

TITRE

I

LES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

La proximité du Notariat avec les sûretés immobilières invite le notaire à connaître celles-ci dans leur diversité et à apprécier l'usage, parfois hors des sentiers battus, qu'il peut en faire.

La loi du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés dans son ensemble, a d'ailleurs ajouté une panoplie originale de nouvelles sûretés immobilières qui peut agrémenter et diversifier le conseil que ce dernier pourra apporter à ses clients.

C'est en s'intéressant à la constitution des sûretés immobilières que l'on pourra mieux balayer leur diversité et, tout en même temps, constater l'originalité de chacune d'elles (chapitre 1).

Connaître les sûretés immobilières n'est pas encore suffisant pour le praticien qui doit aussi maîtriser les effets attachés à celles-ci et apprécier leur efficacité les unes par rapport aux autres ; c'est-à-dire qu'il doit connaître les prérogatives qu'elles confèrent (chapitre 2).

Pareillement, il lui faudra appréhender sans ambiguïté la manière et le moment où ces sûretés immobilières vont disparaître (chapitre 3) et l'on comprend combien cette question est d'importance, que celle-ci se pose lors de la vente de l'immeuble grevé ou en d'autres circonstances.

Il est enfin une question, que nous aborderons également, où la pratique notariale est moins présente bien qu'elle en soit la source : celle du transfert des sûretés immobilières (chapitre 4). L'actualité récente nous démontre d'ailleurs que, bien que peu connu, le transfert des privilèges et hypothèques n'en a pas moins une importance considérable.

LA CONSTITUTION DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES

01 – Comprendre comment naissent les sûretés immobilières conduit à rechercher leur source. Cette démarche permet, en outre, d'en dresser l'inventaire (section I).

Ayant ainsi acquis la maîtrise des sûretés immobilières que la Loi, la convention ou le juge mettent à sa disposition, le praticien du droit des garanties immobilières devra encore assurer leur opposabilité aux tiers, au moins pour celles dont l'efficacité dépend d'une formalité de publicité. Car le droit de bon nombre de sûretés immobilières est intimement lié à un autre grand domaine de prédilection du notariat, celui de la publicité foncière.

En effet, sauf pour certaines de ces sûretés que l'on dit occultes, la plupart des sûretés immobilières ne sauraient avoir d'efficacité et même d'existence sans être inscrites au Bureau des hypothèques compétent. La publicité des sûretés immobilières revêt donc une grande importance et le praticien doit en connaître tant les techniques que les enjeux (section II).

SECTION I La source des sûretés immobilières

02 – Les sûretés immobilières peuvent avoir une source légale (§1), conventionnelle (§2) ou judiciaire (§3).

§1. Les sûretés légales

03 – Deux grandes catégories de sûretés immobilières ont leur source commune dans la loi :

- les privilèges (A),
- les hypothèques légales (B).

A. Les privilèges

04 – L'article 2324 du Code civil dispose : « Le privilège est un droit que la qualité de créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ».

Deux éléments ressortent de ce texte :

- l'origine légale des privilèges,
- la reconnaissance de ceux-ci en considération de la créance qu'ils garantissent.

La reconnaissance du privilège constitue, en effet, une atteinte à l'égalité entre les créanciers. Pour cette raison, il est traditionnellement admis que les privilèges sont d'interprétation stricte¹.

Les privilèges immobiliers sont généraux ou spéciaux :

- les privilèges généraux peuvent, mais pas nécessairement, grever un immeuble ;
- les privilèges spéciaux grevent nécessairement un immeuble déterminé.

1. Les privilèges généraux subsidiairement immobiliers

05 – L'article 2378 du Code civil sur renvoi de l'article 2375 du même Code n'en mentionne que trois qui, par leur caractère de privilèges généraux, sont susceptibles, dans certaines conditions, d'atteindre le patrimoine immobilier du débiteur. C'est-à-dire, qu'ils peuvent être qualifiés de privilèges généraux subsidiairement immobiliers. Ils trouvent donc logiquement leur place dans cet ouvrage. Nous nous intéresserons, tout d'abord, à leur régime (a) avant d'étudier spécifiquement chacun d'entre eux (b).

a. Le régime des privilèges généraux

06 – Deux traits particuliers caractérisent les privilèges généraux, ils s'appliquent à titre subsidiaire sur les immeubles d'une part et d'autre part, ils sont occultes.

