

## 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 Gijssbers,  
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 2021<sup>1</sup> 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'exécution<sup>2</sup>, 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<sup>e</sup> éd., 2021, n° 730).

quant à elle de tout esprit spéculatif, n'opère que dans la limite du paiement (C. civ., art. 1346-4, al. 1<sup>er</sup>).

La différence est de taille lorsque, comme c'est le cas d'un prêt hypothécaire, la créance réglée par le *solvens* est productive d'intérêts conventionnels et d'autres accessoires monétaires (exemple : frais de poursuite, frais de renouvellement d'inscription, etc.). N'ayant pas payé de telles sommes entre les mains du prêteur initial en lieu et place de l'emprunteur (puisqu'elles n'étaient pas encore dues au jour de la subrogation...), le créancier subrogé ne saurait recueillir la « créance » correspondante<sup>3</sup>...

3 - Ce n'est évidemment pas dire que le nouveau créancier n'ait pas droit aux accessoires que le principal de la créance est désormais susceptible de produire. Mais, si rien n'est prévu, ces accessoires seront ceux dont tout créancier impayé peut se prévaloir : les intérêts moratoires au taux légal à compter d'une mise en demeure (C. civ., art. 1344-1) et, s'agissant des autres accessoires, les divers frais que la loi met de plein droit à la charge du débiteur (exemple : CPC. exéc., art. L. 111-8, pour les frais de l'exécution forcée. – C. civ., art. 2433, pour les frais d'inscription). Si, comme c'est toujours le cas en pratique, le prêteur substitué entend obtenir une rémunération du crédit consenti<sup>4</sup> ou prétend à d'autres accessoires (exemple : intérêts de retard à un taux majoré, clause pénale pour défaillance, indemnité de remboursement anticipé, etc.), il devra prendre la peine de les stipuler dans le cadre de la nouvelle convention de crédit le liant à l'emprunteur.

4 - En toute hypothèse, que les intérêts et autres accessoires dus au nouveau prêteur le soient en vertu de la loi ou d'un accord conclu avec l'emprunteur lors du « rachat » de son prêt, ils ne lui sont pas transmis par voie de subrogation mais naissent directement sur sa tête. Et c'est justement là que le bât blesse. Parce que le droit de percevoir de telles sommes se greffe à la créance transmise postérieurement à la subrogation, on redoutait que l'hypothèque d'origine n'en puisse garantir le paiement. D'où la pratique répandue consistant à exiger de l'emprunteur qu'il consente une hypothèque complémentaire – dont l'inscription est fiscalement coûteuse... – afin de garantir le prêteur subrogé, non pas du remboursement du principal de la dette transmise (qui, répétons-le, est couvert par la sûreté originelle), mais du paiement des nouveaux intérêts et autres accessoires nés à son profit après la subrogation<sup>5</sup>.

5 - Sans doute les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des obligations avaient-ils déjà entrepris de régler la difficulté, mais ils ne l'avaient fait qu'en partie seulement. L'article 1346-2 nouveau du Code civil indique en effet que les

nouveaux intérêts (légaux ou conventionnels) dus au créancier subrogé sont « garantis par les sûretés attachées à la créance »<sup>6</sup>. Le progrès est certes important mais laisse dans l'ombre le sort des autres accessoires, au bénéfice desquels on hésitait à appliquer la même solution<sup>7</sup>.

C'est précisément le pas que franchit la réforme du 15 septembre 2021. Tout en rappelant qu'une hypothèque – comme, par principe, toute sûreté – s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires produits par la créance garantie, le nouvel article 2390 précise que « cette extension profite au tiers subrogé dans la créance garantie pour les intérêts et autres accessoires **qui lui sont dus** » (C. civ., art. 2390).

Le texte maintient donc à la sûreté d'origine sa pleine efficacité, y compris pour la couverture des intérêts et autres accessoires personnellement dus au nouveau créancier en raison de la créance qui lui a été transmise.

## 2. Justification

6 - Bien qu'elle ait tardé à s'imposer, cette solution nous paraît pleinement respectueuse des concepts du droit hypothécaire et de la publicité foncière.

