

SÛRETÉS

1324

Réforme des sûretés : la validité de l'hypothèque sur biens futurs, révolution ou évolution ?

Rompant avec la prohibition napoléonienne, l'article 2414 nouveau du Code civil issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021 autorise expressément l'hypothèque sur biens futurs. L'affirmation de sa validité a le mérite de rétablir une certaine orthodoxie juridique et de répondre à des besoins concrets de la pratique.



Étude rédigée par :
Coralie Leveueur,
notaire

1 - Le nouvel article 2414 du Code civil dispose que « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs. À peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2420 ».

Rompant avec la prohibition napoléonienne, l'article 2414 nouveau du Code civil issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021¹ autorise expressément l'hypothèque sur biens futurs.

Petite révolution dans le monde feutré des sûretés hypothécaires ? Il est certain qu'en apparence du moins, le changement est fort : le nouvel article ne vient pas tempérer l'interdiction, mais purement et simplement la renverser. Au point qu'il n'aura pas échappé à certains que l'ordonnance est ici sur le fil du rasoir : la loi Pacte n'avait habilité le Gouvernement qu'à « améliorer les règles relatives aux sûretés immobilières, notamment [...] en élargissant les dérogations à la prohibition des hypothèques de biens à venir »².

1 Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 19 ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 885, obs. Cl. Séjean-Chazal ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 887 ; JCP N 2021, n° 46, 1322-1327, présent dossier ; JCP N 2021, n° 47, 1328-1334, à paraître ; JCP N 2021, n° 48, 1335-1341, à paraître.

2 V. L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, I, 12°, relative à la croissance et la transformation des entreprises : JO 23 mai 2019, texte n° 2. Le premier projet d'ordonnance paru en 2020 prévoyait d'ailleurs non pas un renversement du principe, mais l'ajout d'une quatrième exception à l'article 2420, qui aurait permis au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente sur un bien de l'hypothéquer. Mais à la suite des retours obtenus dans le cadre de la consultation ouverte par le ministère de la Justice sur ce texte, le second avant-projet proposé a décidé de renverser la prohibition. V. sur ce point Cl. Séjean-Chazal, *Cure de jouvence pour l'hypothèque* : JCP G 2021, suppl. n° 43-44, 9, n° 16.

2 - Mais le Conseil d'État n'a pas censuré cette prise de risque. Et pour cause : dans une optique de simplification et de clarté de notre droit, vaut-il mieux conserver un principe assorti de tant d'exceptions qu'il se trouve vidé de sa substance ou renverser franchement la solution pour édicter une règle aisément compréhensible par tous ?

Mais alors, dans ce contexte, ne serait-ce pas plus une évolution du Code civil ? Chacun sera libre de qualifier cette modification, selon la lecture qu'il faisait de la prohibition désormais révolue.

Pour notre part, nous retiendrons qu'il s'agit d'une évolution remarquable et même, d'une petite révolution légistique : la lecture de la loi en sort simplifiée et unifiée, ce qui de nos jours est suffisamment rare pour être souligné !

Appelée des vœux de la pratique mais aussi d'une partie de la doctrine depuis longtemps déjà³, l'affirmation de la validité des hypothèques sur biens futurs a le mérite de rétablir une certaine orthodoxie juridique et de répondre à des besoins concrets.

1. L'article 2414 ou la fin d'une interdiction hypocrite

3 - Les auteurs de la réforme sont formels : « Le nouvel article 2414 renverse le principe classique de prohibition des hypothèques sur bien futur qui d'une part apparaît aujourd'hui archaïque [...] et d'autre part est privé de sa substance par les nombreuses exceptions dont il fait l'objet. »⁴

4 - **Retour sur une prohibition de façade.** – Pour comprendre cette inversion, il n'est pas inutile de remonter l'histoire de quelques années pour revenir au XIX^e siècle.

3 V. not. l'article très complet de S. Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir* : RTD civ. 1970, p. 441.

4 Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés soumis à la consultation du public en décembre 2020 et accessible sur le site du ministère de la Justice.

Dès ses débuts, le Code civil énonça clairement la prohibition des hypothèques sur biens futurs : elle se trouvait alors à l'article 2129 du Code Napoléon⁵ – reprise ensuite à l'article 2419 du Code civil dans sa rédaction en vigueur jusqu'à son remplacement par l'ordonnance de 2021.

