

→ ACTUALITÉS

Affaires

SÛRETÉS

724

Régime de l'attribution en matière hypothécaire : pour une modification des futurs articles 2452 et 2453 du Code civil À propos de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

POINTS-CLÉS → Depuis la réforme du droit des sûretés opérée en 2006, l'hypothèque peut être réalisée non seulement par voie de saisie, mais également par voie d'attribution, judiciaire ou conventionnelle. Cette dernière est toutefois exclue s'agissant de la résidence principale du débiteur, aux termes des textes actuels du Code civil (C. civ., art. 2458 et 2459) → En outre, le débiteur se voit également protégé si la valeur de l'immeuble, estimée par expert, excède le montant de la dette garantie, le créancier lui devant alors en principe une somme égale à la différence (C. civ., art. 2460). Toutefois, il eût été préférable de viser de manière plus générale le constituant, celui-ci pouvant très bien ne pas être le débiteur de la dette garantie → L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés corrige cette anomalie pour ce qui est de l'attribution judiciaire (C. civ., art. 2451 nouveau), mais pas pour l'attribution conventionnelle (C. civ., art. 2452 nouveau) et pour la soule (C. civ., art. 2453 nouveau), ce qui mériterait d'être corrigé par la loi de ratification.



Jean-Denis Pellier,

professeur à l'université de Rouen, codirecteur du master 2 Droit privé général

Discordance entre les futurs articles 2452 et 2453 et le futur article 2451 du Code civil. - On sait que l'une des principales innovations opérées par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés réside dans la consécration de la faculté d'attribution du bien, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, notamment en matière hypothécaire (il en va de même en matière de gage et de nantissement, en vertu des articles 2347, 2348 et 2365 du Code civil). Depuis lors, la réalisation de la sûreté ne

nécessite plus d'emprunter la voie de la saisie immobilière (sur cette évolution, V. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 190, 2019. - V. égal. M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, Thèse Toulouse 1, dir. F. Macorig-Venier, 2013). Toutefois, le législateur, conscient des dangers que représente la voie de l'attribution, avait pris le soin de poser des garde-fous, au premier rang desquels figure l'impossibilité pour le créancier de se faire attribuer l'immeuble abritant la résidence principale du débiteur (sur la raison d'être de cette prohibition, V. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, n° 98 : « Cette réserve a vocation à assurer la protection de la dignité du débiteur, au même titre que le font les insaisissabilités »). L'article 2458 du Code civil dispose en effet qu'« A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypo-

théqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur ». Et l'article 2459 ajoute qu'« Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur » (on observera que les articles 2488-1 et suivants du Code civil, relatifs à la fiducie-sûreté immobilière, ne prévoient pas une telle protection au profit du constituant, ce qui est regrettable. - V. en ce sens C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles, Plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, Thèse Paris II, dir. Ph. Théry, 2020, n° 626, p. 501, note n° 2. - V. égal. C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, préf. Ph. Dupichot : LGDJ, coll. Bibl. dr. priv., t. 580, 2018, n° 427, p. 442. - Comp. L. Aynès, *Le régime juridique de la fiducie*, in *La fiducie, un nouvel instrument performant de gestion et de garantie ?* : RLDC mai 2009, n° 60, p. 67 et s. : « La question demeure de savoir si ceci relève d'un oubli ou s'il s'agit d'une omission volontaire ». - C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, n° 98, p. 130, note n° 122, au sujet de l'article 2458 relatif à l'attribution judiciaire : « la disposition doit être comprise comme s'appliquant à toutes les sûretés immobilières »). Cependant, outre le fait qu'il était possible de s'interroger sur la limitation de la protection prévue par ces textes à la résidence principale (V. à ce sujet Ph. Delebecq, *Le régime des hypothèques* : JCP G 2006, doctr. 8, n° 12, au sujet de l'attribution judiciaire), ainsi que sur la qualification de cette dernière (V. à ce sujet C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, n° 228, se demandant « à quel moment devra être caractérisée la qualité de résidence principale ? ») et la sanction du non-respect de ces règles (V. à ce sujet C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, n° 228 : « les textes prévoient seulement que la faculté d'attribution judiciaire "n'est pas offerte"

au créancier et que la clause commissaire est "sans effet" quand l'immeuble grevé constitue la résidence principale du "débitteur". Quelle est la nature de la sanction du non-respect de cette règle ? », l'on ne pouvait que déplorer l'emploi du terme « débiteur » dans la mesure où le constituant n'est pas nécessairement débiteur : si l'hypothèque (ou toute autre sûreté réelle d'ailleurs) est consentie en garantie de la dette d'autrui, le constituant n'est pas débiteur, comme le juge la Cour de cassation depuis un fameux arrêt du 2 décembre 2005 (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210 : *JurisData* n° 2005-031111 ; *JCP G* 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; *JCI. Civil Code, Synthèse* 1340). Il est pourtant nécessaire de protéger la résidence principale en tout état de cause, raison pour laquelle il eût été préférable d'employer le terme de constituant (comp. C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, n° 98, p. 130, note n° 122, au sujet de l'article 2458 : « si le texte utilise le terme de "débitteur", il semble évident de l'entendre dans le sens, plus large, de "constituant" ». - V. égal. p. 131, note n° 125, au sujet de l'article 2459 : « Là encore, par "débitteur", il convient d'entendre "constituant" ». - Contra M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, n° 27 : « De jure, par un raisonnement a contrario, sont exclus du domaine de l'interdiction, la résidence principale du tiers constituant, les éventuelles résidences secondaires du débiteur constituant. Dans ces hypothèses, le pacte commissaire est valable ». - V. égal. n° 442 : « selon la lettre des textes, la protection ne bénéficie qu'au "débitteur". La résidence du constituant tiers n'est pas protégée par le texte. (...) Le texte instaurant une protection de la résidence principale, la qualité de tiers ou de débiteur du constituant ne devrait pas constituer un critère du bénéfice de cette protection. Cette dernière devrait bénéficier au constituant débiteur ou tiers »).

