁹⁹ fixé pour chacune ;

– par des émoluments proportionnels, calculés sur la base du montant du prêt.

Les émoluments sur formalité sont indépendants du montant inscrit et peuvent être évalués a minima à environ 50 €. Les émoluments proportionnels sont fonction du montant principal garanti par l'inscription. Pour une inscription d'un montant supérieur à 16 770 €, le taux appliqué est de 0,6578%, toutes taxes comprises, la somme fixe de 231,906 € devant être ajoutée.

A la conservation des hypothèques, les inscriptions hypothécaires donnent lieu à la perception :

– du salaire du conservateur¹⁰⁰, au taux de 0,05% ;

– pour les seules hypothèques conventionnelles, de la taxe départementale de publicité foncière, au taux de 0,615%, frais d'assiette et de recouvrement inclus.

A ces frais doivent être ajoutés ceux liés au timbre de dimension (3 € par page de format A4 imprimée sur une seule face), fonction du nombre de pages de l'acte de prêt. Cependant, ces frais sont relativement marginaux au regard de l'ensemble des coûts de l'inscription.

⁹⁸ L'annexe V intitulée "Le choix entre l'hypothèque et la caution, quels coûts en jeu ?" présente plusieurs simulations du coût actualisé de l'inscription d'une sûreté réelle et de sa mainlevée, en fonction de la date de cette dernière et d'hypothèses de taux d'actualisation.

⁹⁹ Le tarif de l'unité de valeur est déterminé par voie réglementaire.

¹⁰⁰ Sous la dénomination "salaire du conservateur", il faut entendre une recette budgétaire alimentant le budget général de l'Etat, dont une fraction (de l'ordre de 7%) sert à rémunérer les conservateurs des hypothèques en activité.

En ne tenant compte que des coûts variables¹⁰¹, salaire du conservateur, taxe départementale de publicité foncière et émoluments proportionnels du notaire, la répartition du coût entre les acteurs publics et les notaires est la suivante :

Inscription initiale	Recettes publiques	Rémunération du notaire	Ensemble
Privilège de prêteur de deniers	8,4%	91,6%	100%
Hypothèque conventionnelle	54,8%	45,2%	100%

Pour une inscription d'hypothèque conventionnelle, le coût est réparti à peu près à parts égales entre rémunération du notaire et recettes publiques. En revanche, pour un privilège de prêteur de deniers, la rémunération du notaire constitue l'essentiel (plus de 90%) du coût.

3.2.1.2 Lors de la mainlevée

Au coût initial de l'inscription doit être ajouté celui de la mainlevée, rendue en pratique nécessaire lorsque le bien faisant l'objet de l'inscription doit être revendu avant la date d'expiration de celle-ci¹⁰². La plupart des interlocuteurs rencontrés indiquent que le coût de la mainlevée est ressenti très négativement par les emprunteurs, alors qu'ils sont libérés de leur dette.

Comme pour l'inscription, la rémunération du notaire repose sur des émoluments de formalité et des émoluments proportionnels, dont le tarif est inférieur à celui de l'acte de prêt hypothécaire (un taux de 0,3289% est appliqué pour les montants supérieurs à 16 770 €). Mais contrairement à l'inscription, pour une mainlevée, les émoluments proportionnels sont calculés aussi sur les accessoires, et non pas sur le seul principal.

Le salaire du conservateur, au taux de 0,1%, est perçu sur le total du principal et des accessoires. Que l'inscription soit une hypothèque conventionnelle ou un privilège de prêteur de deniers, la mainlevée n'entre pas dans le champ de la taxe de publicité foncière. En revanche, elle est soumise à un droit fixe de 75 €, dû au titre de l'enregistrement.

En ne tenant compte que des coûts variables, le coût d'une mainlevée se répartit de la manière suivante :

Mainlevée	Recettes publiques	Rémunération du notaire	Ensemble
Hypothèque et privilège	23,3%	76,7%	100%

Les trois quarts du coût d'une mainlevée sont donc à imputer à la rémunération des notaires.

Le coût de la mainlevée étant sensiblement inférieur à celui d'une inscription (les émoluments du notaire sont deux fois plus élevés pour une inscription que pour une mainlevée), la répartition du coût *global* de l'inscription et de sa mainlevée¹⁰³ est peu différente de celle de l'inscription.

¹⁰¹ Ce qui exclut donc de la comparaison la partie fixe des émoluments des notaires et le droit de timbre.

¹⁰² Les praticiens ne procèdent généralement pas à cette mainlevée lorsque le bien est revendu peu avant la date d'expiration de la sûreté.

¹⁰³ Sans tenir compte du différé de paiement de la mainlevée qui intervient généralement plusieurs années après la prise de l'inscription.

Inscription et mainlevée	Recettes publiques	Rémunération du notaire	Ensemble
Privilège de prêteur de deniers	14,6%	85,4%	100%
Hypothèque conventionnelle	46,6%	53,4%	100%

Pour un privilège de prêteur de deniers, 85% du coût est lié à la rémunération du notaire et, pour l'hypothèque conventionnelle, 53%.

3.2.2 *Comment réduire les coûts ?*

Pour favoriser un recours accru à l'hypothèque et en accroître sa compétitivité face à la caution, il paraît nécessaire d'en abaisser le coût. Toutefois, il est difficile de se prononcer sur l'ampleur que doit prendre cette baisse, qui pour conduire les ménages à changer leur comportement face à la prise d'hypothèque, doit être perceptible. Les comparaisons avec les pratiques des grands pays européens constituent des références utiles (cf. annexes II et III). Au Royaume-Uni, la garantie hypothécaire est systématique pour peu que le bien soit acquis à l'aide d'un prêt et n'induit pas de coût supplémentaire ; pour une hypothèque prise séparément, le coût est de l'ordre de 600 €. En Allemagne, le coût d'une hypothèque garantissant un prêt de 100 000 € est inférieur à 500 € quand en France, il est de l'ordre de 1 000 € pour un privilège de prêteur de deniers et de 1 700 € pour une hypothèque conventionnelle. Une réduction de l'ordre de la moitié semble nécessaire pour redonner essor aux sûretés réelles.

