

## CLIENT MEMORANDUM

**DE : Alain-Xavier BRIATTE**, Notaire | 2, avenue des Fleurs | F • 06230 Saint-Jean-Cap-Ferrat | Tel: +33 4 93 91 73 19 | Email : alain-xavier.briatte@notaires.fr

**SUJET : L'OPTIMISATION DU REMBOURSEMENT D'UN PRET IMMOBILIER**

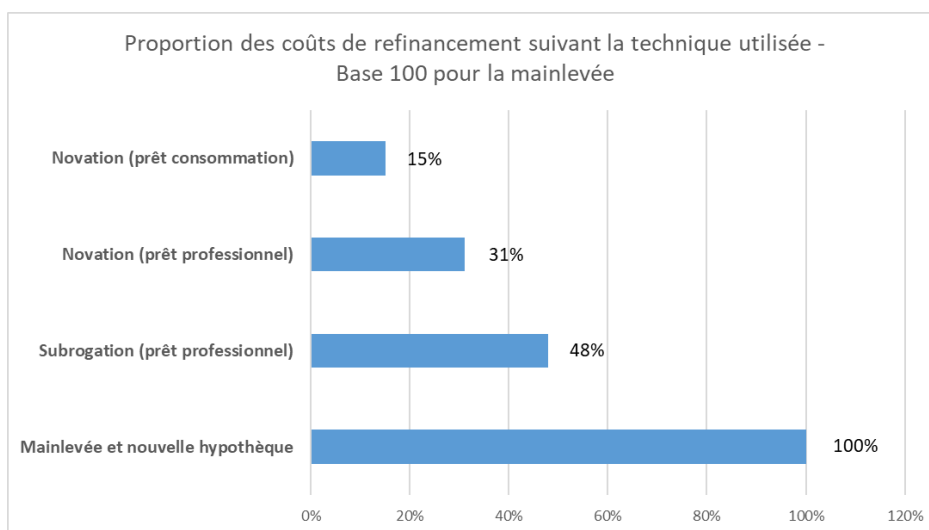
**A l'attention exclusive de: Clients et Partenaires; DATE : 3 juin 2019 ; NBRE DE PAGES Y COMPRIS CELLE-CI : 6**

### L'optimisation d'un refinancement immobilier

(Les techniques du prêt dit « substitutif »)

#### Synthèse

Le choix de la technique du remboursement d'un prêt existant recèle un enjeu économique considérable en période de concurrence des taux. Il convient d'optimiser le coût de ce remboursement, tout en garantissant la sécurité du nouveau prêteur, au travers d'une technique adaptée à la situation de refinancement envisagée. Nous nous intéresserons aux **grands crédits professionnels** ou particuliers immobiliers, pour lesquels une **optimisation fait sens**, et nous comparerons le coût des techniques de mainlevée, de la subrogation et de la novation, cette dernière technique (la novation) pouvant s'imposer, à terme, dans le paysage du refinancement. Les coûts d'un refinancement d'un **crédit professionnel** utilisant les techniques de la novation et de subrogation représentent **respectivement 31% et 48%** du montant total des frais de notaire relatifs à la technique ancienne de la mainlevée suivie d'une nouvelle hypothèque (base 100%).



## Développement

### I - Le scénario de la mainlevée, une technique utilisée par défaut ?

Au titre des techniques de remboursement d'un prêt existant, il faut commencer par mentionner la technique la plus connue, la plus simple, et certes la plus onéreuse, consistant en la conclusion d'un nouveau prêt suivie de l'emploi des deniers empruntés au remboursement du prêt originaire, sans qu'on puisse établir de lien entre l'ancien et le nouveau prêt. Cette technique nécessite une éventuelle mainlevée de l'inscription initiale, et la prise en charge de son coût par l'emprunteur préalablement à l'établissement d'une nouvelle sûreté pour l'avenir, à savoir une nouvelle hypothèque conventionnelle. La reconstitution d'une nouvelle hypothèque induira le paiement d'un montant de taxe de publicité foncière, à savoir un montant de 0,715% calculé sur le montant de l'obligation nouvelle garantie.

