



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master 2 Recherche Droit Privé Général
Dirigé par M. le professeur Laurent LEVENEUR
2021**

***L'hypothèque dite judiciaire attachée aux
jugements de condamnation***

Adèle GEOFFRET

Sous la direction de M. le professeur Jean-Jacques ANSAULT

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude à Monsieur le professeur Jean-Jacques Ansault pour sa grande disponibilité, son accompagnement bienveillant et ses précieux conseils.

Je remercie chaleureusement Maître Maximes Belmudes et Maître Frédéric Kieffer qui ont accepté de répondre à mes questions sur leur pratique malgré des emplois du temps chargés. Ces entretiens m'ont permis de saisir bon nombre d'implications pratiques que j'étais loin d'imaginer.

Je remercie également le professeur Leveneur qui m'a ouvert les portes de son Master 2 et toute l'équipe pédagogique qui s'est montrée passionnée et dévouée tout au long de cette année malgré les circonstances sanitaires.

Enfin, mes pensées vont à Fabrice pour sa présence réconfortante tout au long de la rédaction de ce mémoire et à Augustin pour son attentive relecture.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	5
PARTIE 1 : ORIGINALITE DE L'HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS DE CONDAMNATION	10
TITRE 1 : CONSTRUCTION HISTORIQUE	10
<i>Chapitre 1 : Des conditions de naissance contestées</i>	10
<i>Chapitre 2 : Une adaptation progressive du régime</i>	17
TITRE 2 : FONCTIONNEMENT EN DROIT POSITIF	25
<i>Chapitre 1 : Des conditions pour partie originales</i>	25
<i>Chapitre 2 : Un régime pour l'essentiel commun</i>	37
PARTIE 2 : OPPORTUNITE DE L'HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS DE CONDAMNATION	45
TITRE 1 : L'OPPOSITION APPARENTE ENTRE HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS ET HYPOTHEQUE CONSERVATOIRE	46
<i>Chapitre 1 : Les divergences techniques constatées</i>	46
<i>Chapitre 2 : L'induction d'une divergence de nature</i>	54
TITRE 2 : LA POSSIBLE MISE AU JOUR D'UN MECANISME COMMUN	60
<i>Chapitre 1 : Des divergences conciliables</i>	60
<i>Chapitre 2 : L'opportunité d'une jonction des institutions</i>	67
CONCLUSION : PROPOSITION DE TEXTES	73
BIBLIOGRAPHIE	75
ENCYCLOPEDIES ET DICTIONNAIRES	75
OUVRAGES GENERAUX	75
THESES ET MONOGRAPHIES	76
NOTES ET ARTICLES	76
JURISPRUDENCE	78
TABLE DES MATIERES	80
ANNEXES	83
ANNEXE 1 : ENTRETIEN AVEC MAXIMES BELMUDES, HUISSIER DE JUSTICE	83
ANNEXE 2 : ENTRETIEN AVEC FREDERIC KIEFFER, AVOCAT	87

« En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux judiciaires d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. »¹

¹ Décret n°47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire, article 1^{er}

INTRODUCTION

« Peut-être que c'est mon côté un peu conservateur, je n'ai pas le sentiment de l'être mais voilà, je suis parfois attaché à des notions juridiques anciennes qui ont traversé les siècles, qui ont prouvé leur efficacité et qui permettent aussi à la justice - il y a d'autres signes, mais celui-là en fait partie - d'avoir une certaine prestance, une certaine solennité. » C'est en ces termes que Frédéric Kieffer explique son attachement à l'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation (communément appelée hypothèque des jugements). En effet, si l'on veut se pencher sur l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation, rien n'est plus efficace que d'interroger les praticiens de cette sûreté. Il a donc été procédé à deux entretiens permettant d'avoir deux points de vue différents sur cette institution : celui de Maître Maxime Belmudes, huissier parisien et celui de Maître Frédéric Kieffer, avocat au barreau de Grasse². Il leur a été proposé un cadre semi-directif composé de questions sur leur pratique des hypothèques judiciaires et en particulier de l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation.

Le terme hypothèque judiciaire recouvre en droit positif français principalement deux institutions. Planiol et Ripert parlent du « Dualisme actuel de la notion d'hypothèque judiciaire »³. La première se trouve dans le Code civil, au cœur du chapitre sur les hypothèques⁴, dans une section 3 nommée « des hypothèques judiciaires ». Elle comprend un unique article 2412 qui décrit précisément l'hypothèque attachée aux jugements. C'est à celle-ci en particulier que cette étude est consacrée. Il faut malheureusement en retrancher le droit local d'Alsace-Moselle. Si celui-ci présente quelques spécificités au niveau du régime hypothécaire⁵, cette étude se concentre sur l'hypothèque telle qu'issue des lois françaises. A côté de l'hypothèque judiciaire des jugements, il existe également, dans le Code des procédures civiles d'exécution, des sûretés judiciaires conservatoires qui peuvent prendre la forme d'hypothèques judiciaires conservatoires. S'il s'agit de s'intéresser à l'hypothèque des jugements, sa compréhension ne peut se passer de sa comparaison avec son homonyme. « Leur trait commun est qu'elles frappent les immeubles du débiteur en conséquence d'une décision de justice ; de là, leur nom » nous précisent encore Planiol et Ripert.⁶ Leur ressemblance tient donc à l'acte qui sert de base à l'inscription, un jugement, et à la technique employée, l'hypothèque. C'est-à-dire qu'il s'agit dans les deux cas d'une « sûreté réelle immobilière constituée sans la dépossession du débiteur [...], et en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire a la

² Ces deux entretiens ont été enregistrés, retranscrits et annexés à ce mémoire.

³ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958. n°630

⁴ Il s'agit du Chapitre III : « des hypothèques » du sous-titre III : « des sûretés sur les immeubles » du titre II : « des sûretés réelles » du livre IV : « des sûretés » du Code civil

⁵ Les différences se trouvent notamment au niveau des modalités d'inscription des droits hypothécaires. On en trouve les détails au Chapitre III du Titre II de la loi du 1^{er} juin 1924. A noter que le droit local connaît également une hypothèque d'exécution forcée qui présente certaines similitudes avec les hypothèques judiciaires.

⁶ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.* n°630

faculté (en tant qu'il est investi d'un droit réel accessoire garantissant sa créance) de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve et d'être payé par préférence sur le prix ».⁷

Les hypothèques judiciaires sont des mécanismes très fréquents dans la pratique. Me Kieffer concède qu'aujourd'hui « on a de moins en moins de crédits hypothécaires et plus de crédits garantis par une caution professionnelle. La tendance s'est inversée ». Ce recul dans la pratique de l'hypothèque conventionnelle ne signifie pas que l'hypothèque judiciaire soit elle aussi en recul, bien au contraire. En effet, Me Kieffer indique que, bien souvent, lorsque la caution est appelée et paie pour le débiteur, elle va prendre inscription d'une hypothèque judiciaire pour garantir son recours contre le débiteur principal. Les deux praticiens interrogés s'accordent : « Avant d'initier une saisie immobilière, on inscrit toujours une hypothèque pour bénéficier d'un rang préférentiel lors de la vente » selon Me Belmudes. « Lorsqu'on étudie la saisie immobilière, on s'aperçoit que, il n'est nul besoin d'être créancier hypothécaire pour mettre en œuvre une procédure de saisie immobilière. Cependant, c'est quand même fortement conseillé », explique Maître Kieffer. « Le créancier poursuivant peut être chirographaire, il peut participer à la distribution. Mais à quel rang va-t-il intervenir ? A propos d'un litige qui était né à la suite d'une procédure collective, la Cour de cassation a répondu que la publication du commandement ne donnait pas un rang hypothécaire au créancier poursuivant donc il a peut-être le droit mais il est grand dernier. » L'hypothèque judiciaire va donc préparer et assurer l'exécution sur l'immeuble. Or, l'exécution sur l'immeuble est bien souvent le moyen le plus efficace pour le créancier d'obtenir paiement. « Il faut avoir à l'esprit qu'à l'heure actuelle, le justiciable a de moins en moins d'argent, de moins en moins de liquidités, de moins en moins d'effets saisissables ou de valeurs. Dans la majorité des cas, l'élément qui est le plus intéressant pour nous en termes de recouvrement, c'est le bien immobilier. Donc réellement, l'hypothèque c'est le moyen de pression par excellence quand on a une grosse dette et qu'on est face à quelqu'un qui est propriétaire de biens immobiliers » indique Me Belmudes.

Pour autant, il faut garder à l'esprit que la saisie immobilière est rarement première, les praticiens préférant recourir préalablement à des mesures mobilières. Les deux praticiens indiquent recourir par priorité aux saisies-attributions ou aux saisies mobilières, même si Me Belmudes reconnaît que « les saisies mobilières n'aboutissent pratiquement jamais car dans 95% des cas, le mobilier présent chez les personnes, à la vente judiciaire n'a absolument aucune valeur ». Pourtant, même avant qu'il ne soit question de saisie, l'hypothèque présente un intérêt que Me Kieffer décrit ainsi : « c'est moins agressif qu'une voie d'exécution type saisie-attribution. Ça peut aussi laisser une chance au débiteur. On ne va pas lui saisir son compte bancaire. Il peut continuer à vivre, à payer ses charges courantes, à payer son téléphone, son électricité, pouvoir se nourrir sans que ça l'affecte. Ça grève le bien. Et si le créancier n'est pas forcément pressé, il peut attendre d'abord une réaction et des offres de paiement que vont générer quelques mises en demeure. » Ainsi, outre un meilleur rang dans la saisie-immobilière, l'hypothèque judiciaire permet une attente sereine du créancier qui sait

⁷ CORNU Gérard, « Hypothèque », Vocabulaire juridique, 2020.

qu'il est garanti contre l'épuisement de son gage ou le concours d'autres créanciers. Me Belmudes souligne également qu'« il y a effet comminatoire qui est quand même intéressant. Vu que c'est une procédure qui est longue, s'il y a entre temps le désir de faire une vente amiable, on a toujours cette sauvegarde, cette sûreté. La purge amiable peut avoir lieu. »

Malgré ces avantages, l'hypothèque judiciaire reste une mesure complexe à mettre en œuvre pour le créancier. Interrogé sur la possibilité pour un profane de faire inscrire l'hypothèque sans l'assistance d'un praticien, Me Belmudes ironise : « il faut avoir accès aux informations, savoir lire les informations. C'est une pratique. Est-ce que demain, si vous donnez un bordereau avec juste le texte à quelqu'un avant, il pourrait le remplir ? On pourrait tester avec un stagiaire, je pense qu'il n'y arriverait pas. » Il s'agit en effet d'une sûreté à bordereau, qui suppose pour son inscription de disposer de nombreuses informations sur le bien. Me Kieffer les détaille ainsi : « On va vérifier s'il est seul propriétaire du bien : est-ce que c'est un bien en indivision ? Si c'est un bien en indivision, est-ce qu'on a un titre exécutoire à l'encontre de l'ensemble des indivisaires ou pas ? Si on n'a un titre exécutoire que contre un seul des indivisaires, il faudra bien préciser à notre client que l'hypothèque ne pourra porter que sur les droits indivis de cette personne et que si, dans le cadre d'un éventuel partage qui serait en cours, le bien venait à l'autre indivisaire, l'hypothèque n'aura pas d'effets. Et il faudra également vérifier si on est en présence d'un bien commun. Est-ce que le titre exécutoire n'est prononcé qu'à l'encontre d'un des époux ? Si c'est le cas, normalement la communauté en répond au fondement de l'article 2413, sauf les exceptions de 2415, si on est en présence d'une créance qui a pour source un prêt sans le consentement exprès de l'autre époux ou un engagement de caution sans le consentement exprès de l'autre époux, auquel cas, seuls les biens propres et les revenus sont engagés. Et donc, si vous, ne vérifiez pas ces éléments et que vous prenez votre hypothèque, vous allez vous heurter avec une difficulté, une demande de mainlevée de l'époux qui n'est pas concerné, qui visera 2412 et vous aurez l'air fin parce que vous n'aurez pas d'hypothèque. Donc il y a beaucoup de questions à se poser avant de prendre la garantie hypothécaire. »

Une telle procédure engendre nécessairement des frais : « ce sont des procédures assez techniques, complexes et fort coûteuses aussi, parce qu'il y a quand même beaucoup de fonds à avancer. Ce n'est pas facile dans le recouvrement, quand on est en fin procédure, d'avancer autant de fonds pour une procédure. Ce sont des avances qui peuvent être des avances à fonds perdu », indique Me Belmudes, ce qui justifie qu'on la réserve au recouvrement des créances d'un montant relativement élevé. A cela s'ajoutent des frais d'inscription mais Me Kieffer précise que « l'assiette de calcul du coût de l'inscription d'hypothèque, c'est le montant de la créance. Donc si la créance est petite, vous n'allez pas avoir un coût d'hypothèque qui est trop important. » Pour Me Belmudes, « On peut commencer à avoir cette démarche dès qu'on a des dossiers à partir de 50/60 000€. Pour Me Kieffer, en revanche, une telle procédure est déjà envisageable pour des créances de 6 ou 7000€. Le tableau des hypothèques judiciaires est donc celui d'une mesure aux nombreux avantages pratiques mais d'une assez grande complexité technique.

Ces constats ne sont néanmoins pas spécifiques à l'hypothèque attachée aux jugements. « Ce sont des questions que l'on va retrouver pour toutes les hypothèques et même pour toutes les sûretés à bordereau » admet Me Belmudes. Lorsque l'on cible spécifiquement l'hypothèque des jugements, ce qui ressort immédiatement des interviews réalisées est la moindre utilisation de celle-ci par rapport à son homonyme. Maître Belmudes reconnaît n'en avoir inscrit qu'une seule en 10 ans de carrière contre 2 par mois pour les hypothèques conservatoires. Maître Kieffer, plus familier des hypothèques des jugements, estime inscrire 10% d'hypothèques des jugements contre 90% d'hypothèques conservatoires. Comment expliquer ce désamour pour une institution pourtant plus ancienne, puisqu'on le verra, l'hypothèque des jugements était déjà présente dans le Code civil de 1804 et trouve ses origines dans l'ancien droit français alors que l'hypothèque conservatoire est née d'une loi du 12 novembre 1955 ? Les praticiens avancent plusieurs explications.

La première tient à la possibilité d'inscrire l'hypothèque conservatoire à titre provisoire avant même l'obtention d'un jugement. « Pour avoir un jugement ou une décision de justice aujourd'hui en France, ça prend quelques mois, voire davantage. Par conséquent, le bien immobilier, il peut partir dans la nature et si on ne prend pas la garantie tout de suite, on ne va pas faire preuve d'efficacité et de professionnalisme vis-à-vis du client » indique Maître Kieffer. Une autre explication tient à la méconnaissance de ce mécanisme par les praticiens. Comme l'indique Me Belmudes : « c'est quelque chose qui est très peu connu et que très peu de personnes utilisent. Quand je vois mes confrères ou même dans certains cabinets d'avocats qui pratiquent les hypothèques, celle-ci n'est prise que vraiment très à la marge ».

Pourtant, les deux praticiens s'accordent à dire que lorsqu'ils ont déjà obtenu un jugement, l'hypothèque des jugements est plus simple à prendre que l'hypothèque conservatoire. « Si on fait un comparatif entre les 2. Il y en a une où je suis obligé de faire un bordereau d'inscription provisoire puis une définitive donc je rallonge ma procédure d'autant alors que pour l'autre je ne fais qu'un seul élément ». Explique Me Belmudes. En effet, l'hypothèque conservatoire doit toujours faire l'objet de deux inscriptions successives, une provisoire puis une définitive, alors que l'hypothèque des jugements est prise définitivement en une inscription. Cela conduit Me Kieffer à indiquer : « ce que l'on préconise, c'est d'utiliser les dispositions de l'article 2412 du Code civil qui sont parfois peu utilisées, en tout cas peu connues ». Malgré cela, Me Belmudes reconnaît recourir à l'hypothèque conservatoire dans des hypothèses où il a obtenu un jugement qui lui permettrait d'inscrire l'hypothèque des jugements : « c'est ce qu'on fait quasiment tout le temps d'ailleurs. Alors qu'on pourrait passer directement par l'hypothèque des jugements ». Il évoque une raison très pratique liée à la méconnaissance de ce mécanisme par les services de la publicité foncière : « Pour tout vous dire, cette fois-ci où on avait choisi de faire cette hypothèque-là, le service de la publicité foncière n'avait pas du tout compris, ils ne doivent pas en voir beaucoup. Ils ne comprenaient pas sur quel fondement on demandait l'inscription, pourquoi on faisait comme ça et pas autrement ». Me Kieffer, quant à lui, n'est pas convaincu par un tel argument : « c'est un discours qui mériterait d'être vérifié parce que les services de la publicité foncière sont quand même animés par des gens

extrêmement compétents en publicité foncière et Dieu sait que la publicité foncière avec les 2 décrets du 4 janvier 55 du 14 octobre 1955, c'est très compliqué. [...] Enfin, moi toutes les hypothèques que j'ai pu prendre sur le fondement de l'article 2412, [...] je n'ai jamais eu la moindre difficulté [...] Donc ça à mon avis, c'est un mythe. »

Au contraire, il dénonce cette pratique des huissiers qui consiste à faire inscrire l'hypothèque conservatoire alors que le créancier dispose déjà d'un jugement qui permettrait directement l'inscription de l'hypothèque des jugements : « Auprès des confrères, quand je fais des formations, je leur dis : si vous ne savez pas faire, adressez-vous plutôt à des avocats qui maîtrisent ces matières plutôt qu'à l'huissier de justice parce que l'huissier de justice, il a une façon de faire – alors c'est peut être par méconnaissance ou peut être par intérêt, je ne sais pas, je ne prends pas position - mais lui il va utiliser les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution, ce qui va générer une première inscription d'hypothèque judiciaire provisoire qui va lui générer des émoluments. Il va ensuite [...] convertir la publicité provisoire en définitive ce qui lui fera une 2^{ème} rémunération, alors qu'avec 2412, il y en a qu'une. » Une telle pratique a pour effet de générer des frais inutiles qui seront mis à terme à la charge du débiteur.

Cela crée une différence de traitement difficile à justifier qui interroge nécessairement l'articulation entre ces deux institutions : pourquoi un même jugement permet-il de prendre deux hypothèques judiciaires différentes ? Une telle coexistence ne peut se comprendre que si les deux mécanismes diffèrent fondamentalement par leur nature, auquel cas le recoupement de leurs champs d'application, bien que regrettable en pratique, serait justifié. A ce titre, Me Kieffer fait état d'une proposition de requalification de l'hypothèque des jugements : « si vous avez eu l'occasion de travailler sur le projet de réforme du droit des sûretés de l'association Henri Capitant, vous verrez qu'on redonne son véritable nom à cette hypothèque, qu'on qualifie judiciaire pour la qualifier de légale ». Forte de cette nouvelle qualification, l'hypothèque des jugements serait légale, alors que l'hypothèque conservatoire resterait judiciaire, justifiant ainsi leur existence concurrente, malgré les difficultés pratiques que cela entraîne. Cette remise en cause de la qualification légale nous pousse à prudemment désigner l'hypothèque des jugements par l'appellation « hypothèque dite judiciaire » dans l'intitulé de ce mémoire, respectant ainsi tout aussi bien la qualification du Code que les interrogations qui l'entourent.

Il est toutefois bien certain qu'avant de porter un avis critique sur cette institution, il faut essayer de la comprendre, surtout lorsqu'il s'agit d'une institution aussi ancienne que l'hypothèque des jugements. S'il est vrai que tradition n'est pas raison, le développement historique est la clef de compréhension de son fonctionnement en droit positif et de la concurrence qu'elle subit de la part de l'hypothèque judiciaire conservatoire. Une fois soulignée toute l'originalité du mécanisme qui sous-tend l'hypothèque des jugements (**PARTIE 1**), il sera possible d'éprouver la différence qui la sépare de l'hypothèque conservatoire afin de savoir s'il est opportun de maintenir les deux systèmes concurrents. Cette analyse permettra d'établir s'il y a là deux mécanismes fondamentalement

différents mais qui se recoupent de manière fortuite ou si au contraire les deux institutions sont trop proches pour justifier leur coexistence. Autrement dit, s'il n'y a là qu'une seule et même institution, divisée par les circonstances historiques et dont les deux branches se sont développées parallèlement. S'étant convaincu de l'existence d'un mécanisme commun, il sera possible d'envisager une jonction (**PARTIE 2**).

PARTIE 1 : ORIGINALITE DE L'HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS DE CONDAMNATION

Avant de porter la moindre appréciation critique sur l'hypothèque des jugements, il faut comprendre ce qui en fait l'originalité. Ce n'est qu'une fois les points d'originalité de son régime identifiés qu'il sera possible d'éprouver son utilité, en particulier à côté de l'hypothèque conservatoire. Cette analyse ne peut se faire qu'au regard de son émergence depuis l'ancien droit (**Titre 1**) pour parvenir à l'actuel article 2412 du Code civil (**Titre 2**).

Titre 1 : Construction historique

Il s'agit ici de montrer comment l'hypothèque judiciaire s'est construite dans la mesure où une grande partie de son régime trouve son explication dans le processus historique qui a conduit à l'actuel article 2412. Que ce soit son champ d'application très particulier ou encore la manière dont l'obligation d'inscription assortie d'une faculté de réduction a été progressivement imposée à l'hypothèque des jugements, l'originalité du régime ne peut se comprendre qu'à la lumière de sa construction. Partant de sa naissance, marquée par les oppositions doctrinales (**Chapitre 1**), on montrera comment l'hypothèque des jugements a connu une adaptation progressive de son régime (**Chapitre 2**) pour parvenir jusqu'au droit positif.