Différents leviers peuvent être utilisés pour diminuer les coûts, qu'il s'agisse des perceptions au titre des recettes publiques ou de la rémunération des notaires.

3.2.2.1 *Limiter les frais liés au timbre de dimension*

La normalisation de l'acte authentique de prêt devrait en diminuer la longueur et, en conséquence, avoir une répercussion sur les frais de timbre de dimension. Réduire en moyenne de cinq pages l'acte authentique de prêt conduit à diminuer le coût pour l'emprunteur de 30 € (en considérant que deux exemplaires de l'acte, la minute et la copie exécutoire, sont timbrées).

Dans la même logique de réduction des coûts de l'inscription, il serait souhaitable d'exonérer de timbre de dimension l'offre de prêt jointe en annexe de l'acte authentique.

En 2003, 637 700 nouvelles inscriptions hypothécaires ont été publiées par les conservations des hypothèques. En faisant l'hypothèse que, pour chaque inscription, le coût est allégé de 30 €, le manque à gagner pour les finances publiques se monterait à environ 19 M€, soit 3,7% des recettes perçues en 2003 au titre du droit de timbre.

Estimer le coût de l'exonération de droit de timbre de l'annexe constituée par l'offre de prêt est un exercice plus complexe dans la mesure où la longueur des documents d'offre de prêt est plus difficilement quantifiable. Avec une moyenne de 10 pages par offre de prêt, le manque à gagner pour l'Etat serait de l'ordre de 38 M €.

3.2.2.2 *Diminuer fortement, voire supprimer la taxe départementale de publicité foncière sur les inscriptions d'hypothèques conventionnelles*

Le privilège de prêteur de deniers ne peut être inscrit que pour garantir un prêt destiné à acquérir un bien existant. L'hypothèque conventionnelle est donc la seule sûreté réelle possible pour garantir un prêt finançant un bien en l'état futur d'achèvement, pour un crédit destiné à la réalisation de travaux et pour un crédit consenti en dehors de toute acquisition immobilière.

Or, pour les hypothèques conventionnelles, une part importante du coût de l'inscription est liée à l'assujettissement à la taxe départementale de publicité foncière. Le

privilège de prêteur de deniers n'est pas assujéti à cette taxe, ce qui crée une distorsion entre l'immobilier ancien et l'immobilier en l'état futur d'achèvement, au détriment de ce dernier¹⁰⁴

Il pourrait donc être souhaitable, à la fois pour des raisons de neutralité fiscale et pour faciliter le recours à l'hypothèque, de supprimer la taxe départementale de publicité foncière sur les inscriptions d'hypothèques conventionnelles.

En 2003, la taxe départementale de publicité foncière sur les seules inscriptions d'hypothèques conventionnelles a rapporté 143 M €. Par souci de cohérence, il pourrait être envisagé de supprimer également la taxe départementale de publicité foncière due sur les autres types d'inscriptions qui y sont soumises, notamment les hypothèques judiciaires. Les recettes de cette taxe¹⁰⁵ relatives aux inscriptions hypothécaires au sens large se sont montées à 150 M €.

Exonérer les inscriptions hypothécaires induirait, pour les départements, un manque à gagner sur les recettes de taxe de publicité foncière de l'ordre de 3%. Une autre option consisterait à substituer à la taxe proportionnelle un droit fixe, à l'image de celui qui est en vigueur pour les radiations de saisie. En généralisant l'application du droit fixe de 15 € pour l'ensemble des inscriptions et mentions en marge qui aujourd'hui sont assujétiées à la taxe proportionnelle, le manque à gagner pour les départements serait d'environ 140 M €.

Toutefois, une telle évolution pose évidemment un problème de finances publiques, vraisemblablement pour le budget de l'Etat au regard notamment du principe de compensation des recettes de fiscalité locale. Deux solutions sont a priori possibles :

– permettre aux collectivités locales en compensation d'accroître le taux de cette taxe qui s'applique aux mutations à titre onéreux, ce qui augmenterait marginalement (sans doute 1 à 2%) le montant de la taxe ;

– procéder à une compensation budgétaire.

Au regard de l'objectif de développement de l'accession à la propriété, il serait évidemment préférable de ne pas augmenter les droits de mutation.

Une autre solution, qui a la préférence de la mission, serait de s'en tenir à un régime spécifique pour la nouvelle « hypothèque de crédit » qu'il est proposé de créer : comme le privilège de prêteur de deniers ou l'hypothèque conventionnelle sur les prêts aidés, elle ne serait pas assujétiée à la taxe de publicité foncière.

Cela réduirait sans doute beaucoup le coût de la mesure en la limitant au crédit aux ménages. Il semble toutefois qu'il n'existe actuellement aucune décomposition entre particuliers et entreprises des recettes de la taxe de publicité foncière sur les hypothèques conventionnelles. On peut supposer que la concurrence de la caution et l'exonération des prêts aidés limitent la part des emprunteurs individuels dans le total.

3.2.2.3 Réduire le salaire du conservateur

Au préalable, il importe de préciser que la dénomination "salaire du conservateur" ne recouvre plus aujourd'hui la rémunération des conservateurs des hypothèques. Il s'agit d'une

¹⁰⁴ du moins pour les prêts libres, les prêts aidés étant exonérés de la taxe.

¹⁰⁵ La taxe départementale de publicité foncière est due aussi sur les mutations à titre onéreux, qui sont la première source de recettes pour cette taxe affectée aux départements. En 2003, le total des recettes de taxe de publicité foncière s'est élevé à 4,7 Mds €.

recette alimentant le budget général de l'Etat, perçue en contrepartie du service rendu par les conservations des hypothèques pour la tenue et la publication du fichier foncier. Cette dénomination porte à confusion et pourrait être modifiée au profit d'une appellation plus conforme à la finalité des sommes prélevées (frais de tenue de fichier...).