Mais elle fut immédiatement assortie de dérogations dans les articles suivants, qui demeurèrent en vigueur jusqu'à la réforme commentée.

5 - En premier lieu, on trouva à l'article 2130 du Code Napoléon l'exception relative à l'insuffisance des biens présents. Ainsi, lorsqu'un débiteur ne possédait pas suffisamment de biens présents pour garantir la créance, il pouvait hypothéquer les biens qu'il acquerrait par la suite⁶. On repère ici une forte entorse à la règle, accentuée au début de notre siècle lorsque la loi du 23 juin 2006 réformant les sûretés vint clarifier le débat ancien de savoir si l'on pouvait, en vertu de l'article 2130, hypothéquer des biens futurs en l'absence de tout bien présent. Doctrine et jurisprudence n'étant pas parvenues à une position claire et unanime sur le sujet, le législateur trancha par l'affirmative : l'article 2420, 1^o, du Code civil issu de cette réforme permet expressément la constitution d'une hypothèque sur biens à venir y compris en cas d'absence totale de biens présents⁷.

6 - Une seconde entaille au principe fut réalisée par le Code Napoléon en son article 2131, pour pallier la situation dans laquelle un immeuble subissant un sinistre ne permettrait plus de garantir suffisamment la créance⁸. Cette disposition fut recodifiée et reformulée en termes plus contemporains lors de la réforme des sûretés de 2006 à l'article 2420, 2^o, du Code civil.

7 - Enfin, une troisième transgression de l'interdiction fut autorisée par le décret du 4 janvier 1955 réformant la publicité foncière. Celui-ci ajouta un alinéa 2 à l'article 2133 du Code civil autorisant l'hypothèque sur les constructions à édifier par le débiteur

5 Code Napoléon, art. 2129 : « Il n'y a d'hypothèque valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. » : Code civil des français, éd. originale (1804), disponible sur Gallica.bnf.fr.

6 Code Napoléon, art. 2130 : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions. »

7 C. civ., art. 2420, 1^o : « Par exception à l'article précédent, l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles à venir dans les cas et conditions ci-après : « 1^o Celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de sa créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition. [...] »

8 Code Napoléon, art. 2131 : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès-à-présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

titulaire d'un droit de construire sur un terrain dont il n'était pas propriétaire⁹.

REMARQUE

→ Cet élargissement des hypothèques sur biens futurs fut – et demeure avec l'actuel article 2420, 3^o, du Code civil – d'une grande utilité pratique : il permet en effet d'hypothéquer des constructions à édifier en vertu d'un droit de superficie, dont l'application la plus fréquente est la volumétrie¹⁰.

8 - **Œuvre de cohérence.** – Mises bout à bout, l'ensemble de ces exceptions couvrent, on le voit, un champ très large qui réduit significativement la consistance de l'interdiction.

Les manuels de droits des sûretés, assez peu disert, pour la plupart, sur la notion d'hypothèque sur biens futurs, résument ainsi cette question en constatant qu'elle est interdite par principe, mais que les exceptions prévues le législateur lui-même vident pour ainsi dire de sa substance la prohibition.

C'est ce qu'avait déjà subtilement exprimé Planiol : « La règle peut se traduire ainsi : 1^o) l'hypothèque des biens à venir est défendue ; 2^o) elle est permise toutes les fois que le créancier en a besoin. »¹¹

La tentation de donner de la cohérence au Code civil n'est pas récente et l'on trouve en ce sens des écrits en doctrine, récents¹² comme plus anciens¹³.

9 - Quant à la réforme actuelle, le premier projet prévoyait non pas un renversement du principe, mais l'ajout d'une quatrième exception à l'article 2420, qui aurait visé celui qui est titulaire d'une promesse unilatérale de vente sur un bien.

Il est vrai que l'article 60 de la loi Pacte précisait, au 12^o, que le Gouvernement était habilité à « améliorer les règles relatives aux sûretés immobilières, notamment [...] en élargissant les dérogations à la prohibition des hypothèques de biens à venir ».

