Crédit hypothécaire: la circulaire de la Banque nationale de Belgique à la lumière des droits fondamentaux

Matthieu Puccini[1]

Introduction 131
Liberté contractuelle et abus de droit 132
Influence des droits fondamentaux 133
Appréciation du but poursuivi et du caractère proportionnel 135
Conclusion 137

RÉSUMÉ

Depuis le 1er janvier 2020, sur base de la circulaire NBB_2019_27 émise par la Banque nationale de Belgique le 23 octobre 2019[2], le secteur bancaire limite l'octroi d'un emprunt hypothécaire à concurrence de 90% du prix d'achat du bien immobilier pour les futurs acquéreurs d'une première habitation. Dès lors que cette mesure rend plus difficile l'accès à la propriété d'une habitation, nous allons examiner cette dernière notamment à l'aune de certains droits fondamentaux.

SAMENVATTING

Sinds 1 januari 2020, beperkt de banksector op basis van de circulaire NBB_2019_27 uitgegeven door de Nationale Bank van België op 23 oktober 2019 de toekenning van een hypothecaire lening tot 90% van de aankoopprijs van het vastgoed voor toekomstige kopers van een eerste huis. Omdat deze maatregel het moeilijker maakt om toegang te krijgen tot het eigenwoningbezit, zullen we dit laatste met name onderzoeken in het licht van bepaalde grondrechten.

INTRODUCTION

L'accès au crédit constitue un rouage essentiel et indispensable à l'activité économique et sociale. Il s'agit en effet d'un outil financier quasi incontournable pour le financement des industries, des PME, des entreprises publiques, ainsi que pour l'achat de biens et de services dans le chef des consommateurs.[3]

Parmi les secteurs où le crédit est fortement sollicité, nous pensons au crédit hypothécaire qui constitue l'outil par excellence pour l'acquisition ou la construction de biens immobiliers.

A cet égard, depuis le 1er janvier 2020, la Banque nationale de Belgique (BNB) a pris une mesure significative dans le domaine du crédit hypothécaire.

Ainsi, la BNB a publié une circulaire[4] destinée aux établissements de crédit afin de limiter, à partir du 1er janvier 2020, l'octroi d'un emprunt hypothécaire à concurrence de 90% du prix d'achat du bien immobilier pour les futurs acquéreurs d'un premier bien en vue de l'occuper personnellement.[5] Cette circulaire fait suite à une recommandation formulée à l'attention des autorités belges par le Comité européen du risque systémique (European Systemic Risk Board – ESRB) qui a fait état d'un accroissement des vulnérabilités sur le marché immobilier belge au cours des dernières années.[6]

Il en résulte que ces candidats acquéreurs devront non seulement prendre à leur charge les frais hypothécaires et droits d'enregistrement, mais ils seront tenus en outre de financer

1. Juriste d'entreprise, avocat honoraire.
2. Circ. NBB_2019_27 du 23 octobre 2019 – Attentes de l'autorité macroprudentielle belge concernant la gestion interne des standards de crédits hypothécaires belges appliqués par les banques et entreprises d'assurance opérant sur le marché de l'immobilier résidentiel belge, www.nbb.be/doc/cp/fr/2019/20191023_nbb_2019_27.pdf.
3. B. DUBUISSON et G. CARTON DE TOURNAI, « *Sans crédit, l'économie s'asphyxie. Les banques jouent-elles leur rôle?* », *L'Echo*, 9 juin 2020, www.lecho.be/opinions/general/sans-credit-l-economie-s-asphyxie-les-banques-jouent-elles-leur-role/10231652.html.
4. Circ. NBB_2019_27 du 23 octobre 2019, *o.c.*
5. Circ. NBB_2019_27 du 23 octobre 2019, *o.c.* – Annexe 1, www.nbb.be/doc/cp/fr/2019/20191023_nbb_2019_27_annexe1.pdf.
6. Recommandation ESRB/2019/4 du 27 juin 2019, www.esrb.europa.eu/pub/pdf/recommendations/esrb.recommendation190923_be_recommandation~2cb5134896.en.pdf.

eux-mêmes 10% du prix d'achat. Par conséquent, les candidats acquéreurs qui n'auront pas su constituer une épargne suffisante n'auront pas la possibilité de souscrire un emprunt hypothécaire, et partant, ne pourront pas concrétiser leur projet d'achat d'une habitation, et ce, nonobstant le fait qu'ils disposeraient, le cas échéant, de capacités de remboursement satisfaisantes.

