

SÛRETÉS

1326

La métamorphose des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales issue de la réforme des sûretés

L'ordonnance du 15 septembre 2021 supprime les privilèges immobiliers spéciaux et les remplace par des hypothèques légales spéciales. Les privilèges du vendeur, du prêteur de deniers et du copartageant tirent leur révérence pour laisser place désormais aux hypothèques légales du vendeur, du prêteur de deniers, et du copartageant. Cette importante modification qui entrera en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2022 conduit à s'interroger sur les raisons qui ont pu mener à cette métamorphose et sur les conséquences que celle-ci pourra entraîner.



Étude rédigée par :

Éric Simon-Michel,
notaire associé, Notaires Presqu'île Associés
(NPA), La Baule

1 - C'est un constat qui est souvent fait que le temps n'a pas la même emprise sur tous. Certains restent fringants et conservent une mine éclatante malgré le poids des années, tandis que d'autres portent sur leurs visages fanés et leurs épaules avachies les outrages que le temps leur a infligés. C'est une impression similaire qui s'offre à nos yeux lorsque l'on parcourt la liste des privilèges immobiliers spéciaux contenue dans l'article 2374 du Code civil. À côté des illustres privilèges que sont le privilège du vendeur, du prêteur de deniers ou du copartageant, qui ont conservé une insolente modernité malgré la patine du temps, on trouve des privilèges tels que le privilège des architectes et entrepreneurs, ou encore le privilège du prêteur de deniers pour payer les ouvriers, qui font bien pâle figure dans leur état de momification avancé.

2 - L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021¹ met fin à cette triste comparaison en supprimant le privilège des architectes ainsi que le privilège qui bénéficie au prêteur de deniers pour payer les ouvriers. La pratique notariale approuvera sans réserve

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.

la suppression de ces privilèges qu'elle n'avait jamais rencontrés autrement que sous la forme d'ectoplasmes hantant les origines de propriété trentenaires. Mais l'attention de la pratique sera immédiatement portée sur une autre mesure d'une importance considérable : l'ordonnance du 15 septembre 2021 supprime à compter du 1^{er} janvier 2022 les privilèges immobiliers spéciaux et les remplace par des hypothèques légales spéciales dont la liste figure désormais à l'article 2402 du Code civil².

La grande satisfaction que les notaires et les établissements financiers tiraient de l'organisation actuelle des privilèges du vendeur, du prêteur de deniers ou du copartageant, à laquelle ils étaient rompus, les mènera, non sans inquiétude, à s'interroger sur les raisons qui ont pu conduire à cette métamorphose et sur les conséquences que celle-ci pourra entraîner.

1. Les raisons de la métamorphose

3 - La transformation des privilèges en hypothèques légales est une idée qui a longuement mûri. Après avoir rappelé la genèse de la réforme, nous essaierons de porter une appréciation sur les raisons qui pouvaient conduire à une telle transformation.

A. - La genèse de la réforme

4 - On ne peut pas dire que la disparition des privilèges immobiliers spéciaux soit une surprise : cette idée avait été annoncée

2 Sauf mention contraire, les articles du Code civil qui sont cités dans cet article font référence à leur rédaction applicable à compter du 1^{er} janvier 2022.



© TINYALOV_IJSTOCK_GETTY IMAGES PLUS

à l'occasion de la précédente réforme des sûretés de 2006 mais n'avait pu aboutir en raison de l'imprécision dont souffrait l'habilitation législative. Personne n'était dupe du fait que les privilèges immobiliers spéciaux bénéficiaient d'un sursis et que l'idée consistant à les supprimer serait remise à l'ordre du jour à l'occasion d'une prochaine réforme du droit des sûretés.

1° Une idée ayant pris corps dans le précédent projet de réforme des sûretés

5 - **Simplification et unification du droit hypothécaire.** – L'idée consistant à requalifier les privilèges immobiliers en hypothèques légales germa en 2005, lorsque le groupe de travail formé par l'association Capitant et présidé par le professeur Grimaldi, rendit ses réflexions sur les différentes voies que la modernisation du droit hypothécaire serait susceptible de prendre. Dans le rapport qui fut remis au garde des Sceaux³, l'association Capitant fit le constat d'un manque de lisibilité du droit hypothécaire, celui-ci étant en effet éparpillé entre les privilèges généraux, les privilèges spéciaux,

les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles⁴. Après avoir estimé que la rétroactivité des privilèges immobiliers spéciaux était inutile, l'association suggéra de les requalifier en hypothèques légales de manière à unifier le droit hypothécaire. Dans le même temps, le rapport exprimait l'absolue nécessité de conserver l'efficacité des privilèges ainsi que la neutralité fiscale dont ils profitent⁵. En somme, il s'agissait de parvenir à une meilleure lisibilité du droit hypothécaire, en remédiant à l'éclatement notionnel dont celui-ci souffrait, tout en prenant les mesures appropriées pour que cette démarche d'unification ne se fasse pas au détriment des intérêts de la pratique⁶. À la suite de ce rapport, la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie autorisa

3 *Rapp. du 28 mars 2005 remis au garde des Sceaux par le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés présidé par le professeur M. Grimaldi, consultable sur le site : <https://justice.gouv.fr/publications>.*

4 *Sur le constat plus général de l'éclatement du droit des sûretés réelles français, V. not. O. Gout, Quel droit commun pour les sûretés réelles ? : RTD civ. 2013, p. 255 et s. – M. Julienne, Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir : Rev. proc. coll. 2018, n° 4, n° 16. – Sur l'approche fonctionnelle des pays de Common Law, V. not. Y. Emerich, La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en Common Law : une question de tradition juridique ? : RJT 2010, p. 116.*

5 Les privilèges immobiliers spéciaux sont situés hors du champ de la taxe de publicité foncière en application de l'article 663, 1° du CGI, ce qui les rend particulièrement compétitifs en termes de coût.

6 *Sur tous ces points, V. Rapp. du 28 mars 2005 remis au garde des Sceaux par le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés présidé par le professeur M. Grimaldi, spéc. p. 17.*

le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour réformer le droit des sûretés⁷.

