



## Développements de marchés secondaires pour les prêts non productifs et les actifs en difficulté et protection des créanciers privilégiés contre le défaut de paiement des emprunteurs

Le Conseil des Notariats de l'Union européenne (CNUE) est l'organisme officiel et représentatif de la profession notariale auprès des institutions européennes.

C'est avec intérêt que le CNUE a pris connaissance de la consultation qui a été lancée par la Direction générale « Banque et Finances » de la Commission européenne au sujet du développement de marchés secondaires pour les prêts non productifs et les actifs en difficulté et sur la protection des créanciers privilégiés contre le défaut de paiement des emprunteurs.

Nous comprenons notamment l'intérêt qu'il pourrait y avoir à assurer une meilleure protection des prêteurs immobiliers contre un défaut de paiement des emprunteurs. Le mécanisme qui est soumis à la discussion des parties prenantes, en l'occurrence la création d'une sûreté d'un nouveau type appelée « garantie de prêt accélérée », a attiré une attention particulière de notre part.

A titre liminaire, il nous semble opportun d'attirer l'attention sur le caractère quelque peu flou de la proposition telle que décrite dans la section II du document de consultation. Il n'est ainsi pas clair si la Commission européenne envisage d'organiser une nouvelle sûreté ou uniquement un nouveau mode de réalisation des sûretés de droit national. Partant de l'hypothèse qu'il s'agisse de la mise en place d'une nouvelle sûreté, cette mission serait d'une extrême complexité dans la mesure où des dispositions très techniques (et intimement liées au droit national sur la publicité foncière, le droit des sûretés, le transfert de propriété, etc.) devraient être proposées pour la création d'un nouveau mécanisme de toute pièces. Quel que soit la réforme envisagée, il faudrait coordonner le dispositif nouveau avec les 27 droits nationaux applicables à chaque garantie ou procédure d'exécution.

Cela étant dit, il semble difficile à réaliser que l'introduction d'un nouveau mécanisme visant à protéger ces créanciers, en l'occurrence la création d'une sûreté d'un nouveau type appelée « garantie de prêt accélérée », soit un instrument approprié qui tiendrait compte de l'ensemble des intérêts à respecter en cas de défaillance d'un débiteur.

En effet, ce nouvel instrument viserait à permettre non seulement de se passer du juge pour avoir accès à un mode d'exécution forcée, mais même de se passer de toute saisie. Dans le schéma proposé, le créancier, c'est-à-dire la banque dans la plupart des cas, déclarerait que le débiteur est en défaut, et elle s'approprierait, de sa propre autorité, le bien de son débiteur, moyennant d'une attribution forcée de la propriété avec expropriation du débiteur défaillant...

L'introduction de ce nouveau type de sûreté bénéficierait dès lors de manière déséquilibrée et unilatérale au créancier. L'emprunteur se verrait dépourvu de toute protection. Or, souvent, les emprunteurs seront des petites et moyennes entreprises qui méritent une protection particulière.

Nous souhaitons également souligner que conformément à la répartition des compétences entre Union européenne et Etats membres telle qu'elle découle du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (art. 3 ss. TFUE), le droit matériel des biens constitue un domaine de compétence réservé aux Etats membres. Cette répartition des compétences est complétée par le



principe de la *lex rei sitae* de droit international privé pour les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ; principe qui est notamment consacré par le règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Par conséquent, le transfert de propriété et les modalités de transfert forcé par un débiteur de la propriété de son bien à un créancier sont soumis aux règles fixées par les droits nationaux respectifs pour les transferts de droits de propriété et les expropriations, qui assurent l'équilibre, la sécurité, et le respect des droits des tiers en conformité avec les traditions juridiques diverses des Etats membres. De plus, le droit des sûretés et les procédures s'y rapportant contiennent des règles de *ius cogens*, et forment un ordre public en matière patrimoniale qu'il faudrait respecter.

La mise en place de transferts automatiques fragiliserait la sécurité et la fiabilité des systèmes nationaux, qu'il s'agisse soit des systèmes de livres fonciers dans lesquels l'intervention du juge garantit une inscription constitutive du transfert de propriété, ou soit d'un système de publication dans lequel l'établissement du droit de propriété relève de l'intervention d'un professionnel chargé de la rédaction de l'acte de transfert et dans lequel la publicité est un élément essentiel pour éviter tout conflit avec les droits des tiers.