Toutefois, on l'a vu, la prohibition était déjà largement vidée de son contenu ; ajouter une nouvelle dérogation aurait parachevé son contournement tout en maintenant une certaine hypocrisie du droit à interdire, par principe, une sûreté en réalité souvent autorisée.

9 C. civ., art. 2133, al. 2 : « Lorsqu'une personne possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, elle peut constituer hypothèque sur les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction des bâtiments, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement. »

10 Quant aux baux constitutifs de droits réels, leurs réglementations spécifiques prévoient expressément cette possibilité pour le preneur, à l'article L. 251-3 du Code de la construction et de l'habitation pour le bail à construction et à l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime pour le bail emphytéotique (étant précisé pour ce dernier que la loi reconnaît cette possibilité depuis 1902, soit avant même la réforme du Code civil par le décret de 1955...).

11 Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 835.

12 Ch. Juillet, *Plaidoyer en faveur de l'hypothèque de biens à venir*, Mél. Teysie : LexisNexis, 2019.

13 S. Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir* : RTD civ. 1970, qui avait longuement défendu la validité des hypothèques sur biens à venir il y a plus de 50 ans déjà.

Il faut donc saluer les rédacteurs de l'ordonnance d'avoir franchi le Rubicon et décidé, une bonne fois pour toutes, de renverser le principe et d'autoriser clairement l'hypothèque de biens à venir.

10 - Orthodoxy juridique. – Au-delà de cette mise en cohérence, on peut également saluer un certain retour à l'orthodoxie juridique. Car s'il est rare aujourd'hui de trouver des développements sur les fondements et les critiques de l'hypothèque sur biens futurs en doctrine, tel n'a pas toujours été le cas.

C'est ainsi qu'en 1970, le professeur S. Tanagho critiqua de façon argumentée et très étayée la prohibition¹⁴.

À y regarder de près, on s'associe volontiers à la difficulté qu'il éprouve à justifier cette prohibition. Car comme le souligne fort à propos cet auteur, les hypothèques conventionnelles sont des contrats et répondent donc, notamment, aux règles de droit commun qui les régissent. Or, il est admis depuis 1804 qu'une chose future peut faire l'objet d'un contrat. L'ancien article 1130 du Code civil énonçait ainsi clairement que « [l]es choses futures peuvent être l'objet d'une obligation »¹⁵. Pourquoi donc, spécifiquement, l'hypothèque ne pourrait-elle pas porter sur une chose future ?

11 - Est-ce en raison de la prohibition des pactes sur succession future ? C'était l'un des arguments souvent avancés : il serait immoral, pour obtenir un crédit, de se servir d'un bien que l'on a vocation à recueillir dans la succession d'un parent encore vivant¹⁶. Cependant, l'exception de l'insuffisance des biens présents permettait, en réalité, de contourner cette prohibition et finalement d'autoriser un tel pacte sur succession future¹⁷...

Parce que l'immeuble à venir, n'étant pas déterminable, il ne répondrait pas à l'exigence de détermination de l'objet du contrat ? Ici encore, l'argument tombe à l'eau avec la lettre de cette même exception. Il en résulte en effet que l'hypothèque peut alors être consentie sur des biens futurs, quels qu'ils soient et y compris non identifiés *ab initio* lorsque l'emprunteur n'a pas, ou pas suffisamment, de biens à offrir à son créancier au moment de la consti-

tution de la créance. Alors même que le droit des contrats paralyse les contrats portant sur des objets indéterminés, voici que les règles spécifiques à l'hypothèque parviennent à les valider !

12 - Cette confusion n'avait d'ailleurs pas échappé aux juristes du XIX^e siècle : de nombreuses voix s'élevaient en doctrine comme en jurisprudence pour réclamer une réforme sur ce sujet. Mais, marquées par l'époque rurale éloignée des enjeux des affaires, leur objectif n'était pas tant que soit autorisée l'hypothèque sur biens futurs mais que cesse la confusion générée par son interdiction, d'une part, et sa large acception résultant des exceptions, d'autre part.