Comme le montre la répartition du coût entre les recettes publiques et la rémunération, ce n'est pas en modifiant le prélèvement au titre du salaire du conservateur que le coût de l'hypothèque conventionnelle ou du privilège de prêteur de deniers sera sensiblement modifié. Pour autant, une baisse du coût des sûretés réelles, pour être acceptée par les différents intervenants à l'origine de ce coût, doit être la conséquence d'une diminution de chacune de ses composantes.

Le taux du salaire du conservateur est deux fois plus élevé pour la mainlevée (0,1%) que pour la prise d'inscription (0,05%). Cette différence, justifiée par la responsabilité que comporte la radiation pour le conservateur, est très mal comprise dans la mesure où la radiation intervient alors que le débiteur est libéré de sa dette et n'a plus d'obligation envers le créancier.

Il paraît donc nécessaire de ramener le taux du salaire du conservateur perçu pour la radiation en dessous de celui perçu pour l'inscription. A partir de là, deux hypothèses se présentent, soit un salaire fixe est prélevé lors de la radiation, soit le salaire reste proportionnel mais avec un taux inférieur à 0,05%.

La diminution de la responsabilité des conservateurs des hypothèques lors radiation, proposée précédemment, pourrait justifier un tarif fixe. Fixer ce tarif à 15 € par exemple induirait un manque à gagner pour l'Etat de l'ordre de 20 M €.

Dans le cas du maintien d'un tarif proportionnel, le salaire du conservateur pourrait être ramené de 0,1% à 0,025%, ce qui induirait un coût pour l'Etat du même ordre de grandeur que précédemment, environ 19 M €.

Par ailleurs, il pourrait être envisagé, pour l'inscription comme pour la mainlevée, de réduire la base de calcul du salaire du conservateur au seul montant du principal garanti par l'inscription alors que celle-ci porte actuellement sur la somme du principal et des accessoires. En conséquence, le manque à gagner serait de l'ordre de 20 M € pour les radiations et de 8 M € pour les inscriptions de sûretés réelles (hypothèque conventionnelle, privilège de prêteur de deniers et privilège du vendeur).

Au total, en restreignant la base de calcul du salaire du conservateur (pour l'inscription hypothécaire et sa radiation) au seul principal et en assujettissant la mainlevée à un salaire réduit de 0,025%, les recettes de salaire du conservateur diminueraient d'environ 5%, soit 28 M €. Mais, sur les seules inscriptions et leurs mainlevées, les recettes du salaire du conservateur baisseraient de 40%.

Là encore se pose la question d'une éventuelle compensation du manque à gagner pour l'Etat par une augmentation marginale du salaire sur les autres formalités. Cela pourrait se justifier par une meilleure répartition du coût de la publicité foncière entre l'ensemble des acteurs qui en bénéficient, dont les organismes de caution et leurs clients (cf. 1.3). Toutefois, le plus cohérent avec l'objectif de favoriser l'accès à la propriété serait de ne pas compenser.

3.2.2.4 Réduire les émoluments des notaires

➤ Pour les inscriptions

Les émoluments des notaires sont pour partie proportionnels au montant des inscriptions. Bien que la teneur du travail réalisé par les notaires soit la même quel que soit le

montant de l'inscription, cette proportionnalité peut s'expliquer par la responsabilité qu'ils mettent en jeu lorsqu'ils s'engagent vis à vis du créancier à prendre une inscription pour un rang donné.

Dans la pratique, cette responsabilité paraît peu soulevée puisque les hypothèques de deuxième rang et de rangs postérieurs sont assez peu fréquentes et que le nombre d'hypothèques mises en jeu est faible par rapport au nombre total d'inscriptions.

En outre, l'informatisation des conservations des hypothèques a réduit le risque lié à « l'inscription intercalaire ». Lorsque, en amont d'une vente, une situation hypothécaire du bien (« état hypothécaire hors formalité ») est demandée, les conservations savent maintenant indiquer non seulement les sûretés inscrites au fichier, mais aussi l'existence éventuelle d'inscriptions en cours de traitement (c'est à dire déposées mais pas encore transcrites au fichier). Cette évolution qui conduit à amoindrir le risque devrait se traduire par une diminution du prix facturé par les notaires.

Le barème des notaires est conçu de manière très générale : trois barèmes dits barèmes S1, S2 et S3 permettent de calculer les émoluments proportionnels relatifs à toutes les interventions notariées. Selon les types d'actes, ce sont ces barèmes qui sont appliqués directement ou des fractions de ceux-ci. A titre d'illustration, le "barème S1" est celui qui s'applique à la fois aux mutations à titre onéreux, aux contrats de mariage et aux donations ; le "barème S2" concerne notamment les mainlevées d'inscriptions hypothécaires et les déclarations de succession.

Pour réduire le prix des actes relatifs aux seules inscriptions hypothécaires sans remettre en cause la tarification des autres prestations notariées, il semble possible de retenir de nouvelles fractions de barème.

Pour diviser par deux les émoluments proportionnels perçus pour une inscription hypothécaire, il faudrait appliquer le "barème S1" avec un coefficient 1/3 (son taux est de 0,3289% au delà de 16 770 €) au lieu de 2/3 (son taux est de 0,6578% au delà de 16 770 €) actuellement aux actes de prêts¹⁰⁶. Comme pour les recettes publiques, il y aura lieu d'examiner si cet aménagement justifie une compensation sur d'autres actes.

➤ Pour les mainlevées

La réduction du coût de la mainlevée a aussi été identifiée par la mission comme une condition du développement de la garantie hypothécaire. Aujourd'hui est appliqué le "barème S2" coefficient 1/2 (son taux est de 0,3289% au delà de 16 770 €). Dans la même logique que pour l'inscription, il pourrait être envisagé de ramener ce coefficient à 1/4 (le taux serait alors de 0,16445% au delà de 16 770 €), ce qui permettrait de diviser le coût par deux¹⁰⁷.

Dans une démarche de simplification, la base de calcul des émoluments pour la mainlevée pourrait être alignée sur celle de l'inscription en la limitant au seul montant du principal et en excluant les accessoires qui, aujourd'hui, entrent dans le calcul des émoluments proportionnels.

