

Sûretés

## 1176 Le prêt viager hypothécaire

Étude rédigée par :

Virginie MORIN BRUCKER,  
notaire

Un nouvel acte notarié à inscrire au répertoire de l'office notarial : le prêt viager hypothécaire. Sa description et son mécanisme ne suscitent pas de grandes difficultés.

Pourtant, ses conséquences patrimoniales tant du vivant de l'emprunteur qu'à l'ouverture de sa succession méritent une maîtrise de la matière nouvelle et une prise de conscience des difficultés et incertitudes qu'elle entraîne afin d'accompagner la régularisation de l'acte de prêt de la vigilance et des conseils qu'elle impose.

**1 - Qu'est-ce que le prêt viager hypothécaire ?** - C'est également une nouveauté majeure de l'ordonnance réformant le droit des sûretés même s'il concerne en réalité non pas les sûretés mais le droit des crédits aux particuliers<sup>1</sup>. Son application est devenue opérationnelle depuis le décret pris en application de l'article L. 314-10 du Code de la consommation relatif au remboursement anticipé des prêts viagers hypothécaires<sup>2</sup>.

Sa codification est ainsi reprise dans le Code de la consommation sous un nouveau chapitre aux articles L. 314-1 et suivants de ce code (C. consom., art. L. 314-1).

Bien que s'inspirant du modèle du « *reverse mortgage* » de droit anglo-saxon, il n'y est pas assimilable.

Il est défini à l'article L. 314-1 du Code de la consommation comme étant :

« Le contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement – principal et intérêts – ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès. »

Il s'agit donc d'une nouvelle forme de prêt permettant à l'emprunteur d'obtenir des liquidités tout en conservant son pouvoir d'achat puisqu'il n'assumera pas le remboursement de son vivant, en principe.

En effet le remboursement n'intervient qu'au décès de l'emprunteur, et ne pourra être supérieur à la valeur, au jour du décès de l'emprunteur, de l'immeuble donné en garantie.

Cependant, en cas d'aliénation, à titre gratuit ou onéreux, de la toute propriété ou de la propriété démembrement, le créancier hypothécaire peut, dans certains cas précis, exercer son droit de suite ou se prévaloir de son pacte commissaire (C. consom., art. L. 314-14).

De son côté, l'emprunteur a la faculté de rembourser ce prêt par anticipation (C. consom., art. L. 314-10 à 12).

Le créancier ne peut être qu'un professionnel.

Le débiteur ne peut être qu'une personne physique.

Le remboursement du capital et des intérêts n'est en principe exigible « qu'*in fine* ».

La garantie est une hypothèque qui ne peut concerner qu'un bien immobilier à usage exclusif d'habitation (il ne s'agit pas que de la résidence principale) appartenant à l'emprunteur (le cautionnement hypothécaire est exclu).

La cause du prêt ne peut pas être professionnelle.

Ce nouvel outil a donc un champ d'application très délimité, en raison de son objectif : il s'agit de permettre aux particuliers à l'âge avancé de transformer du solide en liquide... C'est en tout cas le sens voulu et l'utilisation souhaitée par le législateur.

Nous tenterons de répondre à trois questions essentielles :

- comment peut-on donc transformer du solide en liquide ? (1)
- quelles sont les obligations du créancier et du débiteur ? (2)
- comment le contrat prend-il fin ? (3)

## 1. Formation du contrat

**2 -** Ce contrat étant par essence destiné aux particuliers, il est encadré par le mécanisme bien connu de protection des consommateurs et s'amorce par l'émission d'une offre de prêt. (C. consom., art. L. 314-15).

Sa publicité en est réglementée ; elle doit être « loyale et informative » et le démarchage est interdit (C. consom., art. L. 314-3 et 4).