**Le risque du contournement du paiement des frais de la mainlevée** – Dans cette hypothèse (en l'absence de subrogation ou de novation), certains prêteurs consentent, à titre exceptionnel, de ne pas obtenir la mainlevée des inscriptions dites « non causées », et acceptent ainsi le bénéfice d'une inscription en deuxième rang, en vue de contourner les frais de mainlevée de la créance initiale à la charge de l'emprunteur. Il en résulte le maintien d'une inscription non causée (en 1<sup>er</sup> rang) légitimé, soit par le fait que la créance est remboursée, soit par le fait que ladite obligation vient à expiration dans peu de temps. Même si le risque pour le nouveau prêteur est réduit, voire très marginal si le nouveau prêteur apparaît déjà en deuxième rang, ce scénario de dispense de mainlevée (et donc d'absence d'inscription en 1<sup>er</sup> rang au profit du nouveau prêteur) implique que l'ancien prêteur reste officiellement titulaire de l'inscription initiale au service de la publicité foncière, ce qui n'est pas sans receler des risques au regard de l'information des tiers<sup>1</sup>, notamment pour les grands crédits. C'est pourquoi notre conseil au prêteur est d'exiger la mainlevée préalable sur ce type de grands crédits.

---

<sup>1</sup> Pour une étude détaillée des risques du défaut d'information des tiers : Alain-Xavier BRIATTE, Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2014, étude 22, Circulation des créances, et pratique notariale de la mention en marge ; Laurent Aynès, Recueil Dalloz 1990 p. 389, Rôle de la mention en marge d'une inscription hypothécaire : « *la caution subrogée doit être investie, en cas de vente de l'immeuble, de la créance primitive avec tous ses avantages et accessoires. Il reste que les tiers doivent pouvoir connaître l'identité du titulaire actuel de l'hypothèque. Dans l'affaire jugée en 1987, le créancier subrogé s'était fait connaître. Dans la présente affaire, le banquier subrogeant en a révélé l'identité. Mais il se pourrait fort bien qu'un subrogeant moins averti, plus négligent ou moins honnête, omette de préserver les droits du « solvens ».* La mention en marge conserve donc son utilité, qui est aussi l'une des fonctions de la publicité foncière : l'information des tiers. »

## II – L’optimisation du refinancement

**Des techniques alternatives d’optimisation qui nécessitent des précautions de rédaction** - Les techniques d’optimisation du refinancement, que nous présentons ci-après succinctement, ont été largement renforcées par la réforme du droit des obligations introduite par l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016. Parmi ces techniques qui étaient déjà connues mais dont les mécanismes ont été consacrés, on citera la novation, la subrogation, ou pour mémoire seulement la cession de contrat, qui sont des techniques nécessitant néanmoins des précautions de rédaction.

**Les techniques d’optimisation du refinancement visent au maintien des inscriptions existantes** - Dès lors qu’on utilise une de ces techniques, la subrogation ou la novation, on vise le maintien des inscriptions existantes au profit du nouveau prêteur, ce qui permet d’éviter à l’emprunteur d’avoir à supporter le coût supplémentaire d’une mainlevée d’une part, et de supprimer les droits relatifs à la reconstitution d’une nouvelle hypothèque pour l’avenir, d’autre part.

