

Sûretés immobilières : accessoires de la créance et de l'immeuble ?

Manuella Bourassin professeur agrégé à l'université Paris Nanterre, directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457), codirectrice du Master droit notarial

Au fil des réformes du droit des sûretés, ainsi que du régime général des obligations, le caractère accessoire des sûretés immobilières vis-à-vis des créances garanties s'érousse, tandis que la connexité entre ces sûretés et les immeubles grevés s'étend. Les sûretés immobilières ne devraient cependant pas être traitées comme des accessoires de l'immeuble. De jure, d'autres qualifications expliquent leur dépendance à l'égard du bien affecté ou cédé en garantie. De facto, le renforcement des liens entre le crédit hypothécaire et la valorisation des patrimoines immobiliers présente des dangers.

1. - La notion d'accessoire et la règle suivant laquelle l'accessoire suit le principal irriguent l'ensemble du droit des sûretés, notamment le droit des sûretés immobilières. Nombre de textes qualifient en effet les hypothèques, le gage immobilier, les privilèges ou les propriétés-sûretés d'accessoires ou concrétisent à leur égard l'adage *accessorium sequitur principale*. On songe bien sûr à l'article 1692 du Code civil, qui prévoyait, avant la réforme du droit des obligations, que « *la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* ». Il ressort explicitement de cette disposition que les sûretés sont des accessoires de la créance garantie. La même qualification se déduit des définitions légales des privilèges, du gage immobilier et de l'hypothèque, qui reposent sur le lien unissant ces sûretés aux créances couvertes (*C. civ., art. 2324, 2387 et 2393*). Cette accessoriété est également manifeste chaque fois que le régime des sûretés est dicté par celui des créances garanties. Une telle dépendance s'observe aisément en matière d'hypothèque, quant à sa validité (*C. civ., art. 2421 et 2423*), son opposabilité aux tiers^{Note 1}, sa transmission (*C. civ., art. 2424*), sa réalisation (*C. civ., art. 2460*) et son extinction (*C. civ., art. 2488*).

2. - La prochaine réforme du droit des sûretés devrait conserver ces différentes règles et en consacrer de plus générales exprimant le lien d'accessoire à principal existant entre les sûretés, quelles qu'elles soient, et les obligations dont elles garantissent l'exécution (*C. civ., art. 2286 et 2286-2* proposés par l'avant-projet de réforme présenté en septembre 2017 par la commission présidée par Michel Grimaldi^{Note 2}).

3. - En droit positif, comme en droit prospectif, il ne fait donc aucun doute que les sûretés en général et celles immobilières en particulier constituent des accessoires de la créance garantie. Dès lors, l'insertion des sûretés immobilières au sein d'un colloque dédié aux accessoires de l'immeuble est *a priori* déconcertante. En réalité, ce sujet est tout à la fois pertinent et stimulant. Pertinent, parce que les sûretés immobilières entretiennent des liens étroits avec les créances garanties, mais aussi avec les immeubles grevés, et que ces derniers liens paraissent se renforcer alors que les précédents ont tendance à s'érousser. Le sujet est par conséquent stimulant, puisqu'il invite à repenser la théorie de l'accessoire en matière de sûretés immobilières. Le thème proposé appelle ainsi un constat, celui de l'évolution des rapports de dépendance au sein des sûretés immobilières, puis une interrogation, celle de savoir si les sûretés méritent d'être traitées comme des accessoires de l'immeuble.

1. L'évolution des rapports de dépendance au sein des sûretés immobilières

4. - L'analyse des règles inscrites dans les réformes en vigueur ou en préparation révèle une érosion du caractère accessoire des sûretés immobilières à l'égard des créances garanties et une expansion de la connexité entre ces sûretés et les immeubles affectés ou cédés en garantie.

2. Érosion du caractère accessoire vis-à-vis de la créance garantie

5. - Dans les textes en vigueur ou en voie d'élaboration au niveau national, aucune place n'est faite à des sûretés immobilières autonomes, c'est-à-dire détachées des créances à garantir aux stades de leur constitution et de l'opposabilité des exceptions, que reconnaissent au contraire plusieurs droits étrangers (allemand et suisse en tête) et que la Commission européenne envisage régulièrement de créer sous la forme d'une « eurohypothèque » indépendante. En revanche, la relation d'accessoire à principal, qui unit en principe les sûretés immobilières et les créances garanties, se distend au gré des réformes.