Cette circulaire de la BNB interpelle, dans un premier temps sur le plan social, et nous verrons plus loin qu'elle interpelle également au niveau juridique, dans la mesure où il en ressort que seules les personnes qui disposent de ressources financières suffisamment importantes auront l'opportunité de conclure un emprunt hypothécaire. Une telle mesure est susceptible d'affecter fortement la classe moyenne, et plus particulièrement les jeunes travailleurs pour lesquels il n'est pas aisé de constituer une épargne suffisante.

LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET ABUS DE DROIT

Comme tout contrat, le contrat de crédit est régi notamment par le principe de la liberté contractuelle. « *Le principe de la liberté contractuelle, induit le droit de contracter ou non en choisissant librement son contractant et en subordonnant la conclusion d'un contrat au respect de ses propres exigences. La rupture des négociations constitue en principe un droit dont l'exercice ne présente en soi aucun caractère fautif et ne saurait dès lors appeler de sanction judiciaire (…) (Cass., 13 septembre 1991, Pas., 1992, I, p. 33).* »[7]

Par ailleurs, même si en vertu de l'article VII.57, § 2, du Code de droit économique tout établissement de crédit est tenu d'offrir le service bancaire de base aux consommateurs, la doctrine enseigne que les institutions bancaires n'assument pas un service public, de sorte que « *l'octroi d'un crédit est une décision prise en totale liberté et de manière totalement discrétionnaire et le refus du crédit ne doit pas être motivé* ».[8] A noter toutefois qu'en ce qui concerne les motifs de refus du crédit, l'article VII.137 du Code de droit économique prévoit qu'« *En cas de refus d'octroi d'un crédit, le prêteur communique au consommateur sans délai et sans frais, le résultat de la consultation ainsi que l'identité et l'adresse du responsable du traitement des fichiers qu'il a consultés y compris le cas échéant, l'identité et l'adresse de l'assureur de crédit consulté, et auquel le consommateur peut s'adresser conformément à l'article VII.147/37. Le cas échéant, il indique également que le refus est fondé sur un traitement automatisé des données.* »

Si la banque jouit de la liberté d'accorder ou non un crédit hypothécaire, et de fixer les conditions d'octroi du crédit, ce droit discrétionnaire ne saurait pour autant être absolu. A cet égard, il convient de rappeler le principe de l'interdiction de l'abus de droit.[9] La Cour de cassation a en effet consacré le principe de l'interdiction de l'abus de droit, tant en matière quasi délictuelle qu'en matière contractuelle.

Ainsi, « *La Cour* (de cassation)*, selon la jurisprudence constante depuis son arrêt du 10 septembre 1971 dans le cadre duquel elle a consacré le caractère générique de l'abus de droit et affirmé que celui-ci ne résultait pas seulement de l'exercice d'un droit avec l'intention de nuire, estime que 'l'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause' (Cass., 9 mars 2009, Pas., p. 689).* »[10]

En matière contractuelle, la Cour de cassation a fait application de l'abus de droit depuis son arrêt du 19 septembre 1983, dans l'hypothèse où une partie use de son droit, qu'elle puise dans la convention, et en retire un avantage disproportionné par rapport à la charge corrélative de l'autre partie.[11]

Dans un arrêt du 7 octobre 2011, la Cour de cassation a également reconnu l'abus du droit de ne pas contracter: « *Le refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente.* »[12]

A notre estime, limiter l'octroi d'un prêt hypothécaire à raison de 90% du prix d'achat d'une habitation pose notamment la question de l'abus de droit dans le chef des institutions bancaires, dans la mesure où de telles conditions nous paraissent porter atteinte à plusieurs droits fondamentaux, dont le droit au logement, le droit à la dignité humaine et le droit au développement, qui sont des droits garantis tant par des textes internationaux que par la Constitution belge.