Chapitre 1 : Des conditions de naissance contestées

L'adjectif contesté ne décrit que trop bien la construction historique de l'hypothèque des jugements. Contestée d'abord parce que les auteurs ne s'accordent pas sur ses origines exactes dans l'ancien droit (**Section 1**). Contestée encore, car dès son intégration au Code civil, elle a fait l'objet d'une critique des plus virulentes (**Section 2**).

Section 1 : Origines incertaines dans l'ancien droit

Au XIX^{ème} siècle, l'hypothèque judiciaire a fait l'objet d'un très vif débat ce qui a donné naissance à une doctrine nourrie qui s'est longuement penchée sur la question de son origine historique. Le juriste français, habitué à rechercher les origines de ses institutions en droit romain sera déçu (§1). Malgré des institutions proches en droit romain, il semble que l'hypothèque des jugements, dans la version qui est parvenue au Code civil, soit issue de l'ancien droit coutumier français (§2).

§1 L'absence de paternité romaine

Il existe en droit romain les institutions dont on a pu dire qu'elles constituaient l'origine de l'hypothèque des jugements de condamnation. Si elles présentent des similitudes évidentes, il faut en souligner les différences pour en conclure, comme la plupart des auteurs, que l'hypothèque judiciaire n'a pas véritablement d'origine romaine tant la philosophie qui sous-tend les mécanismes romains est différente de celle qui fonde l'hypothèque des jugements. Si certains auteurs comme Basnage⁸ ont pu tenter de rapprocher l'hypothèque judiciaire des mécanismes romains de *pignus praetorium* et *pignus judiciaire*, il semble désormais majoritairement admis que l'hypothèque judiciaire ne tient d'aucunes de ces deux institutions et constitue une création française d'inspiration germanique. Pour montrer cela, plusieurs auteurs reviennent de manière très méthodique sur le *pignus praetorium* et le *pignus judiciaire* afin de bien distinguer la logique qui les sous-tend de celle qui irrigue l'hypothèque judiciaire, telle que l'on la trouve dans le Code civil.

1. Le *pignus praetorium* désigne le droit de saisine générale accordé au créancier sur le patrimoine du débiteur. Il résulte de l'envoi en possession prononcé par décret du préteur ou du gouverneur de province. Cet envoi en possession (qu'on désigne par les termes *missio in bona*, *missio in bonorum possessionem* ou encore *rei servanda causa*) était accordé dans les cas suivants : lorsque le débiteur avait été condamné (*judicatus*), lorsqu'il avait reconnu la dette devant le magistrat (*confessus in jure*) ou quand il ne comparaisait pas et n'était pas représenté (*indefensus*). L'envoi en possession faisait naître au profit de la masse d'une part un droit de détention matérielle (*custodia*) et un droit de gage : le *pignus praetorium*. Ces droits concernaient alors tous les biens présents du débiteur. Néanmoins, les droits résultant de l'envoi en possession bénéficiaient non pas à un créancier mais bien à la masse ou l'union des créanciers. Aucune prérogative supplémentaire ou exclusive n'était accordée à celui des créanciers qui avait requis l'envoi en possession en premier. Tous les créanciers pouvaient s'adjoindre et réclamer le bénéfice du décret rendu. Le concours des autres créanciers était possible s'ils se faisaient connaître avant la vente du patrimoine du débiteur (*venditio bonorum*). Le profit de la vente était ensuite réparti entre les créanciers. Contrairement à l'hypothèque judiciaire de l'article 2123 (qui elle était connue à Rome), le *pignus praetorium* ne confère pas de droit de préférence au créancier qui obtient le jugement de condamnation. Ce n'est qu'une mesure conservatoire des biens qui constituent le gage commun et qui organise au contraire leur concours.

2. Le *pignus judiciaire* ou *pignus ex causa judicati captum* ressemble d'avantage, par la logique qui le sous-tend, à notre hypothèque judiciaire bien que les auteurs semblent plutôt réfuter l'idée d'un lien de filiation. Chez Planiol on trouve tout de même l'idée que « l'hypothèque judiciaire dérive, en réalité de l'ancien *pignus ex causa judicati captum* des Romains, que nos auteurs appelaient *pignus judiciaire* »⁹. C'est une voie d'exécution qui a été introduite postérieurement comme voie subsidiaire

⁸ BASNAGE Henry, *Traité des hypothèques*, 1678. On y trouve dans un même chapitre VII les gages prétoriens et judiciaire romains et l'hypothèque qu'emportent désormais les jugements et sentences, laissant entendre qu'il s'agit d'une seule et même institution.

⁹ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.*

pour éviter le renouvellement trop fréquent de procédures longues et les effets rigoureux de l'envoi en possession (le débiteur était dépouillé de ses droits politiques, il s'agissait pour lui d'une procédure infâmante). On l'utilisait dans le cas particulier ou le débiteur était récalcitrant (mauvais payeur) mais solvable. Dans ce cas, il n'était pas nécessaire de priver le débiteur de tout son patrimoine ni d'associer tous les créanciers. Dans ce cas particulier, quand le créancier vient se plaindre au prêteur de l'inexécution du jugement, il ne prononce pas l'envoi en possession mais simplement une saisie partielle des biens qui peut s'exécuter sur tous les biens mais ne peut porter sur les immeubles qu'à défaut de meubles. Une fois exécutée, elle emporte tous les effets de l'hypothèque, y compris un droit de préférence au profit du créancier qui l'a obtenue. Au bout de 2 mois, si le débiteur ne s'est pas exécuté, les biens sont vendus. Cette institution a été nommée *judiciaire* par la doctrine alors que cette qualification n'apparaît pas dans les textes. Cela traduit qu'elle fortifie le jugement ou est la conséquence d'un jugement. Pourtant, elle n'est pas prononcée par le *judex* mais bien par le prêteur qui connaît seul de l'exécution de la chose jugée. A la différence de notre hypothèque judiciaire, il faut un ordre particulier du magistrat et l'exécution sur les immeubles n'est que subsidiaire. En outre, si la ressemblance tient surtout au droit de préférence conféré au créancier, celui-ci risque assez peu de porter atteinte aux droits des autres créanciers dans la mesure où il ne peut être accordé que dans l'hypothèse où le débiteur est solvable.

En réalité, aucune de ces deux institutions ne correspondent à notre hypothèque judiciaire. De manière générale, il est admis qu'elle n'a pas d'origines romaines mais tient bien sa source dans l'ancien droit français.

§2 L'apparition dans l'ancienne coutume française

Une fois écartée la piste romaine, il faut retracer, dans les anciennes coutumes françaises, les manifestations de l'apparition de notre hypothèque et, autant que possible, expliquer la raison de l'apparition de ce mécanisme et ses évolutions jusqu'au Code civil.

3. Les auteurs du XVIII^{ème} attribuaient sa création à l'Ordonnance de Moulins de 1566, on la trouve en effet à l'article 53, qui fit de l'hypothèque judiciaire une mesure générale mais un certain nombre de Coutumes avaient déjà pris cette initiative. En 1510, dans la coutume de Paris, on trouve déjà un article 78 rédigé ainsi : « une cédule privée qui porte promesse de payer emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement ». Planiol en relève des mentions plus anciennes encore dans Beaumanoir au XIII^{ème} siècle et dans la Très Ancienne Coutume de Bretagne au début du XIV^{ème} siècle.¹⁰ Cette règle est le pendant de l'hypothèque que l'on attachait déjà aux actes notariés. En effet, on considérait que tout acte notarié emportait une hypothèque tacite. Dès lors, il aurait été injuste d'en priver les créances reconnues devant un juge. Jules Challamel¹¹ explique ces règles de la manière suivante. Pour lui, l'ancien droit français organisait

¹⁰ Chapitre 306 : « Les autres obligations et jugiez doivent estre exécutez et paieiz chescun selon la obligation ou jugié qui fust du premier temps, qar le premier temps doit estre le premier exécuté et paie. »

¹¹ CHALLAMEL Jules, L'hypothèque judiciaire, étude critique de législation française et étrangère, 1881.

non pas le concours des créanciers, mais la priorité selon la date de naissance de leur créance. Cette idée était exprimée par l'adage « Qui s'oblige, oblige le sien ». Le débiteur, lorsqu'il s'engage, engage nécessairement son patrimoine et notamment son immeuble en garantie du paiement. Dès lors, tout engagement postérieur ne pourra qu'être primé par le précédent, le bien étant déjà engagé par ce dernier. Cette règle avait du sens dans une société où les relations contractuelles s'effectuaient dans un cercle social suffisamment restreint pour que chacun ait connaissance des engagements pris précédemment par son débiteur. Toutefois, pour que la priorité puisse être accordée, il fallait que la date de naissance de la créance soit certaine, d'où la priorité accordée aux créances reconnues par acte notarié. La date d'une créance reconnue devant le juge étant tout aussi certaine, il était logique d'étendre l'hypothèque à cette hypothèse. Chez d'autres auteurs, on trouve une autre justification de l'hypothèque des actes notariés. Elle serait l'expression de ce que la stipulation d'hypothèque dans les contrats notariés était devenue si classique qu'elle devait être sous-entendue. Il s'agirait donc d'avantage d'une hypothèque conventionnelle tacite que d'un effet attaché par la loi à l'acte notarié. C'est notamment l'idée défendue par Pothier : « Les hypothèques conventionnelles sont celles qui naissent des actes des notaires. Ces hypothèques peuvent être appelées conventionnelles, parce que la convention par laquelle celui, qui, par cet acte, contracte quelque engagement envers un autre, convient de lui hypothéquer ses biens, présents et à venir, pour la sûreté de cet engagement, ou est exprimée par ces actes, ou y est sous-entendue. »¹²

4. Par ailleurs, on peut noter qu'en parallèle du développement de l'hypothèque judiciaire subsistait dans les coutumes le *pignus judiciaire* romain qui ont ainsi longtemps coexisté, preuve s'il en est qu'il s'agit bien de deux institutions distinctes. A ce propos, Pothier écrit sur l'article 441 de la coutume d'Orléans : « le créancier qui le premier saisit ou arrête les effets du débiteur, acquiert sur les effets saisis ou arrêtés un droit de gage judiciaire, *pignus judiciaire*, qui le rend, sur lesdits effets, préférable aux autres créanciers ». Il précise que ce droit de gage ne jouait pas en cas de déconfiture du débiteur pour éviter la fraude¹³. En droit moderne, on retrouve cette dualité en ce que l'hypothèque judiciaire existe à côté des saisies mais il n'existe plus aujourd'hui de privilège du premier saisissant. Ce dernier a disparu au profit des saisies immobilières pour être limité aux saisies mobilières quand les ordonnances royales ont consacré l'hypothèque des jugements.¹⁴ Pour ce qui est des ordonnances royales, déjà en 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterêts, en ses articles 92 et 93, reprend l'article 78 de la Coutume de Paris en le généralisant, confirmant ainsi ce qui existait déjà à Paris et dans certaines autres coutumes. Ainsi, jusqu'en 1566, on connaissait déjà une partie de la future hypothèque judiciaire du Code Napoléon à savoir celle attachée aux créances reconnues dans un jugement. Néanmoins, cette hypothèque n'était alors pas encore attachée aux jugements à proprement parler soit aux jugements de condamnation. Ironiquement, des deux, c'est ce deuxième volet qui a survécu. L'ordonnance de Moulins fait le dernier pas en attachant l'hypothèque à tout

¹² POTHIER Robert-Joseph, *Traité des hypothèques*, 1824. p. 526

¹³ *Ibid.*, p.637

¹⁴ CHALLAMEL Jules, *op. cit.* n°17

jugement productif d'obligations. L'article 53 est formulé ainsi : « Dès lors et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécution du jugement ou arrêt sur lui obtenu ». Par la suite, l'ordonnance de 1667, titre 35 des requêtes civiles et une déclaration du 2 janvier 1717 sont venues apporter des précisions ou des modifications légères à ce dispositif.

Section 2 : Codification et remise en question

§1 De l'article 2123 du Code Napoléon à la réforme de 1955

Les choix des rédacteurs du Code civil en matière d'hypothèque judiciaire sont suffisamment surprenants pour qu'on s'y arrête puisqu'ils n'ont consacré qu'une partie de l'hypothèque coutumière à savoir celle des jugements, laissant de côté l'hypothèque des actes notariés qui était pourtant historiquement première, ce qui change assez fondamentalement la raison d'être de cette institution.

5. Le droit révolutionnaire n'a pas remis en question l'hypothèque judiciaire. S'il s'agissait bien d'un privilège, celui-ci n'était pas féodal si bien que le droit révolutionnaire le conserva en l'état sans discuter de sa pertinence. On retrouve sa trace dans deux lois hypothécaires. La loi du 9 Messidor an III consacre une section à l'hypothèque judiciaire qui ne fait que reproduire les dispositions que l'on trouvait dans les anciennes ordonnances royales. En revanche, la loi du 11 Brumaire an VII modifie assez substantiellement notre hypothèque judiciaire. En effet, on vient assujettir l'hypothèque judiciaire aux deux grands principes du droit nouveau de l'hypothèque que sont la publicité et la spécialité. La publicité d'abord en ce que l'hypothèque judiciaire doit désormais être inscrite. La spécialité ensuite en ce que l'hypothèque judiciaire ne peut plus porter que sur les immeubles présent à l'exception des immeubles à venir.¹⁵ Déjà à cette époque, on remarque que c'est l'hypothèque des jugements qui est présentée comme la règle principale et l'hypothèque des actes notariés comme son corollaire, à rebours de leur origine historique. L'exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI dit que le notaire « est un juge volontaire » ce qui justifie que l'on accorde l'hypothèque judiciaire aux actes notariés.

6. Le Code civil¹⁶ n'a pas gardé toutes les innovations révolutionnaires en matière d'hypothèque judiciaire : s'il conserve l'obligation d'inscription, il rend toute sa généralité à l'assiette

¹⁵ Les articles 3 et 4 de cette loi sont ainsi rédigés :

« Art. 3. — L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription : 1^o pour une créance consentie par acte notarié; 2^o pour celle résultant d'une condamnation judiciaire ; 3^o pour celle qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été reconnue ou déclarée telle par un jugement... »

« Art. 4. — L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors du jugement... »

¹⁶ Article 2123 : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées.

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

de l'hypothèque judiciaire qui peut à nouveau porter sur les biens futurs du débiteur. En outre, le Code Civil continue de détacher l'hypothèque judiciaire de son origine historique en ne consacrant cette fois plus que celle des jugements à l'exception de celle des actes notariés, que le législateur révolutionnaire commençait déjà à présenter comme une règle accessoire, une extension de l'hypothèque des jugements, ce qu'elle n'était pas historiquement. Cela s'explique par le fait que les rédacteurs du Code civil adoptent la vision selon laquelle l'hypothèque des actes notariés est en réalité une hypothèque conventionnelle tacite. Dès lors, plutôt que d'imposer aux parties un usage, on préfère leur laisser le choix de stipuler ou non une hypothèque conventionnelle. On recentre ainsi l'hypothèque judiciaire sur les jugements ce qui a pour effet d'en modifier légèrement la finalité. Plutôt que de s'attacher à des actes parce qu'ils présentent un certain degré de certitude en particulier quant à leur date, il s'agit d'attacher une qualité, une vigueur à la décision de justice, la *juris dictio*. Ce mouvement sera encore prolongé par la réforme de 1955 qui retranche encore les jugements en vérification d'écriture. En effet, seulement quelques années après son entrée dans le Code civil, l'hypothèque judiciaire a commencé à être critiquée. « Aucune partie du Code Napoléon ne fut alors plus vivement attaquée que le titre des privilèges et hypothèques. Ce devint une conviction très répandue que notre régime hypothécaire était déplorable. En 1827, Casimir Périer le trouvait si vicieux qu'il ouvrit spontanément un concours sur les modifications qu'il fallait y faire, et promit au meilleur travail un prix de trois mille francs. [...] L'hypothèque judiciaire eut sa part dans les accusations dirigées contre tout notre système hypothécaire. »¹⁷.

§2 La controverse du XIX^{ème} siècle

L'hypothèque des jugements a donc été au XIX^{ème} siècle au cœur d'une importante controverse doctrinale, qui a bien failli mener à sa suppression ou son remplacement. Il s'agit ici de retracer au mieux les différents arguments qui se sont opposés ou ont défendu cette hypothèque car nombreuses de ces critiques ont été prises en compte lors de la réforme de cette institution.

7. Les critiques adressées à l'hypothèque judiciaire prennent alors principalement deux directions. On lui reproche d'une part d'être inefficace, de ne pas remplir sa finalité et d'autre part de créer des effets pervers en particulier pour le débiteur. La finalité de l'hypothèque judiciaire, on y reviendra¹⁸, est double. Dans l'intérêt de la société, elle assure l'exécution des jugements et dans l'intérêt du créancier, elle protège le créancier contre l'épuisement de son gage. Pour chacun de ces buts, l'hypothèque des jugements se heurte à un obstacle majeur : pendant tout le temps que dure le procès, le débiteur dispose d'un temps long pour aliéner ses biens et faire disparaître le gage. Une fois le jugement rendu exécutoire, il ne reste plus d'immeuble sur lequel inscrire l'hypothèque et exécuter le jugement. Même en permettant d'inscrire l'hypothèque dès le jugement rendu avant

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français ; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. »

¹⁷ LABROÛE DE VAREILLES-SOMMIÈRES Gabriel, *L'hypothèque judiciaire : son passé, son présent, son avenir*, 1871.

¹⁸ Cf. infra n°82

même qu'il soit exécutoire, et c'est la solution qui a été retenue pour l'interprétation de ce texte, le temps du procès laisse toujours au débiteur le loisir d'aliéner ses immeubles avant que l'hypothèque n'ait pu être inscrite. En effet, on ne trouvait pas en droit français de procédure de faillite civile qui emporte le dessaisissement du débiteur. En réalité, même la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire que l'on trouve en droit positif dans le Code de la consommation et qui emporte le dessaisissement du débiteur¹⁹ n'est qu'une procédure volontaire à destination des débiteurs de bonne foi²⁰. Elle n'est d'aucun recours contre les débiteurs de mauvaise foi. C'est finalement en considération des débiteurs animés par l'esprit de fraude que sera créée l'hypothèque judiciaire conservatoire.

8. Plus encore, si elle permet à certains créanciers de préserver leur gage, cela crée entre eux des préférences qui n'ont pas été consenties par le débiteur. Il se peut même qu'ils obtiennent ainsi une hypothèque que le débiteur leur avait refusée conventionnellement. Mais il faut sans doute garder à l'esprit que la relation entre le débiteur et le créancier n'est plus la même que lorsque le débiteur a refusé cette garantie. On se trouve désormais en présence d'un débiteur qui devrait payer et ne paye pas et qu'il faut condamner. En outre, l'hypothèque judiciaire a l'avantage de permettre à certains créanciers d'accéder à un privilège dont ils étaient privés en raison de la nature de leur créance, comme c'est le cas dans la réparation d'un accident ou d'une infraction. Il faut en revanche bien mesurer que le premier à obtenir un jugement et à inscrire son hypothèque aura le meilleur rang, dans une logique de paiement au prix de la course. Cette préférence pourrait être justifiée par l'adage *Jura Vigilantibus, tarde venientibus ossa* : aux vigilants les droits, aux retardataires les os²¹. Il convient de récompenser le créancier le plus diligent.

9. Mais l'hypothèque des jugements ne suit pas parfaitement cette logique. En effet, dépendamment de l'affaire, de la juridiction, des contestations élevées par le débiteur, le jugement interviendra après plus ou moins de temps. Or, si deux créanciers ont introduit leur action en même temps, l'un obtiendra une préférence sur l'autre qui n'est pas justifiée par son manque de diligence. Cette modification parfois jugée injuste de la situation respective des créanciers les encourage à agir en justice pour obtenir cette garantie ce qui crée à son tour des effets pervers à l'égard du débiteur. En effet, plutôt que d'attendre un paiement spontané, les créanciers sont encouragés à agir en justice contre le débiteur pour pouvoir inscrire une hypothèque. Ce reproche n'est pas totalement fondé car il oublie que le créancier qui prend l'hypothèque peut au contraire attendre sereinement plutôt que de procéder immédiatement à une saisie qui acculerait le débiteur. On a pu dire en outre que l'hypothèque judiciaire était fatale au crédit du débiteur en ce qu'elle grève tous ses immeubles présents et à venir, ceci même pour garantir une créance modeste, ce qui peut aboutir à une

¹⁹ Code de la consommation article L742-9 du

²⁰ Code de la consommation articles L742-2 et L742-3

²¹ On le trouve encore sous la forme *jura vigilantibus, non dormientibus prosunt* voire abrégé *lex vigilantibus* : la loi protège les vigilants, pas ceux qui dorment, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 1992 n°180 et 181

disproportion. Cette situation a pu être effectivement corrigée par la suite par le décret-loi de 1955 qui impose une inscription spéciale.²²

10. Malgré ces critiques, l'hypothèque judiciaire ne fut pas supprimée et ce alors qu'en 1850, une commission fit une proposition de réforme du régime hypothécaire en vue de sa suppression sans d'ailleurs proposer de substitut. Le Conseil d'Etat et l'Assemblée nationale étaient alors favorables à sa disparition et ce sont les tribunaux qui ont fait entendre leur voix contre cette réforme. C'est finalement la marche de l'histoire qui gracie l'hypothèque judiciaire puisque la troisième lecture du texte devant l'assemblée après ces modifications n'a jamais pu avoir lieu. La deuxième lecture avait eu lieu le 22 février 1851 si bien que les événements politiques ont empêché l'examen et le vote, mettant un terme à cette réforme hypothécaire. « On a discuté, on discutera longtemps pour savoir si ces événements politiques ont sauvé la France ; il est toujours bien certain qu'ils ont sauvé l'hypothèque judiciaire » écrit Vareilles-Sommières²³. Par la suite, le projet Darlan de 1896 proposait à nouveau dans son article 29 sa suppression et un nouveau projet discuté devant le Sénat le 23 octobre 1908 proposait d'annuler l'hypothèque judiciaire lorsqu'elle était obtenue en reconnaissance de l'état de déconfiture du débiteur. Aucun de ses projets n'a abouti, il faut attendre le décret-loi de 1955, qui trouve quant à lui une voie de compromis. Et ce alors que dans de nombreux Etats voisins, l'hypothèque judiciaire avait déjà été abandonnée.²⁴

Chapitre 2 : Une adaptation progressive du régime

Face aux critiques élevées contre l'hypothèque judiciaire, le législateur français a fait le choix non de la suppression mais de la réforme. Celle-ci a bénéficié de l'expérience des pays voisins de la France qui avaient eux-mêmes réformé ou supprimé l'hypothèque judiciaire (**Section 1**) et a pris la forme d'un rééquilibrage de cette institution à laquelle on reprochait tous les excès (**Section 2**).