### A. - L'offre du prêt

**3 -** Cette offre préalable doit comporter certaines mentions obligatoires (C. consom., art. L. 314-5) :

- identité des parties,
- date de l'acceptation de l'offre,
- désignation exacte du bien hypothéqué conforme aux exigences de la publicité foncière,

1. Ordl. n° 2006-346, 23 mars 2006 ; JO 24 mars 2006 ; JCP N 2006, n° 19, 1195.

2. D. n° 2006-1540, 6 déc. 2006 ; JO 8 déc. 2006 ; JCP N 2006, n° 50, act. 708.

- valeur du bien hypothéqué estimée par un expert choisi par les parties et frais afférents à l'expertise mis à la charge de l'emprunteur,
- nature du prêt : viager hypothécaire,
- modalités du prêt et notamment, dates et conditions de mise à disposition des fonds,

- en cas de versements échelonnés du capital, l'échéancier des versements périodiques distinguant la part du capital de celle des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt et permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement,

- lorsque le capital est versé en une seule fois, un état des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt, permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement,

- à partir d'exemples représentatifs établis en fonction d'hypothèses relatives, notamment, à la durée du prêt, le coût global du crédit, le taux effectif global défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que s'il y a lieu les modalités de l'indexation,

- durée de validité de l'offre : minimum 30 jours à compter de son émission (C. consom., art. L. 314-6).

4 - La sanction du non-respect des règles relatives à l'offre de prêt est la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts (C. consom., art. L. 314-15) ainsi qu'une amende de 3 750 €.

L'offre de prêt ne peut être acceptée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion de 10 jours à compter de sa réception (C. consom., art. L. 314-7). Tout versement de fonds est exclu jusque là.

5 - Deux points méritent une attention particulière :

● **La valeur du bien donné en garantie**—Le bien donné en garantie doit être estimé dans le cadre de l'offre de prêt. Le choix de l'expert incombe aux parties mais ses frais à l'emprunteur.

Le texte n'impose pas le recours à l'expert agréé par les tribunaux. On peut penser que bien vite, une pratique, dictée par le créancier, s'instaurera quant au choix de l'expert. Cette pratique ne pourra pas être formalisée bien entendu.

Il appartiendra tout le moins au notaire de vérifier la cohérence de l'expertise avec le marché immobilier qu'il maîtrise, comme il s'en assure déjà pour toute opération immobilière qu'il traite.

Cette vérification n'est pas sans conséquence car cette valeur conditionnera très certainement la capacité d'emprunt du débiteur corrélativement à l'étendue de la garantie du prêteur.

● **Le montant de la dette en relation avec sa durée et le bien donné en garantie**—L'échéancier des versements, en cas de versements périodiques, et l'échéancier des intérêts, dans tous les cas, permettent de déterminer la durée prévisionnelle du crédit... c'est-à-dire la date « prévisionnelle du décès de l'emprunteur », laquelle passée, le créancier est en déficit...

6 - On ne peut raisonnablement admettre que le créancier laisse planer un tel doute sur une opération qui revêt pour lui un but commercial.

C'est pourquoi, lors de la conclusion du contrat :

- soit la valeur du bien donné en garantie couvre le montant total du prêt viager hypothécaire en capital et intérêts sur la durée prévisionnelle du crédit (c'est-à-dire l'espérance de vie du débiteur). Mais compte tenu des risques pour le créancier que la durée prévisionnelle soit plus courte que la durée réelle, et que le bien immobilier n'ait pas la valeur attendue au dénouement du contrat, ce prêt pourrait alors être assorti d'une autre garantie (telle une assurance-décès ou un nantissement de contrat d'assurance-vie), comme on a pu le lire dans certains commentaires de la loi. Il nous semble que ces garanties supplémentaires seraient sans effet puisque le montant de la dette est par principe plafonné à la valeur du bien donné en garantie. Ainsi la garantie complémentaire ne pourrait pas jouer.

**Il nous paraît préférable de déconseiller d'asseoir ce prêt sur des garanties complémentaires qui s'avèreraient inutiles.**

- soit le montant en capital du prêt viager hypothécaire est très inférieur à la valeur du bien donné en garantie, permettant ainsi au créancier de se couvrir des risques de retournement de marché immobilier, et de ceux de fin de vie plus longue qu'espérée. C'est très certainement dans ce sens que le prêt viager hypothécaire s'appliquera. Un pourcentage théorique de la valeur du bien sera vraisemblablement calculé par les banquiers de la place déterminant la capacité d'emprunt.

