

Pratique notariale : quelles sûretés réelles hypothécaires pour demain ?

Inf. 6

Les sûretés hypothécaires évoluent avec notamment la suppression des privilèges immobiliers spéciaux et de leur rétroactivité au profit d'hypothèques légales spéciales, la protection de la caution hypothécaire et l'autorisation des hypothèques sur immeubles futurs.



Bertrand Bonneau,
notaire à Paris

1. 15 ans déjà! Après la réforme des sûretés de 2006, la loi «Pacte» a habilité le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la simplification et au renforcement du droit des sûretés et entre autres, des sûretés hypothécaires, en ménageant un équilibre entre les différents intérêts des créanciers, des débiteurs et des garants (*respectivement, Ord. 2006-346 du 23-3-2006 et Loi 2019-486 du 22-5-2019 art. 60*).

2. Objectifs et entrée en vigueur. Inspirée par les travaux de la commission présidée par le professeur Grimaldi et conduite par l'objectif louable d'un renforcement général de la sécurité juridique, de l'efficacité et de l'attractivité du droit des sûretés, l'ordonnance portant réforme des sûretés entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022 pour la majorité de ses dispositions et spécialement pour les sûretés réelles (*Ord. 2021-1192 du 15-9-2021 art. 37*).

3. Douce évolution pour les sûretés hypothécaires. L'ordonnance modernise le cautionnement et complète le régime du nantissement de créances. Parallèlement à ces sûretés classiques, elle consacre la pratique du gage-espèces en créant la cession de sommes d'argent à titre de garantie et sacralise la cession de créances à titre de garantie. En revanche, l'ordonnance ne

révolutionne pas la mécanique hypothécaire en faisant le choix d'une douce évolution en la matière, tant il est vrai que l'ordonnance du 23 mars 2006 avait en son temps «revigoré» les sûretés hypothécaires.

Quoique les sûretés hypothécaires puissent être considérées comme étant le parent pauvre de cette nouvelle réforme, illustrant sans doute leur efficacité, les évolutions apportées par l'ordonnance méritent toute l'attention des praticiens. Celle-ci devra également être mobilisée lorsque viendra le temps d'analyser l'ordonnance réformant le droit des procédures collectives, lui-même véritable révélateur de l'efficacité des sûretés.

4. Sous l'étendard de la sécurité juridique proclamée par la note de présentation du projet d'ordonnance, la réforme simplifie et rend plus intelligibles les règles relatives au droit de suite, au droit de préférence et à la purge en matière hypothécaire, adapte certaines spécificités des sûretés hypothécaires et innove notamment en supprimant les privilèges immobiliers spéciaux.

Simplifications et adaptations des règles

5. Droit de suite restreint et privilèges immobiliers généraux. L'effort de simplification vient ici de la suppression des privilèges immobiliers spéciaux. Ne

subsisteront à l'avenir que des privilèges immobiliers généraux, caractérisés par une dispense de toute formalité d'inscription et ne bénéficiant pas, par voie de conséquence, d'un droit de suite (*C. civ. art. 2376 nouveau*).

Les créances privilégiées sur la généralité des immeubles sont énumérées (*C. civ. art. 2377 nouveau*); on y retrouve entre autres le superprivilège des salaires ou encore les salaires différés des descendants et du conjoint d'un exploitant agricole (*créances instituées par C. rur. art. L 321-1 et L 321-21-1*).

6. C'est dorénavant l'article 2454 nouveau du Code civil qui régit le droit de suite comme attribut de la seule hypothèque, en ce compris l'hypothèque légale spéciale remplaçant le privilège immobilier spécial du vendeur, du prêteur de deniers ou copartageant (*voir n° 18*). Ainsi, en cas d'aliénation de l'immeuble, l'hypothèque le suivra entre les mains du tiers acquéreur et ce dernier sera obligé, dans la limite des inscriptions, à toute la dette garantie, en capital et intérêts, quel qu'en soit le montant.

Si le créancier restait impayé, il pourrait faire procéder à la vente du bien grevé. Dans ce cas, si le prix de vente excédait la dette hypothécaire, la différence reviendrait alors au tiers acquéreur, dans le respect des droits de ses propres créanciers inscrits sur l'immeuble.

7. Bénéfice de discussion et opposabilité des exceptions. Le bénéfice de discussion qui existe dans son principe et dans son exception aux termes des actuels articles 2465 et 2466 a été réécrit dans un seul article numéroté 2455, en supprimant l'exception.