Section 1 : L'influence des droits étrangers

Il s'agit ici de montrer que si l'hypothèque des jugements a survécu en France, de nombreux pays, qui avaient adopté un régime hypothécaire inspiré du Code civil n'ont pas hésité à la supprimer (§1) tandis que d'autres l'ont modifiée (§2). Il ne fait pas de doute que la réforme opérée en France en 1955 s'est inspirée des options retenues par différents pays voisins au cours du XIX^{ème} siècle²⁵. Ces options, si elles méritent d'être examinées pour comprendre les choix du législateur de 1955, ne reflètent cependant pas nécessairement l'état du droit en vigueur aujourd'hui dans ces pays. Par ailleurs, en Allemagne comme en Suisse, le processus d'abandon de l'hypothèque judiciaire a débuté avant l'adoption d'un droit hypothécaire unique pour tout le pays, il se peut donc que certains Länder/Cantons présentent des originalités qu'il est important de souligner.

²² Cf. infra n°22

²³ LABROÛE DE VAREILLES-SOMMIÈRES Gabriel, *L'hypothèque judiciaire* : son passé, son présent, son avenir, 1871.

²⁴ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958. n°633

²⁵ CHALLAMEL Jules, *L'hypothèque judiciaire, étude critique de législation française et étrangère*, 1881 n° 40 à 61. On doit au travail de cet auteur un recensement très complet des évolutions législatives sur ce point en Europe au XIX^{ème}

§1 Les pays ayant supprimé l'hypothèque des jugements

De nombreux pays ont supprimé l'hypothèque judiciaire au cours du XIX^{ème} siècle. Certains l'ont remplacée par d'autres mécanismes permettant de garantir les droits du créancier titulaire d'un titre exécutoire sur les biens immobiliers du débiteur. Dans d'autres pays, elle a été purement et simplement abandonnée voire n'a jamais existé.

11. En Espagne, l'hypothèque judiciaire a été supprimée par la loi hypothécaire du 8 février 1861. Le droit espagnol lui a alors substitué un système d'annotations préventives, en vertu duquel le créancier titulaire d'un titre exécutoire est doté, non pas d'un droit d'hypothèque, mais d'une faculté d'opposition. Cette faculté porte aussi bien sur les aliénations postérieures du bien que sur l'exécution sur le bien de créances chirographaires nées après l'annotation. C'est un système similaire qui a été proposé en France à l'Assemblée en 1850 pour se substituer à l'hypothèque judiciaire. Dans ce projet, le créancier ayant obtenu un titre exécutoire est autorisé à faire opposition immobilière contre toute inscription immobilière ou vente effectuée à son préjudice postérieurement à son titre. Toutefois, l'opposition immobilière, pas plus que l'annotation préventive espagnole de 1861, n'emporte de droit de préférence.

12. Dans certains pays, on a continué à trouver au XIX^{ème}, parallèlement à l'hypothèque judiciaire ou en son absence, un privilège du premier saisissant, descendant direct du *pignus giudiciale* romain que le droit français avait aboli au XVI^{ème} siècle²⁶. C'est le cas de la ville de Frankfort, des cantons suisses de Fribourg, Neuchâtel, Berne et de Vaud. C'était également le cas du canton d'Argovie mais il l'a supprimé par la loi du 26 mai 1855. Toutefois, dans certains pays où l'hypothèque judiciaire a été abandonnée ou n'a jamais eu cours, ce privilège du premier saisissant a pu en être l'alternative. En Suède, si la loi de 1875 a fait disparaître l'hypothèque judiciaire générale, elle a laissé subsister un privilège du premier saisissant. L'article 6 est rédigé ainsi : « Lorsqu'en vertu d'une créance non encore inscrite, un immeuble a été l'objet d'une saisie suivie d'une adjudication, le créancier saisissant a droit de préférence sur le prix comme s'il eut obtenu inscription le jour de la saisie. » De la même façon, s'il n'existe pas au Danemark d'hypothèque judiciaire, la loi du 28 mars 1845 prévoyait un privilège au premier saisissant. Cette disposition a également inspiré le droit norvégien. Au Portugal, les rédacteurs du Code civil du 1^{er} juillet 1867 ont décidé ne pas y intégrer d'hypothèque judiciaire mais ils ont attaché un droit de préférence à la saisie.²⁷

13. Enfin, dans certains pays, l'hypothèque judiciaire a été purement et simplement abandonnée sans qu'aucun mécanisme n'en soit vraiment le substitut direct. Les Pays-Bas avaient connu l'hypothèque au travers du Code Napoléon promulgué par Louis Bonaparte, frère de Napoléon I^{er}, devenu Roi de Hollande en 1806. Ils l'ont supprimée par les lois hypothécaires du 28

²⁶ Cf. supra n°4

²⁷ Article 836 du code civil portugais de 1867 : « le créancier saisissant acquiert, par la saisie, le droit d'être payé par préférence à tout autre créancier qui n'aurait ni hypothèque, ni privilège antérieur ».

avril 1834 lesquelles furent ensuite intégrées dans le Code civil de 1838. Ils ne connaissent dès lors plus que l'hypothèque conventionnelle et légale. La Belgique, parce qu'elle était française de 1795 à 1814, a connu le Code civil français depuis sa promulgation et avec lui l'hypothèque judiciaire. Elle l'a toutefois supprimée par la loi du 16 décembre 1851. On a considéré que le jugement n'avait pas à modifier la nature des droits du créancier. S'il était chirographaire, il ne peut pas obtenir une priorité du seul jugement. Les premiers projets de cette loi, qui furent rédigés à l'époque où la France envisageait elle-même une telle réforme, proposaient un système d'opposition immobilière comparable à celui du projet français de 1850. Cette proposition, perçue comme une demi-mesure, n'a pas été retenue. La jurisprudence belge a toutefois admis que si le débiteur avait promis au créancier de constituer à son profit une hypothèque conventionnelle par acte notarié, le jugement qui constate cette promesse pouvait permettre l'inscription de cette hypothèque²⁸ mais il ne s'agit là que de l'exécution forcée de la promesse et non pas d'une réelle hypothèque judiciaire.

14. En Roumanie, le Code civil du 4 décembre 1864 est largement inspiré du Code Napoléon mais en ce qui concerne le régime hypothécaire, il a beaucoup emprunté à la loi hypothécaire belge de 1851. On n'y trouve donc pas d'hypothèque judiciaire. En Suisse, certains cantons n'ont jamais connu l'hypothèque judiciaire. C'est le cas des cantons d'Argovie, de Zurich, de Thurgovie et du Valais mais aussi des Länder allemands de Hanovre, Nassau, Mecklembourg et de la ville libre de Brême. On n'y connaît que l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque légale. Quant à Genève, elle était régie par le Code civil mais a abrogé l'article 2123 par une loi du 6 janvier 1851 abrogeant l'hypothèque judiciaire : « L'hypothèque judiciaire, telle qu'elle est établie par les Codes et lois actuellement en vigueur, est abolie. En conséquence, n'emporteront plus hypothèque les jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, [...] ni généralement tous les actes judiciaires auxquels la loi attribue l'hypothèque judiciaire ». On ne trouve plus aujourd'hui ni en Suisse ni en Allemagne, d'hypothèque judiciaire²⁹.

§2 *Les pays ayant modifié l'hypothèque des jugements*

Dans plusieurs pays, l'hypothèque judiciaire, qui avait été importée avec le Code civil a été conservée mais elle a été modifiée.

15. Certains pays ont réduit son champ d'application aux seuls jugements sur cause litigieuse. C'est le cas du Tessin, dans son Code civil du 1^{er} janvier 1838, qui prévoyait à l'article 1153 une hypothèque des jugements recentrée sur les jugements contentieux. On remarque que c'est cette option qu'a retenue le législateur français en 1955. On retrouve une limite similaire dans le Code civil italien du 2 avril 1865 qui la réserve à « tout jugement portant condamnation au paiement d'une somme, à la délivrance d'objets mobiliers ou à l'accomplissement d'une autre obligation pouvant se résoudre en paiement de dommages »³⁰. On remarque qu'ils introduisent également une

²⁸ Bruxelles, 22 décembre 1859.

²⁹ AYNÈS Laurent, CROCQ Pierre et AYNÈS Augustin, *Droit des sûretés*, 2020. n°415

³⁰ Code civil italien de 1865 article 1970

distinction selon les créances, que le droit français n'a jamais connue. En Pologne, l'hypothèque est resserrée par une loi du 29 avril 1818 sur le jugement définitif. On permet toutefois au détenteur d'un jugement non encore définitif de faire inscrire un avertissement au registre foncier, lequel fera remonter la date d'inscription de l'hypothèque à sa date si le jugement n'est pas réformé. Cette logique a été partiellement reprise, non pas pour l'hypothèque des jugements³¹ mais pour l'hypothèque conservatoire. Celle-ci ne peut être inscrite définitivement qu'avec un titre exécutoire tel un jugement définitif mais on permet une inscription provisoire sur la base du jugement non encore définitif.

16. En Suède, les lois foncières de 1875 ont supprimé l'hypothèque attachée à tous les jugements mais elles en ont réservé le bénéfice aux jugements rendus en matière criminelle et qui condamnent au paiement de dommages-intérêts, dont l'exécution est considérée comme particulièrement importante. On peut également noter que l'Autriche a quant à elle consacré dans son Code de procédure civile du 1^{er} mai 1791 non pas seulement l'hypothèque des jugements mais encore celle des actes notariés revêtus de la formule exécutoire (*executorische Klausel*) que le Code civil français avait écartée. Une autre limitation qui est apparue concerne cette fois-ci non pas directement le titre mais l'inscription qui doit désormais être spéciale quant aux immeubles, qui doivent chacun être désignés dans l'inscription. Quant aux immeubles futurs, ils ne peuvent faire l'objet de l'inscription qu'au fur et à mesure de leur acquisition. C'est là encore le choix du Code civil italien de 1865³² et c'est cette solution que va adopter le législateur français de 1955. Certains pays sont toutefois allés plus loin. En Prusse, dans le régime institué par les lois du 5 mai 1872, si le créancier veut faire inscrire son hypothèque sur plusieurs immeubles, on va exiger qu'il fractionne son titre et n'inscrive qu'une partie de sa garantie, déterminée par lui, sur chaque immeuble. Chaque immeuble ne pourra pas répondre du tout, si bien que chaque portion de la créance ne pourra être garantie que par un seul immeuble. On a là une profonde atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque judiciaire que l'on connaît en droit français.

17. Dans certains pays, l'hypothèque judiciaire a été conservée aux jugements qui l'accordent en vertu d'une disposition spéciale du juge. C'est là une hypothèque véritablement judiciaire puisqu'elle ne résulte que de la volonté spécialement déclarée du juge. C'est le système retenu dans le Wurtemberg par la loi du 15 avril 1825³³. C'est aussi le choix retenu dans le canton suisse de Neuchâtel qui, par sa loi hypothécaire du 7 mars 1851, introduit dans le Code civil un article 1721 qui dispose que « l'hypothèque judiciaire résulte de tout jugement définitif qui, par une disposition spéciale, donne à celui, en faveur duquel le jugement est rendu, le droit de prendre hypothèque pour sûreté de l'exécution des condamnations ». Dans plusieurs législations, on a également vu

³¹ Celle-ci peut toujours être inscrite en vertu d'un jugement non encore définitif cf. infra n°26

³² Code civil italien de 1865 article 1986

³³ Article 45 de la loi du 15 avril 1825 : « Tout créancier autorisé par le juge à prendre contre son débiteur une hypothèque de garantie, acquiert par ladite autorisation le droit de prendre hypothèque sur ses immeubles ».

apparaître des seuils en dessous desquels la créance ne peut pas être garantie par hypothèque des jugements. C'est le cas du canton de Neuchâtel qui impose une créance minimale de 200 francs.

18. Dans plusieurs pays, on a ajouté à l'hypothèque judiciaire un système de prénotation. C'est-à-dire que le juge va permettre l'inscription de l'hypothèque par avance, sous réserve d'obtention du jugement. Cette prénotation donnera son rang à l'hypothèque qui naîtra du jugement à intervenir. C'est le système de la loi sur les hypothèques grecque de 1836. On permet au créancier qui n'a pas encore obtenu de jugement mais a toutefois déjà introduit sa demande en justice, de prendre une prénotation. Celle-ci n'emporte cependant pas les effets de l'hypothèque. Elle permettra simplement à la future hypothèque de prendre rang à cette date. On retrouve un système similaire dans le droit de Prusse de 1872 mais celui-ci va plus loin. La prénotation (*Vormerkung*) peut y être prise sur autorisation du juge lorsque le créancier, avant toute action en justice au fond, peut appuyer son droit éventuel de suffisamment de preuves ou présomptions pour qu'il soit considéré comme vraisemblable. En Autriche, le Code de procédure civile du 1^{er} mai 1781 connaît un même système de prénotation (*Vormerkung* ou *provisorische Eintragung*). On peut noter que ce système, instauré par le biais du droit prussien durant l'annexion de 1870, a perduré en Alsace-Moselle. Il y existe toujours dans le droit local.³⁴

On voit dans ces législations étrangères différentes formes que peuvent prendre la garantie par hypothèque des décisions de justice. Si certains pays l'ont conservé au profit du seul jugement en vertu de la loi, d'autres l'ont rendu judiciaire en le subordonnant à une disposition expresse du jugement. Certains l'ont assorti en outre d'une possibilité de prénotation permettant d'anticiper la décision à venir pour faire remonter la date d'inscription de l'hypothèque à celle de l'inscription provisoire, en conférant des effets plus ou moins importants à cette prénotation. Le droit français, s'il a conservé le privilège légal a consacré à part le système des prénotations. Celui-ci a fait son apparition aux articles 48 à 54 de l'ancien Code de procédure civile. Ces deux variantes de l'hypothèque exécution ont continué à se développer séparément pour aboutir au système dualiste que l'on connaît aujourd'hui.

Section 2 : Le rééquilibrage du régime de l'hypothèque des jugements

En France, il faut attendre la réforme par décret-loi du 4 janvier 1955 pour que l'hypothèque judiciaire soit enfin modifiée. Ce décret opère de profonds changements dans cette institution. Elle porte deux modifications principales : la réduction du champ d'application de l'hypothèque des jugements (§1) et son assujettissement au régime d'inscription spéciale (§2). Les modifications sont telles que Michel Dagot a pu écrire que « les critiques qui ont pu être formulées sont aujourd'hui désuètes »³⁵. Il s'agit là de la dernière réforme véritablement substantielle qu'ait connue l'hypothèque des jugements. Lors de la renumérotation des articles du Code civil relatifs aux

³⁴ Loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, article 39

³⁵ DAGOT Michel, Les sûretés, Presses universitaires de France, 1981. p. 381

sûretés, le texte de l'article 2123 se voit transféré à l'article 2412 nouveau, sans subir de modification substantielle.

§1 *La réduction du champ d'application*

19. Le décret-loi opère deux modifications. Tout d'abord, il supprime la référence aux « reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. » ce qui limite l'hypothèque judiciaire au seul jugement de condamnation. Il s'agit ici des hypothèses où le juge est amené par les parties à reconnaître l'existence d'un acte sous seing privé ou à vérifier qu'il a bien été signé par la personne à laquelle il est attribué. Ces actions, relatives à l'administration de la preuve, existent toujours aux articles 287 à 298 du Code de procédure civile. Il faut alors bien distinguer. La vérification d'écriture peut être soulevée de manière incidente à l'occasion d'un litige sur le fond. Dans ce cas, le jugement rendu est un véritable jugement. Cependant, la vérification d'écriture peut être demandée à titre principal. Ce sont ces décisions qui sont exclues du champ d'application de l'hypothèque des jugements en ce qu'elles constatent formellement l'existence d'une convention existant entre les parties sans se prononcer sur les droits et obligations qu'elle contient.

20. L'idée qui motive cette réduction du champ d'application est que la forme de l'acte ne suffit pas à emporter hypothèque. De la même manière que les rédacteurs du Code civil ont considéré que la forme de l'acte notarié ne suffisait pas à emporter hypothèque et qu'il fallait une stipulation expresse, le législateur de 1955 considère que la forme du jugement ne suffit pas et qu'il faut une véritable expression de la *juris dictio*, c'est-à-dire du pouvoir du juge de trancher un litige selon les règles de droit, sans pour autant aller jusqu'à exiger que l'hypothèque soit expressément accordée par le dispositif. Il faut donc désormais un véritable jugement, c'est-à-dire un jugement entendu au sens matériel et non plus seulement au sens formel. En revanche, le terme jugement permet d'exclure certains actes qui ne sont des jugements que par la forme. Il faut en effet qu'il s'agisse effectivement d'un jugement, c'est-à-dire un acte ayant autorité de la chose jugée. Il ne suffit pas que le juge donne à l'acte la force exécutoire, il faut un véritable jugement qui tranche un litige. Ce critère va amener à s'interroger sur certains actes issus de mécanismes hybrides : judiciaires par la forme mais conventionnels par la source.

21. Il s'agit tout d'abord des jugements de donner acte. À la demande des parties, le juge est invité à constater un accord intervenu entre elles, un engagement d'une d'elles ou tout autre fait ou déclaration. Il s'agit là d'un enregistrement qui, bien qu'il revête la forme d'un jugement a un but purement probatoire. Contrairement à un jugement contentieux, le juge ne tranche aucun litige et contrairement à la matière gracieuse, les parties se présentent spontanément et non parce que la loi exige que cet élément soit soumis au contrôle du juge³⁶. Il est bien certain que ces jugements n'emportent pas hypothèque³⁷. De la même façon, sont exclus les procès-verbaux de conciliation.

³⁶ CORNU Gérard, « Donné acte », Vocabulaire juridique, 2020.

³⁷ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2016. n°472

Le juge ayant agi comme conciliateur ne fait que donner acte aux parties de l'accord auquel elles sont parvenues devant lui. Il ne s'agit pas d'un jugement mais d'un contrat judiciaire qui n'a pas autorité de la chose jugée et n'emporte donc pas hypothèque³⁸. A l'inverse, les jugements dits convenus ou d'expédient désignent les décisions rendues à l'issue d'un procès simulé, les parties feignant un litige afin d'obtenir une décision du juge, constitutive d'un acte juridictionnel et revêtues de l'autorité de la force de chose jugée.³⁹ Ils emportent donc hypothèque.⁴⁰

Cette réforme marque définitivement la rupture avec l'hypothèque de l'ancien droit coutumier puisqu'il ne s'agit alors plus du tout d'un instrument permettant à tout créancier, fut-il chirographaire, de faire inscrire une hypothèque en garantie de sa créance. Cette évolution achève de déconnecter l'hypothèque judiciaire du titre exécutoire et donc de la force exécutoire. On réserve cette faculté aux seuls jugements de condamnation, ce qui en fait bien plus un effet de certains jugements qu'un mécanisme d'attribution d'un droit réel au titulaire d'un droit personnel au moyen de l'*imperium* du juge.

§2 L'obligation d'inscription spéciale

En outre, s'il conserve la généralité de l'hypothèque judiciaire quant aux immeubles qu'elle frappe, il impose que les immeubles sur lesquels elle est inscrite soient individualisés. L'hypothèque judiciaire se voit appliquer le principe de spécialité de l'inscription hypothécaire, commun à toutes les hypothèques et prévu aujourd'hui à l'article 2426. Cette double spécialité est en effet encore applicable en droit positif.

22. Cela fait face aux critiques qui reprochaient à l'hypothèque d'être fatale pour le débiteur en grevant immédiatement tous ses biens immobiliers. Désormais, l'inscription de l'hypothèque judiciaire est spéciale quant à la créance et spéciale quant aux immeubles. Toutefois, il faut bien distinguer. Contrairement aux hypothèques conventionnelles et à certaines hypothèques légales, l'hypothèque judiciaire est spéciale quant à la créance garantie mais générale quant à son assiette. Elle porte en effet sur tous les biens immobiliers du débiteur de la créance garantie, présents et à venir. Depuis la réforme de 1955, chaque immeuble doit être individuellement désigné dans la demande d'inscription. Ainsi, l'inscription est doublement spéciale : elle doit préciser la créance garantie et l'immeuble ou les immeubles sur lesquels elle est inscrite. La spécialité de l'inscription quant à la créance implique que l'inscription ne garantisse que la créance issue du jugement pour

³⁸ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958.