Il semble donc raisonnable de penser que la valeur estimée du bien donné en garantie sera toujours supérieure au montant total du prêt viager hypothécaire en capital et intérêts sur la durée prévisionnelle du crédit.

Cette offre de prêt acceptée est suivie alors d'un acte notarié (C. consom., art. L. 314-7).

## B. - L'acte notarié

7 - Aucune observation particulière n'est à formuler sur la rédaction de l'acte notarié nécessaire à l'inscription de l'hypothèque. Les formules sont à ce jour inédites.

Cette rédaction renferme-t-elle un simple formalisme ou un devoir de conseil renforcé ? La réponse est donnée par les commentateurs de la loi qui se félicitent de la nécessité de l'acte notarié permettant ainsi d'éclairer le consentement du débiteur.

Il nous semble en effet que la responsabilité du notaire pourra être engagée au regard de l'utilité de l'opération, sa validité sur le fond et en la forme, ses risques tant pour le créancier que pour le débiteur. Les points soulevés ci-dessus méritent donc une veille spéciale.

De surcroît, il est impératif de surcroît de s'assurer que le devoir de conseil aura été exercé tant sur les conséquences patrimoniales que successorales de l'opération envisagée que nous envisageons plus loin.

## 2. Les obligations des parties

8 - Si les conditions de fond et de forme du contrat méritaient les développements qui précèdent, il convient d'examiner les obligations tant de l'emprunteur que du créancier.

### A. - Obligations de l'emprunteur

#### 1<sup>o</sup> Obligation d'entretien

9 - En premier lieu, tant que le contrat n'est pas arrivé à son terme, l'emprunteur a l'obligation d'entretenir le bien en « bon père de famille » et de ne pas en changer la destination ni d'en diminuer la valeur.

Il doit en outre permettre au prêteur de s'assurer du bon état d'entretien et de conservation du bien donné en garantie lui en laissant le libre accès (C. consom., art. L. 314-8).

La sanction du non-respect de cette obligation se traduit par la déchéance du terme.

Ainsi, dans le cadre du devoir de conseil du notaire, il conviendra de veiller tout particulièrement à la description et la désignation précise du bien hypothéqué, de ses éléments d'équipements, de sa situation d'occupation.

On se pose la question de l'opportunité d'annexer à l'acte notarié un état des lieux permettant de préconstituer la preuve de l'état du bien et de ses équipements lors de la conclusion du contrat, tant dans l'intérêt de l'emprunteur, que dans celui du prêteur à qui il appartiendra de rapporter la preuve du manquement à ces obligations.

Sur la notion de « bon père de famille », elle sera soumise à l'appréciation des juges du fond.

Il convient donc de se référer au Code civil et à la jurisprudence y afférente, qui y font référence : pour le preneur à bail à l'article 1728 ;



pour le preneur à bail rural à l'article 1766 ; pour le preneur du bail à cheptel à l'article 1806 ; pour les contrats et obligations à l'article 1137 ; pour l'usager du droit d'usage et d'habitation à l'article 627, pour le débiteur d'un prêt à usage à l'article 1880 ; pour le gérant d'affaires à l'article 1374 et pour l'usufruit à l'article 601.

Il faut comprendre que le bon père de famille est celui qui ne commet pas de fautes, qui n'abuse pas. Mais **cette notion étant soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond et la jurisprudence étant dans l'immédiat peu abondante sur le sujet, il conviendra donc d'attirer l'attention de l'emprunteur sur ces obligations pesant à sa charge au moyen d'une mise en exergue soit dans le contrat lui-même, soit dans un courrier séparé.**

Bien entendu, la même recommandation est à faire quant au changement d'affectation ou de destination du bien. L'accord préalable écrit du créancier devra être requis, l'attention de l'emprunteur devra être attirée sur ce point.

Sur la diminution de valeur du bien, la référence est classique en matière d'hypothèque, par application des articles 1302 et 1137 du même code. « *Le droit qu'a le débiteur sur l'utilité de la chose s'arrête lorsqu'est entamé celui qu'a le créancier sur la valeur de celle-ci* »<sup>3</sup>.