6. - **L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés** renferme diverses règles dissociant le sort des sûretés immobilières de celui des obligations principales : hypothèque garantissant des créances futures (*C. civ.*, art. 2421) ; hypothèque rechargeable (*C. civ.*, art. 2422) ; subrogation à l'hypothèque ou cession d'antériorité (*C. civ.*, art. 2424).

7. - **L'ordonnance du 10 février 2016 ayant réformé le régime général de l'obligation** a elle aussi consacré des tempéraments au caractère accessoire des sûretés : à la suite de l'annulation ou de la résolution du contrat générateur de la créance garantie, report de plein droit des sûretés sur l'obligation de restituer (*C. civ.*, art. 1352-9) ; survie des sûretés en cas d'extinction de la dette garantie et/ou de libération du débiteur dans le cadre d'une novation (*C. civ.*, art. 1334), d'une cession de contrat ou de dette avec décharge du débiteur originaire (*C. civ.*, art. 1216-3 et 1328-1 modifiés par la loi de ratification du 20 avril 2018 ayant subordonné le maintien des sûretés réelles au consentement du débiteur constituant).

8. - **L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de septembre 2017** étend l'autonomie à l'égard des créances principales au sein de règles propres à certaines sûretés immobilières. Ainsi, redonner à l'hypothèque rechargeable la généralité qui était la sienne avant la loi du 20 décembre 2014, qui l'a confinée au monde des affaires, étendrait son indépendance existentielle et substantielle vis-à-vis de tous types de créances, y compris non professionnelles. Une autre mesure phare de l'avant-projet concerne la requalification des privilèges immobiliers spéciaux, dont ceux du vendeur d'immeuble et du prêteur de deniers, en hypothèques légales spéciales. La suppression de la rétroactivité de leur inscription au jour de la naissance de la créance garantie, qu'induit cette transformation, atténuerait le lien originel avec cette créance, dont la « qualité » justifie pourtant la protection légale. Remarque Le caractère accessoire par rapport à la créance garantie perdrait davantage de terrain encore si le livre IV du Code civil s'ouvrait sur les dispositions générales qu'énonce l'avant-projet de l'association H. Capitant. Deux d'entre elles favoriseraient particulièrement ce déclin. D'une part, au sein de la définition fonctionnelle proposée - « la sûreté garantit l'exécution d'une ou plusieurs obligations, présentes ou futures » - cette dernière précision atténue l'exigence traditionnelle d'adjonction de l'accessoire à un élément principal existant. D'autre part, comme le caractère accessoire est érigé en principe général (« la sûreté suit la créance garantie »), mais « sauf disposition ou clause contraire », la subordination du régime de la sûreté à celui de la créance pourrait être aisément tenue en échec.

A. - Expansion de la connexité entre la sûreté et l'immeuble affecté ou cédé en garantie

9. - Alors que l'érosion du caractère accessoire vis-à-vis de la créance garantie est en voie d'accélération, on constate une expansion de la connexité, économique mais aussi juridique, entre les sûretés et les immeubles qui en sont l'objet.

1° Interdépendance économique

10. - Les sûretés réelles révèlent l'utilité économique des biens et la limitent tout à la fois . De fait, l'octroi de crédit et le choix des sûretés qui en constituent la rançon reposent sur l'appréciation de la solvabilité du demandeur, donc en partie sur la valeur des immeubles qu'il peut offrir en garantie. En témoignent les barèmes que les banques mettent à la disposition de leurs agents pour fixer les taux d'intérêt et la durée des remboursements des prêts immobiliers. Corrélativement, la valeur d'un bien se trouve diminuée par son affectation en garantie, puisque la conclusion de la sûreté emporte le risque que sa réalisation transfère cette valeur au créancier bénéficiaire, au détriment des autres créanciers et ayants cause du débiteur. Cette décote s'observe lors de l'aliénation du bien grevé, que ce soit à l'occasion d'une vente, si elle ne s'accompagne pas d'une purge des hypothèques et privilèges, ou lors d'une transmission successorale, lorsqu'il s'agit d'évaluer les biens existants pour déterminer la masse partageable.

2° Dépendance juridique

11. - Le régime et l'efficacité des sûretés immobilières sont de plus en plus dictés par les caractéristiques que présentent *ab initio* les immeubles grevés et par les changements qu'ils connaissent au cours de la vie de la sûreté.

12. - L'existence de l'immeuble est d'abord déterminante. Ainsi, l'hypothèque conventionnelle ne peut-elle, en principe, être consentie que sur des immeubles présents (*C. civ., art. 2419*), et la spécification de la nature et de la situation de chacun est exigée à titre de validité du contrat d'hypothèque (*C. civ., art. 2418*). Ce principe de spécialité quant aux immeubles grevés se retrouve au stade de l'inscription au service de la publicité foncière. Il concerne alors toutes les sûretés immobilières, y compris les hypothèques légales générales, dont il subordonne l'opposabilité aux tiers^{Note 3}.