Finalement, nous dit Tanagho, « l'hypothèque est interdite là où elle devrait être autorisée et est autorisée là où elle devrait être interdite ». Et de conclure, non sans une certaine avance sur son époque : « Pour remédier à ces défauts il faut seulement abroger la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, ramener le contrat d'hypothèque aux principes du contrat, et exiger par conséquent la détermination de la chose hypothéquée, soit-elle présente ou future. »¹⁸

La nouvelle rédaction de l'article 2414 semble bien lui donner raison aujourd'hui.

13 - L'hypothèque sur biens futurs est ainsi autorisée, dès lors que certaines précautions rédactionnelles et pratiques sont respectées.

2. Les conséquences pratiques

14 - Consolidation et accélération de la pratique. – Au-delà des développements théoriques, la réforme présente un véritable avantage pratique : en énonçant clairement la possibilité de constituer des hypothèques sur biens à venir, elle retire les freins que l'on pouvait rencontrer pour constituer de telles hypothèques sous l'empire de l'ancien article 2420.

Prenons une société *ad hoc* (un « *Special Vehicle Purpose* » ou « *SPV* » dans le jargon de l'immobilier d'investissement) qui ne détient aucun actif au moment où elle contracte un prêt destiné à financer l'acquisition d'immeubles et des travaux à réaliser. Bien souvent, l'acte d'acquisition suit de quelques minutes, quelques heures ou quelques jours tout au plus la signature de l'acte de prêt. La garantie de la partie du prêt consacrée à l'acquisition ne soulève pas de difficulté : le recours au privilège de prêteur de deniers et à son formalisme rigoureux est bien connu des praticiens (et sa transformation en hypothèque légale par l'ordonnance ne modifie pas ce constat¹⁹).

15 - En revanche, comment garantir la quote-part du prêt qui finance les travaux ? L'emprunteur ne sera propriétaire des immeubles qu'une fois ceux-ci achetés. Faut-il impérativement passer par une promesse d'hypothèque, doublée d'une affectation hypothécaire dans l'acte de vente reçu quelques instants plus

14 S. Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir* : RTD civ. 1970, p. 441.

15 On remarquera ici que l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des obligations a recodifié l'ancien article 1130 à l'article 1163, en modifiant légèrement la rédaction puisqu'il dispose désormais que « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. [...] ». Pourquoi avoir substitué la notion de prestation à celle de chose ? Probablement pour inclure les prestations de service, qui ne peuvent se rattacher à la qualification de chose. Or, de nombreux contrats portent sur de telles prestations. Toutefois, ce changement n'est pas heureux : *quid* pour les contrats qui portent spécifiquement sur une chose qui ne peut se rattacher, inversement, à une prestation ? Ainsi de l'immeuble donné en hypothèque, de l'immeuble vendu en l'état futur d'achèvement, etc. Il eut été préférable d'adjoindre, et non de remplacer, les termes : une obligation peut en effet porter soit sur une chose, soit sur une prestation. Quoi qu'il en soit, il est certain que les auteurs de la réforme de 2016 n'avaient pas pour idée de modifier la portée de l'article : un contrat peut porter sur une chose ou sur une prestation future.

16 On soulignera également ici qu'avec le développement de la vie moderne, des affaires, de l'immobilier d'investissement, la crainte des rédacteurs du XIX^e siècle s'estompée aujourd'hui : les hypothèses d'application d'hypothèques sur biens à venir dépassent largement le cadre des successions. V. § 14.

17 « Il y a là une dérogation notable à la prohibition des pactes sur succession future » : Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, t. II, 1948, cités par S. Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir* : RTD civ. 1970, p. 441.

18 S. Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir* : RTD civ. 1970, n° 21.

19 V. E. Simon-Michel, *La métamorphose des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales* : JCP N 2021, n° 46, 1326.

tard ? Ladite promesse d'hypothèque est alors artificielle et temporaire, elle n'a pour objectif que de satisfaire à la prohibition de l'article 2419 du Code civil.

Cela est absurde et alourdit, parfois significativement, les processus rédactionnels. Pourtant, l'article 2420, 1^o autorisait le recours à l'hypothèque sur biens à venir dans une telle situation. Mais jusqu'en 2006, on l'a vu, un doute subsistait sur la possibilité d'y recourir en cas d'absence totale de biens présents. Gommer plus de 200 ans d'incertitude, voire d'hostilité, n'est pas chose facile : la clarification apportée par le législateur en 2006 n'a pas réussi à évincer, dans l'esprit de beaucoup de praticiens, une certaine défiance à l'égard des hypothèques sur biens futurs dans cette situation.