Qu'en serait-il de la conclusion d'un bail d'habitation du bien hypothéqué d'une durée classique de trois ans ? Il s'agit d'un acte d'administration qui pourtant peut entraîner une diminution de la valeur du bien. La doctrine valide cette opération pour les hypothèques classiques. Qu'en est-il de la nécessité de mise aux normes d'un bâtiment (amiante, plomb, électricité, gaz, tout à l'égout...) ?

La prudence impose de suggérer à l'emprunteur qu'il obtienne, avant tout acte susceptible de mettre en cause sa responsabilité contractuelle, l'accord préalable écrit du créancier, ces actes étant soumis à l'appréciation des juges du fond.

Enfin, il conviendra de s'assurer que la situation financière du débiteur, qui par la conclusion d'un prêt viager hypothécaire aggrave son train de vie, lui permet de maintenir et d'assurer la conservation et l'entretien du bien hypothéqué ; l'enjeu étant l'exigibilité immédiate du prêt.

## 2° Notification en cas d'aliénation

10 - En second lieu, en cas d'aliénation du bien hypothéqué par l'emprunteur (ou ses héritiers), en propriété ou en démembrement, à titre gratuit ou à titre onéreux, l'emprunteur doit notifier le projet de cession au prêteur (*C. consom.*, art. L. 314-14).

On suppose que la notification pourra prendre la forme d'une lettre recommandée au domicile élu par le prêteur dans l'acte de prêt. Le texte est muet sur la question.

Si le créancier ne conteste pas, la valeur de la dette sera plafonnée au montant indiqué à l'acte de cession (*C. consom.*, art. L. 314-9). Contrairement à certains commentaires qui précisent qu'en cas d'aliénation du vivant de l'emprunteur, le prêt devient exigible immédiatement ; il nous semble que le texte ne vise pas expressément l'exigibilité automatique du prêt dans cette hypothèse.

Cette exigibilité ne se déduit pas plus de la lecture de l'article L. 314-1 mais elle pourrait se comprendre par la position de l'article L. 314-14 inséré dans la section 6 dénommée « Terme de l'opération ».

En cas de contestation par le prêteur de la valeur portée à l'acte de cession, il est procédé à l'estimation du bien par un expert choisi d'un commun accord par les deux parties ou désigné sur requête.

Si la valeur projetée est inférieure à l'estimation, la créance du prêteur sera alors plafonnée soit :

- au prix d'adjudication de l'immeuble sur saisie pratiquée par le prêteur et vente du bien en vertu de son droit de suite ;

- à la valeur de l'expertise si le créancier demande l'attribution judiciaire ou se prévaut de son pacte comissoire.

Ainsi, si la valeur projetée est inférieure à l'estimation, le prêt devient assurément immédiatement exigible.

Le mécanisme est ici particulier et s'explique en raison du plafonnement de la dette au terme du contrat, l'exigibilité anticipée du terme en cas d'aliénation du bien n'est pas une solution surprenante, c'est bien le cas de tous les crédits immobiliers. Compte tenu des questions d'interprétation de l'article L. 314-14 soulevées plus haut, il conviendra de suggérer au prêteur de préciser au titre des conditions générales du prêt qu'il devient immédiatement exigible dans tous ces cas.

## B. - Obligations du prêteur

### 1° Remise des fonds

11 - Le prêteur doit remettre les fonds suivant les modalités convenues : versement d'un capital en une seule fois ou par versements périodiques. Il ne pourra en aucun cas s'agir du service d'une rente viagère avec revalorisation. C'est pourquoi l'offre de prêt doit bien distinguer l'échéancier des versements, de l'échéancier des intérêts en cas de versements périodiques.

Seul l'emprunteur a la possibilité, dans le cas de versements périodiques, d'en suspendre les versements ou d'en rééchelonner les versements (*C. consom.*, art. L. 314-12).

### 2° Indemnité de remboursement anticipé

12 - L'emprunteur a la possibilité de rembourser le prêt par anticipation, avant le terme du contrat.