³⁹ HÉRON et LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6e éd., 2015, LGDJ, n° 324, p. 265-266

⁴⁰ Cour de cassation, Chambre civile, 28 novembre 1904, DP 1905 p. 204. Dans une affaire où, au moment où le jugement, les parties étaient d'accord tant sur le montant de la créance que sur les conditions du paiement et qu'il leur aurait suffi de constater cet accord par une convention, la Cour considère que les jugements entraînent hypothèque alors même qu'il s'agit de jugements obtenus par l'accord des parties.

lequel elle a été requise⁴¹ et que son montant et son évaluation doivent être indiqués dans la demande d'inscription.

23. Quant à la spécialité de l'inscription quant aux biens, la seule limite consistant en l'impossibilité de faire inscrire l'hypothèque sur un bien futur. Le créancier peut donc, dans une première inscription, inscrire son droit sur tous les immeubles présents du débiteur. Toutefois, si ce dernier venait à acquérir un nouveau bien immobilier, il faudrait procéder à une nouvelle inscription sur ce bien, qui fait également partie de l'assiette de la sûreté mais n'avait pas pu être individuellement désigné dans la première inscription. Cette possibilité est explicitement prévue par l'article 2123 et on la retrouve aujourd'hui à l'article 2412 *in fine*⁴². L'hypothèque étant indivisible, si l'hypothèque est prise sur plusieurs biens du débiteur, chacun des biens, dans son intégralité garantit l'intégralité de la créance inscrite.⁴³ Cette formalité peut paraître plus lourde mais elle présente un avantage : dans la mesure où pour chaque bien nouvellement acquis par le débiteur, il faudra faire une inscription nouvelle, on permet à un créancier ayant obtenu son hypothèque par un jugement postérieur d'obtenir meilleur rang sur le bien nouveau s'il fait preuve de plus de diligence dans l'inscription. Ainsi, on respecte mieux l'idée qui fonde l'hypothèque judiciaire que la loi doit protéger les plus vigilants, exprimée par l'adage *jura vigilantibus, tarde venientibus ossa*.

24. En outre, c'est dans le décret-loi de 1955 qu'apparaît la faculté de réduction judiciaire de l'hypothèque aux anciens articles 2161 et 2162. Cette faculté porte aussi bien sur l'assiette que sur la créance garantie. Quant à l'assiette, lorsque l'hypothèque est inscrite sur plusieurs biens du débiteur, il peut demander la réduction de l'inscription si celle-ci est excessive. L'excès est caractérisé par une disproportion manifeste entre la valeur du gage hypothécaire et le montant de la créance garantie. En effet, l'hypothèque est spéciale quant à la créance garantie. C'est donc bien la créance qui donne la mesure de l'inscription : c'est par rapport à la créance que l'inscription peut être excessive. S'agissant de la créance, c'est l'hypothèque dans laquelle le jugement constate une créance qui n'est pas encore liquide ou une créance de faire. Dans ce cas, le créancier aura lui-même évalué la créance pour réaliser l'inscription. Le débiteur peut donc demander au juge de réduire l'inscription si cette évaluation était excessive.

Avec ses modifications successives, deux constats s'imposent. L'hypothèque des jugements a été progressivement bridée pour devenir plus équilibrée : elle a désormais un champ d'application restreint et doit être inscrite spécialement. Dans le même temps, elle a été déconnectée de ses origines historiques et notamment de l'hypothèque des actes notariée qui, historiquement, la

⁴¹ Cour de Cassation, Chambre civile 3, 25 octobre 1976, n° 75-10.823, Publié au bulletin. Dans cette affaire, un créancier avait obtenu un jugement de condamnation pour une créance de responsabilité contractuelle contre son bailleur et réalisé une première inscription d'hypothèque sur ce fondement. La créance de responsabilité ayant été intégralement payée, il avait obtenu d'un nouveau jugement la condamnation des mêmes bailleurs au paiement d'une indemnité d'éviction et avait voulu se prévaloir de la première inscription pour garantir cette nouvelle créance. Il est débouté en appel comme en cassation au nom du principe de la spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie.

⁴² « Il peut, sous les mêmes réserves prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés par la suite dans le patrimoine de son débiteur ».

⁴³ Code civil article 2393 al 2

précédait. Cette évolution explique que ses conditions d'applications soient encore en droit positif particulièrement originales. Toutefois, on peut dès à présent noter que ça l'a exposée à une concurrence par des mécanismes plus généraux et plus efficaces. Notamment, elle n'est pas dotée d'un système de prénotation comme en connaissent d'autres systèmes, lequel est instauré en dehors du Code civil à l'origine dans le Code de procédure civile et deviendra l'actuelle hypothèque judiciaire conservatoire.

Titre 2 : Fonctionnement en droit positif

En s'intéressant à l'histoire de l'hypothèque des jugements, on a pu constater que son champ d'application a progressivement été délimité de manière de plus en plus précise pour se resserrer autour du jugement de condamnation, catégorie très particulière d'actes qui fait toute l'originalité de l'hypothèque des jugements. Pourtant, on a pu également observer que son régime avait été progressivement aligné sur celui des autres hypothèques. Cette dualité décrit aujourd'hui encore particulièrement bien l'hypothèque des jugements ; si le Code distingue aux articles 2394 et 2395 les hypothèques conventionnelles, légales et judiciaires, cette distinction tient aux conditions de leur naissance et leurs effets sont très majoritairement communs. De cette manière, l'état du droit positif de l'hypothèque judiciaire des jugements de condamnation est celui de conditions pour grande partie originales (**Chapitre 1**) mais d'un régime pour l'essentiel commun à toutes les hypothèques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Des conditions pour partie originales

S'agissant de l'hypothèque des jugements, il est intéressant de remarquer que l'on peut distinguer le moment de sa naissance (**Section 1**) de celui de son opposabilité (**Section 2**), lesquelles ont lieu à des conditions différentes.

Section 1 : Naissance de l'hypothèque

Cela ressort de sa définition même : l'hypothèque de l'article 2412 naît des jugements (§1) et garantit l'exécution des condamnations au paiement d'une créance (§2).

§1 Un jugement

L'article 2412 l'indique bien dans son alinéa 1^{er} : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus ». On résume habituellement cette qualification par le terme « jugements de condamnation ». Il ne faut néanmoins pas y voir une quelconque limitation à la matière pénale même si cela ne recouvre pas exactement tous les jugements. On a là une qualification originale, ce qui s'explique par les évolutions historiques qu'elle a subi mais qui la rend difficile à appréhender avec certitude. Ceci d'autant plus que certains actes vont être assimilés au jugement de condamnation. Certains le sont par le texte de l'article 2412 lui-même : les sentences arbitrales et jugements étrangers. Certains autres le sont en vertu de textes spéciaux : certaines contraintes administratives.

A. Les jugements proprement dits

25. Le premier constat à réaliser est celui d'une grande généralité. Les jugements issus de tous les ordres de juridiction emportent hypothèque, qu'elle soit civile, administrative ou pénale. S'agissant des juridictions administratives, on trouvait dans l'ancien Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel le texte suivant : « Les jugements des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel sont exécutoires et emportent hypothèque. »⁴⁴. Cette disposition marquait bien la distinction qui règne aujourd'hui entre force exécutoire et hypothèque. Cette dernière est attachée aux jugements et n'est donc pas un attribut de la force exécutoire. Le texte actuel dispose que : « Les jugements sont exécutoires. »⁴⁵. En réalité, même si le texte ne le précise plus, ces jugements emportent encore hypothèque en tant que jugements. Il peut ainsi s'agir d'une juridiction de droit commun ou d'exception, du premier degré ou d'appel⁴⁶. La jurisprudence a même admis que l'hypothèque puisse être inscrite en vertu d'un jugement rendu par un juge incompétent⁴⁷ tant que sa décision n'a pas été infirmée suivant l'un des modes de recours déterminés par la loi. Il faut toutefois retrancher les juridictions militaires, car celles-ci « n'ont compétence qu'au regard des personnes et non au regard de leurs biens »⁴⁸.

26. La généralité se retrouve s'agissant des jugements provisoires⁴⁹ qui peuvent emporter hypothèque tout aussi bien que les jugements définitifs. De même que les jugements susceptibles de recours, les jugements par défaut et les injonctions de payer rendues sans opposition du débiteur. Si l'on aurait pu craindre un risque d'abus, il faut rappeler que l'hypothèque est accessoire à la créance si bien que tant que la créance n'est pas exécutoire, l'hypothèque ne l'est pas non plus⁵⁰. En outre, si une voie de recours est exercée avec succès et vient remettre en cause la créance, l'hypothèque subira le même sort.⁵¹ Ainsi, on peut inscrire l'hypothèque immédiatement, alors même que le jugement est susceptible d'un recours suspensif d'exécution. Cette précision est loin d'être anodine car elle marque bien la différence entre force exécutoire et hypothèque. C'est le jugement lui-même qui donne naissance à l'hypothèque, avant même que de n'être exécutoire. Cette faveur accordée au créancier s'explique historiquement par la volonté de le prémunir contre un épuisement frauduleux de son gage par le débiteur à une époque où l'hypothèque conservatoire n'existait pas. C'est ce qui fait dire à Planiol que l'inscription d'hypothèque des jugements n'est pas

⁴⁴ Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, article L8, abrogé

⁴⁵ Code de justice administrative, article L11

⁴⁶ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Les sûretés, la publicité foncière*, [s. n.], 2016. n°471

⁴⁷ Cour de cassation, Chambre civile, 28 novembre 1904. Viole l'article 2123 l'arrêt qui refuse à un jugement le bénéfice d'hypothèque au motif que le juge de paix s'était prononcé sur une créance de nature commerciale alors que sa décision n'a fait l'objet d'aucun des recours prévus par la loi.

⁴⁸ DAGOT Michel, *Les sûretés*, Presses universitaires de France, 1981. p. 374

⁴⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 3, 26 septembre 2001, n° 99-19.707, Publié au bulletin. : Censure au visa de l'article 2123 ancien l'arrêt d'appel qui avait ordonné la mainlevée d'une l'inscription définitive d'hypothèque au motif que « l'inscription litigieuse a été prise en vertu d'une ordonnance de référé, laquelle n'a pas, au principal, autorité de chose jugée ».

⁵⁰ CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine *et al.*, *Droit des sûretés*, Litec, 2015. n°948

⁵¹ Cf. infra n°50

un acte d'exécution mais bien une simple mesure conservatoire.⁵² Toutefois, si l'on permet au créancier d'inscrire l'hypothèque alors que le jugement n'est encore que provisoire ou dépourvu de force exécutoire, le dépôt de la demande en justice n'est pas suffisant pour permettre l'inscription de l'hypothèque des jugements alors qu'elle l'est pour l'hypothèque légale des époux qui bénéficient d'un système de prénotation.⁵³

27. On a vu que par la réforme de 1955, l'hypothèque avait été réservée aux véritables jugements⁵⁴. S'agissant des jugements rendus en matière gracieuse, ils n'emportent pas hypothèque. On comptera parmi eux les jugements d'adjudication, d'envoi en possession des biens d'un absent, et les nominations (de conseil judiciaire, d'administrateur de syndic, de curateur d'une succession vacante). Il s'agit non pas de véritables jugements mais d'actes d'autorité : il n'y a ni litige ni condamnation. Toutefois, la question est plus subtile en présence de l'homologation ; on peut être tenté de considérer qu'ils n'emportent pas hypothèque dans la mesure où ils n'ont pas autorité de la chose jugée. Néanmoins, la situation est plus nuancée. Planiol le résume bien : « la question de la force hypothécaire n'est pas indissolublement liée à l'autorité de la chose jugée. L'existence de l'hypothèque dépend uniquement du point de savoir si, après l'homologation, on se trouve en présence d'un contrat ou d'un jugement de condamnation ».⁵⁵ La question s'est posée au sujet des jugements homologuant partage dans la mesure où ils sont tantôt gracieux tantôt contentieux selon que les copartageants élèvent une contestation à l'encontre du travail du notaire. Suivant cette distinction, la Chambre des requêtes avait une approche très étroite et n'accordait d'hypothèque qu'aux jugements proprement contentieux, à savoir ceux qui, en réglant les droits des parties, modifiaient l'état du partage préexistant⁵⁶. Toutefois, la Chambre civile considère qu'il suffit que le jugement reconnaisse un droit de créance à une partie contre l'autre, peu importe que cette créance était née avant le jugement qui ne fait que la constater⁵⁷. Il suffit que le jugement constate la créance qui a fait l'objet d'une contestation et condamne les débiteurs à exécuter leur dette et c'est bien cette condamnation qui justifie la naissance de l'hypothèque. Dans les cas des partages faits devant le juge, on a donc naissance de deux privilèges concomitants : le privilège des copartageants⁵⁸ et

⁵² PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958. n°645

⁵³ Code civil article 2403 alinéa 2

⁵⁴ Cf. supra n°20

⁵⁵ PLANIOL Marcel, « Note sous Civ. 4 janvier 1911 », *D. 1911 1 249*.

⁵⁶ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 13 juillet 1904, *D 1907 1 p.377* : « le jugement homologuant la liquidation d'une succession, qui sanctionne le règlement des difficultés ayant donné lieu à contestation, règle les droits opposés des parties et constitue, en faveur de l'une d'elle, un titre de créance à la suite des opérations de liquidation ordonnées par justice, est un jugement en matière contentieuse donnant naissance, a profit du créancier, à une hypothèque judiciaire (c. civ. 2123) »

⁵⁷ Cour de cassation, Chambre civile, 4 janvier 1911, *D. 1911 1 p.249* : « Attendu que le jugement qui homologue un partage peut donner lieu à une inscription d'hypothèque judiciaire, quand il reconnaît à l'une des parties contre l'autre un droit de créance ». Casse l'arrêt qui considérait que si la dette à garantir existait déjà au moment jugement, l'hypothèque ne pouvait pas prendre naissance.

⁵⁸ Code civil article 2474-3

l'hypothèque des jugements mais ce premier ne s'inscrit que sur les immeubles de la succession, où l'hypothèque des jugements retrouve tout son intérêt pratique.

28. Ainsi présentée, la qualification de jugement au sens de l'article 2412 est donc particulièrement originale. Elle est très large puisque n'est pas limitée à certains ordres de juridictions ni aux jugements ayant autorité de chose jugée au principal ni même encore force exécutoire. Toutefois, elle ne renvoie pas au jugement au sens purement formel puisqu'il ne suffit pas que le juge constate l'existence d'une créance, il faut encore qu'il condamne le débiteur à exécuter sa dette. Cette catégorie originale vient sans doute de sa construction historique mais en fait aujourd'hui une catégorie difficile à manier pour les praticiens, là où le titre exécutoire est facile à identifier.

Le champ d'application de l'article 2412 ne s'arrête pourtant pas là puisque certains actes vont être assimilés à des jugements et permettre inscription d'hypothèque.

B. Les actes assimilés aux jugements

Sont tout d'abord assimilées aux jugements par l'article 2412 les sentences arbitrales revêtues de l'*exequatur* ainsi que les décisions judiciaires rendues en pays étrangers et déclarées exécutoires par un tribunal français.

29. S'agissant des décisions judiciaires rendues en pays étranger, il faut bien voir deux conditions cumulatives. Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'une décision judiciaire. De la même manière que tous les titres exécutoires français ne permettent pas l'inscription d'hypothèque, seuls les jugements à l'exclusion d'autres actes étrangers permettent l'inscription d'hypothèque. Pour déterminer si l'acte étranger est effectivement un jugement, on va appliquer la loi du for.⁵⁹ C'est-à-dire que sera considéré comme une décision judiciaire au sens de l'article 2412 alinéa 2 l'acte qui est considéré comme une décision judiciaire par le droit du pays étranger où elle a été rendue. Plus encore, il faut que le jugement étranger emporte hypothèque dans le pays où il a été rendu.⁶⁰ Michel Dagot explique cette condition de réciprocité par l'impossibilité pour le droit français d'offrir au créancier étranger plus de droit qu'il n'en a en vertu de son droit national. Le tribunal français, en déclarant exécutoire la décision étrangère, n'a pour objectif que de lui faire produire en France les mêmes effets que dans son pays d'origine mais en aucun cas d'engendrer de nouveaux effets.⁶¹

30. Outre cette première condition, il faut également que la décision étrangère ait été déclarée exécutoire par un tribunal français. On reconnaît ici la procédure d'*exequatur* des articles 509 et suivants du Code de procédure civile. Le juge de l'*exequatur* effectue alors un contrôle de trois conditions : la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à

⁵⁹ SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2016 n° 471

⁶⁰ CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine *et al.*, *Droit des sûretés*, Litec, 2015. n°948

⁶¹ DAGOT Michel, *Les sûretés*, Presses universitaires de France, 1981. p. 375

la loi.⁶² Dans le cadre de l'Union Européenne, les décisions issues d'Etats membres sont dispensées d'*exequatur* en application de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En vertu de la convention de Lugano du 16 septembre 1988, les pays de l'Association Européenne de Libre-Echange bénéficient également de cette exécution directe soit la Norvège, l'Islande, le Liechtenstein, la Suisse et le Royaume-Uni.

31. S'agissant des sentences arbitrales, il s'agit de véritables jugements. En effet, l'article 1484 du Code de procédure civile indique que « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. ». Toutefois, pour emporter hypothèque, il faut tout d'abord qu'elles portent une véritable condamnation. En outre, si la sentence est un véritable jugement, elle n'est pas exécutoire de plein droit⁶³. Il faut qu'elle reçoive l'exéquatur d'un tribunal français. Cette procédure, organisée par les articles 1487 et 1488 du Code de procédure civile pour l'arbitrage interne et 1514 et suivants pour l'arbitrage international. Dans un cas comme dans l'autre, le juge de l'exéquatur va vérifier la conformité de la sentence à l'ordre public.

32. La condition commune à ces actes pour emporter hypothèque de l'article 2412 est l'*exequatur* soit la décision par laquelle un tribunal donne force exécutoire à une sentence arbitrale ou autorise l'exécution en France d'un jugement ou d'un acte étranger.⁶⁴ Il est intéressant de noter par comparaison que pour les sentences arbitrales et les jugements étrangers, l'hypothèque naît de la force exécutoire alors qu'on a vu qu'elle pouvait naître d'un jugement français qui en est encore dépourvu. En réalité, il faut probablement voir ici le principe : c'est bien la force exécutoire qui permet l'inscription d'hypothèque. Si l'on a déconnecté les deux dans le cadre du jugement français, c'est uniquement pour pallier l'ancienne impossibilité d'inscrire provisoirement l'hypothèque avant que le jugement ne soit rendu avec les risques de disparition du gage pour le créancier. Or, l'hypothèque étant attachée au jugement, le plus tôt que l'on pouvait accorder au créancier dans le respect du texte était le prononcé du jugement. Toutefois, il est bien plus naturel de considérer que l'hypothèque est un effet légal de la force exécutoire et donc véritablement une mesure d'exécution du jugement. Il est donc cohérent que les sentences arbitrales et jugements étrangers doivent être revêtus de la force exécutoire pour produire hypothèque.

33. Au-delà des actes assimilés à des jugements par l'article 2412, certaines contraintes administratives permettent également d'inscrire une hypothèque des jugements. Cette faculté résulte cette fois-ci des droits spéciaux. L'article 379 3. du Code des douanes le prévoit pour les avis de mise en recouvrement émis par l'administration des douanes. Il le fait par assimilation de l'avis de recouvrement à une condamnation de l'autorité judiciaire mais seulement pour ce qui est

⁶² Cour de cassation, Chambre civile 1, 20 février 2007, n° 05-14.082, Publié au bulletin.

⁶³ Code de procédure civile articles 1487 et 1516

⁶⁴ CORNU Gérard, « Exequatur », Vocabulaire juridique, 2020.

de l'hypothèque.⁶⁵ On trouve également une assimilation dans le Code de la sécurité sociale à l'article L244-9 mais cette fois-ci, les contraintes décernées par le directeur d'un organisme de sécurité sociale (ou de mutualité sociale agricole⁶⁶) pour le recouvrement des cotisations et majorations de retard vont emporter tous les effets du jugement et notamment l'hypothèque. En outre, l'article aménage une faculté d'opposition du débiteur devant le tribunal judiciaire si bien que la contrainte ne deviendra exécutoire et donc n'emportera hypothèque qu'à expiration du délai d'opposition⁶⁷. Là encore, c'est bien le caractère exécutoire qui donne naissance à l'hypothèque. Il est à noter que l'hypothèque judiciaire que permet d'inscrire le texte est bien celle de l'article 2412 et non pas l'hypothèque conservatoire du Code des procédures civiles d'exécution. Elle est donc soumise aux conditions de l'article 2412.⁶⁸ Le fait que des contraintes administratives puissent être sources d'hypothèque des jugements a provoqué des critiques doctrinales dans la mesure où les administrations se les délivrent à elles-mêmes sans débat contradictoire préalable⁶⁹. La cour de cassation a donc progressivement limité les contraintes permettant l'inscription d'hypothèque judiciaire en distinguant entre les actes de juridiction et les actes de commandement. Seules les premières peuvent faire l'objet d'hypothèque car l'administrateur fait l'office de juge mais sa décision ne peut faire l'objet d'aucun litige devant les tribunaux ordinaires. A l'inverse, les actes de commandement, telles les contributions indirectes, peuvent faire l'objet d'un litige devant le juge civil sur simple opposition.⁷⁰

§2 La condamnation au paiement d'une créance

L'hypothèque des jugements est une garantie accessoire ; il faut donc que le jugement constate une créance que le débiteur est condamné à payer. Le constat est ici encore celui d'une très grande généralité puisque, à l'inverse des hypothèques légales, la source de l'obligation est indifférente. Plus encore, et contrairement à ce que pourrait laisser entendre l'expression « jugement de condamnation », le jugement peut ne contenir encore qu'un germe de condamnation. La seule condition qui entoure la créance est que le jugement condamne son débiteur à l'exécuter.