Ainsi, le tiers acquéreur peut se prévaloir du principe de discussion dans tous les cas ; il peut s'opposer, dès lors qu'il n'est pas personnellement obligé à la dette, à la vente de l'immeuble s'il demeure d'autres immeubles, hypothéqués à la même dette, en la possession du débiteur principal, et en requérir la discussion préalable. Au surplus, le tiers acquéreur peut aussi opposer les exceptions que le débiteur pourrait

lui-même opposer au créancier (*C. civ. art. 2455, al. 2 nouveau*). Il s'agit de mettre fin à une jurisprudence critiquée qui a refusé au tiers acquéreur, débiteur du droit de suite, de se prévaloir de la prescription de la créance principale à l'appui d'une demande de mainlevée du commandement de payer valant saisie (*Cass. 2^e civ. 19-2-2015 n° 13-27691 F-PB*). En d'autres termes, avec la réforme, le tiers acquéreur ne subira pas le droit de suite du créancier si le débiteur principal n'est pas tenu de payer lui-même la dette pour laquelle l'hypothèque avait été prise. Notons que cette exception se rencontrera rarement en matière hypothécaire dans la mesure où il est fréquent que l'acte de prêt stipule une déchéance de son terme en cas de cession de l'immeuble hypothéqué.

8. Droit de préférence. Conformément au droit antérieur, la primauté du droit de préférence des privilèges immobiliers généraux sur celui du gage immobilier et celui de l'hypothèque est confirmée (*C. civ. art. 2378 nouveau*).

Rangé sous la même section que le droit de suite, le régime du droit de préférence de l'hypothèque et du gage immobilier se trouve désormais à l'article 2450 du Code civil. Sur le prix de vente, le créancier hypothécaire sera payé par préférence aux créanciers chirographaires, et s'il est en concours avec d'autres créanciers hypothécaires, il sera payé au rang que lui assignent les

articles 2418 à 2420 du Code civil (*C. civ. art. 2450 nouveau*).

9. Purge du droit de suite en matière hypothécaire. Les articles 2461 et suivants régissent désormais la matière en explicitant le mécanisme de purge du droit de suite attaché à l'hypothèque. Sont ainsi détaillés, de façon non limitative, les cas où la purge du droit de suite s'opère automatiquement, avec notamment le cas de la vente sur saisie immobilière ou l'expropriation pour cause d'utilité publique (*C. civ. art. 2461 nouveau*).

Le régime de la purge amiable utilisé quotidiennement dans les offices n'est pas modifié ; il est désormais décrit à l'article 2463 du Code civil.

Quant au mécanisme de la purge judiciaire, il est en substance repris avec quelques modifications tendant notamment à la clarification de la surenchère (*C. civ. art. 2465 nouveau*).

10. Couverture des accessoires de l'hypothèque en cas de subrogation. Le principe selon lequel la subrogation s'opère à la mesure du paiement avait conduit la jurisprudence à considérer qu'il était transféré au nouveau créancier, la créance et ses accessoires, c'est-à-dire les sûretés y attachées, dans la limite de ce qu'il avait payé. L'hypothèque qui bénéficiait au créancier originaire, profitait donc au nouveau créancier seulement à hauteur du remboursement qui avait été opéré au moyen du nouveau prêt.

Si l'article 1346-4 du Code civil pouvait laisser penser que le régime de la couverture des intérêts était fixé en matière de subrogation conventionnelle, certaines discussions animaient encore la pratique. En ce cas de subrogation conventionnelle, les notaires devaient donc, jusqu'à aujourd'hui, prendre le soin de stipuler une hypothèque conventionnelle complémentaire pour couvrir les accessoires de la sûreté hypothécaire, estimés généralement de 5 à 20 % du montant, objet de la subrogation. Il s'agit des intérêts mais également des frais de poursuite, intérêts de retard, pénalités et autres indemnités qui sont désignés par la pratique comme étant les accessoires.

Désormais, il est expressément prévu que l'hypothèque dans le bénéfice de laquelle le tiers est subrogé, garantira de plein droit ces accessoires (*C. civ. art. 2390 nouveau*). Cette nouveauté aura pour conséquence d'alléger la fiscalité attachée aux prises d'inscriptions d'hypothèques complémentaires au titre de ces accessoires, puisqu'elles déclenchaient le paiement de la taxe de publicité foncière et de la contribution de sécurité immobilière.

11. Cet article ne visant que l'hypothèque et alors même que les privilèges spéciaux immobiliers disparaissent, cette nouvelle règle bénéficiera-t-elle au tiers subrogé dans le bénéfice d'une créance pour laquelle un ancien privilège spécial avait été inscrit ? La réponse est positive dans la mesure où les dispositions transitoires prévoient que les privilèges immobiliers spéciaux nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sont pour l'avenir assimilés à des hypothèques légales (*Ord. 2021-1192 art. 37, IV*).