Le remboursement anticipé partiel ne peut être inférieur à 10 % du capital versé (*D. n° 2006-1540, 6 déc. 2006, JO 8 déc. 2006*).

Le prêteur ne peut exiger d'indemnité de remboursement anticipé supérieure à :

• en cas de versement du capital en une seule fois :

- 4 mois d'intérêts sur le capital à rembourser au taux d'intérêt du prêt si la demande de remboursement intervient entre la première et la quatrième année du prêt ;

- 2 mois d'intérêts si elle intervient entre la cinquième et la neuvième année du prêt ;

- 1 mois d'intérêts à partir de la dixième année du prêt ;

• en cas de versements périodiques :

- 5/12es des versements dus au titre de la première année du prêt si la demande de remboursement intervient entre la première et la quatrième année du prêt ;

- 3/12es de la totalité des versements effectués lors de la première année si elle intervient entre la cinquième et la neuvième année du prêt ;

- 2/12es de la totalité des versements effectués la première année à partir de la dixième année du prêt ;

Cette indemnité de remboursement par anticipation jouerait-elle en cas d'exigibilité anticipée du contrat ? Il nous semble que la réponse soit négative car ce n'est pas précisément un remboursement anticipé mais le dénouement du contrat.

Enfin, le prêteur, sauf cause d'exigibilité anticipée, ne peut exiger le remboursement du prêt en capital et intérêts qu'au terme du contrat, c'est-à-dire au décès de l'emprunteur, sauf cas d'aliénation visé ci-dessus.

## 3. Le terme du contrat

13 - C'est donc en principe le décès de l'emprunteur. (*C. consom.*, art. L. 314-13).

Dans l'hypothèse de co-emprunteurs, l'exigibilité du terme n'intervient qu'au second décès seulement (*C. consom.*, art. L. 314-13).

3. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière* : Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 473.



## A. - Le montant du remboursement

**14** - La grande originalité du contrat réside dans le montant plafonné de la dette due au créancier au terme du contrat.

Remarquons que ce plafonnement est exclu en cas de remboursement anticipé à l'initiative de l'emprunteur (*C. consom.*, art. L. 314-10, al. 1<sup>er</sup>) car il doit alors rembourser la totalité des sommes dues en capital et intérêts.

La dette ne pourra jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée à l'échéance du terme. C'est-à-dire que le prêt viager hypothécaire ne pourra pas être de lui-même à l'origine d'une succession *in mali*.

Cependant, si cette dette est inférieure à la valeur de l'immeuble dont le créancier a mis en jeu la garantie, les héritiers bénéficient de la différence (*C. consom.*, art. L. 314-9).

## B. - Les modalités de paiement

**15** - Les héritiers peuvent payer la dette (*C. consom.*, art. L. 314-13) plafonnée à la valeur de l'immeuble estimée au jour de l'ouverture de la succession. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation.

Si le texte dispose « *qu'il est procédé à cette estimation en tant que de besoin par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur ou désigné sur requête* », il ne vise pas expressément la consultation préalable du créancier au moyen d'une notification comme en cas d'aliénation (*V. C. consom.*, art. L. 314-14). Le terme « *en tant que de besoin* » peut nous laisser penser ce préliminaire à l'expertise possible.

Le montant maximum de la dette due par les héritiers sera égal en tout état de cause au montant déterminé par l'expertise.

**C'est en quelque sorte le choix laissé au tiers acquéreur par l'article 2463 du Code civil face au créancier hypothécaire : payer ou délaisser.**

Car à défaut de paiement par les héritiers, le prêteur dispose des recours suivants, quelle que soit la qualité des héritiers (notamment acceptant à concurrence de l'actif *C. consom.*, art. L. 314-13) :

- poursuivre la saisie et la vente du bien hypothéqué dans les conditions de droit commun, le montant plafonné sera celui du prix vente ;

- se voir attribuer le bien hypothéqué en vertu d'une décision judiciaire ou en se prévalant du pacte commissaire stipulé au contrat.

Il dispose de ces droits même en cas de succession vacante.