34. Une des grandes originalités de l'hypothèque judiciaire est qu'elle peut garantir des créances de sources et de nature très variées. D'ailleurs, l'article 2412 ne mentionne pas la créance, si bien qu'en l'absence de distinction dans le texte, il n'y a pas lieu d'en faire. Dès lors, l'hypothèque judiciaire peut bien entendu garantir une créance de nature contractuelle, comme c'est le cas du

⁶⁵ L'article 379 du code des douanes détaille les privilèges et hypothèques dont bénéficie l'administration des douanes pour le recouvrement des sommes dues par les administrés. Il prévoit outre un privilège général et une hypothèque légale que « 3. L'avis de mise en recouvrement emporte hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que les condamnations émanées de l'autorité judiciaire. »

⁶⁶ Code rural article L725-3

⁶⁷ Code de la sécurité sociale article L244-9 alinéa 1^{er}

⁶⁸ Cour de cassation, 17 juin 2009, n° 08-17.065. JCP G 2009 n° 48, p. 492 obs. Delebecque

⁶⁹ CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine *et al.*, *Droit des sûretés*, Litec, 2015.n°948

⁷⁰ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 9 novembre 1880 S. 1881 p.304 : « [Si] ces contraintes emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que les décisions judiciaires, c'est parce qu'elles ne peuvent [...] être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux ordinaires et, ayant le caractère de jugements, elles doivent en produire les effets ».

jugement qui constate une obligation contractuelle et condamne le débiteur à s'exécuter mais tout aussi bien une créance délictuelle, comme le serait par exemple la créance de réparation due par le délinquant à sa victime ou même quasi-contractuelle lorsqu'un jugement ordonne la répétition de l'indu. C'est traditionnellement une des vertus accordées à l'hypothèque judiciaire : accorder une garantie à un débiteur qui n'aurait pas pu se faire octroyer une garantie conventionnelle en raison de la source de sa créance. Le constat de la généralité doit être une nouvelle fois réitéré quant à la nature de la créance. Si l'on songe naturellement aux créances de sommes d'argent, rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque judiciaire soit l'accessoire d'une créance de faire ou de ne pas faire. Dans ce cas, l'hypothèque va venir garantir les dommages-et-intérêts qui seraient dus en cas d'inexécution.⁷¹ Le créancier devra alors procéder à son évaluation au moment de l'inscription.⁷²

Il suffit pour que puisse naître l'hypothèque que le jugement porte une véritable condamnation. Cela ne signifie pas qu'elle naisse uniquement des jugements recevant les demandes. Contrairement à ce que la lettre de l'article 2412 pourrait laisser croire, l'expression « en faveur de celui qui les a obtenus » n'exclut pas nécessairement les jugements rejetant la demande. En effet, on peut tout à fait envisager un jugement qui, bien que rejetant la demande, contient une condamnation aux dépens. Cela constitue une véritable créance consacrée dans le jugement, cette seule condition étant suffisante.

35. Plus encore, il n'est pas nécessaire que la créance soit certaine, liquide et exigible. S'agissant de la certitude de la créance, on peut s'interroger sur les jugements dits avant-dire-droit. Certains contiennent déjà la condamnation à une provision, il n'y a donc pas de difficulté à considérer qu'ils emportent hypothèque. En revanche, lorsque le jugement ordonne simplement une expertise, sans contenir le principe ni le germe d'une condamnation, l'hypothèque n'est pas permise.⁷³ Le critère est donc celui du principe d'une condamnation c'est-à-dire que le jugement reconnaît au profit d'une partie un droit, fut-il conditionnel, éventuel ou indéterminé.⁷⁴ La jurisprudence l'admet notamment pour garantir une condamnation à rendre-compte, non seulement pour garantir l'obligation de faire mais également pour garantir la créance qui serait éventuellement mise à la charge du comptable dans le cas où le compte-rendu ferait apparaître un reliquat.⁷⁵ De la même façon, la jurisprudence avait admis que le jugement prononçant la validité d'une saisie-arrêt pouvait emporter hypothèque car, même si aucune condamnation n'est encore prononcée contre le débiteur, ce jugement « implique essentiellement la condamnation du débiteur saisi ». ⁷⁶ S'agissant

⁷¹ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958, n°644

⁷² PICOT Yves, MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon *et al.* (dir.), *Sûretés publicité foncière*, Ed. Montchrestien, 1999.n°309

⁷³ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 1 juillet 1935, S. 1936 1 p.30 : pour une inscription abusive au motif que le jugement ne contenait aucun principe ni germe de condamnation

⁷⁴ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 20 novembre 1895 S. 1899 1 p.503 : « attendu qu'aux termes de l'article 2123, l'hypothèque judiciaire résulte de tout jugement qui reconnaît au profit de l'une des parties et à la charge de l'autre, un droit, fut-il conditionnel, éventuel ou indéterminé »

⁷⁵ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 19 août 1878, S. 1879 1 p.29

⁷⁶ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 1 août 1881, D. 1882 p. 416

du caractère liquide, il est admis qu'une hypothèque puisse être prise pour garantir une créance actuelle mais dont le montant reste à liquider par voie d'expertise. S'agissant enfin du caractère exigible, la jurisprudence a pu admettre qu'une hypothèque judiciaire garantisse l'obligation de payer les annuités futures d'une rente viagère.⁷⁷

36. Toutefois, l'hypothèque judiciaire est spéciale quant à la créance garantie. A la différence des hypothèques légales, elle ne tient pas à la qualité des parties ou au lien particulier qui les unit à leur débiteur (époux, majeurs et mineurs protégés, personnes morales de droit public, syndicat des copropriétaires par exemple) mais bien au fait qu'elles doivent être exécutées en vertu d'un jugement. Ce qui explique que chacune des créances garanties par une hypothèque légale puisse en outre faire l'objet d'une hypothèque judiciaire si une décision de justice ordonne leur exécution. Néanmoins, la garantie ne tenant pas à la relation personnelle mais au jugement, seule la créance objet de la condamnation est garantie alors que la plupart des hypothèques légales garantissent toutes les créances qui naissent entre le créancier et le débiteur concernés (exception faite par exemple de l'hypothèque légale des époux où la dette doit être née du chef de la qualité d'époux). On dit donc que l'hypothèque judiciaire est spéciale quant à la créance garantie. Cela signifie que seule est garantie la créance reconnue par le jugement de condamnation. Dès lors, les créances garanties par les hypothèques légales le sont dès leur naissance bien que la sûreté ne soit parfaite qu'à inscription. Pour les privilèges immobiliers spéciaux, la créance naît même privilégiée puisqu'elle prend rang rétroactivement au jour de sa naissance. A l'inverse, si certaines créances naissent du jugement, soit simultanément avec l'hypothèque qui les garantit, certaines autres préexistent au jugement qui ne fait que les constater et ordonner leur exécution. Comme le formule E. Putman : « La créance ne naît pas hypothécaire. C'est le jugement qui donne naissance à la sûreté »⁷⁸.

Section 2 : Conditions liées à l'opposabilité de la sûreté

L'hypothèque du jugement de condamnation a donc la spécificité de devenir parfaite en trois temps. La créance ne naît pas privilégiée comme les privilèges immobiliers spéciaux et la sûreté ne naît pas non plus à la naissance de la créance comme c'est le cas de la plupart des hypothèques légales. La créance naît chirographaire, c'est le premier temps. Dans un deuxième temps, le jugement de condamnation fait naître l'hypothèque et ce n'est que dans un troisième temps qu'elle devient parfaite par son inscription (§1). Cette inscription peut faire l'objet d'une réduction judiciaire (§2).

⁷⁷ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 20 novembre 1901 D. 1907 p. 217 : « le jugement qui condamne à payer le montant de deux annuités échues d'une rente viagère et qui constate l'obligation d'acquitter les annuités futures, confère au bénéficiaire le droit de prendre inscription hypothécaire sur les immeubles du débiteur, non seulement pour la dette échue, mais aussi pour sûreté [...] des termes à échoir ».

⁷⁸ MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel et BILLIAU Marc, *Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996. n°243

§1 L'inscription

37. L'inscription n'est pas une condition de naissance de l'hypothèque des jugements de condamnation. Elle naît directement du jugement et non pas de son inscription qui n'est qu'une condition de son opposabilité. La cour de cassation a été amenée à en tirer toutes les conséquences dans une affaire où le créancier, ayant obtenu un jugement de condamnation, a fait inscrire une hypothèque sur un immeuble déjà vendu à un tiers mais alors que la vente n'avait pas été inscrite au registre de la publicité foncière. Le tiers acquéreur a alors dû délaisser l'immeuble et s'est retourné contre le notaire lequel, subrogé dans les droits de l'acquéreur, a exercé contre le vendeur l'action en garantie d'éviction. La Cour d'appel qui rejette la demande au motif que le trouble de droit était né au moment de l'inscription soit après la vente. La cour de cassation censure au visa de l'article 2123 ancien en affirmant que : « la constitution de l'hypothèque judiciaire prévue par l'article 2123 du Code civil sur les biens du débiteur résulte non de son inscription mais du jugement de condamnation qui lui donne naissance ».⁷⁹ Seulement, la sûreté ne devient parfaite qu'à son inscription. Cela s'explique par le fait que le jugement de condamnation n'a que l'autorité relative de la chose jugée. Dès lors, il ne peut faire naître à lui seul une hypothèque opposable aux tiers.

38. S'agissant du moment de l'inscription, le principe est que l'hypothèque, accessoire de la créance, peut être prise de la naissance de la sûreté jusqu'à l'extinction de la créance. Toutefois, l'article 2427 prévoit différentes causes d'arrêt des inscriptions. Il est tout d'abord certain que l'inscription doit être réalisée avant que le bien ne soit aliéné au profit d'un tiers⁸⁰ (et plus précisément avant que le tiers n'ait publié son titre⁸¹). En outre, la publication d'un commandement aux fins de saisie immobilière à la demande d'un autre créancier empêche l'inscription.⁸² Sont également mentionnés à cet article les cas d'interruption des inscriptions prévus par le Code de commerce dans le cadre des procédures collectives. En effet, dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation, le jugement d'ouverture emporte arrêt des inscriptions. Il est toutefois important de noter que, s'agissant des nullités de la période suspecte, la date à prendre en compte est la date de naissance de l'hypothèque soit celle du jugement, peu importe que l'inscription soit intervenue postérieurement à la cessation des paiements, autre preuve s'il en fallait, que l'hypothèque judiciaire est bien constituée au moment du jugement, l'inscription n'étant qu'une condition de son opposabilité.⁸³ Enfin, l'inscription, même valablement faite avant le décès du débiteur devient inopposable si sa succession est acceptée à concurrence de l'actif net ou est

⁷⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 octobre 2015, n° 14-15.114.

⁸⁰ Article 2427 al 1^{er}

⁸¹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 octobre 2015, n° 14-15.114, Publié au bulletin.

⁸² Code civil Article 2427 al 3 renvoie à l'article L321-5 al 3 du Code des procédures civiles d'exécution

⁸³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, 29 novembre 1988, n° 86-15.821, Publié au bulletin. ; Cour de Cassation, Chambre commerciale, 25 octobre 1994, n° 91-14.539, Publié au bulletin : « pour prononcer la nullité d'une hypothèque judiciaire, au regard de l'article 107.6° de la loi du 25 janvier 1985, il y a lieu de rechercher si sa constitution sur les biens du débiteur, qui résulte non de son inscription mais du jugement de condamnation, est postérieure à la date de cessation des paiements »

déclarée vacante.⁸⁴ Il faut également noter que l'inscription est prise pour une certaine durée, indiquée dans le bordereau, laquelle ne peut excéder des seuils fixés par la loi et qui varient selon que la créance est ou non échue.⁸⁵ L'inscription pourra toujours être renouvelée si l'inscription arrive à échéance avant que la créance ne soit éteinte.⁸⁶

39. Du reste, les modalités et les effets de l'inscription sont celles du droit commun de l'inscription hypothécaire, puisque depuis la réforme de 1955, toutes les hypothèques même légales doivent être inscrites⁸⁷. L'inscription de l'hypothèque lui fait produire tous ses effets à l'égard des tiers mais c'est également au jour de son inscription qu'elle prend rang. L'article 2425 du Code civil organise en outre l'ordre dans le cas où plusieurs inscriptions seraient prises le même jour sur le même immeuble. Dans ce cas, l'hypothèque judiciaire est primée par les hypothèques légales. C'est une des rares dispositions où la qualification d'hypothèque légale ou judiciaire emporte des conséquences en termes de régime. Vis-à-vis des hypothèques conventionnelles, on comparera la date des titres soit la date du jugement sonnant naissance à l'hypothèque par rapport à la date de la convention d'hypothèque. La seule spécificité à ce stade réside donc dans l'acte qui sert d'appui à la demande : l'expédition du jugement.⁸⁸ En réalité, cette différence a des conséquences pratiques non négligeables. En effet, et contrairement à l'hypothèque conventionnelle pour laquelle l'acte notarié détaille la situation des biens grevés, le créancier se heurtera souvent au manque d'informations sur la situation de l'immeuble. En effet, il s'agit d'une sûreté qui s'inscrit par le dépôt de deux bordereaux, lesquels comportent de nombreuses mentions obligatoires ; il s'agit là d'une formalité complexe, même si la régularisation des erreurs est permise.⁸⁹ Si le service de la publicité foncière peut délivrer des renseignements immobiliers, cela prendra du temps alors que le créancier est parfois dans l'urgence.⁹⁰

L'inscription hypothécaire est, depuis la réforme de 1955, spéciale quant à la créance et spéciale quant aux biens grevés. S'agissant de ces deux éléments, elle peut également depuis 1955 faire l'objet d'une demande de réduction judiciaire des inscriptions⁹¹.

§2 *La réduction judiciaire des inscriptions*

La possibilité d'inscrire l'hypothèque sur tous les biens du débiteur risquerait de porter une atteinte excessive à son crédit. C'est pourquoi comme on l'a vu, le Code civil organise une faculté judiciaire de réduction de l'assiette et une faculté de réduction de la créance garantie, prévue cette fois-ci par l'article 2445. Outre ces facultés judiciaires organisées par la loi, on peut relever qu'il est loisible au créancier d'accorder au débiteur une réduction volontaire de l'inscription hypothécaire, alors même

⁸⁴ Article 2427 al 2

⁸⁵ Code civil article 2434

⁸⁶ Code civil article 2435

⁸⁷ Code civil article 2426 2°

⁸⁸ Code civil article 2428 1°

⁸⁹ Code civil article 2428 avant-dernier alinéa

⁹⁰ Cela ressort des deux entretiens réalisés cf. annexe 1 et 2

⁹¹ Cf. supra n°24

que la créance n'aurait pas ou seulement partiellement été payée. Cette réduction volontaire s'analyse alors en une mainlevée partielle.⁹²

A. La réduction de l'assiette

40. S'agissant de l'excès de l'assiette, elle trouve à s'appliquer quand le créancier a inscrit l'hypothèque sur plusieurs immeubles. L'article 2444 alinéa 2 pose aujourd'hui une présomption d'excès de l'inscription prise sur plusieurs immeubles « quand la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ». C'est-à-dire que la valeur des immeubles grevés doit dépasser les 7/3 du montant de la créance. Le texte ne précise pas s'il s'agit d'une présomption irréfragable si bien qu'il s'agit probablement d'une présomption simple ce qui signifie que l'on pourrait rapporter la preuve inverse. Il faudrait prouver que, malgré une inscription prise sur des immeubles valant plus de deux fois le montant de la créance, les circonstances entourant son recouvrement rendent une telle garantie légitime. On peut l'envisager par exemple, si les hypothèques inscrites sont toutes primées par des hypothèques de meilleur rang si bien que le produit de la vente de chaque immeuble qui reviendrait au créancier serait finalement assez faible. Cela ne signifie pas non plus qu'on ne peut pas envisager de disproportion en deçà du seuil de la présomption. Néanmoins, la cour de cassation impose que le juge motive l'appréciation de la disproportion en procédant à l'évaluation de la créance garantie et des immeubles grevés au regard de la fraction légale, si bien qu'on peut douter qu'elle admette une disproportion en dehors de ce ratio.⁹³

41. Il faut bien mesurer que cette réduction n'est possible que lorsque plusieurs immeubles ont été grevés. Non seulement le texte le prévoit expressément mais encore cela découle du caractère indivisible de l'hypothèque : l'immeuble entier garantit la totalité de la dette. Aussi, si le débiteur ne possède qu'un immeuble, aussi considérable que soit sa valeur et modique celle de la créance, aucune réduction de l'assiette ne pourra être accordée⁹⁴. Toutefois, si le créancier n'a inscrit sa sûreté que sur un immeuble de grande valeur alors que le débiteur en possédait un autre d'une valeur plus modeste mais qui suffisait à garantir sa créance, on peut imaginer que l'inscription puisse être radiée, à charge pour le créancier de prendre inscription sur l'autre immeuble de valeur moindre mais suffisante. Cette réduction ne peut être demandée que par le débiteur, seul visé par le texte (excluant ainsi par exemple d'autres créanciers hypothécaires) et doit être demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, soit celui du lieu de situation de l'immeuble.⁹⁵ L'article 2412 précise que la demande de réduction puisse être exercée « soit en cours d'instance, soit à tout autre moment ». Il faut peut-être en déduire que le débiteur puisse demander au juge, avant même le jugement rendu, de se prononcer sur le caractère excessif d'une éventuelle inscription au vu du

⁹² PIÉDELIÈVRE Stéphane, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Deffrénois 2000 n°12 - page 737*.

⁹³ Cour de Cassation, Chambre civile 3, 14 décembre 1976, n° 75-10.940, Publié au bulletin.

⁹⁴ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958, n°663

⁹⁵ Code civil article 2442 alinéa 1^{er}

montant de la créance constatée par le jugement et de la valeur des biens du débiteur. Une telle faculté paraît difficile à exercer, il est donc plus probable que cette expression renvoie uniquement à la seconde faculté de réduction.

B. La réduction de la créance garantie

42. La seconde faculté de réduction judiciaire est celle prévue par l'article 2445 pour la créance. Il faut distinguer deux temps que prévoit l'article 2412 alinéa 3, aux termes duquel le débiteur peut se prévaloir de la faculté de réduction « en cours d'instance ». Le débiteur ne fait alors que contester devant le juge une évaluation exagérée⁹⁶. Une fois le jugement rendu, l'évaluation faite par le juge sera revêtue de l'autorité de la chose jugée et ne pourra être mise en cause que selon les voies de recours organisées par la loi. La seule réduction possible une fois le jugement rendu a lieu dans le cas où le créancier a inscrit une créance qui n'avait pas été évaluée par le jugement. Le juge pourra alors être à nouveau saisi de l'inscription faite par le créancier en fonction de sa propre évaluation et la réduire si elle est excessive. Le texte ne précise pas comment s'apprécie l'excès mais la cour de cassation a affirmé que le juge disposait d'un pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'excès.⁹⁷ Cela se comprend en ce que l'inscription est faite sur la base d'un jugement qui contient une créance indéterminée. En exerçant son pouvoir de réduction sur le montant inscrit, le juge vient uniquement postérieurement déterminer la créance qui n'avait pas pu l'être lors du jugement. Cette détermination du montant de la créance, qui revient en principe au juge, avait été laissée au créancier pour de pures raisons pratiques mais revient au juge en cas de contestation. En revanche, pour procéder à la réduction de l'assiette, le juge se prononce sur un abus dans l'exercice d'une de ses prérogatives propres par le créancier. Cela explique que le juge doive d'abord se prononcer sur le caractère excessif de l'évaluation avant de pouvoir apprécier si l'assiette de la sûreté est excessive et doit être réduite⁹⁸.

Cette réduction des inscriptions est en réalité plus qu'une simple réduction des inscriptions mais bien une réduction de l'hypothèque elle-même. En effet, l'immeuble sera libéré de la sûreté à moins que le créancier, devant l'insuffisance de l'assiette restante, ne reprenne une inscription complémentaire sur ce bien mais qui ne prendra rang qu'à cette date nouvelle⁹⁹. Il y a là un mécanisme assez ancien de proportionnalité puisqu'il était connu dès 1804. S'agissant de la réduction de l'assiette de la sûreté, le mécanisme est propre aux hypothèques légales et judiciaires.

⁹⁶ MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel et BILLIAU Marc, *Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J, 1996. n°242

⁹⁷ Cour de Cassation, Chambre Civile 3, 21 février 1984, n° 83-10.409, Publié au bulletin.

⁹⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, 7 février 1979, n° 77-11.283, Publié au bulletin. : « les juges ne peuvent réduire l'assiette d'une hypothèque prise pour garantir des créances indéterminées qu'après avoir, d'une part, arbitré le cas échéant, l'excès de l'évaluation faite dans l'inscription par le créancier, d'autre part, constaté que la valeur d'un seul ou de quelques-uns des immeubles grevés excède une somme égale au double du montant, estimé par lesdits juges, augmenté du tiers de ce montant »

⁹⁹ PIÉDELIEVRE Stéphane, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Deffrénois 2000 n°12 - page 737*.

Chapitre 2 : Un régime pour l'essentiel commun

On a vu qu'au stade des conditions de naissance et d'opposabilité de la sûreté, l'hypothèque judiciaire présente de nombreuses originalités. Pourtant, malgré une source d'une nature très différente, l'hypothèque des jugements obéit à un régime qui ne déroge que très peu au droit commun de l'hypothèque. Cela se voit tant au niveau de ses effets (**Section 1**) que de ses causes d'extinction (**Section 2**).