12. Personnes morales. Les règles applicables aux sociétés en matière de sûretés réelles (*C. civ. art. 1844-2*) sont généralisées à toutes les personnes morales (*C. civ. art. 2326 nouveau*). Les associations, fondations et d'une façon générale toute personne morale pourront maintenant consentir toute sûreté réelle sur les biens leur appartenant en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de la sûreté doit nécessairement l'être par acte authentique.

13. Indivisibilité et indivision. Si la réécriture de l'article relatif à l'hypothèque de bien indivis (*C. civ. art. 2414, al. 2 actuel ; C. civ. art. 2412 nouveau*) ou de celui portant sur le caractère indivisible d'une hypothèque fait œuvre de simplification (*C. civ. art. 2393, al. 2 actuel ; C. civ. art. 2391 nouveau*), les règles actuellement applicables sont maintenues.

14. Hypothèque rechargeable. Le caractère d'ordre public est clarifié. Jusqu'ici, il est indiqué que tout l'article est d'ordre public (*C. civ. art. 2422, al. 6*). Or en réalité, seule l'interdiction de réserver l'hypothèque rechargeable au créancier originaire l'est, ce qui est désormais précisé (*C. civ. art. 2416 nouveau*).

// L'ordonnance ne révolutionne pas la mécanique hypothécaire en faisant le choix d'une douce évolution



Au demeurant, le champ d'application de l'hypothèque rechargeable n'est pas modifié.

15. Champ des hypothèques légales générales. Le champ des hypothèques légales générales est toiletté (*C. civ. art. 2393 s. nouveaux*).

L'hypothèque légale des époux n'est conservée que dans le cas où ils sont mariés sous le régime de participation aux acquêts pour garantir la créance de participation (*C. civ. art. 2394 nouveau; C. civ. art. 2403 s. actuels abrogés*). Dans les autres cas, la sûreté n'a plus de raison d'être du fait de l'égalité des époux.

Par ailleurs, outre l'hypothèque légale des personnes en tutelle, majeures ou mineures, le bénéfice d'une telle hypothèque est expressément reconnu aux mineurs sous administration légale (*C. civ. art. 2398 nouveau*). Dans tous ces cas, il est ajouté qu'un nantissement est admis comme sûreté alternative (*C. civ. art. 2398 nouveau*).

16. Formalisme des hypothèques conventionnelles et du mandat d'hypothéquer. La réforme confirme, sans surprise, la nécessité d'un acte notarié pour consentir une hypothèque conventionnelle et surtout, codifie la jurisprudence qui exigeait ce même formalisme pour le mandat d'hypothéquer (*C. civ. art. 2409 nouveau*). En revanche, une promesse d'hypothèque peut toujours être valablement conclue par acte sous signature privée.

17. Extinction de l'hypothèque. Le texte prévoyant des causes d'extinction est modernisé (*C. civ. art. 2474 nouveau*). Il cite plusieurs de ces causes en précisant « *notamment* » afin d'indiquer la liste comme non exhaustive. Il supprime de celle-ci la prescription, la précision étant inutile puisque la prescription de la créance garantie emporte extinction de l'hypothèque s'éteint consécutivement.

Innovations

18. Mort des privilèges spéciaux immobiliers, vive l'hypothèque légale spéciale. Alors même que l'ordonnance n'opère pas une révolution en matière hypothécaire, elle abolit les privilèges spéciaux immobiliers (*C. civ. art. 2374 actuel abrogé*). Ces derniers sont transformés en hypothèques légales spéciales, de sorte que lorsque les nouveaux textes renvoient à l'hypothèque, ils visent à

la fois l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, les hypothèques légales, mais aussi la nouvelle hypothèque légale spéciale.

Comme auparavant, l'hypothèque légale spéciale se formera par l'effet de la loi avec les mêmes conditions que celles qui régissaient, avant leur disparition, les privilèges spéciaux immobiliers. S'agissant en particulier de l'hypothèque légale du prêteur de deniers, elle naîtra de la double déclaration, par actes authentiques, de la promesse d'emploi d'une part et de la déclaration d'origine des deniers d'autre part, à l'instar du formalisme bien connu de l'ancien privilège de prêteur de deniers (*C. civ. art. 2402, 2° nouveau*).