Il convient de souligner ici qu'une autre innovation de la réforme des sûretés réside dans l'admission des pactes commissaires (*C. civ.*, art. 2459) permettant à un créancier impayé de se faire attribuer le bien donné en garantie à condition que sa valeur soit déterminée à dire d'expert. Le seul cas où il est admis sur la résidence principale du débiteur est celui du prêt viager hypothécaire. On le comprend bien, la résidence du débiteur est devenue toute autre, en espérant que le sort de son conjoint ait été envisagé lors de la conclusion du contrat...

**Il nous faudra ainsi bien veiller à ce que le pacte commissaire ne soit pas omis dans la rédaction de l'acte notarié.**

Dans le cadre du règlement des successions, où de nouveaux et nombreux réflexes sont à acquérir, il est bien entendu que le prêt viager hypothécaire trouvera une place de premier ordre.

Au plan successoral, si le bien hypothéqué se trouve à l'actif de communauté ou de succession, la dette est elle admise au passif de communauté ou de succession mais à son montant plafonné.

**Le conseil à donner aux héritiers de payer la dette ou laisser mettre en jeu ses garanties par le créancier devra être éclairé, en raisonnant sur la valeur du bien en rapport au plafonnement éventuel de la dette et aux conséquences de cette dette ou égard notamment aux droits du conjoint survivant envisagés plus loin.**

Il semble qu'admise au passif de succession, la dette puisse être admise au passif de l'ISF.

Il pourrait sembler que tout ait été développé, nos écrans se tenant prêts à afficher les premiers actes de prêt viager hypothécaire.

Pourtant les conséquences patrimoniales et successorales de ce contrat exigent les développements qui suivent afin de permettre d'éclairer les parties à l'acte lors de la conclusion de l'opération, ou en amont de celle-ci.

Aucun avis doctrinal n'a été émis sur les points et questions soulevés ci-après. Les réponses ou tentatives de solution n'engagent que l'auteur de ces lignes ; toute solution étant, en tout état de cause, soumise à l'appréciation souveraine des juges.

## 1° Combinaison entre l'article L. 314-14 et L. 314-13 en cas de co-emprunteurs

**16** - Au premier décès des emprunteurs, en principe, le prêt n'est pas exigible. C'est ainsi que le conjoint survivant pourra bénéficier de ses droits successoraux

Cependant, si la dévolution successorale entraîne un démembrement de propriété du bien hypothéqué (bien indivis ou de communauté dont partie revient en nue-propriété aux enfants et en usufruit au conjoint co-emprunteur), il nous semble que l'article L. 314-14 s'applique entraînant alors un risque d'exigibilité immédiate du prêt viager hypothécaire.

En effet, l'article L. 314-14 dispose que « *les dispositions du présent article s'appliquent également au démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué* » sans limiter son application à l'aliénation par et du vivant de l'emprunteur.

A contrario, l'article L. 314-13 dispose que « *lors du décès de l'emprunteur ou du dernier vivant des co-emprunteurs, les héritiers peuvent payer la dette.* »

Ces deux articles sembleraient contradictoires : il subsiste à notre sens un doute sur le risque que le prêt devienne immédiatement exigible au premier décès s'il opère un démembrement sur le bien hypothéqué, mettant ainsi en péril les droits du conjoint survivant sur le bien. Il conviendra donc d'attirer l'attention de l'emprunteur sur ce risque.

**Nous devons, lors du règlement de la succession, peut-être conseiller le conjoint survivant sur l'utilité ou non de cantonner son usufruit légué (ou donné) et de se prévaloir seulement du droit viager au logement sur le bien hypothéqué si ce droit est applicable.**

## 2° Combinaison de l'article L. 314-13 et de l'article 764 du Code civil

**17** - La question soulevée est très importante en pratique. Un seul des époux est propriétaire du logement de la famille. Il souscrit un prêt viager hypothécaire puis décède. Ou encore une personne célibataire souscrit un même prêt, se marie puis décède. Son conjoint revendique son droit viager au logement puisque le bien dépend de la succession. Ce droit viager au logement satisfaisant aux conditions de l'article 764 sera donc applicable. Or, la dette dépend également de la succession, les héritiers ayant le choix entre payer ou délaisser le bien.

