

OFFICE NOTARIAL DE SAINT-JEAN-CAP-FERRAT

MEMORANDUM CLIENTS ET PARTENAIRES

Alain-Xavier BRIATTE / Notaire

- Intervenant au cours de financement immobilier à l'ESSEC
- Lauréat de l'Ecole de Formation du Barreau de PARIS

Office notarial de Saint-Jean-Cap-Ferrat

2, avenue des Fleurs

F • 06230 Saint-Jean-Cap-Ferrat

Tel: +33 4 93 91 73 19 | Mobile: + 33 7 67 59 64 26

Email : alain-xavier.briatte@notaires.fr

Opérations de crédit et état d'urgence sanitaire

Synthèse

Dans ce Memorandum, nous aborderons les thèmes suivants, qui intéressent la relation entre un **prêteur français**, ou en ce qui concerne les lois de police un **prêteur étranger** – ayant son siège dans l'Union Européenne, en Suisse ou à Monaco - et un emprunteur ou un garant français:

Pour les anciens crédits :

1. Le cas échéant, dès lors que cette action est économiquement justifiée, prévenir les contentieux pour les crédits déjà délivrés avant la pandémie - **La prorogation des crédits** existants est souvent la meilleure solution;
2. **Loi de police** protégeant l'emprunteur français (SCI, SARL, SA), quel que soit le droit applicable à la convention de crédit - La suspension de la déchéance du terme d'un crédit, mesure d'ordre public, est la conséquence des **mesures d'urgence**;

Pour les nouveaux crédits :

3. **Adaptation des nouveaux contrats de crédit et pandémie** - La documentation des nouveaux crédits, formés après le début de la pandémie, peut être adaptée en ce qui concerne les clauses de force majeure et d'imprévision;
4. **Signature à distance** de l'acte authentique rendue possible - La signature à distance d'un acte authentique de crédit est aujourd'hui possible par **visioconférence**, pendant l'état d'urgence, suite au décret du 3 avril 2020 sur l'acte notarié à distance.

1 - La renégociation des crédits délivrés avant la pandémie

Eviter le contentieux en provoquant la prorogation du crédit. – Au final, il s'agit d'anticiper, autant que faire se peut, la survenance des contentieux chaque fois que cela est justifié, en ce qui concerne les crédits déjà délivrés. Solidarité nationale oblige, et afin d'éviter d'avoir à entrer, sur un terrain judiciaire, dans un débat aléatoire, long et coûteux nourri des thèmes de l'imprévision ou de la force majeure, le prêteur aura un intérêt commercial évident à favoriser, dès lors que la situation de l'emprunteur le justifie au regard de la pandémie, le règlement conventionnel anticipé du défaut de paiement en provoquant le report du paiement de tout ou partie de la charge d'intérêt, ou de la date de remboursement du capital. De ce report, il en résulte dans la plupart des cas, une **prorogation de la durée du crédit**. La prorogation du crédit nécessite toutefois de prendre certaines précautions. A ce titre, si la modification de la durée du contrat de prêt à finalité professionnelle ne pose *a priori* aucune difficulté particulière, celle du crédit immobilier soumis au droit de la consommation et à la directive 2017/17 UE sur le crédit immobilier connaît une jurisprudence remarquable.

La prorogation du crédit immobilier soumis au Code de la consommation. - La modification du contrat de crédit, et ce y compris une augmentation de la durée du crédit, ne peut intervenir qu'au moyen d'un **avenant**, dont la formalisation n'est pas livrée à la seule volonté des parties. En effet, la Cour de Cassation en 2011¹, rappelle qu'en matière de modification d'une crédit immobilier existant, la forme de « l'avenant » est impérative². L'exigence d'un avenant est requise lorsque la modification porte sur une ou plusieurs caractéristiques du crédit : sa durée par exemple, ou son taux d'intérêt, même si le taux d'intérêt est revu à la baisse. Rappelons que cet avenant au sens du nouvel article L. 313-39 du Code de la consommation comprend, d'une part, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, le taux annuel effectif global ainsi que le coût du crédit, calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir. Pour les prêts à taux variable ou révisable, l'avenant comprend le taux annuel effectif global ainsi que le coût du crédit, calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux. Ainsi, l'avenant ne doit pas être confondu avec une « nouvelle offre », ou une « offre modificative », et l'envoi d'un « nouvel échéancier » ne saurait se substituer à la formalité de l'avenant.