6 - Défaut d'habilitation. – La réforme des privilèges immobiliers spéciaux ne put cependant aboutir car le Conseil d'État estima que les termes de l'habilitation qui avait été octroyée au Gouvernement ne permettait pas de modifier les privilèges. Il faut dire que l'article 24 de la loi du 26 juillet 2005, qui constituait le siège de l'habilitation législative, était particulièrement nébuleux puisqu'il se contentait d'autoriser le Gouvernement à prendre les mesures nécessaires pour « *développer le crédit hypothécaire* »⁸. C'est dans ces conditions que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 réforma le droit des sûretés tout en laissant de côté la matière des privilèges. Ce dénouement inattendu pouvait laisser un goût d'inachevé d'autant plus que plusieurs sources confirmaient déjà à cette époque la suprématie statistique des privilèges immobiliers sur les hypothèques conventionnelles dans les dossiers de crédits immobiliers⁹.

2° Une idée ressuscitée par la loi Pacte

7 - Parachever la réforme de 2006. – À la demande du Gouvernement, qui souhaitait remettre sur le métier l'ouvrage du droit des sûretés, l'association Capitant rendit public un nouveau rapport en septembre 2017 dans lequel fut reprise la proposition consistant à transformer les privilèges en hypothèques¹⁰. Si la motivation initiale consistant à parvenir à une plus grande cohérence des sûretés réelles immobilières était réaffirmée, un nouvel argument en faveur de la transformation des privilèges était ajouté : la réforme se devait de mettre fin à l'insécurité juridique dont la rétroactivité des privilèges était porteuse¹¹.

De leur côté, les praticiens n'avaient pas fait montre d'un intérêt particulier sur la question des privilèges immobiliers et avaient révélé au contraire, dans divers rapports rendus publics, qu'ils préféreraient se concentrer sur des pistes d'amélioration des sûretés réelles mobilières, notamment sur les sûretés ayant pour objet une somme d'argent¹². En un mot, la suppression des privilèges

immobiliers ne semblait pas correspondre à une demande ou à un besoin spécifique de la pratique. Des auteurs firent part de leur scepticisme quant à l'intérêt de réformer la matière des privilèges immobiliers¹³.

La loi Pacte du 22 mai 2019 autorisa le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures destinées à simplifier le droit des sûretés et fit de la transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales, l'un des thèmes vedettes de la future réforme¹⁴.

B. - L'appréciation pouvant être portée sur les raisons de la métamorphose

8 - L'argument tiré de l'insécurité juridique, fondé sur la rétroactivité des privilèges, semble avoir convaincu les pouvoirs publics qui l'ont mis en évidence à plusieurs reprises pour justifier le bien-fondé de la réforme¹⁵. Cette motivation s'est même retrouvée aux premières loges lorsqu'il s'est agi d'exposer au Président de la République les raisons de la transformation des privilèges¹⁶.

Si la rétroactivité a peut-être été accusée à tort, il nous semble que la requalification des privilèges en hypothèques était devenue inévitable tant les différences entre ces deux catégories de sûretés s'étaient estompées avec le temps.

1° La rétroactivité des privilèges sur le banc des accusés

9 - Le fondement des privilèges. – La rétroactivité des actes juridiques est fréquemment pointée du doigt en raison de l'insécurité juridique qu'elle recèle¹⁷. Si l'on veut en faire un usage rationnel, il faut s'assurer que la rétroactivité se justifie¹⁸. À cet égard, la rétroactivité qui accompagnait le privilège du vendeur, du prêteur de deniers ou du copartageant bénéficiait d'une puissante justification. Pour mémoire, ces trois privilèges trouvent leur fondement dans l'idée de plus-value apportée au patrimoine du débiteur : un créancier, grâce à la dette qu'il consent à son débiteur, permet à ce

7 L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie : JO 27 juill. 2005, texte n° 2.

8 Sur les regrets qui ont pu être exprimés suite à la décision du Conseil d'État d'exclure les privilèges du champ de l'habilitation, V. not. M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire* : JCP N 2006, n° 19, 1195. – Ph. Dupichot, *La réforme du régime hypothécaire* : D. 2006, n° 19, p. 1291.

9 Rapp. d'enquête n° 2004-M-052-02, nov. 2004, ann. IV, p. 9, sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire établi par l'Inspection générale des finances : « En 2003, près de 259.000 hypothèques conventionnelles et 378.500 privilèges de prêteur de deniers ont été inscrits dans le fichier foncier au niveau national ». – Rapp. Sénat n° 217, 7 févr. 2007, p. 26, de M. Ph. Marini fait au nom de la commission des finances, établissant que 60 % des crédits immobiliers sont garantis par un privilège de prêteur de deniers.

10 Avant-projet de réforme du droit des sûretés remis en 2017 par l'Association Henri Capitant, p. 90, consultable sur le site : www.henricapitant.org/travaux.

11 Avant-projet de réforme du droit des sûretés remis en 2017 par l'Association Henri Capitant, p. 90, consultable sur le site : www.henricapitant.org/travaux.

12 V. les rapports rendus par la Commission Droit des sûretés de Paris Europlace publiés le 1^{er} septembre 2015 et le 20 septembre 2018, consultables sur le site :

<https://paris-europlace.com/fr/publications>, qui ne font aucunement référence au sort des privilèges immobiliers spéciaux.

13 V. not. M. Mignot, *L'antichrèse et l'hypothèque*, in *Quelle réforme pour le droit des sûretés*, (dir.) Y. Blandin et V. Mazeaud : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2019, p. 62 et s. – L. Andreu, *La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales*, in *La réforme du droit des sûretés*, (dir.) L. Andreu et M. Mignot : Institut Universitaire Varenne, coll. *Colloques et Essais*, 2019, p. 279 et s. – S. Piédelièvre, *Le droit des sûretés confronté à la pratique notariale*, in *Confrontez le droit des sûretés !*, (dir.) J. Raynard : LexisNexis, coll. *Actualités de droit de l'entreprise*, 2020, n° 38, p. 58.

14 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, 12°, relative à la croissance et la transformation des entreprises : JO 23 mai 2019, texte n° 2.

15 V. Rép. min. n° 23198 : JOAN 12 nov. 2019, p. 9982, Hetzel. – Avant-projet portant réforme du droit des sûretés présenté par la Direction des affaires civiles et du sceau, déc. 2020, p. 54.

16 Rapp. au président de la République relatif à Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés : JO 16 sept. 2021.