Si les héritiers ne payent pas la dette, le créancier impayé supportera-t-il son gage grevé de ce droit viager ou au contraire bénéficiera-t-il d'un bien libre de toute occupation ?

Le droit du créancier du prêt viager hypothécaire est né de la convention et non de la loi. Il est en outre né antérieurement au droit viager du conjoint survivant.

L'articulation de la garantie de ce prêt viager hypothécaire repose sur le choix laissé aux héritiers, dont le conjoint survivant, entre payer la dette ou délaisser le bien.

C'est ainsi que le débiteur est, au terme du contrat en cas de décès, non pas le contractant lui-même mais ses héritiers. L'article L. 314-14 fait du reste indifféremment référence aux termes « *héritiers* » et « *emprunteur* » pour désigner le débiteur de la dette à son terme.

La solution est de surcroît de principe en droit de la publicité foncière puisque les héritiers continuent la personne du défunt à



l'égard des créanciers hypothécaires. Ils sont tenus en cette qualité de respecter les actes accomplis par celui-ci<sup>4</sup>.

Ainsi, les héritiers, en l'occurrence et notamment le conjoint survivant, ne pourraient pas opposer au créancier un droit légal successoral concurrent de celui du créancier alors que celui du créancier est antérieur et résulte de l'obligation même, prise par le débiteur en cas de défaut de paiement, que ce débiteur soit le constituant lui-même ou son ayant-cause.

**Il nous semble donc prudent d'alerter tant l'emprunteur sur les conséquences du viager hypothécaire pour son conjoint survivant (risque de perte du droit viager au logement si le créancier impayé poursuit en application de l'article L. 314-14) que le conjoint de l'emprunteur lui-même, s'il intervient à l'acte de prêt en application de l'article 215 du Code civil.**

Lors du règlement de la succession, il risque en outre d'y avoir conflit d'intérêts entre le conjoint et ses co-héritiers sur les modalités de paiement de la dette au créancier, si les actifs de la succession permettent de payer la dette indépendamment du bien hypothéqué. En effet, l'intérêt des co-héritiers semble être de ne pas payer la dette pour que le créancier exerce ses droits sur le bien. Il n'en demeure pas moins qu'il nous semble qu'en application des articles 765 et 766 du Code civil, le conjoint pourrait, de son côté, en accord avec les co-héritiers, capitaliser la valeur de son droit viager au logement et le prélever sur l'hérédité en contrepartie de son accord pour délaissier le bien hypothéqué.

Dans cette hypothèse, des dispositions testamentaires prises par l'emprunteur pourraient semble-t-il permettre d'imposer les modalités de paiement aux héritiers, de même qu'un mandat à effet posthume pourrait être envisagé.

### 3° Cas du bien hypothéqué propre à un seul des époux

**18 -** Compte tenu de l'objet du prêt : agrémenter le train de vie et du risque soulevé ci-dessus de perte de la vocation successorale du conjoint sur le logement de la famille (viager ou usufruit), dans l'hypothèse où seul l'un des époux est propriétaire du bien à hypothéquer constituant le logement de la famille, il devient tentant de préconiser que les époux soient co-emprunteurs. Ainsi, si l'époux propriétaire précède, son conjoint pourra tenter de se prévaloir de l'article L. 314-14 repoussant l'exigibilité de la dette à son propre décès.

Mais l'article L. 314-1 nous précise que le bien hypothéqué doit appartenir à l'emprunteur.

Il ne nous semble donc pas possible de préconiser cette solution.

Les héritiers de l'emprunteur auraient-ils alors un recours contre le conjoint, au décès de leur auteur ayant contribué pour une large part au train de vie du ménage ? La solution semble négative en application de l'article 214 du Code civil qui dispose que chacun des époux contribue aux charges du mariage à proportions de ses facultés respectives. Ni le texte, ni la jurisprudence ne précisent que ces facultés doivent être tirées d'un revenu plutôt que d'un capital.