13. - Le régime des sûretés immobilières dépend aussi de **la localisation des biens grevés** . Cela est particulièrement vrai dans les situations juridiques présentant un élément d'extranéité. La *lex rei sitae* occupe en effet une place importante en droit international privé, pour résoudre les conflits de lois. De plus, les contrats d'hypothèque conclus à l'étranger relativement à des biens situés en France doivent, *ad validitatem*, être réitérés devant un notaire français (*C. civ., art. 2417*).

14. - Par ailleurs, plusieurs limites légales à la liberté des parties sont fondées sur **l'usage de l'immeuble grevé** . La liberté de conclure un prêt viager hypothécaire a été restreinte de la sorte par l'ordonnance du 23 mars 2006, qui a exigé que l'hypothèque prenant place dans cette opération soit constituée sur « *un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation* » (*C. consom., art. L. 315-1*). La liberté de conclure seul une sûreté immobilière se trouve quant à elle évincée en présence d'immeubles ayant une dimension domestique marquée (*C. civ., art. 215, al. 3, et 1424* relatifs à la cogestion entre époux conditionnant la validité des actes de disposition portant sur le logement de la famille ou les immeubles qui dépendent de la communauté). C'est encore la liberté du créancier impayé de choisir le mode de réalisation de son privilège ou de son hypothèque qui se trouve limitée lorsque la sûreté porte sur la résidence principale du débiteur (*C. civ., art. 2458 et 2459* excluant alors l'attribution judiciaire ou conventionnelle de l'immeuble donné en garantie).

15. - En outre, la dépendance des sûretés à l'égard des immeubles grevés est manifeste chaque fois qu'elles restent pleinement attachées à l'immeuble en dépit d'un **changement de propriétaire**. Il en va ainsi en cas de division de l'immeuble, qui n'emporte pas celle des hypothèques (*C. civ., art. 2393*). Un autre exemple topique de cette dépendance est fourni par l'article 2393 du Code civil, d'après lequel l'hypothèque « *suit (les immeubles) dans quelques mains qu'ils passent* ». L'article 2461 étend le bénéfice de ce droit de suite à tous les « *créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble* ».

16. - Évoquons enfin l'influence essentielle qu'exerce **la valeur du bien grevé** sur l'efficacité des sûretés immobilières. Dans la mesure où les droits réels de garantie ne procurent pas les utilités mêmes de la chose, mais confèrent un droit sur sa valeur, il est naturel que la protection de leur titulaire dépende de celle-ci. Remarque De fait, que le créancier impayé fasse saisir et vendre l'immeuble ou qu'il en devienne propriétaire sur le fondement d'une décision de justice ou d'un pacte commissaire, son désintéressement est toujours subordonné à la valeur de l'immeuble. Cet impact économique, fondamental en pratique, procède de la nature même des sûretés réelles et n'est pas explicité dans la loi.

17. - En revanche, plusieurs textes, issus pour l'essentiel de la réforme du 23 mars 2006 et de l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la fiducie, s'attachent à la valeur de l'immeuble affecté ou cédé en garantie pour circonscrire les droits des créanciers bénéficiaires, et révèlent les différents intérêts que le législateur peut protéger par ce biais. La prise en compte de la valeur de l'immeuble grevé permet d'éviter, lors de la réalisation de la sûreté, un appauvrissement injustifié du constituant et une atteinte illégitime aux droits de ses autres créanciers. Cela ressort nettement des textes qui, en cas d'acquisition de la propriété du bien affecté ou cédé en garantie, imposent l'évaluation de ce bien par un expert et le versement ou la consignation d'une soule si la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance impayée (*C. civ., art. 2388, 2460, 2488-4*). La prise en compte de la valeur de l'immeuble grevé peut, par ailleurs, éviter l'appauvrissement des héritiers du débiteur. Cette logique a présidé à la limitation du remboursement du prêt viager hypothécaire, par les ayants droit de l'emprunteur, à la valeur de l'immeuble hypothéqué au jour de l'ouverture de la succession de ce dernier (*C. consom., art. L. 315-15*). La prise en compte de la valeur de l'immeuble peut répondre à une tout autre préoccupation encore, celle de favoriser l'accès au crédit. C'est le choix qui a été fait en matière de fiducie-sûreté rechargeable, où le patrimoine fiduciaire peut être affecté en garantie d'une nouvelle dette dans la limite de la valeur des biens transférés au fiduciaire, estimée au jour de la recharge (*C. civ., art. 2488-5*).