¹⁰⁶ Il faut préciser que le coefficient 1/3 est déjà appliqué au barème S1 dans certains cas de vente de gré à gré. Il ne s'agit donc pas là de créer un nouveau coefficient mais simplement de modifier le coefficient qui s'applique aux actes de prêt.

¹⁰⁷ Là encore, le coefficient 1/4 est déjà appliqué pour calculer les émoluments relatifs à une mainlevée réduisant un gage. Il ne s'agit donc pas de créer un nouveau coefficient.

Ces deux évolutions tarifaires supposent de modifier marginalement le tableau 1 annexé au décret n°78-260 du 9 mars 1978 qui fixe le tarif des notaires.

Ces réductions de barème seraient en outre cohérentes avec les propositions formulées précédemment (cf. 3.1) : normaliser et simplifier la forme de l'acte authentique de prêt, ce qui allégerait le travail demandé aux notaires, et simplifier la procédure de mainlevée en l'effectuant dans la foulée du remboursement du prêt à la banque.

3.3 Une réalisation à faciliter

La sûreté réelle permet au créancier qui en bénéficie de prétendre à un paiement préférentiel. Pour exercer ce droit de préférence, le créancier muni d'une hypothèque qui se trouve face à un débiteur défaillant peut provoquer la vente forcée de l'immeuble en suivant la procédure de saisie immobilière et se payer ensuite sur le prix de vente. La réalisation de la garantie par le moyen de la saisie immobilière constitue le mode de réalisation du droit commun¹⁰⁸.

La procédure de saisie immobilière, dont l'objectif est de préserver l'équilibre entre les intérêts du débiteur saisi et ceux des créanciers, bien que perçue comme désuète et complexe, n'a pas appelé de critiques majeures de la part des personnes rencontrées par la mission. En revanche, la procédure dite d'ordre qui doit ensuite être observée pour la répartition du prix de vente de l'immeuble entre les créanciers est dénoncée comme très lente. A la suite du rappel des principes et de la description des pratiques relatifs à ces deux procédures, seront évoquées les propositions de réforme qui pourraient accroître leur efficacité.

3.3.1 La saisie immobilière et la répartition du prix de vente : deux procédures complexes

Tout créancier, à condition de disposer d'un titre exécutoire, peut saisir l'immeuble de son débiteur pour le faire vendre par adjudication, c'est à dire aux enchères publiques, devant le tribunal de grande instance. Le créancier muni d'une sûreté réelle a l'avantage, notamment par rapport à la caution, de disposer d'un titre exécutoire¹⁰⁹, condition nécessaire pour procéder à la saisie. Toutefois l'organisme de caution peut être garanti lors de la vente forcée de l'immeuble dans des conditions proches de celles dont bénéficie le prêteur qui dispose d'une sûreté inscrite depuis la mise à disposition des fonds. En effet, si le recouvrement de la créance est en péril, l'organisme de caution aura sollicité auprès du juge de l'exécution l'autorisation d'inscrire une hypothèque provisoire sur l'immeuble¹¹⁰. Il pourra ainsi être payé sur le prix de vente de l'immeuble par préférence aux créanciers inscrits postérieurement et à ceux qui ne disposent d'aucune sûreté.

¹⁰⁸ Dans le cadre d'une procédure collective, le droit de préférence s'exerce selon des modalités différentes dont l'examen n'entre pas dans le champ d'étude de la mission.

¹⁰⁹ Le titulaire d'un privilège de prêteur de deniers ou d'une hypothèque conventionnelle dispose d'un acte authentique revêtu par le notaire de la formule exécutoire.

¹¹⁰ Toutefois, la caution n'aura pas à recourir au juge de l'exécution si elle dispose déjà d'un titre exécutoire.

3.3.1.1 Les différentes étapes des procédures

La procédure de saisie immobilière et la procédure d'ordre peuvent être brièvement décrites comme suit :

➤ La procédure de saisie immobilière

Le créancier qui poursuit la vente fait signifier au débiteur un *commandement* avec mise en demeure de payer et, faute pour le débiteur de s'exécuter, procède à la publication du commandement au bureau des hypothèques ; le *commandement vaut saisie* à partir de la publication ; l'avocat du créancier poursuivant dépose ensuite au greffe du tribunal le *cahier des charges* qui permettra à tous les intéressés, et notamment aux enchérisseurs, de connaître les conditions de la vente, d'apprécier la valeur vénale de l'immeuble mis aux enchères et de connaître la mise à prix.

Le créancier poursuivant doit faire délivrer au débiteur saisi et aux créanciers inscrits sommation de prendre connaissance du cahier des charges ; la sommation fixe la date de l'audience où sont jugées les éventuelles contestations (première audience utile après le trentième jour de la dernière sommation) et, pour le cas où il n'y aurait pas de contestation, la date de l'audience à laquelle aura lieu l'adjudication (trente jours au moins et soixante jours au plus après *l'audience éventuelle*).

A la première audience, appelée *audience éventuelle*, sont jugées les contestations du cahier des charges et les autres incidents de procédure ; la date de l'audience éventuelle constitue une date butoir au-delà de laquelle les contestations ne sont plus recevables, le juge ne peut plus accorder de délais et *l'audience d'adjudication* ne peut être en principe reportée ; elle le sera cependant en cas d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire, d'offres de paiement faites par le débiteur au créancier, d'une demande de remise formée par la commission de surendettement ; elle peut l'être également pour causes « graves et justifiées » à condition que l'incident soit soulevé au moins cinq jours avant le jour fixé pour l'adjudication.

La vente a lieu aux enchères ; le jugement d'adjudication qui constitue le titre de propriété est remis à l'adjudicataire lorsque celui-ci justifie du paiement du prix ; il doit être signifié au saisi et publié au bureau des hypothèques ; si l'adjudicataire ne s'acquitte pas du prix, une nouvelle vente sur adjudication a lieu, dite *vente sur folle enchère*.

La surenchère permet de provoquer une nouvelle adjudication en proposant une enchère majorée excédant le prix d'adjudication au moins du dixième.