Nouvelle offre de crédit. - En revanche, l'octroi d'un nouveau crédit, ou le rachat de crédit donnent lieu à la remise d'une offre dans la mesure où il ne s'agit pas à proprement parler de renégociation du crédit. Les dispositions applicables à l'offre de crédit, qu'on retrouve aux articles L. 313-24 et suivants du Code de la consommation, ne sont donc pas applicables à modification du contrat en cours de la vie du crédit qui reste soumise à l'avenant. Dans ce même arrêt de 2011 rappelé au paragraphe précédent, la Cour régulatrice peut user de son pouvoir de requalification pour qualifier « d'avenant » une offre modificative, et tirer toutes les conséquences du non-respect de la formalisation de l'avenant.

¹ Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2011, n° 10-15.152, F-P+B+I : JurisData n° 2011-002625 : Nicolas MATHEY, Formalisme de la renégociation d'un crédit immobilier, Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2011, comm. 158 ; Contrats, conc. consomm. 2011, comm. 148, note G. Raymond ; JCP G 2011, 581, note N. Monachon-Duchêne ; JCP E 2011, 1394, obs. R. Routier ; JCP N 2011, 1210, note N. Rzepecki ; D. 2011, p. 814, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2011, p. 402, obs. D. Legeais ; RD imm. 2011, p. 265, obs. H. Heugas-Darraspen

² Sous l'empire de l'ancien article L. 312-14-1 du Code de la consommation relatif à l'avenant.

Imprévision et force majeure. - En l'état actuel du droit positif, la reconnaissance de la force majeure, si elle est possible, devra surmonter **une jurisprudence favorable au fournisseur de crédit**. - Sur la base du droit positif actuel, l'engagement du **constituant d'hypothèque** ou de **l'emprunteur d'une somme d'argent** est peu sensible à la survenance d'un événement imprévisible. La Cour de cassation a même décidé que « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure »³. En l'espèce, une caution avait invoqué la force majeure, tirée de sa maladie, pour tenter de « s'exonérer des obligations nées du contrat de caution », ce que la Cour de cassation a refusé au motif précité.

En l'état actuel du droit positif, et donc sous toute réserve, l'imprévision aurait également peu de chance d'être reconnue -Quant à l'imprévision, il faudrait que l'événement imprévisible vienne rendre le contrat « excessivement onéreux ». Dans le cadre d'un prêt, cela pourrait être envisageable en cas de taux variable, si l'ampleur de la variation ou sa cause était raisonnablement imprévisible au jour de la conclusion du contrat, ce qui n'est pas avéré aujourd'hui.

2 - La suspension de la déchéance du terme d'un crédit, mesure d'ordre public, conséquence des mesures d'urgence.

L'article 2 de l'ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, énonce que :

« Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.

Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit ».

La suspension de la déchéance du terme au-delà d'un délai d'un mois suivant la fin de la période de crise.- Lorsqu'un délai, qui était prescrit par la loi ou le règlement sous peine de sanction, a expiré ou doit expirer dans la période allant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin du mois suivant la fin de la période d'état d'urgence sanitaire, l'ordonnance met en place un « délai de rattrapage ». La personne soumise au délai pourra accomplir l'acte en question dans un nouveau délai, commençant à courir à la fin de la période de crise (un mois après la fin de l'état d'urgence), égal au délai initial, dans la limite de deux mois. On notera que seuls les actes prescrits par la loi ou le règlement sont concernés, ce qui exclut les actes prescrits par le contrat. Par exemple, le délai d'option d'une promesse unilatérale de vente n'est pas concerné par le mécanisme de l'article. Par ailleurs, si un paiement devait intervenir pendant la période de crise, il ne sera pas repoussé.