7. Bruxelles, 6 février 2007, *R.D.C.*, 2009, p. 26, obs. R. HARDY; dans le même sens: E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états,* C.U.P. (vol. 108), Liège, Anthemis, 2009, p. 140.
8. F. DE PATOUL et V. SCHOONHEYT, « La responsabilité des prêteurs et des intermédiaires de crédit », *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, C.U.P. (vol. 170), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 135.
9. E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », *o.c.*, pp. 140-141.
10. Cass., 30 octobre 2014, *Pas.*, 2014, liv. 10, p. 2392.
11. Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.
12. Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, liv. 10, p. 2148.

INFLUENCE DES DROITS FONDAMENTAUX

En tant qu'instrument financier essentiel quant à l'accès aux biens et services, le crédit entretient des liens étroits avec plusieurs droits fondamentaux, dont le droit au logement, le droit à la dignité humaine et le droit au développement personnel.

Ainsi, au niveau international, l'article 11.1., du pacte international de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dispose: « *Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie* »

L'article 31 de la charte sociale européenne du Conseil de l'Europe révisée vise à assurer l'exercice effectif du droit au logement.

L'on peut encore faire référence au droit au développement inscrit au sein de la déclaration sur le droit au développement adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution n° 41/128 du 4 décembre 1986: « *Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement (...)*

L'être humain est le sujet central du développement et doit donc être le participant actif et le bénéficiaire du droit au développement. » (art. 1 et 2).

En droit interne, l'article 23 de la Constitution consacre le droit à la dignité humaine ainsi que le respect de droits économiques, sociaux et culturels, dont le droit au logement: « *Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.*

A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice.

Ces droits comprennent notamment:

1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective;

2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique;

3° le droit à un logement décent;

4° le droit à la protection d'un environnement sain;

5° le droit à l'épanouissement culturel et social;

6° le droit aux prestations familiales. »

A cet égard, il importe de préciser que l'article 23 de la Constitution comprend une obligation de standstill qui empêche la réduction sensible du niveau de protection offert.[13]

Le logement constitue « *un élément clé de l'insertion sociale des individus en sus de l'enseignement et de l'emploi* ».[14]

En France, certains auteurs ont également pensé le rapport entre le crédit et les droits fondamentaux. Il est enseigné que le droit à la dignité humaine « *sert ainsi de fondement à la lutte contre l'exclusion et à l'accès aux besoins considérés comme fondamentaux: se loger, se nourrir, se soigner par exemple* ».[15] Partant, un auteur propose l'instauration d'un droit au crédit en faisant valoir que le crédit est un passage obligé pour l'insertion économique et sociale.[16]

Aussi, la référence aux droits fondamentaux peut selon nous servir de critère d'appréciation de l'abus de droit, dans la mesure où peut se poser la question de savoir si les banques excèdent manifestement les limites de l'exercice normal de leur droit de fixer les conditions de crédit en portant atteinte à certains droits fondamentaux.

Dans une autre approche, la circulaire de la BNB peut également être examinée sous l'angle du principe d'égalité et de non-discrimination fondé aux articles 10 et 11 de la Constitution.

En effet, l'on peut s'interroger si cette circulaire n'est pas en outre susceptible de créer une discrimination quant à l'accès au crédit hypothécaire, et partant à la propriété d'un bien d'habitation, discrimination qui serait fondée sur l'état de fortune et sur des critères socio-économiques.