Le plus souvent, le prix transite d'abord par le compte séquestre du bâtonnier de l'ordre des avocats¹¹¹ avant d'être consigné à la Caisse des dépôts et consignations.

➤ La procédure d'ordre

Après la publication du jugement d'adjudication, si l'état des inscriptions révèle que plusieurs créanciers ont inscrit une hypothèque, le prix de vente doit être réparti entre eux selon leur rang ; cette procédure peut toutefois être évitée si les intéressés (saisissants, créanciers inscrits, saisi et adjudicataire) s'entendent sur le classement de leurs créances et concluent un contrat auquel on donne le nom d'*ordre consensuel*.

¹¹¹ Les fonds restent plus ou moins longtemps sur le compte séquestre du bâtonnier. A Paris, il est d'usage qu'ils soient très tardivement versés à la Caisse des dépôts et consignations.

La procédure d'ordre est ouverte à l'initiative du créancier poursuivant, et, à défaut, du créancier le plus diligent, du saisi ou de l'adjudicataire ; il est fréquent que le cahier des charges prévoie un paiement provisionnel au bénéfice du créancier poursuivant ; celui-ci, qui a pu ainsi recouvrer l'essentiel de sa créance, a tendance à se désintéresser de la procédure, au détriment des autres créanciers jusqu'alors peu impliqués.

La procédure d'ordre est de la compétence du juge du tribunal de grande instance¹¹² désigné à cet effet ; elle commence par l'étape de *l'ordre amiable*¹¹³ et se poursuit, en cas d'échec par *l'ordre judiciaire* ; le principe de l'ordre amiable est celui d'une concertation entre les créanciers inscrits que doit tenter le juge aux ordres, à la suite de l'ouverture de la procédure sur la requête du créancier saisissant ou, à défaut, du créancier le plus diligent ; si cette tentative aboutit, ce qui suppose l'accord de tous les créanciers inscrits sur un classement, le juge rend une ordonnance de règlement amiable ; à défaut d'accord, le juge ouvre l'ordre judiciaire qui débouche, aux termes d'une procédure fertile en incidents, sur un *règlement* imposé aux créanciers.

L'exécution du règlement amiable ou judiciaire donne lieu à la délivrance à chaque créancier d'un *bordereau de collocation* revêtu de la formule exécutoire et permet aux bénéficiaires d'être payés sur le prix de l'immeuble dans la mesure de la somme qui leur est reconnue ; à partir de ce moment, les intérêts ne courent plus contre le saisi, mais contre l'adjudicataire.

3.3.1.2 *Les problèmes posés*

L'efficacité de la procédure d'adjudication est difficile à mesurer. Les deux principaux critères qui permettraient de l'estimer sont, d'une part, le prix du bien obtenu suite à la vente aux enchères et, d'autre part, le délai nécessaire au recouvrement de la créance.

Les magistrats responsables des ventes et les avocats rencontrés dans le cadre de la mission suggèrent que, dans les grandes villes en particulier, les prix obtenus à la barre sont de l'ordre de grandeur de ceux du marché. Toutefois, aucune donnée précise n'a permis d'étayer ces appréciations. Il faut reconnaître qu'il est assez difficile d'estimer, sans l'avoir visité, le prix de marché d'un bien qui, de plus, est généralement vendu occupé alors que la grande majorité des transactions porte sur des biens libres de toute occupation.

A partir des informations détenues dans les cinq conservations des hypothèques visitées, la mission a cependant pu comparer les prix obtenus suite à adjudication et le prix de revente du bien lorsque celui-ci a fait l'objet d'une seconde transaction dans les deux ans suivant l'adjudication. Il ressort des échantillons analysés (portant sur un total de 340 adjudications) qu'un quart des adjudicataires revendent le bien moins de deux ans après l'avoir acquis et que le prix de revente est, en moyenne, majoré de 70% par rapport au prix d'acquisition à la barre. Même si l'adjudicataire a pu faire des travaux d'amélioration dans le bien (ce qui n'a pas pu être identifié), ce constat permet de nuancer l'appréciation selon laquelle les prix obtenus à la barre seraient de l'ordre de grandeur de ceux du marché.

¹¹² A fin de simplification, lorsqu'il y a moins de quatre créanciers inscrits, le classement est fait par le tribunal lui-même selon la procédure dite d'ordre à l'audience. En réalité, cette procédure est plus lourde et la mission a pu constater, dans les juridictions qu'elle a visitées, qu'elle est délaissée au profit de celle conduite par le juge aux ordres.

¹¹³ *L'ordre amiable* est une procédure menée sous le contrôle du juge, à distinguer de *l'ordre consensuel* mené entre les parties seules.

Par ailleurs, il résulte d'une étude comparative menée en juin 2002 par la Fédération hypothécaire européenne¹¹⁴ que, dans les pays de l'Union, les délais de vente forcée sont très variables, allant de 4 mois pour les Pays-Bas, 7 à 9 mois pour l'Espagne et jusqu'à 5 à 7 ans pour l'Italie. Selon cette étude, en respectant les délais légaux, la procédure pourrait, en France, être menée à bien en un peu plus de neuf mois alors que sa durée moyenne est en réalité plus de deux fois plus longue. L'observation effectuée dans les conservations des hypothèques par échantillons montre un délai moyen de 9 à 18 mois, selon les circonscriptions, entre le commandement de saisie et l'adjudication. A ces délais s'ajoutent ceux de la procédure d'ordre qui n'ont pu être mesurés à partir des conservations des hypothèques. Les interlocuteurs de la mission ont confirmé les lenteurs de la procédure. Aucun élément statistique exploitable n'a pu toutefois être recueilli sur ce point, comme sur le nombre de procédures traitées, les procédures de saisie immobilière et d'ordre n'étant pas suffisamment individualisées dans les statistiques du ministère de la Justice.

Bien que les pratiques soient différentes selon les tribunaux, quelques-unes, semble-t-il communes, peuvent expliquer les aléas de la réalisation des sûretés.