• Le principe de subsidiarité

07 – Ce principe résulte de l'article 2376 du Code civil :

« Lorsqu'à défaut de mobilier les créanciers privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble, ils priment ces derniers et exercent leur droit dans l'ordre indiqué audit article. »

Deux éléments ressortent de ce texte :

- le privilège général vise à s'appliquer sur le prix de l'immeuble ;
- dès lors que l'actif mobilier est insuffisant.

C'est-à-dire que dans la hiérarchie des biens susceptibles de répondre de la dette du débiteur, les biens immeubles ne seront susceptibles d'être menacés qu'à défaut de tout autre actif mobilier.

C'est d'ailleurs en raison de cette subsidiarité que ces privilèges sont visés dans deux articles différents du Code civil. L'article 2331 d'abord où ils figurent parmi

1. Principe qu'illustre l'adage : « *pas de privilège sans texte* ».

tous les privilèges mobiliers que répertorie cet article. Dans l'article 2375, d'autre part, qui les mentionne en qualités de seuls privilèges généraux sur immeuble. C'est cette double assiette du privilège général qui justifie qu'il ait sa place dans ces deux textes distincts.

08 – La question pratique que ne tranche pas l'article 2376 de Code civil est celle de savoir comment se décide et se constate l'insuffisance de meubles et plus précisément, à qui incombera la charge de la preuve de cette insuffisance : au créancier ou au débiteur ? La Jurisprudence a tranché sur ce point¹ depuis fort longtemps en ne faisant peser cette charge ni sur l'un ni sur l'autre : c'est aux créanciers contestants d'établir, à l'encontre du créancier bénéficiant d'un privilège général, l'existence d'un mobilier suffisant.

C'est en effet pour ces créanciers contestants que l'enjeu est important puisque, rappelons-le, l'article 2376 du Code civil place au premier rang des créanciers immobiliers celui qui bénéficie d'un privilège général, même si celui-ci n'intervient que subsidiairement sur l'immeuble.

09 – Une autre question se pose alors : le créancier bénéficiant d'un privilège général doit-il agir dans un délai déterminé pour faire valoir, à défaut de mobilier suffisant, ses droits sur l'immeuble. Là encore, la Jurisprudence a apporté une réponse précise en refusant d'enfermer ce dernier dans un délai quelconque² et celui-ci pourra faire valoir son droit jusqu'à la distribution du prix de l'immeuble.

On peut considérer, en résumé, que si l'on peut parler de subsidiarité, celle-ci est de droit, ou, si l'on peut dire, en quelque sorte automatique (sauf pour les autres créanciers à apporter la preuve d'autres actifs suffisants) et qu'elle peut s'exercer tant que la distribution du prix n'est pas intervenue.

- *Le caractère occulte des privilèges généraux subsidiairement immobiliers*

10 – Ayant une source légale, les privilèges généraux trouvent leur légitimité dans la Loi. Ils ne sont donc pas soumis, pour exister, à une formalité particulière, notamment à la formalité de l'inscription au Bureau des hypothèques.

Cela résulte expressément de l'article 2378 du Code civil qui énonce spécifiquement ce principe pour les privilèges généraux. D'ailleurs, l'article 2378 du Code civil apparaît clairement comme une disposition particulière qui s'oppose au principe général posé par l'article 2377 du même Code : « Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription à la conservation des hypothèques... »

Il nous reste maintenant à étudier ces différents privilèges généraux.

1. Cass. civ., 24 février 1932, *DH* 1932, p. 217.

2. Cass. civ., 27 mai 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 52 note Bèjat.

b. Les différents privilèges généraux

11 – Ils peuvent être regroupés, pour simplifier, en trois catégories :

- le privilège pour frais de justice,
- les privilèges garantissant les salaires,
- les privilèges liés à l'existence d'une procédure collective.

• *Le privilège pour frais de justice*

12 – Large par son domaine celui-ci est aussi limité dans son champ d'action puisque fondé sur un critère assez délicat à mettre en œuvre, le critère de l'utilité.

Le privilège pour frais de justice garantit, en effet, tous les frais liés à une action judiciaire mais aussi tous les frais qu'elle induit et que l'on pourrait qualifier d'accessoires à cette action. Sont ainsi concernés :

- les frais de conservation du patrimoine du débiteur comme, par exemple, les frais de scellées, inventaire, les rémunérations des intervenants comme les administrateurs ou liquidateurs judiciaires, les huissiers, les notaires etc. ;
- les frais de réalisation du gage, tels les frais de saisie, de procédures de répartition du prix etc.

