

## 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<sup>er</sup> 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 2021<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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<sup>er</sup> 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 civil<sup>2</sup>.

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

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



© TANYAOYU\_ISTOCK\_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 Sceaux<sup>3</sup>, 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 conventionnelles<sup>4</sup>. 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 profitent<sup>5</sup>. 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 pratique<sup>6</sup>. 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 sûretés<sup>7</sup>.

**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* »<sup>8</sup>. 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 immobiliers<sup>9</sup>.

## 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 hypothèques<sup>10</sup>. 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 porteuse<sup>11</sup>.

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 préféraient se concentrer sur des pistes d'amélioration des sûretés réelles mobilières, notamment sur les sûretés ayant pour objet une somme d'argent<sup>12</sup>. 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 immobiliers<sup>13</sup>.

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 réforme<sup>14</sup>.

## 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 réforme<sup>15</sup>.** 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 privilèges<sup>16</sup>.

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 recèle<sup>17</sup>. Si l'on veut en faire un usage rationnel, il faut s'assurer que la rétroactivité se justifie<sup>18</sup>. 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](http://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](http://www.henricapitant.org/travaux).

12 V. les rapports rendus par la Commission Droit des sûretés de Paris Europlace publiés le 1<sup>er</sup> 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 l'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<sup>e</sup> éd., n° 780.