Tout d'abord, la procédure de saisie immobilière est souvent utilisée par les prêteurs comme un moyen de pression sur le saisi pour l'amener à payer ou vendre son bien à l'amiable, et non pour parvenir à la vente de l'immeuble aux enchères à la barre du tribunal. En soi, cette pratique n'est pas critiquable, une solution amiable étant préférable pour tous, mais elle retentit sur les délais de procédure. L'avocat poursuivant demande alors à plusieurs reprises le renvoi de la procédure¹¹⁵ jusqu'à ce que le bien soit vendu ou l'affaire retirée du rôle du tribunal.

Il ressort ainsi des éléments recueillis à Versailles que, sur une année, le nombre d'affaires sorties du rôle, est égal à la moitié du nombre de dépôts des cahiers des charges. Si dans certains tribunaux comme à Paris, les affaires sortent du rôle après quatre renvois, dans d'autres, notamment à Dijon, le nombre de renvois est illimité.

Les praticiens rencontrés distinguent deux sortes de procédures : celles qui vont jusqu'à la vente et peuvent être menées en moins de six mois, et celles utilisées comme moyen de contrainte pour parvenir à d'autres solutions, dont la durée est mal maîtrisée. Ils ont exprimé le souhait que soit instituée une audience butoir, remplaçant l'actuelle l'audience éventuelle, après laquelle les renvois ne pourraient plus être demandés, ni les incidents soulevés.

Les procédures de saisie immobilière et d'ordre souffrent de l'image que renvoient les quelques affaires dans lesquelles les débiteurs de mauvaise foi multiplient les incidents et les voies de recours sur chaque décision rendue. Selon les propos recueillis par la mission, ces procédures sont cependant rares. Le plus souvent, le débiteur n'a pas constitué avocat et, s'il est représenté à la procédure, n'est pas à l'origine de retards injustifiés, d'autant que l'allongement des délais contribue à augmenter sa dette, les intérêts continuant à courir. La célérité de la procédure dépend généralement plus de la volonté du créancier que de la résistance du débiteur.

Après l'adjudication, les délais peuvent encore se cumuler : délai dans lequel l'adjudicataire s'acquitte des droits d'enregistrement dont le paiement conditionne la remise de la copie exécutoire du jugement d'adjudication, délai d'ouverture de la procédure d'ordre, retardée lorsque le créancier poursuivant ayant perçu un paiement provisionnel se désintéresse de la répartition du prix, enfin délai du déroulement de cette procédure.

¹¹⁴ Fédération hypothécaire européenne- Efficiency of mortgage collateral in the European Union -2002

¹¹⁵ ou le report des débats s'il s'agit de l'audience éventuelle qui ne peut être renvoyée.

L'étude citée plus haut fait apparaître que les délais de répartition du prix après la vente dans les pays de l'Union européenne s'étendent de quelques jours (Pays-Bas) à 10 mois (Autriche)¹¹⁶.

Les pratiques et la durée des procédures en matière d'ordre sont variables selon les tribunaux. Le plus souvent, la répartition du prix peut se faire par un ordre amiable : ainsi à Dijon, la quasi totalité des procédures font l'objet d'un ordre amiable et sont réglées en moyenne en moins de six mois. Ce délai semble plus long, notamment dans les tribunaux plus importants. En cas d'échec de l'ordre amiable, le passage à l'ordre judiciaire allonge la procédure de plusieurs mois. Les difficultés proviennent, en matière d'ordre, de ce que certains créanciers se désintéressent de la procédure ou ne communiquent pas leurs créances et peuvent ainsi faire attendre tous les autres¹¹⁷. Des inexactitudes fréquentes dans les décomptes de créance en sont également à l'origine.

L'existence de deux procédures distinctes, celle de la saisie immobilière et celle de la répartition du prix de vente, qui se succèdent sans lien nécessaire, est un facteur d'allongement des délais de réalisation des sûretés réelles auquel il conviendrait de remédier.

Des suggestions de réformes radicales ont été formulées par certains interlocuteurs de la mission. Les représentants du notariat ont exprimé le souhait, soit que la vente aux enchères ait lieu devant notaire, comme en Alsace Moselle, soit que la conversion en vente amiable soit favorisée par la loi. Les représentants du barreau, pour leur part, sont favorables au maintien de la vente judiciaire et souhaitent même que les pouvoirs du juge soient étendus à l'homologation d'une vente amiable intervenant après le commandement de saisie, sans recours au notaire.

Ces propositions soulèvent des questions de répartition des compétences entre les professions juridiques qui vont bien au-delà de l'objet du présent rapport. La mission a privilégié des mesures concrètes d'application plus immédiates.

Par ailleurs, la mission a écarté la suggestion faite par les représentants du barreau de se voir confier la conduite de la procédure d'ordre amiable. Il a semblé que l'ordre consensuel répond à la préoccupation du barreau de mener la distribution du prix et devrait être davantage utilisé.

3.3.2 Propositions

3.3.2.1 La saisie immobilière

Compte tenu de l'enjeu que constitue la vente d'un bien immobilier, il paraît important de conserver à la procédure de saisie immobilière deux particularités principales qui la distinguent du droit commun des saisies : d'une part la saisie doit continuer à s'opérer devant le juge¹¹⁸ et d'autre part rester soumise à la représentation obligatoire par avocat¹¹⁹.

Le schéma d'ensemble de la procédure doit être conservé dans ses grandes lignes ; toutefois, il convient de la rendre plus efficace. Au regard des éléments recueillis par la mission

¹¹⁶ Certains pays n'ont pas répondu sur ce délai.

¹¹⁷ Le syndicat des copropriétaires qui bénéficie d'un privilège dit occulte car n'étant pas soumis à inscription, est souvent cité comme la source de cette difficulté.

¹¹⁸ L'article 742 du code de procédure civile interdit la clause (voie parée) au terme de laquelle le créancier pourrait procéder, à l'échéance de la créance garantie et à défaut de paiement de celle-ci, à la vente du bien grevé sans recourir à la procédure légale de saisie.