18. - **Au fil des réformes, la dépendance des sûretés immobilières à l'égard des immeubles donnés en garantie s'est donc amplifiée et leur subordination à l'égard des créances garanties s'est au contraire émoussée**. On peut être tenté d'y voir un dédoublement du lien d'accessoire à principal, en ce sens que les sûretés immobilières seraient accessoires à la fois de la créance et de l'immeuble. Ce constat suscite des questions d'ordre juridique et économique.

3. Les sûretés immobilières méritent-elles d'être traitées comme des accessoires de l'immeuble ?

19. - *De jure*, il importe d'interroger la qualification des sûretés immobilières en accessoires de l'immeuble. *De facto*, la question se pose de savoir s'il est opportun que ces sûretés soient sous la dépendance de l'immeuble grevé.

A. - *De jure* : la qualification d'accessoire est-elle justifiée ?

20. - La notion d'accessoire est polysémique et son contenu varie d'une branche du droit à une autre. À s'en tenir au droit des sûretés, un consensus doctrinal s'est toutefois établi, depuis une cinquantaine d'années, autour de trois composantes : l'adjonction, la subordination et l'affectation. Si les liens existant entre les sûretés immobilières et les immeubles grevés ne répondent pas à tous ces critères, d'autres qualifications que celle d'accessoires de l'immeuble doivent être recherchées.

1° À l'épreuve des critères d'adjonction, de subordination et d'affectation

21. - L'étude du droit positif et du droit prospectif menée précédemment a révélé que les sûretés immobilières n'ont pas, en principe, d'existence autonome, en ce qu'elles viennent s'adjoindre à une ou plusieurs créances, ainsi qu'à un ou plusieurs immeubles, qui doivent normalement exister au jour de leur naissance. La deuxième caractéristique de la notion d'accessoire, tenant à la subordination de son régime par rapport à celui de l'élément principal, a également été mise en lumière au cours de la présentation précédente de l'évolution des rapports de dépendance au sein des sûretés immobilières.

22. - Reste la troisième composante du caractère accessoire en matière de sûreté, qu'est l'affectation, définie par Gilles Goubeaux en 1969 comme « le service que rend l'accessoire au principal en l'aidant à accomplir son but ». Cette caractéristique est à ce point essentielle ici que, depuis la thèse de cet auteur, les sûretés sont habituellement qualifiées d'« accessoires par affectation ». Si l'on examine la relation unissant la sûreté et la créance garantie, il est indéniable que cette qualification est appropriée, puisque les sûretés, quelles qu'elles soient, ont pour fonction de favoriser l'extinction des créances et facilitent donc la réalisation de la fonction des créances elles-mêmes, *i.e.* le paiement du créancier. Si l'on considère les sûretés immobilières dans leurs relations avec les immeubles donnés en garantie, la qualification d'accessoires par affectation paraît en revanche impropre. Effectivement, les sûretés réelles ne sont pas au service des biens sur lesquels elles portent. Au contraire, elles en limitent l'usage chaque fois qu'une dépossession du constituant en résulte (ce qui est en principe le cas en présence d'un gage immobilier ou d'une fiducie-sûreté) et, en toutes circonstances, elles en diminuent la valeur d'échange (conséquence économique constatée préalablement). Parce que le but des sûretés réelles est tourné vers les créances garanties et non vers les biens grevés, il n'y a pas, vis-à-vis de ces derniers, la « dépendance fonctionnelle » qui caractérise les accessoires par affectation.

23. - En conséquence, même si la règle de l'accessoire est prépondérante dans les relations unissant les sûretés aux immeubles, les sûretés immobilières ne devraient pas être qualifiées d'accessoires de l'immeuble.