On peut d'ailleurs formuler la même observation à l'endroit de l'article 2460 du Code civil, qui prévoit que « Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne » (il en va de même concernant le gage immobilier, l'actuel article 2388 du Code civil renvoyant, en son alinéa 2, aux articles 2458 à 2460. Le gage mobilier souffre également de cette erreur puisque l'alinéa 2 de l'ar-

ticle 2347 et l'alinéa 3 de l'article 2348 visent aussi le débiteur concernant la soule que doit verser le créancier dans l'hypothèse où la valeur du bien attribué excède le montant de la dette garantie. On ne peut pas en dire autant, en revanche, de la fiducie. - V. C. civ., art. 2372-4, al. 2 et 2488-4, al. 2, visant le constituant). C'est, là encore, plus généralement le constituant (qu'il soit ou non débiteur) qui devrait être visé par ce texte (comp. M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, n° 521, considérant qu'« il convient alors de retenir que dans ces dispositions, «débiteur» est un synonyme de constituant et il est nécessaire d'admettre que l'excédent de valeur soit remis au constituant de la sûreté réelle, propriétaire initial du bien grevé »).

Certainement soucieux de corriger cette scorie, les auteurs de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021 : *JO* 16 sept. 2021, texte n° 19. - V. déjà *JCP E* 2021, 1439, étude Ph. Dupichot) ont opportunément employé le terme de « constituant » au sein du futur article 2451 du Code civil : « Le créancier hypothécaire peut aussi demander en justice que l'immeuble, s'il ne constitue pas la résidence principale du constituant, lui demeure en paiement » (V. égal. C. civ., art. 2347, al. 2 nouveau et C. civ., art. 2348, al. 3 nouveau, en matière de gage mobilier, visant le constituant en lieu et place du débiteur). Hélas, ils ont curieusement omis de procéder à la même rectification au sein des textes suivants, les articles 2452 et 2453, qui reprennent mot pour mot les actuels articles 2459 et 2460 précités (V. à ce sujet J.-D. Pellier, *Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : les sûretés réelles immobilières* : *Lexbase*, 7 oct. 2021, n° 7).

Cette discordance, qui affectera également le gage immobilier (le nouvel article 2380 déclare notamment que les articles 2450 à 2453 sont applicables au gage immobilier) est d'autant plus curieuse que la figure de la sûreté réelle pour autrui, que l'on appelait naguère le « cautionnement réel » (V. J. - J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Doctorat et Notariat, t. 40 : *Deffrénois*, 2010), se trouve confortée dans sa qualification de sûreté réelle (l'avant-projet de l'Association Henri Capitant se trouve ainsi désavoué en ce qu'il proposait de rétablir la qualification de cautionnement. - V. Article 2291 : « Le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet ». - Comp. Article 2324 du même avant-pro-

jet : « La sûreté réelle conventionnelle peut être consentie par le débiteur ou, comme il est prévu à l'article 2291, par un tiers ». - Comp. Ph. Dupichot, 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité : *JCP E* 2021, 1439, § 7, évoquant « une résurrection inavouée du cautionnement réel »).

Le constituant d'une hypothèque pour autrui (ou de toute autre sûreté réelle pour autrui) n'est donc toujours pas un débiteur, comme en témoigne le nouvel article 2325 du Code civil : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers. Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables » (V. à ce sujet J.-D. Pellier, *Les dispositions générales relatives aux sûretés réelles dans la nouvelle ordonnance portant réforme du droit des sûretés* : *JCP G* 2021, numéro spécial, n° 4, soulignant que la liste des textes relatifs au cautionnement, applicables au constituant d'une sûreté réelle pour autrui, omet curieusement l'article 2298 relatif à l'opposabilité des exceptions par la caution, ce que la loi de ratification pourrait corriger. Le droit des procédures collectives, tel qu'il a été amendé par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce, donne à voir une réalité peut-être différente. - V. à ce sujet N. Borga et J. Théron, *Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ?* : *D.* 2021, p. 1773. - F. Macorig-Venier, *Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés* (Ordonnance n° 2021-1193, du 15 septembre 2021, portant modification du livre VI du Code de commerce) : *Lexbase*, 7 oct. 2021). On ne peut donc qu'en appeler au législateur qui pourra aisément corriger cette discordance à l'occasion de la loi de ratification, de préférence avec un caractère interprétatif, donc rétroactif (le législateur n'a pas hésité, dans le cadre de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, à conférer à un certain nombre de dispositions un caractère interprétatif, V. L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, art. 16, I. - V. à ce sujet J.-D. Pellier, *Les dispositions de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de régime général des obligations* : *JCP E* 2018, act. 298). À défaut, il appartiendra à la jurisprudence d'offrir au constituant, fût-il non débiteur, la protection qu'il mérite.