¹¹⁹ Ce qui implique la procédure de droit commun devant le tribunal de grande instance, juridiction par ailleurs compétente pour les droits réels immobiliers.

et compte tenu des objectifs qui lui étaient assignés et du champ restreint des ses investigations, seules quelques grandes orientations peuvent être dégagées dans les propositions qu'elle formule.

➤ **Favoriser la vente volontaire¹²⁰ de l'immeuble en responsabilisant le débiteur** et, dans ce but, celui-ci pourrait être convoqué dans la procédure, et non plus seulement averti, afin de comparaître à l'audience et de mesurer l'inutilité de sa résistance passive ; le juge pourrait prendre acte de l'engagement du débiteur à vendre volontairement et, en fonction des preuves de sa volonté d'y procéder, lui accorder un délai précis pour le faire. L'audience éventuelle deviendrait par ailleurs une audience obligatoire à laquelle le créancier serait convoqué.

➤ **Sécuriser les enchères**, en imposant au candidat à l'adjudication la remise d'une consignation d'une partie du prix à l'avocat et en interdisant à l'adjudicataire de conserver l'anonymat ; une telle disposition permettrait d'éviter *la folle enchère*.

➤ **Simplifier la procédure**, en supprimant le régime des déchéances procédurales¹²¹ propres à la saisie immobilière pour s'en tenir au régime de droit commun des nullités.

➤ **Moderniser les textes**, en faisant disparaître des termes tels que « cahier des charges », audience « éventuelle », qui revêtent dans la procédure un sens différent de l'acception contemporaine.

3.3.2.2 *La distribution du prix de l'immeuble*

Tant dans l'intérêt des créanciers que du débiteur, la procédure d'ordre doit être accélérée de façon à renforcer son efficacité ; dans ce but, il convient d'agir aussi en amont sur certains aspects de la procédure de saisie :

➤ **limiter la demande d'état hypothécaire à celle qui est faite par le créancier poursuivant** au moment de la publication du commandement et imposer, sous peine de forclusion, aux créanciers la déclaration de leur créance après l'adjudication en les autorisant à l'actualiser.

➤ **imposer aux créanciers** qui inscrivent leur créance après publication du commandement **d'intervenir** à la procédure.

➤ **assurer la consignation rapide du prix d'adjudication¹²²**, lui faire produire des intérêts et prévoir des pénalités pour toute partie qui retarde la procédure.

➤ **prévoir que la consignation du prix d'adjudication** produit, un an après sa date, **un effet libératoire à l'égard du débiteur**, notamment en arrêtant le cours des intérêts.

¹²⁰ C'est à dire la vente amiable après commandement de saisie. Actuellement, on entend aussi par vente volontaire une adjudication faite sans formalités soit en justice, soit devant notaire, alors que le commandement de saisie est déjà publié. Cette procédure est toutefois rarement utilisée.

¹²¹ On entend par ce terme les délais très stricts fixés par les articles 727 et 728 du code de procédure civile. En droit commun, les nullités peuvent être soulevées à tout moment de la procédure, et, s'agissant des nullités de forme, ne peuvent l'être valablement que si un préjudice est prouvé.

¹²² Il conviendrait toutefois de prévoir un délai qui permette au particulier qui se porte acquéreur d'obtenir un prêt.

➤ **accélérer la procédure** en imposant au créancier poursuivant d'établir, après l'adjudication et dans un délai déterminé, un projet d'ordre qui facilitera l'ordre consensuel et, à défaut, pourra devenir exécutoire après actualisation des sommes et décision sur les contestations éventuelles.

4. LES MECANISMES DE REFINANCEMENT DES CREDITS HYPOTHECAIRES APPARAISSENT SATISFAISANTS¹²³

Il s'agit ici d'examiner si les établissements prêteurs trouvent dans des conditions satisfaisantes, notamment sur les marchés financiers, les ressources nécessaires pour refinancer les crédits hypothécaires ou immobiliers qu'ils consentent.

4.1 Des mécanismes de refinancement spécifiques existent, mais les établissements de crédit n'éprouvent pas le besoin d'y recourir largement

La question du refinancement des crédits hypothécaires est une préoccupation récurrente des pouvoirs publics, depuis la création d'un marché hypothécaire en 1966 jusqu'à la loi du 25 juin 1999 créant les obligations foncières en passant par la création de la Caisse de refinancement de l'habitat en 1985.

Les crédits hypothécaires à la clientèle et, plus largement, immobiliers peuvent aujourd'hui être mobilisés par les établissements prêteurs pour lever des ressources à faible coût sur les marchés, par l'intermédiaire de trois instruments :

– la Caisse de refinancement de l'habitat (CRH), qui émet des obligations de longue durée et refinance avec les fonds ainsi levés des établissements prêteurs, en contrepartie de la mise à disposition par ceux-ci d'un portefeuille de crédits hypothécaires (ou, dans une certaine mesure, cautionnés);

– la titrisation, dont le cadre a été fixé par la loi du 23 décembre 1988, qui permet de transmettre les créances au marché en les découpant en tranches différenciées selon le degré de risque. La titrisation concerne tous les types de créances, immobilières et non immobilières, hypothécaires ou non. Le niveau et le type de garantie jouent bien évidemment sur la notation des titres ;

– les obligations foncières émises par les sociétés de crédit foncier (SCF), dont le cadre juridique a été renouvelé par la loi du 25 juin 1999. Ces sociétés refinancent elles-mêmes des établissements prêteurs qui sont leurs actionnaires et qui leur cèdent des créances hypothécaires ou, dans une certaine limite, cautionnées ; elles bénéficient d'un privilège particulier en cas de défaillance d'un établissement prêteur, ce qui les rend très sûres aux yeux des investisseurs.

Cependant, les établissements de crédit ne recourent que modestement à ces trois instruments : sur un encours de 410 Md€ de crédits à l'habitat en 2003¹²⁴, l'encours de titres en circulation adossés à des crédits à l'habitat serait inférieur à 80 Md€.