2° À la recherche d'autres qualifications

24. - L'adjonction et la subordination participent de la définition d'autres notions que celle d'accessoire. Ainsi, deux qualifications nous semblent justifier l'interdépendance économique entre les sûretés immobilières et les immeubles et la dépendance juridique de celles-ci vis-à-vis de ceux-là. La première qualification est celle de **charge**, au sens de droit réel grevant un immeuble. Si cette notion ne figure pas dans les définitions des sûretés immobilières que livre notre droit (des textes étrangers qualifient au contraire expressément l'hypothèque de charge, tel le paragraphe 1113 du BGB), elle apparaît en revanche dans de multiples textes, notamment du droit des biens, de la publicité foncière, des sûretés ou des successions (par exemple, *C. civ., art. 871, 2478, 2479*), qui l'illustrent par des sûretés immobilières. L'expression de charge hypothécaire ou réelle est ainsi couramment employée. Cette notion permet d'expliquer, non seulement l'influence qu'exercent les sûretés immobilières sur la valeur des immeubles, sous la forme de décotes, mais également que les sûretés suivent le sort du bien grevé, en particulier lors de la transmission ou de la disparition de l'immeuble. Une seconde qualification permet de justifier

d'autres manifestations de la dépendance à l'égard de l'immeuble tout au long de la vie de la sûreté, à savoir celle d'**assiette** . En effet, si l'efficacité des sûretés réelles est fortement liée à l'existence, à la localisation, à l'usage, aux transformations et évidemment à la valeur des biens donnés en garantie, c'est que ces derniers constituent la base matérielle sur laquelle portent les prérogatives du créancier, base qui concourt en outre à délimiter concrètement les droits de préférence, de suite ou de propriété du bénéficiaire de la sûreté.

25. - L'expansion de la connexité entre les sûretés et les immeubles grevés, précédemment constatée, ne devrait donc pas conduire à élargir la théorie de l'accessoire , mais plutôt à approfondir les caractéristiques et les rôles des notions de charge et d'assiette en matière de sûretés immobilières.

B. - De facto : la dépendance à l'égard de l'immeuble est-elle opportune ?

26. - Les sûretés étant indissociables du crédit, qui est lui-même un rouage essentiel de l'économie moderne, il est nécessaire de se demander si, dans cette perspective économique, on doit se réjouir ou plutôt s'inquiéter de la subordination accrue des sûretés réelles aux immeubles grevés. Deux expressions de cette dépendance interrogent tout particulièrement.

27. - Il s'agit, d'une part, de **l'alignement des crédits octroyés sur la valeur des biens donnés en garantie** , que l'on voit se développer dans la pratique bancaire, ainsi que dans certains textes, tels ceux précités relatifs au rechargement d'une fiducie-sûreté. Si la prochaine réforme du droit des sûretés tentera sans doute, à l'instar de celle de 2006, de favoriser le crédit hypothécaire pour soutenir la croissance économique, il est souhaitable que la voie empruntée ne soit pas celle d'un renforcement des liens entre l'accès aux crédits et la valorisation des patrimoines immobiliers. Remarquell convient en effet de se souvenir de la crise des *subprimes*, à l'origine de la crise économique mondiale de ces 10 dernières années, que l'on impute en partie au fait qu'aux États-Unis, les emprunteurs peuvent s'endetter et se réendetter en fonction de la valeur des immeubles hypothéqués.

28. - Une autre prise en compte de cette valeur, cette fois au stade du dénouement de l'opération de crédit, pose difficulté. Nous faisons allusion à **la limitation du remboursement du prêt à la valeur de l'immeuble** . Cette dépendance, parce qu'elle fait courir aux établissements de crédit un risque de *crossover*, a conduit la plupart d'entre eux à bouder le prêt viager hypothécaire. Le Crédit foncier de France, qui est l'un des seuls à le proposer, compense le risque d'impayé en imposant des conditions exorbitantes, notamment des taux d'intérêt très élevés. La limitation du remboursement du prêt viager hypothécaire à la valeur de l'immeuble au jour de l'ouverture de la succession de l'emprunteur se retourne donc contre les clients ciblés, c'est-à-dire les personnes âgées en quête de crédit pour faire face aux dépenses résultant d'une situation de dépendance.

29. - Afin d'éviter cet effet pervers et de permettre le développement du prêt viager hypothécaire comme instrument au service de la politique d'adaptation de la société au vieillissement, il a été proposé, lors du Congrès national des notaires de 2017, la création d'un fonds de garantie de l'État, dont le rôle serait de prendre en charge la différence entre le montant total de la créance du prêteur et la valeur de l'immeuble hypothéqué. Voilà une proposition respectueuse des intérêts des différents acteurs de l'opération de crédit hypothécaire, qui mériterait de servir d'aiguillon à l'occasion de nouvelles réflexions sur les relations complexes qu'entretiennent les sûretés immobilières, les créances couvertes et les immeubles affectés ou cédés en garantie.

Note 1 **Ndlr** : la forme orale de l'intervention a été conservée.

D. 14 oct. 1955, art. 55.

Note 2 www.henricapitant.org/travaux/legislatifs-nationaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.

Note 3 *D. 4 janv. 1955, art. 7.*