De plus, les ordres juridiques de nombreux Etats membres seraient considérablement affaiblis par des transferts de propriété occultes, qui constitueraient une source importante d'insécurité, et iraient à l'encontre du souci de traçabilité des transactions immobilières aujourd'hui assurée par les différents registres fonciers nationaux. C'est non seulement l'équilibre des systèmes créés par le droit matériel des biens dans les Etats membres qui doit impérativement être respecté mais également l'équilibre actuellement assurée par les législations nationales sur l'ordre des créanciers qui se verraient dépourvus de protection si une garantie de prêt accélérée permettait un transfert de propriété sans l'intervention quelconque d'un tribunal. Ce risque de transfert automatique et occulte compromettrait aussi la possibilité pour un propriétaire de consentir plusieurs garanties successives sur son biens, les créanciers de rangs subséquents refusant certainement de courir le risque de voir leur sûreté anéantie par un transfert de propriété au profit d'un créancier d'un meilleur rang. Il en va de même pour le respect du droit de l'insolvabilité qui s'impose aux créanciers dans de nombreux pays et protège dans certains cas des intérêts jugés plus légitimes par les législations nationales (celui de salariés, de l'Etat, ou d'organismes sociaux par exemples).

Aussi, les droits de certains tiers (droit de préemption, par exemple) pourraient se voir lésés si un tel instrument était introduit. Le nouvel instrument favoriserait des situations de fraude aux droits des titulaires de ces droits (collectivités publiques, locataires, etc...) en permettant un transfert automatique de propriété d'un immeuble en passant outre les droits de ces tiers.

Dans le document de consultation, il est notamment mentionné comme avantage que la nouvelle garantie de prêt accéléré permettrait aux banques européennes une procédure extrajudiciaire rapide pour récupérer la valeur des prêts garantis en cas de défaillance du débiteur.

Or, la procédure judiciaire en question garantie avant tout le respect de la sécurité juridique, incluant notamment protection des parties et vérification de l'équilibre des conventions, spécialement dans une relation entre professionnel (banquier) et non-professionnel (emprunteur) dont on connaît les risques avérés ; par ailleurs il est difficile d'imaginer un mécanisme de transfert forcé de propriété, c'est-à-dire d'expropriation, qui ne soit pas fondé sur un contrat ou une décision dotée d'un caractère contraignant conféré par une autorité publique.



Dans ce contexte, et s'il s'agit en effet de contourner des procédures judiciaires jugées trop longues, nous tenons à souligner le caractère exécutoire de l'acte notarié qui a pour utilité de permettre de pratiquer des mesures d'exécution forcée, sans l'intervention préalable du juge, pour donner un caractère exécutoire à l'obligation de rembourser souscrite par le débiteur. Cette force exécutoire est naturellement attachée à l'acte authentique et fait partie intégrante de l'acquis communautaire. Elle est notamment reconnue dans l'arrêt Unibank (Arrêt de la Cour du 17 juin 1999 dans l'affaire Unibank A/S contre Flemming G. Christensen). Dans ce cas, il est possible de passer directement à la phase de saisie avec un gain de temps considérable, tout en garantissant par l'intervention préalable d'une autorité publique la sécurité juridique et l'équilibre entre les parties.

Enfin, il est à noter que le Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées permet la circulation des titres exécutoires. Une créance bancaire constatée par acte notarié constitue un titre exécutoire dans le sens de ce règlement et peut ainsi circuler dans toute l'UE pour son exécution forcée immédiate.

Il nous semble dès lors intéressant de puiser dans le potentiel de ce règlement qui répond à un besoin réel de la pratique et d'en assurer la pleine application avant d'introduire de nouvelles mesures.

Outre une communication accrue des institutions européennes et des Etats membres sur l'objectif et la pertinence de ce règlement dans le cas de prêts défaillants, il nous semble opportun d'accroître l'offre de formation sur cet instrument.

\*\*\*

*Bruxelles, le 20 octobre 2017*  
*Conseil des Notariats de l'Union européenne (CNUE)*