A ce propos, il convient d'avoir égard aux articles 3 et 5 de la loi du 10 mai 2007 « tendant à lutter contre certaines for-

13. C.E., 17 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 70; C.C., 10 octobre 2019, *T.M.R.*, 2019, p. 790.
14. S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et services, en ce compris l'enseignement », *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Bruxelles, Bruylant 2016, p. 185.
15. S. LACROIX-DE SOUSA, « L'octroi de crédit à l'épreuve des droits fondamentaux », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, novembre-décembre 2018, p. 4.
16. M. NICOLLE, *Essai sur le droit au crédit*, Paris, Descartes, 2014, n^{os} 286 et s.

mes de discrimination », lesquels disposent ce qui suit: « *Art. 3. La présente loi a pour objectif de créer, dans les matières visées à l'article 5, un cadre général pour lutter contre la discrimination fondé sur l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance,* ***la fortune****, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'* ***origine sociale*** *(...)*

Art. 5. § 1er. A l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions, la présente loi s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris aux organismes publics, en ce qui concerne:

1° l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public;

(...)

8° l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public. »

Ainsi, ces dispositions prohibent les discriminations fondées sur des « critères protégés », comprenant notamment la fortune et l'origine sociale, par rapport à l'accès aux biens et aux services ainsi qu'à l'exercice d'une activité économique, sociale et culturelle. A notre estime, de telles dispositions sont susceptibles de s'appliquer à la question du crédit hypothécaire.[17]

Certes, la nature même du contrat de crédit implique qu'il est légitime pour le prêteur de s'assurer de la solvabilité du candidat-emprunteur et de sa capacité de remboursement. Il en résulte qu'une différence de traitement entre les différents candidats-emprunteurs basé sur la fortune est admise, pour autant que cette différence intervienne de manière raisonnable et proportionnée.[18] A cet égard, l'appréciation du caractère proportionnel de la circulaire de la Banque nationale sera abordée au point suivant de notre contribution.

Cette approche a également été examinée en droit étranger. Ainsi, la doctrine française citée plus haut relève: « *Au Canada, l'article 10 de la charte québécoise des droits et libertés de la personne adoptée en 1975 interdit déjà les discriminations fondées sur la condition sociale. Le tribunal des droits de la personne du Québec a ainsi condamné 'la politique d'une caisse populaire de ne pas consentir de prêts aux bénéficiaires de minima sociaux en ce qu'elle révélait un préjugé concernant le manque de fiabilité de ces personnes et reposait sur la présomption que la plaignante ne respecterait pas ses obligations financières'.* »[19]

Par ailleurs, dès lors que le crédit hypothécaire est indissociablement lié à l'acquisition d'un bien immobilier, la circulaire de la BNB pose la question d'une discrimination de l'accès au logement, fondée sur la fortune et l'origine sociale.

La doctrine a ainsi examiné les discriminations fondées sur l'état de fortune par rapport au droit au logement. Celle-ci fait notamment valoir: « *C'est principalement dans le secteur du logement privé que la discrimination fondée sur la fortune est susceptible de se présenter. La solvabilité du candidat locataire est la préoccupation principale des bailleurs (...) Une autre pratique consiste à sélectionner les candidats locataires de manière indirecte en exigeant de leur part des conditions irréalistes pour les personnes les plus défavorisées telles que le paiement d'une garantie locative de 3 à 6 mois en lieu et place des 2 mois légaux, le paiement des frais d'état des lieux (...) une exigence de 30% du rapport loyer-revenu (alors que le loyer représente généralement bien plus que 30% des revenus des ménages les plus pauvres en Belgique) (...) L'ensemble de ces discriminations sont susceptibles d'être dénoncées sur le pied des législations régionales anti-discriminatoires (...)*

Un jugement condamnant pour la première fois un propriétaire-bailleur pour avoir discriminé sur la base du critère protégé de la fortune a été rendu le 5 mai 2015 par le président du tribunal de première instance de Namur statuant en référé (...) En l'espèce, le défendeur, propriétaire-bailleur, exigeait que les candidats locataires puissent justifier d'un contrat de travail à durée indéterminée ou, à tout le moins, de fiches de salaire et de revenus de ménage conséquents (...)