Voilà donc un sujet de discussions et d'inquiétudes qui disparaît : l'hypothèque sur biens futurs est admise, adieu les promesses d'hypothèque de transition et la crainte d'utiliser les hypothèques de biens à venir !

16 - Une réduction du champ de l'ancien article 2420, 1^o ? – L'article 2414, alinéa 2 nouveau du Code civil précise qu'« à peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2420 ».

Il s'agit de la reprise de l'ancien article 2418 qui disposait que « la constitution d'une hypothèque conventionnelle n'est valable que si le titre authentique constitutif de la créance ou un acte authentique postérieur déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie, ainsi qu'il est dit à l'article 2426 ci-après ».

17 - C'est en tous cas ainsi que le présentent les rédacteurs de l'ordonnance²⁰. Toutefois, on pourra relever qu'une légère différence sépare les deux versions du texte. Sa nouvelle mouture ne vise en effet qu'un seul acte notarié, ce qui semble laisser entendre que l'acte contenant l'affectation hypothécaire doit nécessairement désigner spécialement les biens futurs concernés. L'ancienne version élargissait la possibilité d'y procéder dans un acte authentique postérieur, permettant ainsi de constituer des hypothèques sur biens futurs indéterminés voire indéterminables²¹...

Pourquoi un tel changement ? Pour acter que les hypothèques sur biens futurs ne peuvent être consenties que sur des immeubles d'ores et déjà connus et identifiés : il n'est pas question ici d'admettre une hypothèque flottante (« *floating charge* » anglo-saxonne) à la française. Bien au contraire, les rédacteurs ont eu à l'esprit la protection du constituant, lequel ne doit pas voir son patrimoine obéré d'un coup par la constitution d'hypothèques sur biens à venir²².

20 V. le commentaire en marge de la suppression de l'article 2418 dans l'avant-projet d'ordonnance proposé par le ministère de la Justice : « *Le texte actuel, qui pose la règle de spécialité quant à l'assiette de l'hypothèque, est repris dans le nouvel article 2424 alinéa 2.* »

21 V. § 11.

22 V. le commentaire en marge du nouvel article 2414 dans l'avant-projet d'ordonnance proposé par le ministère de la Justice.

18 - On peut dès lors se demander si le nouvel article 2414 du Code civil n'est pas finalement plus restrictif que les exceptions que nous connaissions à l'ancien article 2420. C'est ce que pourraient laisser penser tant la rédaction de l'alinéa 2 précité que le commentaire de ses rédacteurs qui précise que n'est pas reprise la permission de constituer une hypothèque sur biens futurs en cas d'absence ou d'insuffisance des biens présents²³.

Toutefois, cette affirmation nous semble devoir être nuancée : si le principe d'une hypothèque sur tout bien futur non identifié est banni, en revanche la possibilité de consentir une hypothèque sur un bien futur déjà connu est clairement consentie, y compris en cas d'absence ou d'insuffisance de biens présents.

EXEMPLE

→ Ainsi, un emprunteur qui ne posséderait pas, ou pas assez, de biens immobiliers à donner en garantie mais qui s'apprête à en acquérir pourra efficacement consentir une hypothèque sur ces immeubles avant même d'en être propriétaire. Il faut et il suffit alors que l'acte authentique soit suffisamment précis quant à leur désignation.

19 - Faut-il regretter la rédaction retenue ? On l'a vu, la cohérence avec les principes du droit des contrats commande d'imposer la détermination ou, *a minima*, la déterminabilité de l'immeuble hypothéqué. On ne peut donc que saluer la rédaction retenue, qui retire à l'hypothèque sur biens futurs ses traits exorbitants que l'on peinait à justifier et la dote, au contraire, de règles harmonieuses.

20 - À quel moment l'hypothèque sur biens à venir est-elle opposable aux tiers ? – Aucune dérogation à l'effet relatif des contrats n'est prévue par les nouveaux textes. On conserve donc le régime déjà connu lorsque l'on constitue des hypothèques sur biens futurs en vertu de l'ancien article 2420 du Code civil : l'inscription ne sera possible qu'à compter du moment où le constituant deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué.