7 - Sur le plan du droit hypothécaire, on a souvent brandi contre elle le caractère accessoire et le principe de spécialité qui s'opposeraient, dit-on, à ce que l'hypothèque d'origine puisse couvrir une dette ne relevant pas de son périmètre initial. Mais est-on réellement en présence d'une dette différente de l'obligation initialement garantie ? Comme l'a fort bien montré Michel Grimaldi<sup>8</sup>, le fait que des intérêts soient convenus postérieurement à la constitution de l'hypothèque n'aboutit pas à créer une obligation distincte : « On se trouve alors en présence, non pas d'une convention qui créerait une nouvelle créance – une créance d'intérêts qui serait distincte de la créance du capital – mais d'une convention qui modifie la créance garantie, qu'elle rend productive d'intérêts. On parle à juste titre d'une créance en capital et intérêts, et non d'une créance de capital et d'une créance d'intérêts. »<sup>9</sup>

6 Le texte ajoute : « ... dans la limite, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà. »

7 C'est pourtant en garantie de ces « autres accessoires » que l'inscription d'une nouvelle hypothèque s'avère la plus coûteuse. Contrairement, en effet, aux intérêts conventionnels dont seul le taux a besoin d'être indiqué dans le bordereau (ils y sont portés « pour mémoire ») et qui n'occasionnent, par conséquent, aucun surcoût au titre de la taxe de publicité foncière, les autres accessoires, doivent faire l'objet d'une évaluation qui vient s'ajouter au principal (D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 57, pour l'application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière : « leur montant total est ajouté à celui du principal de la créance pour déterminer l'ensemble des créances garanties »), sont frappés de plein fouet par la taxe de publicité foncière. – V. M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?* : RDC 2018, n° 115f2, p. 322.

8 M. Grimaldi, *Les intérêts d'un prêt substitutif. Études offertes au professeur Ph. Malinvaud* : LexisNexis, 2007, p. 249 s. – M. Grimaldi et E. Frémaux, *La garantie hypothécaire des intérêts dus au créancier subrogé* : Defrénois 30 mai 2011, n° DEF40000, p. 959.

9 M. Grimaldi et E. Frémaux, *La garantie hypothécaire des intérêts dus au créancier subrogé* : Defrénois 30 mai 2011, n° DEF40000, p. 959, spéc. n° 4.

3 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 oct. 2002, n° 00-12.703 : JurisData n° 2002-016104 ; Bull. civ. I, n° 257 ; RD bancaire et fin. 2003, comm. 15, note D. Legeais. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 2003, n° 00-12.209 : JurisData n° 2003-018247 ; Bull. civ. I, n° 86 ; RD bancaire et fin. 2003, comm. 139, note D. Legeais ; JCP G 2003, II, 10105, note M. Billiau. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 févr. 2005, n° 03-11.141 : JurisData n° 2005-026969 ; Bull. civ. I, n° 87.

4 À un taux généralement inférieur à celui qui avait été négocié avec la première banque...

5 En pratique, le créancier prenait deux hypothèques : l'une en garantie des intérêts, l'autre en garantie des autres accessoires.

8 - S'agissant du régime de l'inscription, sa fonction est uniquement de prémunir les tiers de causes de préférence qui leur seraient demeurées inconnues. On ne voit pas dès lors que la garantie de nouveaux intérêts et autres accessoires dus au titre de la créance inscrite nécessite la prise d'une inscription complémentaire, dès lors que leur montant n'excède pas les limites tracées par le bordereau initial, dont les tiers ont eu connaissance du fait de l'inscription...

9 - Cette discussion n'est pas purement académique. Pour qui estime, à la lueur des arguments qui précèdent, que le nouvel article 2390 du Code civil consolide le droit positif, la souplesse offerte par cette disposition est en réalité déjà accessible aux parties<sup>10</sup>.

Pour les autres, le nouveau dispositif ne pourra prodiguer ses bienfaits qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance<sup>11</sup>. Mais quels sont précisément ces bienfaits ?

### 3. Conséquences

10 - Le principal effet bénéfique du nouvel article 2390 du Code civil se fera sentir dans le cadre des prêts substitutifs. Le texte évitera d'abord au prêteur substitué d'exiger la constitution d'une hypothèque conventionnelle en garantie des accessoires qui lui sont dus, lesquels sont désormais couverts de plein droit

par l'hypothèque initiale (qu'elle soit légale ou conventionnelle). Il lui évitera pareillement de prendre une nouvelle inscription, sauf bien entendu si le nouveau taux d'intérêt ou si le montant des accessoires excédait les limites de l'inscription initiale<sup>12</sup>. Il lui évitera enfin d'avoir à s'aventurer dans des voies réputées moins coûteuses (par exemple, la novation par changement de créancier) dont l'efficacité avait toutefois été sérieusement mise en doute en tant qu'alternative à la subrogation<sup>13</sup>.