Toutefois, l'article 4 de l'ordonnance précitée énonce, quant à lui, que :

*« les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les **clauses***

³ Com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306.

prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1er.

Ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets à compter de l'expiration d'un **délai d'un mois après la fin de cette période** si le débiteur n'a pas exécuté son obligation avant ce terme.

Le cours des astreintes et l'application des clauses pénales qui ont pris effet avant le 12 mars 2020 sont suspendus pendant la période définie au I de l'article 1er. »

C'est dire que si le paiement n'intervient pas au terme prévu, la clause de déchéance du terme sera suspendue et ne pourra être mise en œuvre si le débiteur s'exécute au plus tard un mois après la période de crise. De fait, il ne sera donc pas possible de mettre en œuvre les sanctions contractuelles et il faudrait mobiliser le droit commun des contrats pour faire sanctionner ce retard.

Aménagement conventionnel de la clause de déchéance du terme.- Dès lors, la question se pose de savoir s'il est possible de renoncer, par avance, par exemple dans le contrat qui sera conclu pendant la période de crise à un délai de rattrapage dont un des contractants pourraient bénéficier (à l'évidence, si le délai profite à un tiers les clauses du contrat seront, de toute façon, impuissantes).

Cette solution est douteuse.

Les dispositions de l'ordonnance n° 2020-306 semblent relever d'un ordre public de protection. Dès lors, toute renonciation anticipée, par une clause du contrat, est impossible. Comme pour toutes les dispositions relevant de l'ordre public de protection, la renonciation n'est envisageable que lorsque le droit a été acquis par la personne protégée.

Quand le droit est-il acquis ? Deux solutions sont possibles :

- Le titulaire du délai de rattrapage pourrait y renoncer une fois le délai initial expiré. Imaginons par exemple qu'un délai expire le 1er mai 2020. La personne concernée par l'expiration est alors titulaire, au moment de l'expiration, du **droit de bénéficiaire du délai de rattrapage**, délai qu'il pourra exercer à la fin de la période de crise. On pourrait donc avancer qu'il peut renoncer dès l'expiration du délai initial, puisqu'il possède le droit dès cet instant.
- Au contraire, il peut être soutenu que le titulaire ne pourra renoncer au délai de rattrapage que lorsqu'il sera en mesure d'en bénéficier concrètement, soit au moment où il commencera à courir (à la fin de la période de crise).

On peut espérer que ce point relatif à la renonciation conventionnelle à ce délai de rattrapage soit clarifié par une ordonnance rectificative ou par la loi de ratification.

Quoi qu'il en soit une renonciation anticipée au délai de rattrapage, dont pourrait bénéficier un contractant, par une clause du contrat initial ne semble pas envisageable à l'heure actuelle.

3 - La documentation des nouveaux crédits

D'un droit positif de l'imprévision et de la force majeure restrictif, à une évolution jurisprudentielle anticipée conventionnellement.

L'événement de la pandémie est déjà intervenu. - Comme on vient de le voir, le droit positif de l'imprévision et de la force majeure est pour le moment restrictif, et ne semble pas permettre à l'emprunteur de remettre de remettre en cause les nouveaux contrats de crédits, de manière générale. Ainsi, la Cour de cassation a refusé, dans un arrêt de 2014, l'invocation de la force majeure lorsque l'inexécution concerne une obligation contractuelle de somme d'argent, ce qui semble, à première vue, régler le problème pour le cautionnement ou le contrat de prêt d'argent. La situation est certes plus hypothétique s'agissant du constituant d'une sûreté réelle puisque le constituant n'a pas, à proprement parler, à exécuter le contrat. Par la constitution de la sûreté, il a consenti un droit réel qui autorise les poursuites du créancier, sans que sa médiation ultérieure soit nécessaire. Au surplus, selon la lettre du Code civil aujourd'hui, l'imprévisibilité de l'événement qualifié de force majeure s'apprécie au jour de la conclusion du contrat, de sorte qu'il serait mal aisé pour un emprunteur d'alléguer que cet événement (la pandémie) survenu postérieurement à la conclusion du contrat de crédit « ne pouvait être raisonnablement prévu ».⁴