19. Abandon de la rétroactivité. C'est derrière le motif de la sécurité juridique qu'est actée la fin de la rétroactivité attachée aux privilèges immobiliers spéciaux, pourtant chère au vendeur, au prêteur de deniers, au copartageant et au syndicat des copropriétaires : l'hypothèque légale spéciale prendra rang au jour de son inscription et non au jour de la vente comme c'est le cas pour les privilèges immobiliers spéciaux. La sécurité juridique dont il est désormais tenu compte est celle du créancier hypothécaire d'une créance postérieure à la vente.

Qu'en est-il de la sécurité juridique des créanciers dont la créance naît pourtant au moment de la vente ou du partage ? Elle s'est manifestement détériorée. Aujourd'hui, elle ne pourra être assurée que par une formalisation rapide de ces hypothèques légales spéciales auprès des services de publicité foncière pour éviter les effets d'une inscription d'hypothèque intercalaire garantissant une créance postérieure.

20. Fiscalité. Ces modifications sont-elles de nature à faire entrer l'inscription d'hypothèque légale spéciale dans le champ d'application de la taxe de publicité foncière ? Seules les inscriptions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires sont soumises à cette taxe (*CGI art. 663, 1°*). A contrario, les inscriptions qui ne sont pas visées par ce texte, comme l'hypothèque légale spéciale, échapperont à cette taxe. C'est

d'ailleurs la solution jusqu'ici retenue pour le privilège spécial non inscrit dans le délai de deux mois qui « dégénérerait » alors en hypothèque légale.

II Qu'en est-il de la sécurité juridique des créanciers dont la créance naît au moment de la vente ou du partage ?

II

21. Jurisprudence. Qu'advient-il de la jurisprudence dégagée en matière de privilèges spéciaux au regard des nouvelles hypothèques légales spéciales ? En considération de l'identité de leur mode de formation et des dispositions transitoires de l'ordonnance du 15 septembre 2021, il nous est permis de penser que les positions jurisprudentielles actuelles seront maintenues.

22. Dispositions transitoires. Au titre des dispositions transitoires, il est prévu que « *les privilèges immobiliers spéciaux nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance sont pour l'avenir assimilés à des hypothèques légales, sans préjudice le cas échéant de la rétroactivité de leur rang. Ceux qui n'ont pas fait l'objet des formalités de publicité foncière à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance seront inscrits au fichier immobilier selon les dispositions applicables avant cette date* » (*Ord. 2021-1192 art. 37, IV*).

23. Hypothèque spéciale légale du syndicat des copropriétaires occulte. Alors même que la disparition des privilèges spéciaux est guidée par l'idée que seuls les privilèges généraux ne sont pas inscrits, le syndicat des copropriétaires pourra, quant à lui, bénéficier d'une hypothèque légale spéciale occulte, autrement dit non inscrite (*C. civ. art. 2418, al. 2 nouveau*). Voilà une exception dont le droit français raffole.

Il est à noter que cette hypothèque spéciale prime toutes les autres hypothèques pour l'année courante et les deux dernières années échues et qu'elle vient en concours avec les hypothèques légales spéciales du vendeur ou du prêteur de deniers pour les années antérieures (*C. civ. art. 2418, al. 3 nouveau*).

Soulignons aussi qu'elle est étendue aux créances de toute nature du syndicat (*C. civ. art. 2418 nouveau qui renvoie à C. civ. art. 2402, 3° nouveau*).

24. Protection de la « caution hypothécaire ». La jurisprudence, avant même

l'ordonnance du 23 mars 2006, avait établi que le cautionnement réel ou hypothécaire était une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers qui n'impliquait aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui.

Bien que nous puissions regretter que les dispositions régissant ce type d'acte ne regagnent pas celles relatives au cautionnement, il convient de saluer l'évolution opérée : Sera dorénavant appliqué un certain nombre de règles protectrices de la caution au constituant de la sûreté réelle prise à la garantie de la dette d'autrui (*C. civ. art. 2325, al. 2 nouveau*). Contrairement à la position de la jurisprudence actuelle qui n'appliquait ces règles protectrices qu'au cautionnement proprement (*Cass. com. 2-6-2021 n° 19-20.140 FS-P : BRDA 14/21 inf. 15*), il en ira désormais autrement. Dans le cas d'une telle sûreté, s'appliqueront donc, à compter du 1^{er} janvier 2022 :

- le devoir de mise en garde (*C. civ. art. 2299*);
- le bénéfice de discussion (*C. civ. art. 2305 et 2305-1*);
- les recours de la caution (*C. civ. art. 2308 à 2312*);
- le bénéfice de subrogation (*C. civ. art. 2314*).

Les obligations d'information du créancier professionnel (*C. civ. art. 2302 à 2304*) s'appliqueront également à compter de cette date y compris pour les sûretés réelles pour autrui constitués antérieurement (*Ord. 2021-11921 art. 37 III*).