17 Sur le sujet, V. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 100 et s.

18 V. en ce sens, C. Brenner, Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit des successions et libéralités* : Lextenso, 9^e éd., n° 780.

dernier de faire entrer une valeur nouvelle dans son patrimoine ; et cet accroissement de patrimoine, s'il profite évidemment au débiteur, profite également à ses autres créanciers qui bénéficient d'un accroissement de leur gage général. Afin de récompenser cette action qui a permis un enrichissement dans l'intérêt commun du débiteur et de ses créanciers, la loi accorde au créancier qui en est l'auteur un avantage qui consiste dans la rétroactivité de son privilège¹⁹. Ainsi que le résume le professeur Grimaldi, « la loi encourage le bon pourvoyeur de crédit en le dotant d'un privilège »²⁰. À cette explication parfaitement convaincante de la préférence ainsi accordée au créancier qui a œuvré dans l'intérêt commun du gage général, s'ajoute parfois un second fondement. Ainsi, le privilège du vendeur trouve également sa justification dans un fondement historique qui est lié à la volonté de protéger le vendeur impayé contre le transfert de propriété *solo consensu*²¹. Quant au privilège de copartageant, il est intimement lié au principe d'égalité dans le partage²².

REMARQUE

→ La rétroactivité des privilèges se concevait parfaitement sur le plan intellectuel et elle n'était pas un corps étranger au système juridique puisqu'elle résonnait en harmonie avec d'autres conceptions du droit civil tels que le transfert *solo consensu* ou l'égalité du partage.

10 - **Publicité foncière et pratique notariale.** – Il est cependant vrai que la rétroactivité, telle qu'elle était conçue en 1804, pouvait entraîner une importante insécurité juridique puisque la loi n'imposait aucune limite temporelle au créancier pour déposer son inscription. Le créancier pouvait laisser son privilège dans les ténèbres pendant de nombreuses années et pouvait décider finalement de le faire surgir en le publiant de manière rétroactive, trompant ainsi la confiance des créanciers hypothécaires qui avaient cru de bonne foi prendre une inscription de premier rang sur un immeuble apparemment vierge de toute inscription²³. Mais ce défaut, outre le fait qu'il ne concernait que le privilège du vendeur²⁴,

a été corrigé par le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 qui a fixé un délai préfix de 2 mois pour publier le privilège à l'issue duquel la rétroactivité était perdue²⁵.

Dans la pratique, l'angle mort de 2 mois est réduit à la taille d'un trou de serrure puisque les notaires font en sorte de déposer l'inscription en même temps que l'acte qui a donné naissance au privilège. Autrement dit, l'idée d'un privilège occulte qui surgirait du néant et qui prendrait rang rétroactivement au préjudice des créanciers du même auteur correspond à une situation théorique, ce que l'association Capitant avait elle-même relevé²⁶.

2° Une requalification devenue inévitable

11 - **Le fondement technique des privilèges battu en brèche.** – Au vrai, il est permis de se demander si la transformation des privilèges en hypothèques n'était pas devenue inévitable compte tenu du rapprochement qui s'était déjà opéré entre ces deux catégories de sûretés. En principe, un tel rapprochement n'eût pas été possible puisque les privilèges trouvent leur fondement technique dans l'idée de plus-value dont sont dénuées les hypothèques. Mais cette idée de plus-value a été continuellement battue en brèche. L'un des plus fameux exemples de ce rapprochement avec le droit des hypothèques réside dans la jurisprudence du XIX^e siècle qui décida que l'assiette du privilège du vendeur devait s'étendre aux améliorations et constructions que le bien avait reçues après son acquisition²⁷. Cette extension de l'assiette du privilège était illogique au regard du fondement technique du privilège puisque le créancier n'avait pas mis dans le patrimoine du débiteur ces améliorations ou constructions²⁸. En laissant de côté le fondement technique des privilèges, et en appliquant une règle tirée du droit des hypothèques selon laquelle l'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble (*C. civ.*, art. 2389), la jurisprudence a favorisé inéluctablement un rapprochement entre les deux catégories de sûretés.

12 - **L'atteinte portée au fondement historique du privilège du vendeur.** – De la même manière, la jurisprudence a considérablement atténué le fondement historique du privilège du vendeur d'immeuble. Pour mémoire, ce privilège trouve sa justification dans la volonté de protéger le vendeur impayé contre les conséquences du transfert *solo consensu* : en l'absence de réserve de propriété, il faut protéger le vendeur en lui attribuant un privilège ;

19 Sur ce fondement technique des privilèges immobiliers spéciaux, V. not. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, par P.-A. Fenet, t. 15^e : Videcoq, 1836, p. 492. – H., L et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière : Montchrestien, 7^e éd., par Y. Picod, n° 323. – Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les sûretés – La publicité foncière : Dalloz, 7^e éd., n° 429.

20 M. Grimaldi, Problèmes actuels des sûretés réelles : LPA 26 juin 1996, n° 77, p. 7 et s.

21 V. en ce sens, M. Dagot, Les sûretés : PUF, 1981, p. 386. – M. Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés : Sirey, 9^e éd., n° 1237. – O. Barret, Privilèges immobiliers spéciaux : Rép. civ. Dalloz, n° 10.

22 V. en ce sens, Troplong, Des privilèges et hypothèques, t. 1, 3^e éd., 1838, p. 369. – J.-D. Pellier : Rép. civ. Dalloz, v° Privilèges immobiliers spéciaux, n° 55.

23 V. en ce sens, Troplong, Des privilèges et hypothèques, t. 1, 3^e éd., 1838, p. 425. – JCl. Civil Code, Art. 2377 à 2389, fasc. 10 : Privilèges, Conservation, par J. Mestre et V. Brémond, n° 38.

24 En 1804, le privilège de prêteur de deniers n'était pas encore doté de l'autonomie qu'on lui connaît depuis 1955 et surtout depuis 1971. Quant au privilège de copartageant, le Code civil de 1804 imposait déjà au créancier de la soule de publier son inscription dans un délai de 60 jours (*C. civ.*, art. 2109, rééd. 1804).

25 *C. civ.*, art. 2108 modifié par le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, devenu par la suite article 2379, alinéa 1 (applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2022).

26 Avant-projet de réforme du droit des sûretés remis en 2017 par l'Association Henri Capitant, p. 90, consultable sur le site : www.henricapitant.org/travaux.

27 Req. 15 juill. 1867 : DP 1868, 1, p. 269 ; S 1868, 1, p. 9. – T. civ. Seine, 21 janv. 1902 : DP 1905, 2, p. 145, note Cezar-Bru. – T. civ. Saint-Étienne, 4 juin 1924 et Lyon 15 oct. 1924 : DH 1924, p. 708.