CONSEIL PRATIQUE

→ En pratique, les bordereaux d'inscription hypothécaire pourront donc être déposés auprès du service de publicité foncière compétent au plus tôt en même temps que le dépôt de l'acte d'acquisition au profit du constituant.

Ils mentionneront, dans le paragraphe « en vertu de », à la fois l'acte d'affectation hypothécaire et l'acte de vente afin de respecter la règle de l'effet relatif de la publicité foncière²⁴. ■

23 V. le commentaire en marge du nouvel article 2414 dans l'avant-projet d'ordonnance proposé par le ministère de la Justice.

24 D. n^o 55-22, 4 janv. 1955, art. 3, portant réforme de la publicité foncière : JO 7 janv. 1955.

L'essentiel à retenir

- En autorisant les hypothèques sur biens futurs, l'ordonnance du 15 septembre 2021 opère un renversement de principe : jusqu'à présent, les hypothèques ne pouvaient porter que sur des immeubles dont le constituant était effectivement propriétaire, sauf exceptions limitativement énumérées. Le nouvel article 2414 du Code civil dispose désormais que « L'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs. A peine de nullité, l'acte notarié désigne spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles, ainsi qu'il est dit à l'article 2420. »

- Théoriquement, cette innovation permet d'une part de renouer avec les principes du droit civil selon lesquels un contrat peut valablement porter sur une chose future pourvu qu'elle soit déterminée ou déterminable et d'autre part d'acter une bonne fois pour toutes la disparition d'une prohibition moribonde au profit d'une autorisation de principe réaliste.

- En pratique, cela permettra de consentir des hypothèques directement dans l'acte de prêt précédant l'acquisition, pour garantir les sommes destinées à financer les travaux, les frais, etc., ce qui œuvre en faveur d'une meilleure lisibilité, sécurité et simplicité du droit.

SÛRETÉS

1325

Réforme des sûretés : la transmission de l'hypothèque au créancier subrogé dans la créance garantie

Le créancier subrogé dans une créance assortie d'une hypothèque bénéficie de cette sûreté, y compris pour la garantie des intérêts et autres accessoires qui lui sont personnellement dus. Jusqu'alors incertaine, cette solution est enfin consacrée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui, ce faisant, simplifie et sécurise la pratique notariale des rachats de crédit hypothécaire.



Étude rédigée par :

Charles Gijbers,
agrégé des facultés de droit, professeur à
l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

extension profite au tiers subrogé dans la créance garantie pour les intérêts et autres accessoires qui lui sont dus » (C. civ., art. 2390).

Cette solution, qui a pour elle de solides justifications, est riche de conséquences pratiques.

1. Solution

1 - C'est à l'une des difficultés les plus irritantes de la pratique des refinancements hypothécaires que la réforme du 15 septembre 2021¹ apporte enfin remède. En effet, en même temps qu'elle affirme que « l'hypothèque s'étend aux intérêts et autres accessoires de la créance garantie », l'ordonnance précise désormais que « cette

2 - Si l'on n'a jamais contesté le fait que le tiers subrogé dans une obligation se voit transmettre l'hypothèque qui en garantit l'exécution², une incertitude régnait sur l'amplitude de la couverture hypothécaire dont bénéficie alors le nouveau créancier.

On sait en effet que, contrairement à une cession de créance, qui opère transmission intégrale de l'obligation indépendamment du montant versé par le cessionnaire au cédant, la subrogation, pure

1 Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021, texte n° 19 ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 885, obs. Cl. Séjean-Chazal ; JCP N 2021, n° 38-39, act. 887 ; JCP N 2021, n° 46, 1322-1327, présent dossier ; JCP N 2021, n° 47, 1328-1334, à paraître ; JCP N 2021, n° 48, 1335-1341, à paraître.

2 J. Mestre, *La subrogation personnelle* : LGDJ, 1979, n° 442, p. 503. – On dit même parfois, s'agissant de la subrogation *ex parte debitoris*, que la sûreté serait l'unique élément que le créancier recueille (A. Bénabent, *Droit des obligations* : Montchrestien, 19^e éd., 2021, n° 730).