Selon la juridiction, s'il est 'normal' que des propriétaires s'assurent de la solvabilité de leurs locataires, ils ne peuvent pas exclure de facto la candidature de locataires qui bénéficient de revenus réguliers (tels que des revenus mobiliers, des pensions de retraite ou d'invalidité) mais ne sont pas des travailleurs actifs (...)

A notre estime, la discrimination en cause pouvait s'analyser tant comme discrimination directe qu'indirecte. En exigeant des revenus conséquents, le bailleur a bien opéré une distinction directe fondée sur la fortune alors que les exigences de fiches de paie et de travail à durée indéterminée s'analysent davantage comme une distinction indirecte (...)

En l'espèce, le but poursuivi qui consiste à s'assurer de la solvabilité des candidats locataires était bien légitime (...)

Néanmoins, si les propriétaires sont libres de choisir leurs locataires et, par la force des choses, d'opérer des différences de traitement en tenant compte de la solvabilité de ces

17. E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », *o.c.*, pp. 141-144.
18. E. VAN DEN HAUTE, « La discrimination et le droit bancaire et financier », *o.c.*, pp. 142-144.
19. S. LACROIX-DE SOUSA, « L'octroi de crédit à l'épreuve des droits fondamentaux », *o.c.* , p. 3.

derniers, encore faut-il que les moyens de réaliser ce but de 'solvabilité' soient appropriés et nécessaires. »[20]

En transposant cet enseignement au crédit hypothécaire, dans la mesure où la circulaire de la Banque nationale a pour conséquence que les candidats acquéreurs d'une habitation devront financer 10% du prix en sus des frais hypothécaires et droits d'enregistrement, une telle mesure est susceptible d'engendrer une discrimination, à tout le moins indirecte, fondée sur la fortune et l'origine sociale dès lors que les candidats-acquéreurs qui n'auront pu former une épargne suffisante, parce qu'ils sont entrés récemment dans la vie active et qu'ils ne peuvent compter sur une fortune familiale, seront empêchés d'accéder à l'acquisition d'une habitation. Il convient à ce propos de se pencher sur l'appréciation du but poursuivi par la circulaire de la BNB et des moyens employés. Ces questions vont être examinées au point suivant.

APPRÉCIATION DU BUT POURSUIVI ET DU CARACTÈRE PROPORTIONNEL

Afin de compléter notre analyse, pour apprécier si les nouvelles conditions du secteur bancaire à l'octroi d'un crédit hypothécaire peuvent constituer un abus de droit et/ou une discrimination, il importe de déterminer si ces restrictions poursuivent un but légitime et si elles sont proportionnées.

Ainsi, en matière de discrimination, la Cour constitutionnelle a défini dans plusieurs arrêts les critères permettant d'identifier les différences de traitement constitutives d'une discrimination: « *Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.*

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »[21]

La doctrine reprend ces critères, et en ce qui concerne les législations fédérales et des entités fédérées luttant contre les formes de discrimination, elle distingue notamment les discriminations directes et indirectes: « *Il convient d'emblée de relever que toute différence de traitement n'est pas constitutive de discrimination. Les dispositions que nous avons eu l'occasion de citer distinguent en effet la notion de 'distinction de traitement' de celle de discrimination. La discrimination doit en effet s'entendre comme une différence de traitement qui ne peut être justifiée.*

D'après les textes en vigueur, une distinction directe existe lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. Une telle distinction sera jugée discriminatoire si elle ne peut être justifiée.

Une distinction indirecte est la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés. Ici encore, cette distinction sera jugée discriminatoire si elle ne peut être justifiée (…)

Dans le cas de la discrimination directe, la cause du traitement différencié se confond avec l'un des critères protégés. Il s'agira donc de rechercher si c'est bien l'un des critères protégés qui permet de distinguer les deux catégories de personnes comparées.