Ce faible recours s'explique essentiellement par la présence d'importantes ressources alternatives à la disposition des établissements prêteurs. Les banques généralistes et les banques mutualistes, qui sont largement majoritaires sur le marché du crédit immobilier, disposent de ressources collectées auprès de leur clientèle (dépôts à vue, comptes à terme, épargne réglementée) à hauteur de 1 000 Md€. Parmi celles-ci, l'épargne logement obéit à des règles d'affectation obligatoire en direction des crédits à l'habitat, et représente 260 Md€. Ceci

¹²³ Cf. annexe VI pour des développements plus détaillés.

¹²⁴ Source : Bulletin de la Commission bancaire.

explique que les mécanismes spécifiques de refinancement soient essentiellement utilisés par les établissements spécialisés, qui ne peuvent collecter de dépôts.

4.2 Les instruments actuels apparaissent satisfaisants dans la perspective d'un développement du crédit hypothécaire et immobilier

De l'avis de l'ensemble des interlocuteurs rencontrés par la mission, les outils existants donnent satisfaction. En Europe, le cadre juridique français des obligations foncières est souvent cité comme l'un des plus protecteurs des porteurs de titres, en raison du transfert complet des sûretés et garanties attachées aux créances lors de la cession de ces dernières, ainsi que du privilège des porteurs d'obligations contre toute procédure de redressement et de liquidation à l'encontre de l'émetteur, de ses actionnaires ainsi que, le cas échéant, de l'établissement chargé de la gestion et du recouvrement des créances. De fait, les obligations foncières françaises sont notées « AAA » et sont émises à des taux d'environ EURIBOR¹²⁵ + 10 points de base.

Ces différents instruments ont pour vocation de financer principalement des créances hypothécaires¹²⁶. Les **crédits cautionnés** ne sont éligibles que de façon restreinte: 20% maximum de l'actif de la CRH comme des SCF, et à la condition qu'ils respectent des seuils minimaux d'apport personnel.

Toutefois, ces règles plus exigeantes que pour les crédits hypothécaires n'ont pour l'instant pas soulevé d'obstacle au développement des mécanismes de caution. Il en sera ainsi tant que la grande majorité des crédits restera refinancée par les dépôts des banques généralistes. Il n'est pas apparu nécessaire à la mission d'assouplir ces règles alors que l'on souhaite par ailleurs revaloriser l'hypothèque.

Par ailleurs, l'alignement du statut de la Caisse de refinancement de l'habitat sur celui des sociétés de crédit foncier serait souhaitable dans un double objectif :

- accroître la taille du marché des obligations foncières françaises dont la qualité technique et juridique est reconnue, mais qui sont peu utilisées par les établissements, faute de besoin important ;

- supprimer le léger désavantage que les règles prudentielles font subir au placement des obligations CRH par rapport aux obligations foncières¹²⁷.

En tout état de cause, la gamme d'outils actuellement disponibles serait suffisante si les établissements prêteurs étaient amenés à refinancer à une plus large échelle leurs crédits hypothécaires et immobiliers. A moyen terme, le principal facteur d'augmentation du besoin de

¹²⁵ Taux interbancaire offert sur l'euro à 3 mois.

¹²⁶ Hors le cas des obligations foncières finançant les collectivités publiques.

¹²⁷ Pondération à 20 % pour le calcul des besoins de fonds propres d'un établissement détenteur de ces titres, contre 10% pour les obligations foncières .

refinancement des crédits à l'habitat réside dans la baisse prévisible des encours d'épargne logement, suite au caractère conditionnel de la prime d'Etat introduit par la loi de finances pour 2003. Il est probable que les premiers effets de cette réforme se fassent sentir surtout à partir de 2007.

CONCLUSION

Au terme de ses travaux, la mission souligne l'intérêt collectif qui s'attache à redonner une place éminente à la sûreté réelle dans le crédit immobilier et à en élargir l'usage à d'autres concours aux particuliers. Instrument juridique solide, facteur d'accès plus large au crédit, l'hypothèque mérite d'être adaptée dans certains de ses principes, modernisée dans son fonctionnement et rendue meilleur marché pour ses utilisateurs.

Les sentiments des différents acteurs rencontrés sont ambigus sur cette revalorisation. Tous reconnaissent que l'hypothèque devrait voir son fonctionnement et son coût allégés. Cependant, beaucoup d'établissements de crédit trouvent avantage à la part toujours croissante de la caution. Les professionnels dont l'activité est affectée par cette évolution, en premier lieu les notaires, la regrettent, mais ne s'en alarment que modérément dans un contexte immobilier par ailleurs florissant.

La mission est consciente que la mise en œuvre de ses propositions suppose des changements de pratiques et des efforts financiers qui n'iront pas de soi.

Par ailleurs, la mission n'a pas constaté de consensus pour une pratique plus risquée du crédit grâce à un recours accru à l'hypothèque. D'importants efforts de conviction seront nécessaires pour enclencher des évolutions d'opinion et de comportement, redonner une meilleure image à l'endettement, sans susciter de rebond des phénomènes de surendettement.

Toutefois les propositions de la mission reposent aussi sur des évolutions significatives du cadre juridique : une part importante des propositions de la mission relève de réformes législatives (code civil, code de la consommation) ou réglementaires. Ces nouvelles dispositions juridiques créeront des opportunités dont il appartiendra aux professionnels de se saisir.

Si ces propositions sont retenues, notamment celle portant sur la création d'une hypothèque « rechargeable », il conviendra de les accompagner de mesures transitoires pour permettre la transformation à faible coût des sûretés réelles déjà inscrites.

Certaines propositions portent uniquement sur des changements de pratiques professionnelles ou administratives. Ceux-ci peuvent être utilement engagés sans attendre, mais supposent une impulsion significative venue de l'Etat, compte tenu de l'inertie probable des comportements.

A Paris, le 12 novembre 2004

L'Inspecteur général des finances

L'Inspecteur des services judiciaires

Nicolas JACHIET

Joëlle BOURQUARD

L'Inspecteur des finances

L'Inspecteur des finances

L'Inspecteur des services judiciaires

Valérie CHAMPAGNE

Pierre-Alain de MALLERAY

Christine ROSTAND