Section 1 : Effets de l'hypothèque judiciaire

Lorsqu'on se prête à l'étude des effets de l'hypothèque judiciaire, on observe qu'elle ne présente aucune spécificité. D'un point de vue strictement technique, l'hypothèque des jugements emporte les effets traditionnels de l'hypothèque : droit de préférence et droit de suite au profit du créancier (§1). Se pose par ailleurs la question de savoir s'il peut se prévaloir des effets nouveaux, reconnus aux hypothèques lors de la réforme du droit des sûretés par ordonnance du 23 mars 2006 : obtenir l'attribution judiciaire de l'immeuble ou conclure un pacte comissoire pour la réalisation de la sûreté (§2).

§1 Les effets traditionnels des hypothèques

On est ici au cœur de la sûreté réelle. Selon les critères proposés par P. Crocq, la technique de constitution de la sûreté est « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans pour autant être une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »¹⁰⁰. En l'espèce, le créancier est titulaire du droit de gage général si bien que les biens immobiliers du débiteur répondent déjà de la dette. On s'intéresse donc ici à des prérogatives supplémentaires dont dispose le créancier hypothécaire sur le bien affecté en garantie de sa dette, soit ici les biens immobiliers du débiteur. P. Crocq propose deux critères d'identification de ces prérogatives : elles soustraient le créancier à la loi du concours et leur mise en œuvre a un effet satisfaisant pour le créancier, en ce sens qu'elles éteignent la créance garantie. Répondent parfaitement à ces critères le droit de préférence et le droit de suite attachés à l'hypothèque.

A. Le droit de préférence

43. Le droit de préférence est le droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux auxquels ils sont privilégiés. En effet, dans les cas où la réalisation de la sûreté passe par la vente de l'immeuble, le créancier va pouvoir être payé sur le prix de vente de manière prioritaire. L'hypothèque lui attribue un rang dans l'ordre de distribution du prix de vente qui est déterminé

¹⁰⁰ CROCQ Pierre, *Propriété et garantie*, L.G.D.J., 1995. n°282

par la date de son inscription. Il faut bien mesurer que le droit de préférence ne permet pas à lui seul de faire vendre le bien. Le créancier ne peut le faire qu'en respectant la procédure de saisie immobilière régie par le Code des procédures civiles d'exécutions. Cela se traduit notamment par l'interdiction des clauses de voie parée, c'est-à-dire les clauses qui prévoient qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier hypothécaire pourra faire vendre le bien directement.¹⁰¹ Il faut d'abord qu'il soit titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible¹⁰² pour engager la procédure de saisie par la délivrance d'un commandement de payer valant saisie. Si le titre exécutoire servant à délivrer le commandement de payer est une décision de justice exécutoire par provision, il faut ensuite une décision définitive passée en force de chose jugée pour provoquer la vente forcée. S'il est vrai que le créancier ayant inscrit une hypothèque des jugements de condamnation aura le plus souvent déjà un titre exécutoire lui permettant d'aller jusqu'à la vente forcée, ce ne sera pas toujours le cas¹⁰³. Depuis la réforme de la saisie immobilière par ordonnance du 21 avril 2006 et décret du 27 juillet 2006, cette vente peut intervenir par adjudication à la barre ou à l'amiable¹⁰⁴. Une fois la vente effectuée, le prix est consigné au profit des créanciers saisissant et c'est cette consignation qui vaut réalisation de l'hypothèque et en purge le bien.¹⁰⁵ Le droit de préférence confère également au créancier un rang privilégié dans la distribution du prix de vente successif à la purge des hypothèques ou en cas de procédure collective du débiteur, puisque dans ce cas, il ne pourra plus poursuivre l'exécution sur l'immeuble. Néanmoins, il faut être conscient qu'en cas de procédure collective, de nombreuses autres causes de priorité vont primer l'hypothèque judiciaire.

B. Le droit de suite

44. L'hypothèque n'entraîne aucune indisponibilité du bien. Celui-ci peut donc être aliéné par le débiteur. Celui-ci n'est tenu que d'une obligation de ne pas porter atteinte à la valeur de l'immeuble jusqu'à la réalisation de la sûreté. Si le bien est aliéné, deux hypothèses se présentent : soit est organisée la purge des hypothèques au moment de la vente soit le créancier pourra saisir le bien entre les mains du nouveau propriétaire¹⁰⁶. En effet, si l'hypothèque des jugements ne peut être inscrite que sur des biens appartenant au débiteur, la saisie peut être opérée entre les mains de son nouveau propriétaire ou de tout tiers détenteur. C'est là l'essence du droit de suite, décrit par l'article 2461 dans les termes suivants : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur

¹⁰¹ Code des procédures civiles d'exécution article L311-3

¹⁰² Code des procédures civiles d'exécution article L311-2. Il faut également retrancher les jugements rendus par défaut pendant le délai d'opposition (article L311-4 alinéa 2)

¹⁰³ Il faut réserver ici les hypothèses où le jugement n'est pas exécutoire mais emporte quand même hypothèque des jugements : il s'agit des cas où la créance n'est pas encore liquide ou exigible et des jugements qui, bien qu'exécutoires, n'ont pas autorité de la chose jugée au principal. Ils permettent certes de participer à la distribution en cas de saisie de l'immeuble par un autre créancier voire même de délivrer un commandement de payer valant saisie de l'immeuble mais pas directement de provoquer la vente.

¹⁰⁴ CROCQ Pierre, « La réforme de la saisie immobilière et les actes préparatoires à la vente de l'immeuble », *RLDC* 2007 n° 38.

¹⁰⁵ Code des procédures civiles d'exécution article L322-14

¹⁰⁶ Code civil article 2462

un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». Dès lors, le tiers détenteur, c'est-à-dire toute personne qui détient à titre non précaire la totalité ou une partie de l'immeuble hypothéqué sans être obligé personnellement au paiement de la dette¹⁰⁷, va pouvoir voir le bien grevé saisi entre ses mains, simplement parce qu'il en est propriétaire¹⁰⁸. Avant même la saisie, il sera tenu à la même obligation de conservation de la valeur du bien que le débiteur. On dit qu'il est tenu *propter rem*. Dans la mesure où l'hypothèque judiciaire ne greève que les biens du débiteur, il n'y a pas d'hypothèque judiciaire pour autrui, ce cas est donc ici exclu. Lorsque le bien est saisi entre les mains du tiers détenteur, celui-ci va pouvoir opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur (inexistence, inéligibilité ou extinction de la dette ou de l'hypothèque) et l'exception de discussion.¹⁰⁹ A terme, le tiers détenteur devra choisir entre payer la dette hypothécaire, délaisser l'immeuble ou en subir la vente forcée au bénéfice du créancier hypothécaire. Dans chacun de ces trois cas, il sera subrogé dans les droits du créancier contre le débiteur puisqu'il a payé la dette d'autrui¹¹⁰. La solution la plus courante et la plus pratique reste toutefois la purge des hypothèques au moment de l'acquisition de l'immeuble. Il s'agit en principe d'une procédure judiciaire au cours de laquelle le tiers acquéreur offre aux créanciers inscrits le prix de vente de l'immeuble pour les désintéresser. S'ils refusent, l'immeuble est adjudiqué à la barre et le prix partagé entre les créanciers. Depuis la réforme de 2006, le Code civil a consacré la pratique de la purge organisée à l'amiable devant notaire¹¹¹.

Dans toutes les hypothèses envisagées jusqu'ici, la réalisation de la sûreté passe par la vente de l'immeuble, que celle-ci soit amiable (c'est le cas de la vente amiable consécutive à un commandement de payer valant saisie ou de la purge amiable ou judiciaire) ou forcée (c'est le cas de la vente forcée du bien saisi entre les mains du débiteur ou du tiers détenteur ainsi que de l'adjudication demandée par un créancier au cours de la procédure de purge judiciaire). Pourtant, il existe désormais des modes de réalisation de la sûreté qui ne passent pas par la vente mais par le transfert au créancier de la propriété du bien.

§2 *Les effets nouveaux des hypothèques*

Depuis la réforme par ordonnance du 23 mars 2006 ; l'hypothèque connaît deux modes de réalisation qui reposent sur le transfert au créancier de la propriété du bien grevé : le pacte comissoire et l'attribution judiciaire. Pourtant, il faut tout d'abord se demander si ces modes de réalisation sont admis dans le cadre de l'hypothèque judiciaire.

45. Pour le pacte comissoire, on peut immédiatement noter que la stipulation d'un pacte comissoire, en ce qu'elle doit être convenue dans la convention d'hypothèque¹¹², est réservée par

¹⁰⁷ PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Hypothèque », Répertoire de procédure civile. n°488

¹⁰⁸ Code civil article 2464

¹⁰⁹ C'est-à-dire qu'il pourra exiger que le créancier poursuive l'exécution de sa créance en priorité sur les autres immeubles grevés en garantie de cette même dette, article 2465 du code civil

¹¹⁰ Code civil article 1346

¹¹¹ Code civil article 2475

¹¹² Code civil article 2459

la loi aux hypothèques conventionnelles. La doctrine n'est toutefois pas unanime à ce sujet.¹¹³ Malgré des hésitations tenant à ce que le nouvel article 2459 est situé dans une section intitulée « Des effets des privilèges et hypothèques » et non plus « Dispositions particulières aux hypothèques conventionnelles » il semble qu'il faille exclure la possibilité de conclure un pacte comissoire relativement à une hypothèque judiciaire. Pour des raisons d'abord pratiques tenant à la rédaction du pacte comissoire, l'hypothèque judiciaire ne paraît pas compatible avec la stipulation d'un pacte comissoire, que l'administration fiscale désigne comme : « une stipulation supplétive d'une convention d'hypothèque, dont il ne peut être détaché »¹¹⁴. En outre, si les parties convenaient d'adjoindre un pacte comissoire à l'hypothèque judiciaire, cet accord aurait sans doute pour effet à tout le moins d'hybrider la nature de l'hypothèque judiciaire, au plus d'en faire une véritable hypothèque conventionnelle garantissant la créance reconnue par le jugement. Dès lors, il faut considérer que l'hypothèque judiciaire ne permet pas, par elle-même, la stipulation et l'activation d'un pacte comissoire.

46. Pour l'attribution judiciaire, la question est très différente car le texte¹¹⁵ ne mentionne que le créancier hypothécaire. L'article évoque certes la convention d'hypothèque mais il ne le fait que pour indiquer qu'elle ne peut organiser la vente forcée du bien par une clause de voix parée. Cette précision n'ayant de sens que pour l'hypothèque conventionnelle, il n'y a pas lieu d'en conclure, comme le font certains auteurs¹¹⁶, que l'attribution judiciaire leur serait réservée. Et pour cause, cette faculté ne suppose ni accord du débiteur, ni disposition particulière dans l'acte donnant naissance à la sûreté. En outre, lors de la réforme du droit des sûretés par ordonnance du 23 mars 2006, la volonté du législateur était d'étendre ce mode de réalisation de la sûreté à toutes les sûretés réelles, mobilières comme immobilières¹¹⁷. D'un point de vue pratique, la faculté d'attribution présente des avantages, en particulier en présence d'un unique créancier privilégié, car elle évite la procédure de purge et la procédure de saisie immobilière, on a là un mode très simplifié de réalisation. Il ne paraît donc pas justifié d'en exclure les hypothèques légales et judiciaires. Plus encore, certains auteurs y voient une voie d'exécution particulière attachée aux sûretés réelles.¹¹⁸ Néanmoins, l'attribution judiciaire se distingue des procédures civiles d'exécution car, si elle donne satisfaction au créancier, elle n'opère pas saisie ni vente du bien et n'organise pas la distribution de la valeur entre les différents créanciers. Il s'agit réellement d'un mode distinct de réalisation de la

¹¹³ CARBONNEL Christine, « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP N* 2007 n°51-52 p.1335 n° 10 s.

¹¹⁴ « Instruction fiscale 10 D-1-08, n° 88, 3 oct. 2008, relative à la publicité du pacte comissoire ».

¹¹⁵ Code civil article 2458

¹¹⁶ AYNÈS Laurent, CROCQ Pierre et AYNÈS Augustin, *Droit des sûretés*, 2020. n°390

¹¹⁷ L'exposé sommaire de l'amendement ayant abouti au vote de l'article 10-II-3° de la loi précise que le II de cet article « modifie le Code civil sur deux points afin de parfaire les simplifications déjà opérées. Il étend la simplification de la mainlevée, d'ores et déjà réalisée pour l'hypothèque conventionnelle, aux hypothèques légales et judiciaires ainsi qu'aux privilèges. Il étend également le bénéfice de la purge amiable et de l'attribution judiciaire à toutes les hypothèques et aux privilèges. »

¹¹⁸ « une voie d'exécution originale, car elle se ne traduit pas par une saisie et par une vente, mais une voie d'exécution véritable, car elle permet de donner juridiquement satisfaction à un créancier » (DELEBECQUE Philippe, « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », *RJ com.* 1994, n° spécial □ : *Le gage commercial*, n° 3, p. 125.)

sûreté. En outre, contrairement à la saisie, la faculté de demander l'attribution judiciaire est proprement un effet de la sûreté réelle, elle appartient au créancier en sa qualité de créancier hypothécaire. A l'inverse, la vente forcée du bien résulte de la mise en œuvre d'un titre exécutoire. Dès lors, un créancier, même chirographaire, peut saisir s'il dispose d'un titre alors qu'un créancier, même hypothécaire, ne le pourra pas s'il en est dépourvu. L'hypothèque ne lui confère dans cette seconde hypothèse qu'un droit de préférence sur le prix issu de la vente et un droit de suite dans le cas où le bien grevé serait aliéné au profit d'un tiers. Dans le cadre de l'hypothèque judiciaire, la confusion s'explique assez facilement par le fait que la plupart des jugements qui permettent d'inscrire l'hypothèque sont dans le même temps des titres exécutoires permettant d'engager la procédure de saisie immobilière (exception faite des jugements qui ne sont pas encore exécutoires ou font l'objet d'une voie de recours suspensive d'exécution où cette faculté pourrait conduire à des situations problématiques¹¹⁹). Il faut pourtant bien distinguer : la vente forcée n'est pas un effet de l'hypothèque mais la faculté d'attribution judiciaire en est un.

47. Il faut cependant bien mesurer que l'hypothèque ne fait qu'ouvrir l'action en attribution judiciaire au profit du créancier. Celle-ci n'est pas automatique, elle doit être demandée au juge et il ne s'agit pour le créancier que d'une simple faculté. Par ailleurs, son champ d'application est limité quant aux biens. L'article 2458 exclut *in fine* la faculté de demander l'attribution judiciaire de l'immeuble si celui-ci constitue la résidence principale du débiteur. Il s'agit là d'une mesure de protection contre un mode de réalisation jugé trop efficace et donc pas assez protecteur du débiteur personne physique. Dans cette hypothèse, seule la saisie-vente permettra au créancier de réaliser sa sûreté. Il faut également souligner à ce stade qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, la cour de cassation a exclu la possibilité de l'attribution judiciaire dans la mesure où cela ne fait pas partie des effets de l'hypothèque envisagés par les titres II, III et IV du livre VI du Code de commerce. Elle considère donc qu'il s'agit d'une demande tendant au paiement d'une créance antérieure à la procédure laquelle est irrecevable en raison de l'arrêt des poursuites individuelles.¹²⁰ Hormis ces hypothèses, tout créancier hypothécaire dont la créance est liquide et exigible pourra demander l'attribution judiciaire. Le juge ne dispose sur cette demande d'aucun pouvoir d'appréciation¹²¹. Après expertise de la valeur de l'immeuble¹²², le créancier entrera alors en propriété et la valeur de l'immeuble s'imputera sur le montant de la créance. Si la valeur de l'immeuble dépasse le montant de la créance garantie, le créancier devra verser une soulte au débiteur d'un montant égal à la différence entre ces deux valeurs.¹²³ Il faut toutefois garder à l'esprit que l'attribution judiciaire, si elle réalise et donc éteint l'hypothèque du créancier attributaire,

¹¹⁹ Cf. infra n°51

¹²⁰ Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 juin 2017, n° 16-10.591, Publié au bulletin.

¹²¹ CUIF Pierre- François, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC 2010* n° 69.

¹²² Code civil article 2460 alinéa 1^{er}

¹²³ Code civil article 2460 alinéa 2

n'opère pas de purge des inscriptions. Il se peut donc que d'autres créanciers aient également des droits inscrits sur l'immeuble.

Ce nouvel effet attaché à l'hypothèque, issu de la réforme de 2006, offre donc une alternative simplifiée à la réalisation de l'hypothèque par saisie-vente de l'immeuble. Elle présente toutefois un petit risque pour le créancier lorsqu'il existe sur l'immeuble un droit de rang préférable dont il n'a pas connaissance. Contrairement au droit de préférence et au droit de suite, la faculté de demander l'attribution judiciaire n'est pas une faculté purement conservatoire. Le créancier tend directement à la réalisation de sa sûreté et donc à son extinction puisque l'attribution judiciaire peut s'analyser comme une forme de dation en paiement.

Section 2 : Extinction de l'hypothèque judiciaire

L'analyse des effets de l'hypothèque judiciaire révèle qu'elle épouse parfaitement le régime commun des hypothèques, exception faite du pacte commissaire qui doit être réservé à l'hypothèque conventionnelle. Lorsqu'on s'intéresse cette fois-ci aux causes d'extinction de l'hypothèque, on peut faire le même constat (§1). Quant à la survenance d'un jugement infirmatif, s'il s'agit à première vue d'un événement affectant spécifiquement les hypothèques des jugements, ce n'est en réalité qu'une application du caractère accessoire de l'hypothèque (§2).

§1 Causes d'extinction de toute hypothèque

Les modes de réalisation de l'hypothèque, dans la mesure où ils sont satisfaisants et donc aboutissent au paiement de la dette, éteignent l'hypothèque. Mais il existe également des causes d'extinction par voie principale de l'hypothèque.

48. Le paiement de la dette entraîne l'extinction de l'hypothèque. Cela résulte du caractère accessoire de l'hypothèque : l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction de l'hypothèque.¹²⁴ Seule subsiste l'hypothèque rechargeable mais il s'agit nécessairement d'une hypothèque conventionnelle. Ainsi, tous les modes de paiement de la créance emportent extinction de l'hypothèque. En outre, les autres causes d'extinction de la créance telles que la compensation, la délégation parfaite et la novation ou encore la confusion des qualités de créancier et débiteur éteignent l'hypothèque à la condition qu'elles soient totales et définitives : en cas d'annulation ou de résolution, l'hypothèque est rétroactivement rétablie. La prescription extinctive éteint également l'hypothèque. à noter que depuis la réforme de la prescription par la loi du 17 juin 2008, les jugements se prescrivent par 10 ans¹²⁵. En revanche, ni l'inscription d'hypothèque judiciaire¹²⁶ ni son renouvellement ne sont des causes d'interruption de la prescription¹²⁷. Certaines causes issues des procédures collectives éteignent également la créance. En revanche, la clôture pour insuffisance

¹²⁴ Code civil article 2488 1°

¹²⁵ Code des procédures civiles d'exécution Article L111-4

¹²⁶ Code civil article 2488 4° in fine

¹²⁷ Cour de Cassation, Chambre mixte, 26 mai 2006, n° 03-16.800, Publié au bulletin. : « le renouvellement de l'inscription d'hypothèque est dépourvu d'effet interruptif »

d'actifs de la liquidation, si elle paralyse le droit de poursuite des créanciers, n'éteint pas pour autant les créances. La cour de cassation a pu en déduire que la mainlevée des hypothèques judiciaires ne pouvait donc pas être demandée.¹²⁸ La créance peut également être transmise sans que l'hypothèque ne s'éteigne. De manière symétrique à la cession de créance, le créancier hypothécaire peut céder uniquement son droit hypothécaire voire simplement son rang hypothécaire sans céder la créance. L'article 2424 le dit explicitement pour les hypothèques conventionnelles mais il n'y a aucune raison de considérer que cette disposition n'est pas applicable aux autres hypothèques. Le projet de réforme de l'association Henri Capitant propose d'ailleurs d'en faire une disposition du régime général de l'hypothèque.¹²⁹

49. L'hypothèque peut également s'éteindre à titre principal. S'agissant d'un droit réel dont il dispose, le créancier peut tout à fait renoncer au bénéfice de l'hypothèque mais cela suppose la capacité de disposer d'un droit réel.¹³⁰ En l'absence d'accord du créancier, le débiteur peut toujours demander la radiation judiciaire de l'hypothèque¹³¹. L'hypothèque peut également subir pour elle-même la prescription. En dehors de la péremption de l'inscription, l'hypothèque inscrite sur un bien qui demeure entre les mains du débiteur ne se prescrit qu'à raison de la créance qu'elle garantit. Si toutefois le bien passe entre les mains d'un tiers, elle se prescrit « par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit », c'est-à-dire dix ou trente ans selon que le tiers peut ou non prouver bonne foi et juste titre. L'extinction de l'hypothèque peut aussi résulter de la disparition de la chose grevée. Si, tout d'abord, l'hypothèque porte sur des droits réels immobiliers tels que l'usufruit, leur extinction éteint corrélativement l'hypothèque. Si l'immeuble est détruit, en principe l'hypothèque s'éteint à moins qu'il ne s'agisse que d'une destruction partielle. Si le débiteur acquiert à la suite de cette destruction de nouveaux immeubles, ils entrent dans l'assiette de l'hypothèque des jugements et pourront faire l'objet d'une nouvelle inscription ce qui explique que les garanties de l'article 2420 (possibilité d'exiger le paiement immédiat ou des garanties nouvelles) soient réservées aux hypothèques conventionnelles. Si enfin la destruction donne lieu à une indemnité qui se subroge réellement au bien, le créancier pourra exercer dessus son droit de préférence.