A l'inverse, dans le cadre d'une discrimination indirecte, le critère protégé qui fonde en réalité la différence de traitement entre les catégories comparées disparaît – de manière intentionnelle ou non – sous un autre critère qui est apparemment neutre. Le concept de discrimination indirecte permet ainsi de sanctionner des comportements qui pourraient éventuellement échapper à la protection des instruments législatifs de lutte contre les discriminations au motif que le critère utilisé pour distinguer les catégories en cause n'est pas repris dans la liste fermée des critères prohibés et présente un caractère apparemment neutre alors que le comportement adopté a pour conséquence réelle de traiter de manière moins favorable une catégorie de personnes qu'il ne vise pas en apparence. On s'intéresse ici au résultat produit ou susceptible d'être produit par la mesure. »[22]

L'on voit que: « *La justification constitue un point essentiel du raisonnement qui sous-tend le contrôle du respect du principe d'égalité puisqu'une distinction de traitement opérée entre deux catégories de personnes comparables ne sera discriminatoire que si elle n'est pas justifiée (…) Deux sys-*

20. S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Actualités de la lutte contre la discrimination dans les biens et services, en ce compris l'enseignement », *o.c.*, pp. 193-197.
21. C.A., 21 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 261; C.A., 2 février 1995, *J.T.*, 1995, p. 470; C.A., 20 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 914.
22. C. HOREVOETS, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Bruxelles, Bruylant 2016, pp. 36-38; voy. aussi J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, C.U.P. (vol. 184), Liège, Anthemis, 2018, pp. 43-48.

tèmes de justification peuvent être envisagés: un système de justification ouvert, qui permet de conclure à l'absence de discrimination s'il est démontré que la différence de traitement contestée est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens mis en œuvre pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires, et un système de justification fermé qui implique qu'une différence de traitement peut uniquement être justifiée sur la base de motifs de justification limités, spécifiques et précisés au préalable. »[23]

En ce qui concerne les restrictions au crédit hypothécaire qui nous occupent, celles-ci ont été justifiées par la volonté de se prémunir contre une crise potentielle du secteur immobilier qui connaît depuis plusieurs années une importante hausse des prix.[24]

Sur ce point, on ne peut douter que la volonté de préserver la sécurité du système financier et économique en veillant à se prémunir d'une crise immobilière constitue un but légitime.

En effet, « *Octroyer un crédit, c'est prendre un risque et l'un des rôles principaux de la banque est d'assurer une bonne sélection des risques de crédit. Le banquier doit veiller à ne contracter qu'avec des emprunteurs capables d'exécuter leurs obligations. La négligence de ce principe – comme l'a illustré la crise des subprimes – peut avoir de lourdes conséquences aussi bien pour la banque, que pour l'emprunteur ou, plus largement, pour l'économie.* »[25]

Par contre, quant au caractère nécessaire et proportionnel des moyens utilisés, la circulaire de la BNB qui recommande des restrictions à l'octroi du crédit hypothécaire nous paraît sujette à caution, tant au niveau des effets qu'elle implique que des moyens employés pour atteindre l'objectif visé.

Ainsi, au niveau des effets, ainsi que nous l'avons déjà évoqué à plusieurs reprises, limiter l'octroi du crédit hypothécaire à hauteur de 90% du prix d'achat de l'habitation implique que le candidat acquéreur devra constituer une épargne conséquente, correspondant à 10% du prix d'achat en sus des frais hypothécaires et droits d'enregistrement. Il en résulte que les candidats acquéreurs qui n'auront pas su constituer une telle épargne ne pourront pas réaliser leur projet d'achat d'habitation, alors que pourtant, ces candidats acquéreurs pourraient très bien disposer des capacités suffisantes pour rembourser un prêt à concurrence de 100% du prix d'achat.