### A – La subrogation *ex parte debitoris*, par la volonté du débiteur

**Les atouts de la subrogation *ex parte debitoris*, par la volonté du débiteur, et avec le concours du créancier** – La réforme du droit des obligations introduite par l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 facilite maintenant le recours à la subrogation *ex parte debitoris*, avec l’intervention du créancier initial par le truchement de l’article 1346-2, alinéa 1 (l’acte notarié n’est pas nécessaire), ou **sans son concours** par le truchement de l’article 1346-2, alinéa 2 (l’acte notarié redevient nécessaire). De la lecture de l’article 1346-2, alinéa 1, du Code civil, il résulte maintenant qu’il n’y a plus de doute sur le fait que la subrogation pourra d’ailleurs être imposée au prêteur initial lorsque ledit prêteur initial a autorisé le remboursement anticipé dans le contrat, dès lors que la subrogation sera constatée par un acte authentique et pourra s’effectuer sans le concours du créancier initial (article 1346-2, alinéa 2). En effet, lorsque le remboursement anticipé est possible, ce qui est le cas la plupart du temps, le créancier initial n’ayant pas de motif légitime pour s’opposer au paiement mais refusant d’apporter son concours, le débiteur pourrait vaincre sa résistance en ayant recours à la nouvelle procédure de mise en demeure faite au créancier : le reçu délivré par la Caisse des dépôts et des consignations fera alors office de quittance<sup>2</sup>. Au surplus, renversant un arrêt de Cour de Cassation en date du 29 octobre 2002<sup>3</sup>, l’hypothèque transférée ne garantit plus seulement les intérêts à hauteur du taux légal, mais peut garantir maintenant le nouveau taux conventionnement modifié pour l’avenir dans la limite de l’inscription initiale.

---

<sup>2</sup> François Chénéde, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, n°44.113, page 334

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2002 : Bull. civ. I, n°257.

**La première fragilité de la subrogation : le transfert de la créance avec ses attributs et ses vices** – Par le jeu de la subrogation, la créance est transmise *en l'état* bien qu'elle ait fait l'objet d'un paiement. Le paiement n'emporte pas extinction de la créance mais transfert de celle-ci<sup>4</sup>. Le transfert *en l'état* permet au débiteur d'opposer au subrogé toutes les exceptions (article 1346-5), qu'elles soient des exceptions inhérentes à la dette (par exemple la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution, la compensation) mais également des exceptions extérieures à la dette (par exemple l'octroi d'un terme, la remise de dette et la compensation de dettes non connexes).

**La seconde fragilité de la subrogation : un coût supérieur lié à la nécessité de garantir les accessoires pour le futur** – Dans la pratique aujourd'hui, le comité de consultation CRIDON, dans une décision du 15 septembre 2016 invite les notaires à prendre une hypothèque sur les accessoires de la créance transmise. En effet, comme le rappelle le Professeur Mathias Latina<sup>5</sup>, on ne peut s'empêcher de constater que, si l'article 2423 du Code civil fait la distinction entre les « intérêts » et les « autres accessoires », l'article 1346-4 ne prévoit la couverture, par la sûreté transmise, que des « intérêts », sans mentionner ces « autres accessoires ». Une lecture purement littérale de l'article 1346-4 pourrait donc aboutir à une exclusion de ces « autres accessoires » de la couverture offerte par la sûreté transmise. Pour ces « autres accessoires », il faudra donc attendre la clarification annoncée par réforme du droit des sûretés, réforme qui devrait intervenir en 2019. C'est pourquoi, en attendant la réforme annoncée de 2019, le recours à la technique de la subrogation nécessite de prendre une hypothèque supplémentaire sur les accessoires transmis qui sont généralement calculés à hauteur de 20% de l'obligation garantie. A l'inverse, la novation (avec réserve des inscriptions) permet de transmettre (ou « réserver ») les accessoires de la créance initiale.

**En résumé, les caractéristiques de la subrogation par le débiteur, avec le concours du créancier sont les suivantes :**

- 1) La subrogation à l'initiative du débiteur, avec le concours du créancier initial, prend la forme d'un *contrat bipartite* passé entre le créancier initial et son débiteur (« quittance subrogative »). Cet accord est destiné à transférer la créance du créancier initial au prêteur des fonds ayant permis le paiement.
- 2) La subrogation transfère la créance avec ses caractères et ses accessoires. Le créancier subrogé bénéficie donc des sûretés dans la limite, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux (s'ils ne consentent à s'obliger au-delà) et, pour les sûretés réelles, dans la limite de l'inscription initiale.

---

<sup>4</sup> Alain Bénabent, Droit des Obligations, LGDJ, Précis Domat, 15<sup>ème</sup> édition, n°721, page 556

<sup>5</sup> Mathias Latina, Gaël Chantepie, La réforme du droit des obligations, Dalloz, juin 2016.