28 V. en ce sens, M. Dagot, Les sûretés : PUF, 1981, p. 390 et 391. – H., L et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière : Montchrestien, 7^e éd., par Y. Picod, n° 331. – Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les sûretés – La publicité foncière : Dalloz, 7^e éd., n° 436. – C. Gijsbers, Sûretés réelles et droit des biens, (dir.) N. Molfessis : Economica, coll. Recherches Juridiques, n° 439.

c'est précisément le rôle du privilège du vendeur²⁹. Pourtant, la jurisprudence a décidé que l'existence du privilège du vendeur d'immeuble n'excluait pas le droit pour le vendeur d'invoquer la clause de réserve de propriété par ailleurs stipulée dans l'acte de vente³⁰. Comment expliquer que le vendeur puisse bénéficier d'un privilège dans une hypothèse où il a conjuré le risque lié au transfert *solo consensu* en se réservant la propriété du bien ?

REMARQUE

→ Il nous semble qu'en faisant abstraction de son fondement historique, la jurisprudence a considéré que le privilège du vendeur d'immeuble n'était qu'une simple hypothèque que le créancier pouvait cumuler avec une autre sûreté telle que la réserve de propriété.

13 - **Les fondements des privilèges occultés par les opérations sur créances.** – Enfin, les opérations sur créances ont bien souvent révélé que les privilèges immobiliers n'étaient que de simples accessoires, au même titre que les hypothèques, qu'il était possible de transférer à des créanciers ne satisfaisant pourtant pas les qualités requises par la loi. Ainsi, les privilèges peuvent être transmis à un créancier quelconque au moyen d'une cession de créance ou d'une subrogation, démontrant de la sorte que l'argument lié à la qualité de la créance perd de sa force³¹. De manière plus étonnante encore, la novation par changement d'objet permet à un privilège de survivre à la créance qui l'a vu naître et de garantir une nouvelle créance pourtant étrangère à l'idée de plus-value. Gaudemet estimait qu'il y avait là une « *erreur évidente de la loi* »³² tandis que Laurent en déduisait que « *le privilège n'est qu'une hypothèque légale privilégiée* »³³.

14 - **Le dernier bastion de la rétroactivité.** – En fin de compte, tous les auteurs, quel que soit le siècle, s'accordaient pour considérer que les privilèges immobiliers spéciaux n'étaient que des hypothèques légales spéciales privilégiées³⁴. Le dernier rempart qui les

distinguaient des hypothèques résidait dans la rétroactivité mais il devenait difficile de justifier un tel effet rétroactif tant les fondements des privilèges étaient battus en brèche. Voici comment les fondements des privilèges, qui constituaient à l'origine la meilleure manière de justifier la rétroactivité, sont finalement devenus, en raison de l'atténuation continue de leur portée, un argument majeur pour contester le bien-fondé de cette rétroactivité. La requalification des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales paraissait donc inévitable.

2. Les conséquences de la métamorphose

15 - Les conséquences de la transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales seront examinées au regard de la cohérence d'ensemble du droit d'hypothécaire, puis sous l'angle plus particulier du notariat dont l'intérêt pour certaines hypothèques légales sera plus marqué.

A. - Une unification du droit hypothécaire parsemée de quelques failles

16 - Exception faite de l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires qui conserve les particularismes qui affectaient déjà le privilège qu'elle remplace, les hypothèques partagent dorénavant une définition commune et leur régime juridique est désormais semblable sur des points qui constituaient auparavant les traits les plus saillants de leur distinction. Toutefois des discordances, sans doute inévitables compte tenu de l'ampleur de la tâche, affectent ce travail d'unification et de simplification du droit hypothécaire.

CONSEIL PRATIQUE

→ La qualification d'hypothèque légale ne modifie pas deux solutions bien établies dans la pratique notariale :

– le dépôt d'une inscription d'hypothèque légale du vendeur, du prêteur de deniers ou du copartageant est situé hors du champ de la taxe de publicité foncière de la même manière que l'était le dépôt d'une inscription de privilège immobilier spécial (CGI, art. 663, 1°) ;

– les hypothèques légales naissent directement de la loi sans que le débiteur ait à y consentir de sorte que la représentation du débiteur à l'acte de vente ou de partage peut toujours résulter d'une procuration sous seing privé.

1° Unité de régime juridique

17 - À compter du 1^{er} janvier 2022, les hypothèques légales spéciales, comme toute hypothèque, prendront rang non plus à la date de naissance de la créance, mais à la date du dépôt des bordereaux d'inscription (C. civ., art. 2418, al. 1)³⁵.

35 L'article 37, IV de l'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit une mesure transitoire permettant à un privilège né avant le 1^{er} janvier 2022, mais déposé au service de la publicité foncière après cette date, de continuer à

29 M. Dagot, *Les sûretés* : PUF, 1981, p. 386.

30 Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-10.332 : *JurisData* n° 2004-024987 ; *Bull. civ. IV*, n° 172 ; *JCP E* 2005, 915, n° 15, obs. Ph. Delebecque. – *JCP A* 2005, 31, n° 12, note M. Cabrillac et P. Pétel. – P. Crocq, *Chronique de droit des sûretés* : D. 2005, p. 2081. – S. Piedelièvre, *Deffrénois* 2005, art. 38133, p. 517.

31 V. en ce sens, M. Grimaldi, *Problèmes actuels des sûretés réelles* : LPA 26 juin 1996, n° 77, p. 7 et s. – Ph. Dupichot, *15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité* : *JCP E* 2021, 1439.

32 Gaudemet, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier* : éd. Panthéon Assas, coll. *Introuvables*, p. 259.

33 F. Laurent, *Principes du droit civil français*, t. XXX : Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1878, n° 15.

34 A. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, t. 1^{er} : Joubert, 1846, n° 14. – F. Laurent, *Principes du droit civil français*, t. XXX : Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1878, n° 2. – M. Dagot, *Les sûretés* : PUF, 1981, p. 385. – H., L et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière* : Montchrestien, 7^e éd., par Y. Picod, spéc. p. 344, 346 et n° 323. – M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés* : Sirey, 9^e éd., n° 1234. – Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière* : Dalloz, 7^e éd., n° 426. – Cabrillac, Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés* : LexisNexis, 10^e éd., n° 878. – F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Cours de droit civil – Contrats (Vente – Échange)* : PUF Droit, n° 77.

Cependant, et afin de ne pas remettre en cause leur efficacité, la loi accorde aux hypothèques légales spéciales un rang plus favorable que les inscriptions d'hypothèque d'une autre nature qui seraient prises le même jour (*C. civ., art. 2418, al. 4*).