Il est vrai que la circulaire de la BNB comprend une marge de tolérance par rapport à la limite de financement à concurrence de 90% du prix d'achat. Cependant, cette marge de tolérance ne concerne qu'un maximum de 35% du volume des prêts pour les primo-acquéreurs. Cela signifie donc que 65%, soit une large majorité, des primo-acquéreurs d'une habitation seront confrontés à la limite de l'emprunt à concurrence de 90% du prix.[26]

Par ailleurs, il importe de noter que la circulaire de la Banque nationale pourrait elle-même, à nos yeux, entraîner des effets pervers. Effectivement, dès lors que l'acquisition d'un bien immobilier s'avère beaucoup plus difficile pour les candidats acheteurs, il risque d'en résulter un ralentissement notable des opérations de ventes immobilières, qui impactera à terme tous les acteurs du secteur: vendeurs, agents immobiliers, institutions bancaires, notaires, l'administration fiscale (TVA et droits d'enregistrement), etc. Un tel ralentissement des opérations de vente risque de porter atteinte au secteur mais également à l'économie de manière générale, ce que précisément la circulaire de la BNB cherche pourtant à éviter.

En ce qui concerne à présent les moyens employés, la limite de l'emprunt prônée par la BNB pour protéger le système financier nous paraît disproportionnée dans la mesure où, à notre estime, d'autres mesures poursuivant les mêmes objectifs pourraient être envisagées, et ce, sans entraver la capacité d'emprunt ni l'accès à la propriété immobilière des consommateurs.

A ce propos, il peut être envisagé que les établissements de crédit renforcent l'examen des critères de solvabilité des emprunteurs afin d'éviter de financer des projets objectivement intenables. A cet égard, concernant la responsabilité du banquier, l'on peut rappeler que: « *La jurisprudence souligne de manière unanime que, lors de l'octroi (ou de l'augmentation) du crédit, le dispensateur est tenu à une obligation d'investigation dont l'intensité varie en fonction de la qualité du client, de la complexité de l'opération, de l'importance du montant du crédit (…) Ainsi, 'l'organisme financier ne peut notamment pas se contenter d'un examen 'usuel' de la situation générale du crédité, sans rechercher activement les informations précises et complètes sur ses moyens financiers et sans examiner le plus soigneusement possible sa capacité crédit, c'est-à-dire qu'il doit vérifier si, dans les circonstances particulières qui entourent la situation personnelle du demandeur de crédit, il est raisonnablement permis d'escompter que le projet économique envisagé pourra être mené à bien'.* »[27]

Autre mesure qui pourrait être examinée: en concertation avec les secteurs bancaire et immobilier, des mesures visant à établir des balises de régulation des prix pourraient être mises en place en vue d'empêcher une explosion des prix du marché immobilier, comme nous y assistons ces dernières années. En effet, l'un des objectifs de la circulaire de la Banque nationale est de limiter la part des prêts hypothécai-

23. C. HOREVOETS, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », *o.c.*, pp. 38-39.
24. www.trends.levif.be/economie/immo/les-mesures-de-la-bnb-vont-limiter-la-hausse-des-prix-de-l-immobilier/article-normal-1210539.html.
25. S. LACROIX-DE SOUSA, « L'octroi de crédit à l'épreuve des droits fondamentaux », *o.c.*, p. 1.
26. Circ. NBB_2019_27 du 23 octobre 2019, *o.c.* – Annexe 1, www.nbb.be/doc/cp/fr/2019/20191023_nbb_2019_27_annexe1.pdf.
27. F. DE PATOUL et V. SCHOONHEYT, « La responsabilité des prêteurs et des intermédiaires de crédit », *o.c.*, pp. 145-146.

res dont le montant emprunté est trop élevé par rapport à la valeur du bien acquis.[28]

Au vu de ces développements, nous considérons que la circulaire de la BNB n'entretient pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé.

Un dernier commentaire peut être formulé au sujet de la forme utilisée par le secteur bancaire de recourir à une circulaire de la Banque nationale: même si une telle circulaire n'a pas force de loi, dès lors qu'elle émane de la BNB qui exerce une autorité macroprudentielle sur le secteur bancaire, les institutions financières seront dans les faits plus que réticentes à s'écarter de cette circulaire.