- 3) Les intérêts produits après le transfert en vertu du nouveau taux choisi d'un commun accord entre le nouveau créancier et le débiteur sont couverts par les sûretés transmises dans les mêmes limites.
- 4) Puisque la créance est transférée du créancier initial au créancier subrogé, avec ses caractères, ce dernier peut se voir opposer toutes les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions personnelles nées de la relation débiteur/créancier initial avant que le paiement ne soit effectué.
- 5) La subrogation à l'initiative du débiteur, avec le concours du créancier initial, est opposable aux tiers, sans formalité, dès le paiement. Le débiteur étant partie au contrat subrogatif, la question de l'opposabilité de la subrogation, à son égard, ne se pose pas.

### **B – La novation**

Aux termes de l'article 1329 du Code civil, la novation est « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* ». La novation se décline en trois variantes :

- La novation par substitution d'obligation entre les mêmes parties.
- La novation par changement de débiteur.
- La novation par changement de créancier.

La novation par changement de créancier a, longtemps, été considérée comme un instrument « fossile », c'est-à-dire comme la rémanence d'une époque révolue (le droit romain) au cours de laquelle il était interdit de transférer *juridiquement* les créances. La novation par changement de créancier a, toutefois, été **modernisée par l'ordonnance du 10 février 2016** portant réforme du droit des obligations afin d'offrir aux praticiens une alternative à la cession de créance et à la subrogation personnelle. Elle permet en effet de faire *circuler* une obligation, *d'un point de vue économique*, sans procéder à son transfert juridique, l'effet de la novation étant substitutif : elle éteint l'obligation ancienne et la remplace par une obligation nouvelle.

**Les atouts de la novation** – Le nouvel article 1329 définit la novation comme « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée* » (article 1329, al. 1<sup>er</sup>) et par ailleurs d'ajouter « *par changement de créancier* » (article 1329, al. 2). La novation tend à s'imposer comme une technique extrêmement utile dans le paysage du refinancement, dont l'intérêt semble parfois supplanter celui de la subrogation, à deux égards. D'une part, à la différence de la subrogation qui est ici fragilisée sur ce point, le nouveau prêteur substitué au prêteur initial par le jeu de la novation ne peut se voir opposer les exceptions qui étaient opposables au prêteur

originaires. D'autre part, autre atout de la novation, partagé en partie avec la subrogation cette fois, le nouveau prêteur peut bénéficier du maintien des inscriptions comme le permet la subrogation, par le truchement de l'article 1334, alinéa 2, du Code civil : « *Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants* ». Ainsi, l'avantage comparatif de la novation par rapport à la subrogation est ici de permettre, pour la novation, le maintien des accessoires relatifs à la sûreté réservée, ce maintien des accessoires au titre de la sûreté réservée étant controversé en ce qui concerne la subrogation.

**En résumé :**

- 1) La novation par changement de créancier est un *contrat tripartite* passé entre le créancier initial, le débiteur et le nouveau créancier.
- 2) La novation va *éteindre* l'obligation qui unissait le créancier initial et le débiteur pour *créer* une obligation nouvelle qui unira le débiteur et le nouveau créancier. Cette obligation peut être identique, en substance, à l'obligation éteinte ou différente de celle-ci.
- 3) La novation ayant un *effet substitutif* (et non translatif), elle rend *inopposable* au nouveau créancier les exceptions tirées du rapport d'obligation initial, qui est éteint, sauf le cas de la nullité de l'obligation ancienne.
- 4) Les parties peuvent décider, par exception, *de transférer les sûretés réelles* initiales afin qu'elles garantissent l'obligation nouvelle, dans les limites de l'inscription.
- 5) La novation est *opposable aux tiers à sa date*, la charge de la preuve de cette date reposant sur le nouveau créancier, dont la tâche sera facilitée par la passation d'un acte notarié.

**Alain-Xavier BRIATTE**

Notaire à Saint-Jean-Cap-Ferrat, le 3 juin 2019.