Il recouvre donc un domaine très large allant des frais de conservation du bien jusqu'aux frais engendrés par la réalisation de celui-ci. Mais la dépense elle-même doit répondre à un critère beaucoup plus restrictif, celui de l'utilité. Ainsi, pour M. Cabrillac¹, cette « exigence d'utilité est un élément clef car elle détermine à la fois le cercle des personnes auxquelles le privilège est opposable et son assiette² ».

D'autres auteurs optent pour un critère un peu différent³. Ils estiment, en effet, que pour être mis en œuvre le privilège doit garantir une dépense née d'une connexité étroite avec la procédure.

Cette exigence limite donc le champ d'action de ce privilège et l'on peut se poser la question de savoir si celui-ci peut faire l'objet d'une appropriation par le notaire en garantie du paiement de ses émoluments.

1. M. Cabrillac, C. Mouly, P. Pétel, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 438.

2. S'agissant des personnes auxquelles le privilège est opposable, les auteurs précités visent les créanciers qui ont profité des frais engagés.

3. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 3^e édition, p. 202.

■ **Question pratique :**

Le privilège pour frais de justice et le notaire

13 – Si l'on s'en tient aux critères examinés ci-dessus, les frais engagés par le notaire et, notamment ses émoluments, peuvent certainement répondre à la qualité de frais de justice dès lors que le notaire est commis judiciairement. Il n'est pas douteux qu'il en résulte pour lui le droit de prélever par préférence les droits et taxes engendrés par les actes qu'il aura été amené à authentifier mais également les émoluments auxquels il peut prétendre à ce titre.

Le législateur a d'ailleurs prévu expressément cette possibilité puisque l'article 695 du nouveau Code de procédure civile vise précisément « les émoluments des officiers publics ou ministériels » au 6°.

• *Les privilèges garantissant les salaires*

14 – Les salariés bénéficient de deux privilèges :

- le privilège ordinaire,
- le superprivilège,

dont la sphère d'exercice est parfaitement délimitée puisque si le privilège ordinaire est d'application générale et peut donc s'exercer en toute circonstance, le superprivilège ne pourra, quant à lui, naître que de l'ouverture d'une procédure collective.

Par ailleurs, s'ils répondent tous deux au mode de fonctionnement des privilèges généraux, leur fondement est différent de celui reposant sur l'idée seule de préférence et est plutôt justifié par un fondement alimentaire. Cette préoccupation justifie que le législateur ait donné à ceux-ci un rang favorable et même, s'agissant du superprivilège, ait renforcé sa puissance par rapport aux autres privilèges puisque :

- dans le classement des privilèges et garanties ils se placeront au sommet et même, pour le superprivilège, en premier et les sommes dont le paiement est garanti par celui-ci doivent être payées même s'il existe d'autres créances privilégiées quelles qu'elles soient ;
- le superprivilège s'exerce sur les premiers fonds et avant toute vérification de créance. Ainsi, l'administrateur (puisque le superprivilège s'exerce dans le cadre d'une procédure collective) doit payer les créances sur les fonds disponibles et sur ordonnance du Juge Commissaire dans les dix jours du jugement d'ouverture. À défaut de détenir des fonds, ces créances seront payées dès la première rentrée de fonds ;
- l'efficacité du superprivilège est encore renforcée par une prise en charge collective du risque de neutralisation de celui-ci en raison d'une absence de trésorerie, risque qui a conduit le législateur à mettre en place une assurance obligatoire : l'Association pour la garantie des salaires (AGS) dont les fonds sont collectés par les ASSEDIC.

Nous allons nous intéresser successivement à ces deux privilèges :

- *Le privilège ordinaire*
(art. 2331-4° et 2375-2° du Code civil)

15 – Il garantit le paiement des six derniers mois de salaires, appointements et commissions ainsi que de tous les accessoires, telles les indemnités de congés payés, de résiliation abusive du contrat de travail, de licenciement, les primes d’ancienneté etc. pouvant bénéficier aux salariés et apprentis¹.

Mais ces créances sont limitées dans le temps puisque ne sont garantis que les salaires des SIX derniers mois (même si ces six derniers mois ont expiré antérieurement à la mise en œuvre du privilège).