De prime abord, nous pourrions penser que la forme d'une « simple circulaire » constitue en soi un élément rassurant dès lors qu'elle n'a pas force de loi. Toutefois, d'un autre point de vue, si la mesure prônée par la BNB avait pris la forme d'un texte législatif, celui-ci aurait pu être valablement contesté (ou débattu) par les voies judiciaires, notamment par un recours en annulation. Or, en prenant la forme d'une simple circulaire, la mesure échappe en réalité au contrôle juridictionnel, ce qui peut être vu, à notre sens, comme assez pernicieux étant donné que cette circulaire risque potentiellement d'être suivie par la grande majorité du secteur bancaire sans pouvoir faire l'objet d'un contrôle du pouvoir judiciaire, dès lors que la BNB se retrancherait derrière la liberté des banques quant à l'application de cette mesure.

Si un candidat emprunteur estime être injustement frappé d'un refus d'octroi de crédit par sa banque, il dispose certes de la possibilité de tenter de contester cette décision devant les tribunaux civils dans le cadre d'une procédure individuelle. Cependant, à notre estime, il sera pour le moins difficile pour le candidat emprunteur d'obtenir gain de cause dans une telle procédure, dans la mesure où la banque se prévaudra du principe de la liberté contractuelle, lequel « *induit le droit de contracter ou non en choisissant librement son contractant et en subordonnant la conclusion d'un contrat au respect de ses propres exigences* ».[29]

CONCLUSION

Au regard de l'ensemble des développements qui ont été apportés, dans la mesure où la circulaire NBB_2019_27 de la Banque nationale restreint la possibilité d'octroi d'un crédit hypothécaire qui constitue un moyen indispensable pour acquérir une habitation, permettant ainsi également de satisfaire des besoins essentiels (se loger, se nourrir, se soigner, ...), force est d'admettre que cette mesure de la BNB porte atteinte à différents droits fondamentaux économiques, sociaux et culturels, dont le droit au logement, au développement personnel et à la dignité.

Certes, les attentes prudentielles de la Banque nationale poursuivent un objectif légitime, à savoir se prémunir contre une crise immobilière et financière.

Toutefois, nous estimons que limiter l'octroi d'un emprunt hypothécaire à hauteur de 90% du prix d'achat d'un bien d'habitation constitue une restriction disproportionnée, d'une part au niveau des effets que cela induit, et d'autre part au niveau des moyens employés.

En ce qui concerne les effets, la circulaire de la BNB implique que les candidats acquéreurs qui n'auront pu constituer une épargne suffisante n'auront pas la possibilité de souscrire un emprunt hypothécaire, partant, seront donc privés de la propriété immobilière, et ce, nonobstant le fait qu'ils disposeraient, le cas échéant, de capacités de remboursement satisfaisantes. Les jeunes travailleurs sont particulièrement impactés, particulièrement ceux qui ne peuvent compter sur une fortune ou une aide familiale.

Pour ce qui a trait aux moyens employés, la circulaire apparaît disproportionnée dans la mesure où, comme il a été énoncé plus haut, nous pensons que d'autres mesures qui n'affecteraient pas la capacité d'emprunt ni l'accès à la propriété immobilière des consommateurs pourraient être envisagées, tout en atteignant l'objectif visé de préserver le système financier.

Par conséquent, nous estimons que l'application par le secteur bancaire de la circulaire de la BNB est susceptible de constituer une discrimination, ou à tout le moins un abus de droit, dans le chef des établissements de crédit, en raison de l'atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux économiques, sociaux et culturels qu'elle engendre.

Même à supposer que des experts économistes parviennent à justifier que cette circulaire de la Banque nationale apparaît absolument nécessaire et appropriée en vue de protéger notre système financier, *quod non*, il importe selon nous de garder à l'esprit que les droits fondamentaux peuvent et doivent constituer un critère d'appréciation ainsi qu'un garde-fou, dans l'hypothèse où le secteur bancaire serait amené à l'avenir à appliquer des restrictions supplémentaires quant à l'octroi d'un crédit hypothécaire.

28. www.trends.levif.be/economie/immo/les-mesures-de-la-bnb-vont-limiter-la-hausse-des-prix-de-l-immobilier/article-normal-1210539.html.
29. Bruxelles, 6 février 2007, *R.D.C.*, 2009, p. 26, obs. R. HARDY.