Ainsi, une inscription d'hypothèque légale du prêteur de deniers qui serait déposée au service de la publicité foncière le même jour qu'une hypothèque conventionnelle, sera dotée d'un rang interne plus favorable. Cette technique d'attribution du rang qui existait déjà pour certaines hypothèques légales (*C. civ. art. 2425, réd. antérieure à la réforme*), mais qui était peu connue de la pratique notariale, constituera dorénavant la pierre angulaire des répartitions de prix. Certains auront le sentiment que ce mécanisme de rang équivaut à une « *mini-rétroactivité* » ; et il est vrai que les distributions de prix de demain correspondront peu ou prou à celles d'hier lorsque les formalités d'inscription auront été accomplies sans anicroche. Mais il suffit de mettre en relief deux exemples pour comprendre que la technique de rang interne recèle ses difficultés propres dont nul ne doute qu'elles fourniront bientôt un nouveau champ d'investigation de la responsabilité notariale.

18 - Le refus du dépôt. – Désormais, le danger lié à un refus du dépôt d'une inscription d'hypothèque légale doit être bien identifié : auparavant indolore, puisqu'il suffisait au notaire, pour conserver le rang rétroactif, de rectifier la mention défailante de son bordereau puis de procéder à un nouveau dépôt à l'intérieur du délai confortable de 2 mois, le refus du dépôt d'une inscription d'hypothèque légale sera dorénavant le coup de grâce qui infligera une perte de rang irréversible si d'autres inscriptions ont été prises entre temps.

La rétroactivité des privilèges permettait d'éviter qu'un incident bénin de formalisation hypothécaire ne se transformât en un sinistre, et participait ainsi de la sécurité juridique des opérations de financement faisant intervenir plusieurs créanciers.

CONSEIL PRATIQUE

→ Il est probable qu'un intérêt renouvelé sera porté aux conventions de rang hypothécaire de manière à y intégrer ce nouveau risque et sauvegarder contractuellement le rang qui avait été convenu entre les différents créanciers malgré l'incident qui aura pu entacher la procédure d'inscription de l'une des hypothèques.

19 - Notaires en participation. – La pratique devra faire preuve également d'une plus grande vigilance dans l'hypothèse fréquente où deux notaires interviennent en participation, l'un d'entre eux rédigeant l'acte de prêt hypothécaire tandis que l'autre rédige l'acte de vente. Dans une telle situation, les textes sont particulièrement obscurs s'agissant de déterminer quel notaire doit dépo-

ser les bordereaux d'inscription³⁶. Dans l'hypothèse fréquente où chacun reste « *chez soi* », la rétroactivité des privilèges jouait un véritable rôle de parachute de secours car elle permettait au notaire rédacteur de l'acte de prêt, qui apprenait cahin-caha la publicité de l'acte de vente réalisée par son confrère, de doter l'inscription d'un premier rang malgré le dépôt subséquent de ses bordereaux d'inscription. Il nous semble désormais que la sauvegarde des intérêts des créanciers passera par une affirmation nette de la compétence du notaire rédacteur de l'acte de vente pour déposer les bordereaux d'inscription.

De cette manière, l'inscription sera requise simultanément à la vente et l'efficacité du rang hypothécaire à laquelle aspire le créancier sera garantie. On pourra objecter qu'il s'agit là d'une question d'arrière-boutique notariale ne pesant que peu de poids face aux enjeux titanesques impliqués par la réforme des sûretés ; mais il suffira au lecteur de ces lignes de tendre un peu l'oreille vers les études pour entendre les bruissements qui agitent déjà cette question...

Les deux situations qui viennent d'être exposées, qui illustrent les dangers qui peuvent être attachés à la perte de rétroactivité, supposent une pluralité de créanciers. La difficulté sera moins sensible dans l'hypothèse fréquente où le dossier de financement ne fera intervenir qu'un seul créancier.

20 - Arrêt du cours des inscriptions. – Un autre symbole de la distinction entre hypothèque et privilège immobilier spécial tombe : désormais les événements qui arrêtent le cours des inscriptions déploient tous leurs effets à l'égard des hypothèques légales spéciales. Il en va ainsi de l'arrêt du cours des inscriptions résultant de la publication du titre de propriété du nouveau propriétaire (*C. civ., art. 2422*) ainsi que de celui qui procède de la publication d'un commandement de saisie (*CPCE, art. L. 321-5*).

ATTENTION

→ Ces événements, qui étaient auparavant impuissants à contrer la rétroactivité des privilèges immobiliers spéciaux, constituent dorénavant des obstacles infranchissables pour les inscriptions d'hypothèques légales spéciales.

21 - Attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué. – L'unité de qualification présente l'avantage de régler l'irritante question de l'attribution judiciaire. Il existait en effet un doute tenace s'agissant de savoir si le créancier titulaire d'un privilège immobilier spécial pouvait bénéficier de l'attribution judiciaire de l'immeuble grevé. La loi, en faisant référence au « *bien hypothéqué* » ou au « *créancier hypothécaire* » (*C. civ., art. 2458, réd. antérieure à l'ordonnance du 15 septembre 2021*), semblait réserver ce mode de réalisation aux hypothèques conventionnelles.

bénéficiaire de la rétroactivité. Exemple : une vente est signée le 31 décembre 2021 avec attribution d'un privilège de prêteur de deniers. Le dépôt des bordereaux d'inscription est effectué en même temps que l'acte de vente à la date du 15 janvier 2022. Le privilège du vendeur prend rang à la date du 31 décembre 2021.

³⁶ V. sur ce point, M. Suquet-Cozic, *Vente et prêt par actes séparés : quel notaire doit déposer les bordereaux d'inscription ?* : *Sol. Not.* 12 déc. 2016, p. 21.

La doctrine était partagée sur la réponse qu'il convenait d'apporter³⁷, ce qui ne rassurait guère la pratique malgré les signes encourageants qui lui avaient été adressés par le Gouvernement³⁸. La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales règle la difficulté car il est désormais certain que le créancier titulaire d'une hypothèque légale pourra demander l'attribution judiciaire du « *bien hypothéqué* ».

Même si l'on peut douter que ce mode de réalisation de la sûreté connaîtra un réel essor, puisqu'il ne s'applique pas à l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur (*C. civ., art. 2451*), et que l'attitude générale des banques n'est pas nécessairement d'échanger le statut de créancier pour celui de propriétaire³⁹, on entrevoit cependant, compte tenu du plus grand nombre de créanciers qui pourront désormais y prétendre, la multiplication de configurations complexes dans lesquelles plusieurs créanciers seront en concours sur une telle demande d'attribution⁴⁰. Quoi qu'il en soit, le créancier sera libre de demander l'attribution judiciaire ou de procéder à une saisie immobilière sans que la caution puisse lui opposer le bénéfice de subrogation (*C. civ., art. 2314, al. 3*).