S'agissant de ces causes d'extinction, hormis les quelques dispositions qui sont véritablement propres à l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque des jugements ne présente encore une fois aucune originalité. Toutefois, la survenance d'un jugement infirmatif semble pouvoir constituer un événement affectant d'une manière très spéciale l'hypothèque des jugements.

¹²⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 novembre 2013, n° 12-24.652, Inédit.

¹²⁹ ASSOCIATION HENRI CAPITANT Commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*. Article 2487

¹³⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 3, 16 juillet 1975, n° 74-11.405, Publié au bulletin.

¹³¹ Code civil article 2440

§2 Incidences du jugement infirmatif

Le jugement infirmatif est cause de nullité de l'hypothèque des jugements de condamnation. En réalité, ce n'est qu'une expression du caractère accessoire de l'hypothèque puisque c'est un événement qui affecte la créance.

50. Ainsi, si on a vu que l'hypothèque pouvait être inscrite sur la base d'un jugement de première instance, même susceptible d'un recours suspensif d'exécution, quand le recours exercé fait tomber le jugement en rapportant le jugement sur opposition, le réformant sur appel ou le cassant par une Cour Suprême (Cour de cassation ou conseil d'Etat), l'inscription tombe avec lui.¹³² En effet, cet événement fait disparaître la créance garantie par l'hypothèque, elle s'éteint donc par voie accessoire. Quand le jugement infirmatif n'infirmé que partiellement la créance, on se retrouve dans l'hypothèse de l'extinction partielle. L'hypothèque subsiste entièrement pour garantir la créance restante. En effet, même si le montant attribué est modifié, le principe de la condamnation subsiste si bien que l'existence de l'hypothèque n'est pas affectée et une nouvelle inscription n'est pas nécessaire.¹³³ A noter que la disparition de l'hypothèque par l'effet de la cassation du jugement est définitive. Si la juridiction qui statue en dernier lieu statue dans le même sens que le premier jugement ayant fait naître l'hypothèque, elle ne revit pas pour autant. Il faudra inscrire de nouveau l'hypothèque qui prendra rang à la date de cette nouvelle inscription.¹³⁴

51. Une difficulté apparaît lorsque le créancier met en œuvre sa sûreté avant que jugement ne soit passé en force de chose jugée. En effet, le Code des procédures civiles d'exécution organise bien le cas où le débiteur poursuit l'exécution forcée d'un titre exécutoire à titre provisoire. Cette exécution est poursuivie aux risques et périls du créancier¹³⁵. En outre, il est certain que le jugement infirmatif fait naître une créance de restitution pour tous les paiements effectués par le débiteur condamné en première instance mais libéré en appel. Cette créance de restitution fait d'ailleurs naître l'hypothèque des jugements sans qu'il soit besoin que le jugement la constate. Le seul rapprochement entre le jugement de première instance et d'appel suffit à constituer la reconnaissance de cette créance par le jugement. La cour de cassation a été amenée à le rappeler dans plusieurs instances récentes.¹³⁶ S'agissant des mesures conservatoires, dans laquelle s'inscrit l'hypothèque judiciaire conservatoire, le code prévoit également que leur mise en œuvre peut occasionner des dommages et intérêts si le juge ordonne par la suite leur mainlevée.¹³⁷ Cette disposition s'applique sans équivoque aux hypothèques conservatoires : si elles occasionnent un dommage, en cas de mainlevée, celui-ci devra être réparé par le créancier même en l'absence de

¹³² PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, LGDJ, 1958.n°645

¹³³ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 11 mars 1919, S. 1921 1 p. 171.

¹³⁴ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *op. cit.* n°645

¹³⁵ Code des procédures civiles d'exécution article L111-10

¹³⁶ Cour de cassation, Chambre civile 3, 15 septembre 2016, n° 15-21.483, Publié au bulletin et Cour de cassation, Chambre civile 3, 27 juin 2019, n° 18-10.836, Publié au bulletin. : il importe seulement que la comparaison des deux jugements fasse apparaître la créance

¹³⁷ Code des procédures civiles d'exécution article L512-2

comportement fautif¹³⁸. Toutefois, l'hypothèque des jugements n'est pas une mesure d'exécution forcée ni n'est désignée comme une mesure conservatoire par ce code. En pratique, les dommages pour le débiteur résultant de la seule inscription seront le plus souvent assez faibles. Il faudrait qu'il prouve que l'inscription l'a empêché de vendre le bien ou que l'impossibilité de proposer une hypothèque de premier rang a fait obstacle à l'obtention d'un crédit par exemple. Si en revanche il a participé à la répartition du prix faisant suite à la vente amiable du bien, il s'expose à devoir restituer sa part. Quant à la vente, celle-ci n'étant possible qu'avec un titre exécutoire définitif au principal et constatant une créance liquide ou exigible, il n'y a pas de difficulté.

52. Le problème gagne en complexité dans le cas où le créancier aura demandé l'attribution judiciaire du bien. Il ne s'agit pas, au sens du Code des procédures civiles d'exécution, d'une mesure d'exécution forcée. Or, on perçoit bien qu'il s'agit là d'une prérogative trop grave, aux effets proches d'une saisie-vente. Et ce d'autant plus que l'hypothèque peut être prise sur la base d'un jugement qui n'est même pas encore exécutoire ou a fait l'objet d'une voie de recours suspensive d'exécution. Même à considérer qu'il faille faire application par analogie des règles relatives aux mesures d'exécution ou aux mesures conservatoires et faire peser sur le créancier les conséquences préjudiciables de la mise en œuvre de l'hypothèque des jugements, les conséquences de l'attribution d'un bien immobilier sont trop importantes, quand bien même ce ne serait pas la résidence principale du débiteur. A cet égard, l'hypothèque des jugements est déséquilibrée au profit d'un créancier dont les droits sont encore assez incertains. On n'a vu que l'attribution judiciaire n'était possible qu'au profit du titulaire d'une créance hypothécaire liquide et exigible. Elle est donc exclue pour les jugements, qui, bien qu'ils permettent l'inscription de l'hypothèque des jugements, constatent une créance qui n'est pas encore liquide ou exigible.

Ainsi, si le régime de l'hypothèque des jugements est aujourd'hui majoritairement celui de toute hypothèque, la spécificité du titre qui lui donne naissance justifierait qu'on lui attache un régime spécifique. Sur ce point, le régime de l'hypothèque conservatoire est beaucoup plus équilibré puisqu'on le verra, il limite les effets de l'inscription provisoire prise sur la base d'un jugement qui n'est pas exécutoire. D'où l'on voit déjà apparaître la très grande complémentarité entre hypothèque judiciaire du Code civil et hypothèque judiciaire conservatoire du Code des procédures civiles d'exécution.

PARTIE 2 : OPPORTUNITE DE L'HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS DE CONDAMNATION

Il est clair que l'hypothèque des jugements de condamnation est aujourd'hui peu utilisée. Les auteurs attribuent ce déclin à l'apparition d'un mécanisme concurrent : l'hypothèque conservatoire, qui est beaucoup plus utilisée. A bien y regarder, si les mécanismes entrent en concurrence directe c'est en fait parce que leurs champs d'application se superposent aujourd'hui largement. Leur

¹³⁸ Cour de cassation, Chambre civile 3, 21 octobre 2009, n° 08-12.687, Publié au bulletin.

coexistence ne se comprendrait alors que si on pouvait justifier de différences de régime lesquelles traduiraient une véritable différence de nature (**Titre 1**). Pourtant, à l'étude non seulement du régime mais surtout de la finalité de ces institutions, il est possible de faire apparaître un mécanisme commun. On peut dès lors considérer qu'il s'agit fondamentalement d'une même institution, séparée plus par les circonstances historiques que par des divergences techniques ou théoriques (**Titre 2**).

Titre 1 : L'opposition apparente entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire

Il s'agit d'abord d'examiner ce qui dans l'hypothèque conservatoire explique sa préférence. A la comparaison des deux régimes, on voit bien que l'hypothèque conservatoire a un champ d'application plus large et qu'elle est encadrée par des conditions – notamment de délai - plus strictes (**Chapitre 1**). De ces différences techniques, certains auteurs ont induit une véritable divergence de nature : l'hypothèque des jugements serait légale là où l'hypothèque conservatoire serait seule véritablement judiciaire (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les divergences techniques constatées

Le point de départ de la comparaison entre hypothèque judiciaire des jugements et hypothèque judiciaire conservatoire est nécessairement technique car c'est du régime que l'on pourra le cas échéant induire des différences de nature. D'un point de vue technique, on trouvera des divergences tenant principalement au champ d'application (**Section 1**) ainsi que des divergences de régime tenant aux délais (**Section 2**).

Section 1 : Les divergences sur le champ d'application

Si l'on compare les champs d'application de l'hypothèque des jugements et de l'hypothèque conservatoire, l'inscription provisoire sur autorisation du juge qui n'existe qu'au bénéfice de l'hypothèque conservatoire est la différence la plus apparente (§1). Mais il faut aussi remarquer la possibilité d'inscrire une hypothèque conservatoire sur la base d'un titre exécutoire non-judiciaire (§2).

§1 L'inscription sur autorisation du juge

53. On a ici le cœur de l'innovation que constituait l'ancien article 54 du Code de procédure civile : permettre au créancier de faire inscrire une hypothèque alors qu'il n'a encore obtenu aucun jugement contre son créancier. Il se prémunit ainsi contre le risque de disparition de son gage en cours d'instance. Cette protection passe par une inscription provisoire d'hypothèque. Il est intéressant de remarquer que cette autorisation se fait sur disposition expresse du juge qui précise l'immeuble à grever. L'hypothèque conservatoire sur autorisation judiciaire, à la différence de l'hypothèque des jugements, est donc spéciale quant à son assiette et ce dès sa naissance, pas

uniquement lors de l'inscription¹³⁹. Elle est également spéciale quant à la créance, le juge indiquant pour quel montant elle peut être inscrite et qui doit en supporter les frais¹⁴⁰. Si l'hypothèque des jugements est également spéciale quant à la créance, les frais d'inscription, en ce qu'ils font partie des dépens, seront mis à la charge de la personne qui y a été condamnée, d'où une autre différence non négligeable en pratique.¹⁴¹ L'autorisation est accordée pour un créancier qui peut se prévaloir d'une créance paraissant fondée en son principe et justifiant d'un péril dans son recouvrement. Ces deux conditions sont très légères, le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur (ou le président du tribunal de commerce en présence d'une créance relevant de la juridiction commerciale)¹⁴² qui rend l'ordonnance d'autorisation se contente véritablement de l'apparence d'une créance. A tel point qu'elle sera même accessible à un créancier dont la créance ne présenterait pas le degré de certitude requis pour obtenir un référé-provision.¹⁴³ C'est donc bien un créancier auquel l'hypothèque des jugements est inaccessible. Cette originalité aurait pu permettre aux deux mécanismes d'être complémentaires. En effet, la loi instituant les sûretés judiciaires conservatoires ne les avait prévues que sur autorisation du juge. On avait donc là un mécanisme très particulier qui n'aurait pas nécessairement eu vocation à se supplanter à l'hypothèque des jugements puisqu'il n'avait pas vocation à être accessible aux créanciers au bénéfice desquels un jugement avait déjà été rendu. Cette limite, on le verra, n'existe plus en droit positif.

54. On a par ailleurs étendu le bénéfice de l'inscription provisoire à d'autres créanciers que ceux ayant obtenu l'autorisation judiciaire. Il s'agit de créanciers dont la situation laisse présumer que leur créance est suffisamment vraisemblable pour obtenir une autorisation judiciaire, on va donc les en dispenser. L'article L511-2¹⁴⁴ en dresse la liste : le créancier qui a obtenu un jugement non encore exécutoire, le créancier titulaire d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer immobilier impayé. On remarque alors que cette inscription provisoire, puisqu'elle ne résulte pas d'une disposition expresse du juge, retrouve toute la généralité quant à l'assiette de l'hypothèque judiciaire. Ces actes se substituent simplement à l'autorisation judiciaire. Le créancier devra ensuite, dans les mêmes délais, effectuer les formalités nécessaires pour l'obtention du titre exécutoire qui lui fait défaut. Il peut s'agir d'un jugement mais rien n'indique que ce soit nécessairement le cas. On peut tout à fait imaginer un créancier qui prend une inscription provisoire sur la base d'un chèque impayé et obtient ensuite un titre exécutoire de l'huissier de justice pour ce chèque impayé. Ce titre lui permettra de confirmer l'inscription

¹³⁹ Code des procédures civiles d'exécution article R511-4

¹⁴⁰ Code des procédures civiles d'exécution article L512-2

¹⁴¹ D'ailleurs soulignée par Me Kieffer lors de notre entretien : « Et, au surplus, ce que souvent les praticiens oublient c'est que, à partir du moment où le jugement condamne la partie perdante aux dépens, et que, à tout jugement de condamnation est attaché le principe de l'hypothèque judiciaire de l'article 2412, les frais que vont générer cette prise d'inscription sont garantis par les dépens. Ils rentrent dans les dépens, donc ils sont à la charge de la partie perdante, alors que dans la mesure conservatoire, si on étudie bien les textes, normalement la mesure conservatoire, ce n'est pas toujours à la charge du débiteur, c'est une partie qui peut être à la charge du créancier. » annexe 2

¹⁴² Code des procédures civiles d'exécution articles L511-3 et R511-2

¹⁴³ TGI de Nice, 15 novembre 1977.

¹⁴⁴ Code des procédures civiles d'exécution article L511-1

provisoire en une inscription définitive. Toutefois, le cas le plus courant est celui dans lequel le créancier obtient un jugement. L'inscription définitive ne suppose cette fois-ci plus de disposition expresse du juge. Ainsi, même lorsque l'inscription provisoire est prise sur la base d'un acte qui n'est pas un jugement - tel l'autorisation judiciaire- la complémentarité avec l'hypothèque des jugements n'est pas parfaite. En effet, l'inscription définitive sera le plus souvent une hypothèque prise en vertu d'un jugement. Il ne s'agit néanmoins pas de l'hypothèque des jugements, même si la Cour de cassation opère parfois une assimilation entre inscription définitive d'hypothèque conservatoire et hypothèque des jugements¹⁴⁵. On peut donc considérer qu'en droit positif, la loi fait coexister deux hypothèques prises en vertu d'un jugement. La seule véritable originalité de l'hypothèque conservatoire se situe donc dans l'inscription provisoire. Mais le développement de l'hypothèque conservatoire ne s'est pas arrêté là. L'inscription d'hypothèque conservatoire est en effet aujourd'hui ouverte aux détenteurs d'un titre exécutoire.

§2 *L'inscription sur présentation d'un titre exécutoire non-judiciaire*

Lors de la création par la loi du 12 novembre 1955 de l'hypothèque conservatoire, le législateur a laissé subsister parallèlement l'hypothèque judiciaire des jugements et l'hypothèque judiciaire conservatoire, qui n'avaient alors pas vocation à se recouvrir puisque l'hypothèque judiciaire n'était accessible que sur autorisation. Seulement, peu de temps après la mise en place de l'hypothèque judiciaire conservatoire aux articles 54 et suivants du Code de procédure civile ancien, on a commencé à remettre en cause son champ d'application limité à l'autorisation judiciaire¹⁴⁶. Rapidement, la jurisprudence a opéré un raisonnement *a fortiori* pour considérer que le détenteur d'un titre exécutoire, puisqu'il peut déjà saisir, doit être autorisé à prendre des mesures conservatoires et notamment une hypothèque conservatoire¹⁴⁷.

55. Lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, la commission des lois proposait d'ouvrir expressément les sûretés judiciaires aux titulaires d'un titre exécutoire, alors que le projet initial le rejetait pour bien marquer la distinction entre mesures conservatoires et exécutoires. Le 3 avril 1990, Mme Nicole Catala, rapporteur de la commission des lois le résumait ainsi devant l'assemblée : « Pour parvenir à un meilleur recouvrement des créances, le projet revalorise tout d'abord le titre exécutoire. Il distingue clairement les mesures exécutoires des mesures conservatoires et il interdit au créancier muni d'un titre exécutoire de recourir à ces dernières : interdiction trop absolue, a jugé la commission des lois, et je vous proposerai, en son nom, de rétablir la possibilité, pour le créancier muni d'un titre exécutoire, au moins de demander une mesure de sûreté judiciaire. » Dans le nouveau dispositif, il a donc été prévu une procédure adaptée, permettant au titulaire d'un titre exécutoire d'inscrire une hypothèque judiciaire conservatoire. Le créancier doit alors, après avoir

¹⁴⁵ Cf. infra n°60

¹⁴⁶ JULIEN Pierre, « Le point sur l'hypothèque judiciaire conservatoire », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Sirey, 1985.

¹⁴⁷ Cour de cassation, Chambre civile 3, 20 février 1979 D. 1979 p. 403 et Cour de cassation, Chambre civile 1, 13 novembre 1980.

requis l'inscription provisoire sur la base du titre exécutoire et l'avoir signifiée au débiteur, laisser s'écouler un délai d'un mois au cours duquel le débiteur peut former opposition puis requérir l'inscription définitive sur la base du même titre et la dénoncer.¹⁴⁸ On remarque que là encore, l'hypothèque retrouve toute sa généralité quant à son assiette, le créancier pouvant inscrire l'hypothèque sur le ou les immeubles de son choix. La loi prévoit donc aujourd'hui les deux alternatives : l'inscription en vertu d'une autorisation judiciaire ou d'un titre exécutoire.¹⁴⁹ C'était oublier que les jugements permettaient déjà de prendre hypothèque en vertu de l'article 2412, d'où un nouveau recouvrement des champs d'application.

56. Par ailleurs, cette modification a ouvert cette hypothèque à des titres exécutoires non judiciaires. Il est indiscutable que ces titres permettent l'inscription provisoire d'hypothèque. La cour de cassation a pu le rappeler s'agissant d'un acte notarié revêtu de la formule exécutoire.¹⁵⁰ On a en revanche pu douter de la possibilité d'inscrire définitivement l'hypothèque conservatoire en vertu d'un titre non-judiciaire à la lecture d'un arrêt récent de la Cour de cassation.¹⁵¹ Dans cette affaire, le créancier avait sollicité une inscription d'hypothèque sur la base d'un titre exécutoire dressé par huissier pour non-paiement d'un chèque. S'étant vu refuser l'inscription par le conservateur des hypothèques, il obtient en appel l'annulation du refus d'inscription et la publication de l'hypothèque. L'arrêt est cassé au visa de l'article 2396 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'un titre exécutoire délivré par un huissier de justice, qui n'est pas un jugement, n'autorise pas l'inscription d'une hypothèque judiciaire définitive, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

57. De cette solution, deux interprétations sont possibles. La première consiste à considérer, comme un auteur, que les titres exécutoires non judiciaires ne permettent de prendre qu'une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire. En effet, cette hypothèque étant appelée « judiciaire » selon les termes de l'article 2396¹⁵², elle ne peut être inscrite définitivement qu'aux termes d'un jugement. Il faudrait donc, après avoir inscrit provisoirement l'hypothèque, saisir le juge au fond pour obtenir un jugement permettant d'inscrire définitivement l'hypothèque. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence formulée par le Code des procédures civiles d'exécution, la Cour de cassation retiendrait une interprétation stricte du terme « judiciaire ». Si la cour de cassation a pu faire parfois des discriminations entre les titres exécutoires, il ne semble pas qu'une telle interprétation doive être retenue. Une telle solution réduirait à néant la faveur faite aux créanciers titulaires de titres exécutoires non-judiciaires par rapport à ceux détenant une lettre de change, un billet à ordre, un chèque impayé ou un loyer impayé qui permettent déjà de prendre une inscription provisoire mais doivent, eux, effectuer les démarches en vue d'obtenir le titre qui leur fait défaut. Rien n'indique d'ailleurs dans les textes que ce titre doit être judiciaire. Le détenteur d'un chèque impayé ayant fait inscrire provisoirement pourrait tout à fait obtenir un titre exécutoire

¹⁴⁸ Code des procédures civiles d'exécution article R532-6

¹⁴⁹ Code des procédures civiles d'exécution article R531-1

¹⁵⁰ Cour de cassation, Chambre civile 2, 27 février 2014, n° 13-11.644, Inédit.

¹⁵¹ Cour de cassation, Chambre civile 3, 21 janvier 2016, n° 14-24.795, Publié au bulletin.

¹⁵² Code civil article 2396

de l'huissier puis procéder à l'inscription définitive. En outre, le titulaire d'un titre exécutoire non judiciaire peut déjà procéder à la saisie, il serait donc contraire au raisonnement *a fortiori* opéré par le législateur en 1991 de lui interdire l'inscription d'hypothèque.

58. D'où une seconde interprétation de la solution. Bien que la référence à « l'hypothèque judiciaire définitive » évoque l'hypothèque judiciaire conservatoire du Code des procédures civiles d'exécution, le visa du Code civil indique plutôt que l'on parle de l'hypothèque judiciaire du Code civil, laquelle ne permet pas l'inscription d'hypothèque sur la base d'un titre exécutoire non judiciaire, tel un titre exécutoire délivré par huissier. Il ne faut pas en conclure qu'une hypothèque judiciaire conservatoire ne pourrait pas être définitivement inscrite sur la base d'un titre non judiciaire dans le respect de la procédure instituée par le Code des procédures civiles d'exécution. Le reproche adressé au créancier est d'avoir demandé directement l'inscription définitive plutôt que de solliciter l'inscription provisoire, laisser s'écouler le délai d'un mois puis solliciter l'inscription définitive. Rien ne permet de penser que cette démarche aurait été impossible, c'est d'ailleurs ce que font les praticiens.¹⁵³

Toutefois, on leur impose un régime lourd puisqu'ils doivent tous faire l'objet d'une double inscription et double dénonciation, alors que l'hypothèque des jugements s'inscrit en une seule fois définitivement. Ce régime traduit la grande différence qui marque l'hypothèque du Code des procédures civiles d'exécution : elle est conservatoire.