25. Hypothèque sur immeubles futurs.

Jusqu'ici, leur champ d'application était très restreint, les hypothèques sur immeubles futurs devant rester exceptionnelles (*C. civ. art. 2420 actuel*). Ces restrictions sont totalement levées (*C. civ. art. 2414 nouveau*). Il est désormais possible de consentir par principe une hypothèque sur un futur immeuble.

Le Gouvernement a tout de même, et à juste titre nous semble-t-il, mis en place deux garde-fous. D'une part, il est indispensable de respecter le principe de spécialité : l'immeuble sur lequel portera l'hypothèque

devra être désigné, aux termes de l'acte constitutif de la sûreté, en précisant sa nature et sa situation. D'autre part, le principe de relativité de la publicité foncière imposera que l'inscription de la sûreté ne puisse se réaliser qu'à compter du moment où le constituant sera devenu propriétaire de l'immeuble concerné.

26. Nous trouvons immédiatement une application pratique à cet article 2414 du Code civil. Il est en effet fréquent qu'un acte de prêt soit consenti pour les besoins du financement de l'acquisition d'un bien immobilier et pour le financement de travaux. Pour permettre à la banque de bénéficier de la nouvelle hypothèque légale spéciale, le prêt sera constaté par acte notarié préalablement à l'acquisition qui contiendra l'origine des deniers, la quittance du prix et la constatation de la formation de l'hypothèque légale spéciale du prêteur de deniers. L'acte de prêt étant antérieur à l'acquisition du bien par l'emprunteur, il ne contenait qu'une promesse d'affectation hypothécaire, l'hypothèque conventionnelle appelée à garantir la partie du prêt affectée au financement des travaux, nécessitait alors qu'elle soit constatée aux termes de l'acte d'acquisition avec l'intervention de la banque ou encore, postérieurement, par acte séparé.

Cette pratique pourra être abandonnée pour privilégier l'hypothèque conventionnelle sur l'immeuble futur de l'emprunteur. Le notaire rédacteur du contrat de prêt détient, en effet, les informations nécessaires au respect du principe de spécialité et l'inscription de cette hypothèque ne se réalisera qu'à compter du moment où l'emprunteur sera devenu propriétaire dudit immeuble.

27. Conflit entre le gage sur les meubles immobilisés par destination et l'hypothèque sur les immeubles par destination.

Il est prévu que le gage pourra avoir pour objet des meubles immobilisés par destination (*C. civ. art. 2334 nouveau*). Or, il est intéressant de noter qu'aujourd'hui comme demain, les hypothèques rédigées par les notaires s'étendent automatiquement aux

immeubles par destination (*C. civ. art. 2397 actuel et C. civ. art. 2389 nouveau*). Cela conduit nécessairement à un potentiel conflit entre deux créanciers, le premier, gagiste au titre par exemple d'un panneau photovoltaïque alors qu'il n'était pas encore installé sur l'immeuble et le second, hypothécaire au titre de l'immeuble recevant ledit panneau et l'immobilisant. L'ordre de préférence entre ces deux créanciers est déterminé conformément à l'article 2419 du Code civil en considération des dates auxquelles leurs titres respectifs ont été publiés (*C. civ. art. 2334, al. 2 nouveau*) : pour la première sur un registre spécial (*C. civ. art. 2338*) et pour la seconde au service de la publicité foncière.

En pratique, il sera recommandé au notaire d'interroger l'emprunteur et le faire déclarer s'il existe ou non des meubles déjà donnés en gage appelés à être immobilisés ou étant déjà immobilisés dans le bien immobilier concerné, et d'interroger le fichier des gages sans dépossession pour connaître l'existence d'un tel gage qui pourrait prévaloir sur l'hypothèque conventionnelle alors qu'elle porterait automatiquement sur cet immeuble par destination.

Enfin le mécanisme de la purge judiciaire du droit de suite sur un immeuble grevé d'hypothèque en présence d'un tel créancier gagiste est organisé (*C. civ. art. 2472 nouveau*). Dans ce cas, ce créancier sera assimilé à un créancier inscrit sur l'immeuble lui-même.

28. **Le rôle du notaire.** La règle selon laquelle les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a pas de dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités, est reprise (*C. civ. art. 2417 actuel repris dans C. civ. art. 2413 nouveau*). Le maintien de ces dispositions souligne toujours l'importance de l'intervention de notre profession pour constituer une hypothèque.

Mais au-delà des sûretés hypothécaires, notre profession devra rester très attentive à la modernisation apportée aux autres sûretés par cette réforme.