2° Des discordances affectant l'entreprise d'unification et de simplification

22 - Les hypothèques légales privées de la faculté de rechargement. – La faculté de rechargement est réservée à l'hypothèque conventionnelle, les hypothèques légales spéciales ne pouvant être assorties d'une telle faculté (*C. civ., art. 2416, inséré dans une section consacrée aux hypothèques conventionnelles*).

On peut déplorer cette vision étriquée des choses⁴¹ qui trouve sans doute son explication dans les enjeux financiers qui sont attachés à la perception de la taxe de publicité foncière, et qui conduisent l'État à réserver la faculté de rechargement aux seules hypothèques dont le dépôt initial aura permis l'encaissement de la taxe de publicité foncière⁴². L'hypothèque rechargeable est condamnée à rester

dans les limbes tant que son usage sera circonscrit à l'hypothèque conventionnelle et tant que perdureront les craintes du législateur sur l'utilisation qui pourrait en être faite par les particuliers⁴³.

23 - Le maintien des incertitudes s'agissant de la faculté d'attribution conventionnelle. – Si les difficultés d'interprétation qui avaient pu naître au sujet de l'attribution judiciaire sont définitivement réglées, il n'en est pas de même de la question similaire qui tarade le pacte commissaire. En effet, l'article 2452 du Code civil reprend à l'identique la formulation ancienne selon laquelle « *il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué* ». Cette formulation avait déjà conduit les auteurs à se demander si la faculté d'attribution conventionnelle pouvait être stipulée dans un acte donnant naissance à un privilège immobilier spécial ou s'il fallait au contraire adopter une lecture littérale du texte et en réserver la stipulation aux seules conventions d'hypothèque⁴⁴. L'ordonnance du 15 septembre 2021 ne permet pas d'avancer sur cette question, ce qui maintient une distinction artificielle entre les hypothèques légales et l'hypothèque conventionnelle.

24 - La surprenante transformation du privilège du syndicat des copropriétaires en hypothèque légale. – La transformation du privilège du syndicat des copropriétaires en une hypothèque légale constitue un véritable coup de théâtre dans la mesure où la loi Pacte avait limité l'habilitation du Gouvernement aux seuls privilèges « *soumis à publicité* »⁴⁵.

Or, la caractéristique principale du privilège du syndicat des copropriétaires réside dans son absence de publicité, la levée de sa clandestinité n'étant effectuée qu'à la dernière minute, au moyen d'une opposition au paiement délivrée au notaire dans les conditions prévues par l'article 20 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965⁴⁶.

37 Pensant que l'attribution judiciaire s'appliquait aux privilèges immobiliers spéciaux : Ph. Dupichot, *La réforme du régime hypothécaire* : D. 2006, n° 19, p. 1293. – C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté* : Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, n° 94. – Pensant que l'attribution judiciaire ne s'appliquait pas aux privilèges immobiliers spéciaux : P. Crocq : RTD civ. 2013, p. 656.

38 V. Rép. min. n° 9227 : JOAN 30 avr. 2013, p. 4796, de Ruyg.

39 V. sur ce point, Rapp. rendu le 27 avril 2007 par C. Taffin et B. Vorms sur le prêt hypothécaire cautionné, p. 29. – V. également S. Piédelièvre, *Les nouveaux modes de réalisation des sûretés immobilières : dix ans après* : JCP N 2016, n° 12, 1104, spéc. n° 4.

40 Sur ces difficultés ainsi que sur celle résultant d'une demande d'attribution formulée par un créancier de second rang, V. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté* : Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, n° 353 et s. – M. Julienne, *Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir* : Rev. proc. coll. 2018, n° 4, n° 16. – N. Borgia, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés* : Dalloz, coll. Nouvelles Bibliothèque de thèses, n° 100.

41 V. déjà en ce sens, M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire* : JCP N 2006, n° 19, 1195.

42 Le rapport d'enquête précité n° 2004-M-052-02 de l'Inspection générale des finances établissait que l'enjeu financier d'une sûreté exonérée de taxe de publicité foncière était de l'ordre de 150 millions d'euros par an.

43 Sur le comportement erratique du législateur qui, après avoir abrogé l'hypothèque rechargeable, l'a finalement ressuscitée pour les crédits consentis aux professionnels, V. S. Piédelièvre, *Le retour de l'hypothèque rechargeable* : JCP N 2015, n° 3, act. 137. – L. Andreu, *L'hypothèque rechargeable ressuscitée* : JCP G 2015, 78.

44 En faveur de l'interprétation limitant le pacte commissaire aux hypothèques conventionnelles, V. not. Y. Picod, *Droit des sûretés* : Thémis Droit, 3^e éd., n° 323. – C. Carbonnel, *Le pacte commissaire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée* : JCP N 2007, n° 51-52, 1335, spéc. n° 8 et s. – En faveur de l'interprétation étendant le pacte commissaire aux privilèges immobilier spéciaux, V. not. M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés* : Sirey, 9^e éd., n° 1175, note de bas de p. 2 : Ph. Dupichot : Dr. & patr., n° 233, févr. 2014, p. 69. – C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté* : Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 190, n° 95.

45 L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, 12°, relative à la croissance et la transformation des entreprises : « Améliorer les règles relatives aux sûretés réelles immobilières [...] en remplaçant les privilèges immobiliers spéciaux soumis à publicité par des hypothèques légales [...] ».

46 Sur les critiques qui sont généralement adressées à l'encontre de ce privilège occulte, V. not. M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire* : JCP N 2006, n° 19, 1195. – M. Cabrillac, *Les sûretés réelles, entre vins nouveaux et vieilles outres*, in *Mél. Catala : Litec 2001*, p. 709 et s., spéc. n° 16. – C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, (dir.) N. Molfessis : *Economica, coll. Recherches Juridiques*, n° 281.

L'exclusion de ce privilège du champ de l'habilitation n'avait pas échappé à la doctrine⁴⁷ et avait été confirmée par le Gouvernement lui-même⁴⁸. Finalement, et sans que l'on n'en connaisse la raison, le privilège du syndicat fut remplacé par une hypothèque légale. Le projet d'ordonnance qui fut transmis au Conseil d'État ne parut pas rencontrer d'objection, ce qui peut paraître surprenant quand on se souvient de la grande sensibilité dont les juges du Palais Royal avaient fait montre sur les contours de l'habilitation lors de la précédente réforme des sûretés de 2006.