Notons pour être complet que les gens de service bénéficient d’un traitement de faveur puisque les créances garanties les concernant couvrent l’année échue et l’année courue.

16 – Le notaire ne rencontrera, il est vrai, que très rarement ce privilège dont le champ d’application interfère peu fréquemment sa sphère d’intervention. Il est ce pendant un domaine où il devra se préoccuper nécessairement de celui-ci, du moins sous sa forme particulière : le salaire différé.

■ Question pratique :

Le notaire, le privilège des salariés et les successions

17 – Dans cette hypothèse, c’est sur la succession du débiteur de la créance de salaire que va s’exercer le privilège et le législateur a réservé cette faveur à deux catégories de personne :

- l’enfant qui a travaillé sur l’exploitation agricole de son ou de ses parents prédécédés (art. L 321-21 du Code rural) ;
- le conjoint du chef d’entreprise artisanale, commerciale ou libérale (loi n° 1008 du 31 décembre 1989 art. 14) ou agricole (article L 321-21-1 du Code rural) qui a participé durant au moins dix ans à l’activité de l’entreprise aura également droit à une créance sur la succession de son conjoint assortie du privilège des salariés.

Cette créance de salaire différé n’est donc exigible qu’au décès du chef d’entreprise ou de l’exploitant (en cas de coexploitant, la créance est exigible dès le décès du premier d’entre eux sans pour autant cependant que le bénéficiaire de la créance puisse agir immédiatement contre le survivant des coexploitants)¹.

C’est donc dans le cadre du règlement de la succession que le notaire devra la mettre en œuvre et son recouvrement sera donc garanti par le privilège général des salaires (et également d’ailleurs par une hypothèque légale). Il est cependant à noter qu’il est impossible d’inscrire une hypothèque sur les immeubles de l’exploitant du vivant de celui-ci.

1. Voir *Dictionnaire permanent de l’Entreprise agricole*, chapitre « Salaire différé », p. 1084 et s.

1. Sont exclues cependant les personnes morales et les entreprises d’intérim.

• *Le superprivilège des salariés*

18 – Comme nous l’avons déjà indiqué, celui-ci ne peut être mis en place que lorsqu’est ouverte une procédure collective.

Il garantit les rémunérations de toute nature, salaires et accessoires dus aux salariés et apprentis pour les SOIXANTE derniers jours de travail ou d’apprentissage (art. L 143-10 du Code du travail) et les QUATRE-VINGT-DIX jours pour les VRP. Qu’importe, là aussi et comme pour le privilège ordinaire des salariés, si cette dernière période de travail a cessé antérieurement au jugement d’ouverture de la procédure collective.

Il garantit également les indemnités de congés payés et les indemnités de fin de contrat.

En revanche, le superprivilège ne joue pas pour les rémunérations du travail nées postérieurement au jugement d’ouverture de la procédure collective. On rentre alors, en effet, dans le champ d’application des privilèges subordonnés à l’ouverture d’une procédure collective. Ainsi, le superprivilège des salariés aura vocation à côtoyer les privilèges nés d’une procédure collective puisque, comme eux, il naît de celle-ci mais les créances qu’il garantit sont, quant à elles, nées antérieurement au jugement d’ouverture. En revanche, les créances garanties par les privilèges de la procédure, comme on le verra ci-après doivent n’être exigibles qu’après le jugement d’ouverture. C’est là une différence importante.

• *Les privilèges généraux dont la naissance est subordonnée à l’ouverture d’une procédure collective*

19 – Ce sont des privilèges que rencontre peu souvent le notariat car ils tendent à protéger les créanciers amenés à contracter avec l’entreprise en difficulté, soit qu’ils y soient contraints et ce sera le privilège général des articles L 622-17 et L 641-13 du Code de commerce, soit qu’ils aient choisi d’apporter une aide à l’entreprise en difficulté et on parle alors de privilège des créanciers conciliants.

Ils reposent donc sur un même fondement que la procédure collective elle-même : assurer la pérennité de l’entreprise en redressement judiciaire en permettant à ceux qui peuvent y contribuer de se trouver préférés dans l’ordre des créanciers.

L’existence de ces privilèges complique d’ailleurs, comme nous le verrons, le classement des différents privilèges dès lors qu’on se trouve dans cette hypothèse d’une procédure collective¹.

Nous allons les examiner successivement.

1. Voir ci-après n° 105.