La solution serait bien entendu différente si le capital du viager hypothécaire était utilisé à d'autres fins, telles que patrimoniales : financer une assurance-vie au nom du conjoint, payer les droits de mutation d'une donation consentie par les époux...

Finalement, la situation la plus simple et donc présentant le moindre risque lors du premier décès est celle d'époux co-emprunteurs bénéficiaires d'un avantage matrimonial en toute propriété sur le bien hypothéqué. Dans ce cas, le terme n'interviendra bien qu'au second décès, entre-temps le conjoint bénéficiera assurément de ses droits sur le bien hypothéqué.

Quoi qu'il en soit, ce prêt viager hypothécaire présente l'intérêt de permettre de dégager des liquidités dans deux perspectives essentielles :

● **dégager des liquidités en fin de vie** – elle répond à une perspective sociale mais la Banque de France souligne cependant « qu'il existe un certain risque de voir des personnes âgées dilapider quelque peu leur bien par ce moyen ». Le groupe de travail présidé par M. Grimaldi a émis des « doutes sérieux sur ce nouveau crédit, incitant les personnes âgées à un endettement indolore, donc irréflectif ». Stéphane Piedelièvre estime que cette solution doit rester marginale.

On l'a vu, ce risque n'est pas théorique compte tenu des obligations pesant sur l'emprunteur.

Il s'agit d'une réalisation anticipée d'un capital dont l'emprunteur n'aura pas nécessairement conscience puisque le remboursement de la dette doit s'effectuer en principe à son décès.

Ce crédit peut également mettre en péril la vocation successorale du conjoint survivant.

Il peut enfin grever très sérieusement la situation des héritiers autres que le conjoint.

C'est pourquoi il convient de ne l'envisager qu'avec prudence, en attirant l'attention de l'emprunteur sur ces conséquences.

● **dégager des liquidités à des fins de transmission patrimoniale** : il s'agit ici d'utiliser le viager hypothécaire comme un outil de transmission du patrimoine permettant de dégager des liquidités pour payer les frais et droits de transmission d'une partie d'un patrimoine immobilier ou de diversifier les placements en transférant sur une épargne mobilière les liquidités dégagées du patrimoine immobilier. Les risques sont ici moindres car il ne s'agit pas d'anticiper la réalisation et la consommation d'un capital mais d'en anticiper sa transmission.

Le coût du viager hypothécaire n'a pas encore été communiqué.

La modification du décret de 1955 relatif à la publicité foncière est attendue.

### 19 - Bibliographie

#### ● Législation :

- Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006 relative aux sûretés.
- D. n° 2006-1540, 6 déc. 2006 : JO 8 déc. 2006.

#### ● Doctrine :

- M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire* : JCP N 2006, n° 19, 1195.
- Ph. Simler, *La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil* : JCP E 2006, 1559.
- V. Toussaint, *L'ordonnance réformant le droit des sûretés présentée en conseil des ministres* : JCP N 2006, n° 12, act. 251.
- E. Frémeaux, *Pour une réforme globale des sûretés le regard du notaire sur le projet de réforme des sûretés* : Dr. et patrimoine 2005, n° 140, p. 88.
- St. Piedelièvre, *Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006* : Defrénois 2006, art. 38393, p. 791.
- G. Notté, *Ordonnance relative aux sûretés* : JCP E 2006, act. 158.
- E. Bouretz et J. Desclozeaud, *Table ronde : réforme des sûretés* : Cahier du droit de l'entreprise 2006, n° 5, p. 9.
- *Rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés*, 28 mars 2005, présidé par M. Grimaldi.
- *Ordonnance relative aux sûretés* : D.O Actualité 14/2006, § 1 à 6.
- *Réforme des sûretés immobilières : l'avis de la Banque de France* : JCP N 2006, n° 8, act. 208.

**MOTS-CLÉS** : Prêt - Prêt viager hypothécaire - Régime Privilèges et hypothèques - Prêt viager hypothécaire - Régime Sûretés - Prêt viager hypothécaire - Régime Sûretés - Réforme - Prêt viager hypothécaire

4. Interprétation de l'article 30 du décret du 4 janvier 1955 in Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les sûretés, La publicité foncière* : Cujas, 2000.