25 - Ainsi, et à compter du 1^{er} janvier 2022, le privilège immobilier spécial du syndicat des copropriétaires laissera place à une hypothèque légale spéciale (*C. civ.*, art. 2402, 3^o) qui sera toujours dispensée d'inscription (*C. civ.*, art. 2418, al. 2)⁴⁹.

Il est possible de se demander si la requalification de ce privilège ne nuit pas à la définition de l'hypothèque et à la cohérence d'ensemble du régime hypothécaire. En effet, l'hypothèque légale du syndicat des copropriétaires est articulée autour d'une opposition au paiement qui est mise en œuvre après que l'immeuble ait été vendu. Ce mécanisme de l'opposition, qui est bien plus proche du droit du paiement que du droit des hypothèques, est parfois présenté comme une mesure conservatoire⁵⁰ ou comme une procédure d'exécution dispensée de titre exécutoire⁵¹. L'on pourrait même envisager la qualification d'action directe depuis que la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 a facilité le recouvrement de la créance de prix en exigeant du notaire qu'il remette les sommes entre les mains du syndicat à l'expiration d'un délai de 3 mois⁵². On peut se demander s'il est opportun, au regard de l'objectif de lisibilité du droit hypothécaire, de rassembler sous la même bannière de l'hypothèque une sûreté réelle qui grève un immeuble avant de se reporter sur son prix, et une technique de recouvrement d'une créance qui apparaît au débotté sur un prix de vente à la faveur d'une opposition au paiement. Mais la volonté politique qui consiste à vouloir protéger les copropriétés des affres de la faille est sans doute plus forte que les catégories juridiques...

47 C. Juillet, *L'article 60 de la Loi Pacte, coup d'envoi de la réforme du droit des sûretés* : JCP N 2019, n° 22-23, 1208. – J.-D. Pellier : *Rép. civ. Dalloz*, v° *Privilèges immobiliers spéciaux*, n° 28.

48 V. *Rép. min.* n° 23198 : JOAN 12 nov. 2019, p. 9982, Hetzel : « [...] ce projet de réforme ne concerne pas le privilège spécial immobilier qui bénéficie au syndicat des copropriétaires, celui-ci n'étant pas soumis à publicité. Il est, par conséquent, expressément exclu du domaine de l'habilitation ».

49 L'article 20 de la loi de 1965 n'a pas été actualisé par l'ordonnance du 15 septembre 2021, si bien qu'il continue de faire référence à la notion de privilège du syndicat des copropriétaires...

50 V. en ce sens, P. Théry, *Le droit d'opposition en droit du paiement* : LPA 4 avr. 2007, n° 68, p. 25 et s.

51 V. en ce sens, C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, (dir.) N. Molfessis : *Economica*, coll. *Recherches Juridiques*, n° 215.

52 *Sur cette nouvelle procédure*, V. A. Auboin, *L'amélioration des procédures de recouvrement, du privilège légal et l'opposition sur le prix de vente* : *Actes prat. ing. immobilière* 2014, n° 2, dossier 14. – *Sur l'action directe*, V. F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Cours de droit civil, Obligations, Régime* : PUF Droit, 2013, n° 167 et s. – *Sur le rapprochement qui peut être fait entre le privilège du syndicat des copropriétaires et l'action directe*, V. L. Aynès, P. Crocq, A. Aynès, *Droit des sûretés* : Lextenso, 14^e éd., n° 407.

B. - Les conséquences de la réforme au regard des hypothèques légales intéressant le notariat

26 - Les notaires voient disparaître, non sans une certaine nostalgie, les vénérables privilèges de vendeur, de prêteur de deniers et de copartageant dont les appellations routinières continueront sans doute, pendant quelques années encore, de résonner dans les couloirs des études, marquant ainsi une amusante séparation entre une ancienne génération de notaires, piégée par le joug des habitudes, et une nouvelle génération, fraîchement sortie de l'université, qui aura bien en mains les nouvelles appellations d'hypothèques légales qui apparaîtront dans les ventes et les partages.

1^o Hypothèque légale spéciale et vente

27 - **Hypothèque légale du vendeur** (*C. civ.*, art. 2402, 1^o). – La transformation du privilège de vendeur en hypothèque entraîne plusieurs conséquences. Tout d'abord, disparaît l'ancien alinéa 2 de l'article 2374, 1^o, du Code civil qui régissait le cas d'école chimiquement pur des reventes successives moyennant des prix payables à terme⁵³. Cette précision n'a plus d'intérêt maintenant que la sûreté conférée au vendeur ne bénéficie d'aucune rétroactivité⁵⁴.

La suppression de la rétroactivité produit également une incidence sur l'opposabilité de l'action résolutoire puisque dorénavant, les tiers qui auront fait publier leurs droits avant que le vendeur n'ait déposé son inscription, seront assurés de n'avoir jamais à supporter les conséquences d'une telle action (*C. civ.*, art. 2403).

Enfin, l'ordonnance met fin à une controverse qui agissait la doctrine depuis de nombreuses années en affirmant que l'hypothèque légale du vendeur est de rang préférable à l'hypothèque légale du prêteur de deniers (*C. civ.*, art. 2418, al. 4)⁵⁵. La pratique ne sera pas bouleversée par cette solution tant elle a pris l'habitude de rédiger des conventions de cessions d'antériorité toutes les fois où le prêteur souhaite primer le vendeur⁵⁶.

Malgré tout, on peut s'interroger sur la manière avec laquelle il faudra s'y prendre pour répartir un prix de vente d'immeuble faisant intervenir un vendeur impayé, un prêteur de deniers et un syndicat des copropriétaires. Dans une telle situation, la loi affirme en effet que l'hypothèque légale du syndicat des copro-

53 *C. civ.*, art. 2374, 1^o, al. 2 : « S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite ».

54 Cette règle de classement des différents privilèges de vendeur n'était qu'une simple application du transfert de propriété différé, chaque revendeur ne pouvant transmettre davantage de droits qu'il n'en avait lui-même.

55 *En faveur d'une égalité de rang entre le privilège du vendeur et le privilège du prêteur de deniers*, V. not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière* : Dalloz, 7^e éd., n° 528. – J. Mestre et V. Brémond, *JCL. Civil Code*, Art. 2377 à 2389, fasc. 10 : *Privilèges – Conservation*, n° 70. – J.-D. Pellier : *Rép. civ. Dalloz*, v° *Privilèges immobiliers spéciaux*, n° 125. – *En faveur d'une primauté du vendeur*, P. Théry, *Sûretés et publicité foncière* : PUF, 2^e éd. mise à jour, n° 130. – P. Crocq, L. Aynès, A. Aynès, *Droit des sûretés* : Lextenso, 2020, n° 410.