Les magistrats pourraient revoir leur position au regard des conséquences futures de la pandémie COVID 19.- Toutefois, les conséquences potentiellement désastreuses de la pandémie de COVID-19 pourraient pousser les hauts magistrats à revoir leur position. Par conséquent, et pour ce qui concerne les nouveaux crédits, dans le contexte actuel de la pandémie de COVID-19, il pourrait donc être utile d'interdire aux parties de soulever, sinon l'existence de la pandémie, qui n'est plus un événement de réalisation future, mais ses conséquences qui, imprévisibles à l'heure où ces lignes sont écrites, seraient susceptibles d'empêcher l'exécution du contrat.

Ainsi, il n'est pas exclu qu'une jurisprudence se développe progressivement qui viendrait, compte tenu de la pandémie de COVID-19, assouplir la position de la Cour de cassation vis-à-vis de la force majeure de l'article 1218 du Code civil et fixer, de manière compréhensive, le champ d'application de l'imprévision de l'article 1195 du code civil actuellement **vierge de toute interprétation** prétorienne. S'agissant des clauses relatives à la force majeure et à l'imprévision, c'est donc avec prudence qu'il est envisageable de les insérer dans les contrats de prêt ou de constitution d'hypothèque afin de prévenir une possible évolution jurisprudentielle dans le futur.

C'est pourquoi, dans le contexte actuel de la pandémie de COVID-19, il pourrait donc être utile d'interdire aux parties de soulever, sinon l'existence de la pandémie, qui n'est plus un événement de réalisation future, mais ses **conséquences qui, imprévisibles** à l'heure où ces lignes sont écrites, seraient susceptibles d'empêcher l'exécution du contrat.

En vue de la rédaction des clauses, il s'agira de tirer parti du caractère supplétif de l'**imprévision** ou du caractère modulable de la **force majeure**. En effet, si une partie peut renoncer à invoquer la force majeure (v. *infra*), elle doit pouvoir, *a fortiori*, renoncer à l'imprévision. Qui peut le plus, peut le moins... En vue de lever le risque de l'imprévision dans les crédits soumis au Code de la consommation, il conviendrait toutefois que chaque partie renonce à l'invoquer, ce qui est de nature à exclure tout risque de déséquilibre au sens de l'article 1171 du Code civil engendré par la clause⁵.

⁴ Saint-Denis de la Réunion, 29 déc. 2009 : Par exemple, « il doit être souligné que l'épidémie de chikungunya a débuté en janvier 2006 et ne peut être retenue comme un événement imprévisible justifiant la rupture du contrat en août suivant après une embauche du 4 juin. [...] Ainsi, dans les faits, la force majeure alléguée fait défaut »

⁵ Sauf si, par nature, la prestation de l'un était susceptible de souffrir de la survenance d'un événement imprévisible alors que la prestation de l'autre ne l'était pas. Ce dernier ne renoncerait alors à rien.

4 - La signature à distance d'un acte authentique de crédit par visioconférence.