11 - Mais les services que pourrait rendre le nouvel article 2390 du Code civil dépasseront vraisemblablement le seul périmètre des opérations de refinancement. Pour n'en prendre qu'un exemple, la solution consacrée par le texte permettra de garantir à moindre coût le prêteur qui finance le « prix de cession » de droits indivis entre coindivisaires. Parce qu'une telle opération, lorsqu'elle met fin à l'indivision, est équipollente à un partage, la créance du prêteur n'est pas éligible au privilège – désormais l'hypothèque légale – de prêteur de deniers<sup>14</sup>. Certes, le débiteur de la soultte pouvait éviter le coût d'inscription d'une hypothèque conventionnelle en garantie de la totalité du crédit en organisant, sur le fondement de l'article 1346-2, la subrogation de l'emprunteur dans le privilège – désormais l'hypothèque légale – de copartageant. Mais une hypothèque complémentaire demeurait nécessaire pour la garantie des intérêts et autres accessoires stipulés au profit de la banque<sup>15</sup>. Grâce au nouvel article 2390, un tel détour devient inutile... ■

### L'essentiel à retenir

- La réforme sécurise les opérations de « rachat de prêt » en affirmant explicitement que l'hypothèque garantissant le prêt initial bénéficiera au créancier subrogé, y compris pour les intérêts et autres accessoires qui lui sont personnellement dus.

- La pratique consistant à prendre une hypothèque complémentaire pour garantir ces sommes devient donc inutile, sauf dans l'hypothèse d'une majoration du taux ou des accessoires convenue avec le nouveau prêteur ou d'une nouvelle avance consentie par lui.

10 On aurait toutefois préféré que la loi affiche expressément son caractère interprétatif, comme elle le fit lorsqu'elle proclama l'autonomie du privilège de prêteur de deniers à l'égard du privilège de vendeur (*L. n° 71-580, 16 juill. 1971, relative aux habitations à loyer modéré : JO 17 juill. 1971*). Le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance n'est pas d'un grand secours : d'un côté, il indique que, par ce texte, « le champ des accessoires couverts par l'hypothèque en cas de subrogation personnelle est étendu » ; de l'autre, il précise que cette disposition vise à lever une « incertitude, en affirmant expressément que tous les accessoires sont garantis par l'inscription initiale ».

11 Si l'on suit cette deuxième ligne, on peut s'interroger sur la manière d'appliquer le nouveau texte dans le temps. Jouera-t-il pour tous les paiements subrogatoires réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, quand bien même l'hypothèque transmise aurait pris naissance antérieurement à cette date ? La réponse serait assurément positive si la règle participait du régime de la subrogation. Or, elle a plutôt été conçue comme une pièce du droit hypothécaire. Faut-il, pour cette raison, ne l'appliquer qu'aux sûretés nées après son entrée en vigueur ? Nous ne le croyons pas. Même pour les hypothèques conventionnelles (qui seules, en toute rigueur, sont concernées par le principe de survie de la loi ancienne : *V. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, Droit commun des sûretés réelles : LGDJ, 1996, n° 236, p. 218*), l'extension de la garantie aux intérêts et accessoires dus au créancier subrogé pourrait être analysée comme un effet légal de la sûreté, comme tel immédiatement saisi par la nouvelle règle du jeu...

12 Dans une telle hypothèse, seule une nouvelle inscription sera nécessaire et non une nouvelle hypothèque. Le droit d'hypothèque s'étend en effet de plein droit à tous les intérêts et autres accessoires, sans limite de montant. Il n'en irait différemment que si l'acte constitutif contenait lui-même une limite quant aux accessoires (ce qui est assez courant) ou si le prêteur substitué consentait une avance supplémentaire à l'emprunteur. Nouvelle dans sa cause, une telle créance ne pourrait être couverte qu'en vertu d'une nouvelle sûreté.

13 *V. en particulier, A. Gouëzel, Retour sur le prêt substitutif : RD bancaire et fin. 2017, étude 14, p. 26. – M. Mignard, La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ? : RDC 2018, n° 115f2, p. 322, spéc. le III. – Contra, M. Grimaldi et C. Vernières, Refinancement d'un prêt : quelle place pour la novation ? : Defrénois 7 sept. 2017, n° 128a3, p. 43.*

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

15 Comme elle s'imposait à la banque étant subrogée dans le privilège de vendeur avant que la loi ne proclame l'autonomie du privilège de prêteur de deniers.