56 *Sur l'ancienneté de cette pratique*, V. C.-A. Thibierge, *Les prêts à l'acquisition immobilière* : Defrénois 1967, n° 28947, p. 192 et s.

priétaires prime toutes les autres hypothèques légales pour l'année courante ainsi que pour les 2 dernières années échues, mais elle précise ensuite que le vendeur et le prêteur sont en égalité de rang avec le syndicat des copropriétaires pour les autres années (*C. civ.*, art. 2418, al. 2).

Le praticien qui devra à la fois respecter la primauté du rang du vendeur sur le prêteur (*C. civ.*, art. 2418, al. 4) et l'égalité qui existe entre eux en présence du syndicat des copropriétaires (*C. civ.*, art. 2418, al. 2) aura sans doute l'impression de devoir appliquer le théorème de Pythagore à un cercle...

28 - Hypothèque légale du prêteur de deniers (*C. civ.*, art. 2402, 2°). – L'hypothèque légale du prêteur de deniers ne subit pas de modification majeure. La rédaction du texte est modernisée en supprimant toute référence à la subrogation, l'autonomie de l'hypothèque légale du prêteur de deniers étant établie de longue date⁵⁷.

Les clauses de destination des fonds (constatation de l'emploi des fonds dans l'acte d'emprunt, quittance authentique avec déclaration d'origine des deniers dans l'acte de vente) sont toujours exigées par la loi, même si elles nous paraissent avoir perdu une partie de leur signification originelle. Pour mémoire, ces mentions visaient à garantir les créanciers que la faveur qui était accordée à l'un d'entre eux, à savoir la rétroactivité du privilège, était bien justifiée par le financement d'un bien immobilier⁵⁸. Or, à compter du 1^{er} janvier 2022, le rang de l'hypothèque légale du prêteur de deniers dépendra avant tout de la date du dépôt des bordereaux d'inscription (*C. civ.*, art. 2418, al. 1).

REMARQUE

→ **L'œil vigilant du notaire sur la destination des fonds reste cependant essentiel car si la loi a supprimé la rétroactivité, elle l'a remplacée par une mécanique de rang interne, à**

la portée certes plus humble, mais dans laquelle la certification des fonds retrouvera sa signification.

2° Hypothèque légale spéciale et partage

29 - Hypothèque légale du copartageant (*C. civ.*, art. 2402, 3°). – C'est d'une véritable cure de jouvence dont bénéficie l'hypothèque légale du copartageant. La présentation du texte est bien meilleure car elle affirme d'emblée que l'hypothèque légale peut bénéficier à tout partage, quelle que soit l'origine de l'indivision. Il fallait auparavant se livrer à une lecture combinée des articles 2374 et 2381 du Code civil pour recevoir confirmation que toutes les indivisions pouvaient bénéficier du privilège de copartageant, et non les seules indivisions successorales, ce qui était regrettable pour la lisibilité du privilège⁵⁹. Par ailleurs, la loi nous paraît avoir une compréhension plus large des créances susceptibles de bénéficier de l'hypothèque légale puisqu'elle semble y inclure de manière plus explicite toutes les créances nées du partage et non plus seulement les soultes ou retours de lots. Une telle vision des choses confirmerait l'opinion de la doctrine majoritaire qui a toujours opiné en faveur d'une vision extensive du privilège du copartageant⁶⁰, en dépit du principe d'interprétation stricte des privilèges⁶¹. L'ordonnance répare également l'erreur de plume qui affectait l'article 1527, alinéa 3, du Code civil et qui attribuait à tort la qualification de privilège mobilier à la sûreté attribuée à l'enfant du premier lit qui renonce à l'action en retranchement.

Enfin, la transformation du privilège en hypothèque légale nous paraît mettre fin à un courant jurisprudentiel qui avait indexé la rétroactivité du privilège du copartageant sur celle du partage, et qui permettait au créancier de la soulte, grâce à l'effet déclaratif du partage (*C. civ.*, art. 883), de primer toutes les sûretés inscrites pendant la période d'indivision⁶². ■

L'essentiel à retenir

- La transformation des privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales paraissait inévitable compte tenu du rapprochement qui s'était progressivement opéré entre le droit des privilèges et le droit des hypothèques.

- Cette transformation sera indolore sur le plan fiscal puisque l'article 663, 1^o, du CGI place les hypothèques légales hors du champ de la T.P.F.

- Les dossiers de financement faisant intervenir plusieurs créanciers nécessiteront une vigilance accrue des notaires afin de garantir aux créanciers que le rang qu'ils escomptaient leur sera bien attribué.

⁵⁷ Sur cette question, V. not. C.-A. Thibierge, *L'autonomie du privilège de prêteur de deniers et les prêts à l'acquisition immobilière* : *Defrénois* 1971, n° 30007, p. 1281 et s.

⁵⁸ V. en ce sens, P. Théry, *Le droit d'opposition en droit du paiement* : *LPA* 4 avr. 2007, n° 130. – H., L et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière* : *Montchrestien*, 7^e éd., par Y. Picoé, n° 334. – M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés* : *Sirey*, 9^e éd., n° 1246.

⁵⁹ Pour une critique des textes antérieurs et à la lecture combinée à laquelle il fallait s'adonner, V. déjà Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. 1, 3^e éd., 1838, n° 238, p. 369.

⁶⁰ V. not. H., L et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés – Publicité foncière* : *Montchrestien*, 7^e éd., par Y. Picoé, n° 344. – Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière* : *Dalloz*, 7^e éd., n° 451. – O. Barret, *Privilèges immobiliers spéciaux* : *Rép. civ. Dalloz*, n° 114.

⁶¹ Sur le principe d'interprétation strict des privilèges, V. Req. 18 mai 1831, in. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Fr. Chénédé, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2 : *Dalloz*, 13^e éd., 2015, n° 305.

⁶² Cass. civ., 12 janv. 1909 : D. 1910, I, p. 33, note De Loynes. – Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2004, n° 02-10.073 : *JurisData* n° 2004-024669 ; *JCP N* 2006, n° 7, 1071, obs. R. Le Guidec ; *JCP G* 2005, doct. 135, obs. Ph. Delebecque ; *Defrénois* 28 févr. 2005, p. 342, obs. Ph. Théry.