Né d'une révolution de la pratique notariale, à la fois juridique et technologique, le décret n° 2020-395 du 3 avril 2020, publié au JORF n°0082 du 4 avril 2020 autorise de recourir à **l'acte notarié à distance** pendant un délai s'étendant jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire⁶. **Dans le champ des opérations de crédit**, ce décret permettra maintenant au notaire de recueillir le consentement d'une personne physique en vue de l'octroi d'un cautionnement sous forme authentique, ou en vue de la constitution d'une hypothèque, par exemple, **ce qui était impossible jusqu'à aujourd'hui** compte tenu des restrictions liées à la liberté de déplacement des personnes issues du décret n° 2020-395 du 3 avril 2020. En effet, le client qui avait à se rendre dans une étude notariale pour signer un acte de crédit, de cautionnement ou d'hypothèque, s'exposait donc vraisemblablement à une contravention. Au surplus, un notaire, officier public, qui aurait accepté que son client viole la loi en se rendant dans son étude, se serait exposé à une faute disciplinaire.

Toutefois, dans le domaine des opérations de crédit, et cela avant même l'introduction du décret n° 2020-395 du 3 avril 2020⁷ sur la signature à distance, **il était déjà possible, pour une société de formaliser une grande partie, voir l'essentiel de l'opération de crédit à distance, à savoir:**

- S'engager au titre d'une offre de prêt, ou d'un avenant, par la signature du gérant de la société ;
- S'engager au titre d'un acte authentique de crédit, par la voie d'un procès-verbal d'assemblée générale (SCI, SARL, SA) certifié conforme, sachant que la signature à distance de l'acte sous seing privé par le gérant est déjà reconnue par le notaire, notamment par le procédé de *DocuSign* ;
- Constituer un privilège de prêteur de deniers ou une hypothèque conventionnelle sur le fondement d'un procès verbal d'assemblée générale (SCI) ou d'une décision de l'organe de gestion (SARL, SA).

Le cautionnement est souvent exigé par le prêteur dans le cadre de la délivrance d'un prêt souscrit par une société (SCI ou SARL). **Toutefois, et cela de manière résiduelle**, avant l'introduction du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 concernant le confinement et dans le cadre d'un financement d'entreprise, **aucune des exceptions** prévues par ledit décret ne

⁶ Le texte du décret n° 2020-395 du 3 avril 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, est rappelé ci-après:

« Jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de [l'article 4 de la loi du 23 mars 2020], le notaire instrumentaire peut [...] établir un acte notarié sur support électronique lorsqu'une ou toutes les parties ou toute autre personne concourant à l'acte ne sont ni présentes ni représentées.

L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte et le recueil, par le notaire instrumentaire, du consentement ou de la déclaration de chaque partie ou personne concourant à l'acte s'effectuent au moyen d'un système de communication et de transmission de l'information garantissant l'identification des parties, l'intégrité et la confidentialité du contenu et **agréé par le Conseil supérieur du notariat**.

Le notaire instrumentaire recueille, simultanément avec le consentement ou la déclaration mentionnés au deuxième alinéa, la signature électronique de chaque partie ou personne concourant à l'acte au moyen d'un procédé de signature électronique qualifié répondant aux exigences du décret du 28 septembre 2017 susvisé.

L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée »

⁷ Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

paraissait autoriser le déplacement d'un emprunteur **personne physique** (particulier ou professionnel) chez son notaire pour signer un des deux actes suivants⁸:

- **Octroyer un cautionnement sous la forme authentique**, lorsque le constituant est une personne physique;
- **Consentir une hypothèque**, lorsque le constituant est une personne physique.

Au final, ce décret n° 2020-395 du 3 avril 2020, qui certes constitue une révolution dans la pratique notariale au sens large (immobilier, famille), permet essentiellement, dans le périmètre des opérations de crédit, de permettre enfin au notaire de recueillir à distance (par visioconférence) le consentement de la caution, **dirigeant personne physique** ou du bénéficiaire économique ultime personne physique, à l'acte authentique de cautionnement.

Alain-Xavier BRIATTE,

Notaire

Saint-Jean-Cap-Ferrat, le 06 avril 2020

⁸ Pour rappel, les exceptions au confinement prévues par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire permettent à un client de se rendre dans un office notarial afin d'y signer un acte de crédit et/ou un acte constitutif d'une sûreté, uniquement dans un nombre **extrêmement restrictif** de situations prévues à l'article 1 dudit décret.