Section 2 : Les divergences sur le régime

Les divergences de régime entre hypothèque conservatoire et hypothèque des jugements se trouvent au niveau de l'inscription puisque les premières doivent être inscrites provisoirement puis définitivement (§1) et l'inscription doit être dénoncée au débiteur (§2).

§1 L'inscription provisoire puis définitive

Contrairement à l'hypothèque des jugements qui ne nécessite qu'une seule inscription, l'hypothèque conservatoire doit être inscrite provisoirement puis définitivement. Ces inscriptions sont encadrées par différents délais.

59. Si l'on permet au créancier de prendre une inscription provisoire d'hypothèque, ce n'est qu'en considération du péril qui menace le recouvrement de sa créance. Il est face à une situation qui ne lui permet pas d'attendre l'obtention du titre exécutoire. L'appréciation d'une telle situation est nécessairement ancrée dans le temps. Le péril qui existe au jour où le juge accorde son autorisation n'existe plus nécessairement un an plus tard. C'est pourquoi l'inscription provisoire doit être effectuée dans les trois mois de l'ordonnance d'autorisation¹⁵⁴. Une fois prise l'inscription provisoire sans titre exécutoire, le créancier doit dans un délai d'un mois engager les démarches

¹⁵³ Pratique qui a pu être confirmée lors de l'entretien avec Maître Frédéric Kieffer, annexe 2

¹⁵⁴ Code des procédures civiles d'exécution article R511-6

nécessaires à l'obtention du titre qui lui fait défaut¹⁵⁵. Cette condition de délai ne fait que traduire le fait que l'inscription prise sans titre exécutoire (soit sur autorisation ou en vertu d'un acte qui en dispense mais n'est pas un titre exécutoire) est précaire. Cette inscription n'a de sens qu'en anticipation du titre exécutoire qui donnera sa force à l'hypothèque. Dès lors, elle ne se conçoit qu'au profit d'un créancier qui va prochainement obtenir un titre. On ne permet l'inscription avant que les démarches ne soient engagées que pour prendre de vitesse le débiteur animé de l'esprit de fraude. Ainsi, l'hypothèque est inscrite avant même qu'il ne soit informé des velléités de recouvrement du créancier. Immédiatement après, le créancier peut sans danger engager les démarches pour obtenir le titre qui lui manque, d'où le délai très court. Ces conditions de délai, qui n'existent pas dans le cadre de l'hypothèque des jugements, sont davantage propres à l'inscription provisoire en l'absence de titre qu'à l'hypothèque conservatoire et ne constituent pas réellement une divergence de régime entre les deux hypothèques. Ce n'est là que la traduction technique du fait qu'une inscription provisoire sans titre est permise pour l'hypothèque conservatoire alors qu'elle ne l'est pas pour l'hypothèque des jugements. A dire vrai, lorsque l'inscription est prise sur la base d'un titre exécutoire, on comprend mal pourquoi le créancier devrait faire inscrire d'abord provisoirement son hypothèque dans la mesure où il est déjà titulaire d'un titre lui permettant de procéder à des saisies et dans certains cas de prendre inscription d'une hypothèque des jugements. Il n'est en effet pas dans l'attente d'un titre ni dans une urgence particulière. Il n'a pas non plus à effectuer de démarches une fois l'inscription provisoire effectuée. Simplement, il doit laisser s'écouler un délai irréductible d'un mois avant de procéder à l'inscription définitive¹⁵⁶. Comment comprendre cette attente ? Le texte nous indique que pendant ce délai, le débiteur va pouvoir demander au juge la mainlevée de la mesure. Il s'agit là de la possibilité de contestation ouverte au débiteur à l'encontre de toute mesure conservatoire. Toujours est-il que l'hypothèque conservatoire, quel que soit l'acte qui permet son inscription doit être doublement inscrite, d'abord provisoirement puis définitivement. D'ailleurs, l'inscription provisoire ne peut produire d'effets que pendant trois ans renouvelables une fois, ce qui marque à nouveau la nécessité d'effectuer les démarches nécessaires à son inscription définitive qui est prise pour 10 ans.¹⁵⁷

60. Puisque l'inscription définitive a vocation à prendre rang à la date de l'inscription provisoire, il est essentiel d'assurer le lien entre ces deux inscriptions en imposant au créancier de réaliser la publicité définitive dès qu'il a obtenu le titre qui lui faisait défaut lors de l'inscription provisoire. Cette nouvelle publicité n'a pour objet que de venir se substituer à l'inscription provisoire ce qui explique qu'elle n'entraîne pas à nouveau de paiement de taxe foncière¹⁵⁸. Ce délai est de deux mois à compter du jour où la décision acquiert force de chose jugée ou à compter de l'expiration du délai d'attente d'un mois du créancier muni d'un titre¹⁵⁹. Il faut toutefois bien indiquer que si la

¹⁵⁵ Code des procédures civiles d'exécution article R511-7

¹⁵⁶ Code des procédures civiles d'exécution article R532-6

¹⁵⁷ Code des procédures civiles d'exécution article R532-7

¹⁵⁸ Code des procédures civiles d'exécution article R533-2 alinéa 2

¹⁵⁹ Code des procédures civiles d'exécution article R533-4

signification du jugement est une condition de son caractère exécutoire, le délai court au jour où le jugement acquiert force de chose jugée, peu importe que le jugement ait déjà été signifié, faute de quoi le créancier serait maître du point de départ d'un délai qui court contre lui.¹⁶⁰ Là encore, cette condition de délai n'est qu'une manifestation technique du fait qu'on a permis au créancier de prendre sans titre une inscription provisoire dans l'attente du jugement. Cette inscription provisoire tirant sa force du jugement ou du titre à intervenir, elle doit être confirmée dans un délai très court une fois le titre obtenu. Si elle n'est pas confirmée dans ce délai, l'inscription définitive ne devrait pas être permise puisque l'inscription provisoire cesse alors de produire effet¹⁶¹. Toutefois, lorsque l'inscription définitive est demandée, elle l'est souvent sur la base d'un titre qui est aussi un jugement au sens de l'article 2412. Dans cette hypothèse, la cour de cassation a admis que l'inscription ne soit pas refusée. Il s'agira alors d'une hypothèque des jugements qui ne prend rang qu'à la date de cette nouvelle inscription. La solution a également pu être retenue lorsque l'inscription provisoire était nulle. L'inscription définitive est tout de même admise en ce qu'elle constitue une hypothèque des jugements mais elle prend alors rang à la date de son inscription et non pas de l'inscription provisoire frappée de nullité¹⁶². A l'inverse, si une inscription provisoire est prise sur la base d'un titre exécutoire judiciaire mais n'est pas confirmée dans les deux mois, cette inscription est considérée comme une hypothèque des jugements et produit donc déjà ses effets, peu importe qu'elle n'ait pas été confirmée par la publicité définitive dans le délai¹⁶³. Cette jurisprudence, si elle permet de sauver les inscriptions, n'est pas rigoureuse dans la mesure où le créancier avait demandé l'inscription de l'hypothèque conservatoire et non pas l'hypothèque des jugements. Elle donne ainsi le sentiment que l'inscription définitive, tout comme l'inscription provisoire prise sur la base d'un jugement n'est rien d'autre qu'une hypothèque des jugements.¹⁶⁴ On doit dès à présent noter que cette confusion ne joue qu'au profit des seules situations où le titre exécutoire est aussi un jugement au sens de l'article 2412. En effet, pour obtenir l'hypothèque en vertu d'un titre exécutoire non judiciaire, il faudra nécessairement procéder à l'inscription provisoire puis définitive dans les délais.

§2 La dénonciation et la faculté d'opposition

L'inscription provisoire de l'hypothèque judiciaire conservatoire doit être dénoncée au débiteur par acte d'huissier¹⁶⁵. Si le bien se trouve entre les mains d'un tiers, l'inscription doit également lui être dénoncée.¹⁶⁶ Il s'agit là d'une formalité de publicité supplémentaire à l'inscription. Cette

¹⁶⁰ Cour de cassation, Chambre civile 2, 12 octobre 2006, n° 05-10.511, Publié au bulletin.

¹⁶¹ Code des procédures civiles d'exécution article L533-1

¹⁶² Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 octobre 2016, n° 14-28.072, Inédit.

¹⁶³ Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 mars 2012, n° 10-28.143, Publié au bulletin.

¹⁶⁴ CROCQ Pierre, « Une précision à propos de la distinction de l'hypothèque légale attachée au jugement de condamnation et de l'hypothèque judiciaire conservatoire - note sous Civ. 1re, 14 mars 2012 n° 10-28.143 », *RTD civ.* n°2 2012 p. 345.

¹⁶⁵ Code des procédures civiles d'exécution article R532-5

¹⁶⁶ Code des procédures civiles d'exécution article R532-6

dénonciation va permettre au débiteur, dûment informé de l'inscription d'hypothèque sur son bien, de contester cette inscription.

61. Il faut bien mesurer que cette contestation existe en premier lieu pour permettre au juge d'organiser un débat contradictoire s'agissant de l'autorisation, laquelle est donnée par ordonnance sur requête, c'est-à-dire aux termes d'une procédure unilatérale. Il pourra ainsi vérifier que toutes les conditions relatives à l'autorisation (compétence du juge, indication de la créance garantie et de l'immeuble grevé, inscription effectuée dans les 3 mois et formalités en vue d'obtenir le titre exécutoire dans le mois) sont bien remplies, à charge pour le créancier de le prouver¹⁶⁷. Mais il s'agit aussi de vérifier plus largement le respect des conditions communes à toutes les mesures conservatoires : une créance paraissant fondée en son principe et un péril dans le recouvrement de la créance.¹⁶⁸ Ces conditions, nous dit le texte, sont valables quand bien même la mesure aurait été prise avec un titre exécutoire.¹⁶⁹ Cette dernière précision explique le délai d'attente d'un mois imposé au créancier muni d'un titre exécutoire pour prendre son inscription définitive. Pourtant, à bien y regarder, l'application de ces conditions au créancier déjà titulaire d'un titre est très surprenante. La première est celle d'une créance paraissant fondée en son principe. Il n'est pas douteux qu'un titre exécutoire remplisse le plus souvent si ce n'est toujours cette condition. Le débiteur pourrait-il à cette occasion contester la validité de ce titre ? Tout d'abord, il sera confronté à un problème de compétence du juge. En effet, il s'agit d'une contestation portée devant le juge de l'exécution¹⁷⁰. On sait que le juge de l'exécution est compétent pour les difficultés relatives aux titres exécutoires¹⁷¹. Mais s'agissant de la validité des titres judiciaires, il se heurtera à l'autorité de la chose jugée. Quant aux titres non-judiciaires, la cour de cassation admet aujourd'hui que le juge de l'exécution se prononce sur leur validité à l'occasion d'une mesure d'exécution.¹⁷² Tel n'est toutefois pas le cas dans le cadre d'une mesure conservatoire comme l'inscription provisoire d'hypothèque conservatoire¹⁷³.

62. L'objet de la contestation tient donc plutôt à la deuxième condition : un péril dans le recouvrement de la créance. On touche ici du doigt la véritable différence qui existe entre l'hypothèque des jugements et l'hypothèque conservatoire. Le nom nous en donne un indice : l'hypothèque du Code des procédures civiles d'exécution est une mesure conservatoire au sens de ce code. Elle suppose donc toujours un péril dans le recouvrement de la créance pour être inscrite. Cela s'explique par le fait que le titre exécutoire est toujours vu dans ce cadre comme une forme de dispense d'autorisation. Or, l'autorisation constitue la décision de justice qui sert de base à l'hypothèque judiciaire conservatoire. Si aucune action ne peut être exercée contre l'autorisation

¹⁶⁷ Code des procédures civiles d'exécution article R512-1

¹⁶⁸ Code des procédures civiles d'exécution article L511-1

¹⁶⁹ Code des procédures civiles d'exécution article L512-1

¹⁷⁰ Code des procédures civiles d'exécution article R512-2

¹⁷¹ Code de l'organisation judiciaire article L213-6

¹⁷² Cour de cassation, Chambre civile 2, 18 juin 2009, n° 08-10.843, Publié au bulletin.

¹⁷³ Cour de cassation, Chambre civile 2, 31 janvier 2013, n° 11-26.992, Publié au bulletin.

puisque que, par hypothèse, il n'y en a pas, alors il faut aménager une autre action en justice, sans quoi la source de l'hypothèque ne serait plus judiciaire. Pierre Julien résumait bien la problématique spécifique de l'action exercée contre une inscription d'hypothèque de l'ancien article 54 prise avec un titre exécutoire : « dès lors qu'une instance au fond est impossible, une demande en validité doit être considérée comme recevable afin que soit vérifiée la régularité de l'inscription provisoire que le créancier a été autorisé à prendre, que soient vérifiés notamment l'urgence et le péril du recouvrement de la créance ».¹⁷⁴ Cette condition révèle la recherche d'équilibre du législateur lorsqu'il a permis l'inscription de l'hypothèque conservatoire aux porteurs d'un titre exécutoire. En effet, cette extension aurait pu permettre le retour d'hypothèques supprimées par l'histoire que sont l'hypothèque des actes notariés (évacuées par les rédacteurs du Code civil) et l'hypothèque des actes qui ne sont des jugements que par la forme tel le procès-verbal de conciliation et les jugements en vérification d'écriture (évacués par la réforme de 1955). Or, ils constituent bien des titres exécutoires. Les admettre purement et simplement aurait pour effet de créer une situation injuste par rapports aux bénéficiaires d'une hypothèque conventionnelle puisque tout créancier, dès lors que sa créance vient d'un acte notarié ou a été constatée en justice, pourrait faire inscrire une hypothèque qui lui a pourtant été conventionnellement refusée. Le critère du péril dans le recouvrement de la créance permet de cibler le débiteur défaillant ou en passe de l'être. A ce moment, on doit pouvoir se passer de son consentement pour obtenir l'hypothèque.

De ces différences techniques, la doctrine a pourtant induit une autre différence de nature qui tient cette fois-ci à la source de l'hypothèque. Il s'agit de la classification opérée par le Code civil entre hypothèques conventionnelles, légales et judiciaires.¹⁷⁵

Chapitre 2 : L'induction d'une divergence de nature

En observant les différences de régime qui existent aujourd'hui entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire, la doctrine en a conclu à une différence de nature entre ces deux institutions. Et notamment, les auteurs s'accordent pour dire que l'hypothèque des jugements est en réalité une hypothèque légale, malgré le nom que lui donne le Code civil (**Section 1**) alors que l'hypothèque conservatoire serait véritablement judiciaire (**Section 2**).

Section 1 : Une hypothèque en réalité légale : l'hypothèque des jugements

Puisque la qualification légale doit être remise en cause, il convient tout d'abord d'exposer le critère qui doit être retenu pour qualifier une hypothèque de judiciaire ou légale (§1) pour faire ensuite état des propositions de requalification de l'hypothèque des jugements qui ont émergé en doctrine en prenant appui sur la jurisprudence (§2).

¹⁷⁴ JULIEN Pierre, « Le point sur l'hypothèque judiciaire conservatoire », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Sirey, 1985.

¹⁷⁵ Code civil articles 2395 et 2396

§1 Principe de la distinction entre hypothèque judiciaire et légale

63. Le principe de la distinction est que l'hypothèque légale est un effet que la loi attribue à une situation particulière (le plus souvent *ratione personae*) alors que l'hypothèque judiciaire résulte d'un jugement. Le critère est donc celui de la source de l'hypothèque. Il s'agit de se demander si la source de l'hypothèque est la loi ou une décision de justice. Il ne faut pas ici confondre l'acte qui permet l'inscription de l'hypothèque et sa source. Si c'était sans doute le critère qui a permis la qualification opérée par les rédacteurs du Code civil, ce n'est plus aujourd'hui celui qui est admis. En effet, le Code civil, dans son article 2395 classe les hypothèques en conventionnelles, légales et judiciaires. L'article 2396 précise que « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements. » Le terme « résulter » laisse une grande place à l'interprétation quant au critère exact de la distinction. Toujours est-il qu'on s'attache désormais à l'autorité qui prête sa force à l'hypothèque : celle de la loi ou celle du juge. Seule une hypothèque qui naitrait de la volonté du juge mériterait alors la qualification de judiciaire.

Dès lors, une véritable hypothèque judiciaire est celle que le créancier est expressément autorisé par le juge à inscrire. Le juge doit disposer d'un pouvoir souverain d'appréciation de ses conditions pour l'accorder ou la refuser. Dès lors, elle n'existe pas avant son inscription. La décision de justice précise alors le bien sur lequel elle est inscrite, elle est doublement spéciale : quant à la créance et quant au bien. On remarque que ces caractères étaient ceux de l'hypothèque qui existait au XIX^{ème} siècle dans le Wurtemberg et dans le canton Suisse de Neuchâtel¹⁷⁶. Il s'agissait là alors indubitablement d'hypothèques judiciaires selon les critères retenus aujourd'hui.

64. A cet égard, il ne fait pas de doute que l'hypothèque des jugements est une hypothèque légale. En effet, la décision du juge n'a aucune incidence sur elle. Il ne peut ni l'accorder ni la refuser, il n'est pas besoin de disposition spéciale pour qu'elle naisse. Plus encore, on a vu qu'il n'était même pas nécessaire que le jugement fasse apparaître explicitement la créance de condamnation. La simple comparaison entre jugement de première instance et arrêt d'appel, si elle permet d'identifier une créance de restitution, suffit à faire naître l'hypothèque des jugements¹⁷⁷, tout comme une condamnation à une obligation de faire¹⁷⁸. Par ailleurs, c'est le prononcé même de la décision qui emporte hypothèque et non pas son caractère exécutoire (exception faite des jugements étrangers et des sentences arbitrales). De ce fait, elle existe dès le jugement rendu et non pas seulement au jour de son inscription. Il est donc certain que l'hypothèque des jugements ne trouve pas sa source

¹⁷⁶ Cf. supra n°17

¹⁷⁷ Cf. supra n°51

¹⁷⁸ Cf. supra n°34

dans la force exécutoire du jugement mais est un effet que la loi attache au prononcé de la décision de justice.

§2 *Les propositions de requalification de l'hypothèque des jugements*

65. De nombreux auteurs ont fait la même observation et ont proposé de requalifier l'hypothèque judiciaire des jugements en hypothèque légale des jugements, allant jusqu'à la traiter dans la partie consacrée aux hypothèques légales de leur manuel, en dépit de la qualification que lui donne le Code civil.¹⁷⁹ D'autres lui ont attaché le surnom d'hypothèque « dite judiciaire » des jugements de condamnation¹⁸⁰. Il faut sans doute privilégier cette deuxième approche car elle permet de respecter les catégories établies par le Code civil tout en indiquant que la qualification ne reflète pas la nature réelle de cette institution. Toutefois, la Cour de cassation elle-même a pu utiliser l'expression d'« hypothèque légale attachée de plein droit à tout jugement de condamnation »¹⁸¹. Elle l'a fait dans des affaires où elle était amenée à indiquer que certaines règles de publicité ou de délai prévues pour l'hypothèque conservatoire ne s'appliquaient pas à l'hypothèque des jugements. Parfois, elle indique plus prudemment que cette hypothèque est « celle que la loi attache aux jugements de condamnation et [découle] de plein droit de ce jugement »¹⁸². L'une comme l'autre formulation marquent bien l'adhésion de la Cour au raisonnement exposé plus haut. On peut en revanche noter que la requalification de l'hypothèque des jugements en hypothèque légale est alors moins une opération de restitution de l'exacte qualification qu'un moyen de distinguer deux institutions très proches mais dont certains aspects du régime diffèrent.

66. Cet effort de requalification étant aujourd'hui unanimement accepté, l'avant-projet de l'association Henri Capitant propose de l'acter en plaçant le nouvel article 2417 relatif à l'hypothèque des jugements dans la section relative aux hypothèques légales. Il s'agirait là selon les rédacteurs de ce projet de restituer à cette institution son exacte qualification. Il constituerait alors un nouveau §3 intitulé « des règles particulières à l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation »¹⁸³. Ce rattachement permettrait également de conférer à l'hypothèque des jugements tout le régime des hypothèques légales et notamment les règles relatives à la réduction des inscriptions d'hypothèques légales auxquelles l'actuel article 2412 renvoie expressément. La proposition a été reprise dans le projet diffusé par la Chancellerie pour consultation.¹⁸⁴ La requalification de l'hypothèque des jugements s'accompagne de l'intégration dans le Code civil

¹⁷⁹ Voir en ce sens CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine *et al.*, *Droit des sûretés*, Litec, 2015. n°946, DAGOT Michel, *Les sûretés*, Presses universitaires de France, 1981. p.430 et THÉRY Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, Presses universitaires de France, 1988 n°128

¹⁸⁰ Cf. SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2016. n°469 et MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre et JESTAZ, PHILIPPE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 1989 n°232

¹⁸¹ Cour de Cassation, Chambre civile 3, 13 décembre 2000, n° 99-11.822, Publié au bulletin et Cour de cassation, 17 juin 2009, n° 08-17.065.

¹⁸² Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 mars 2012, n° 10-28.143, Publié au bulletin.

¹⁸³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT Commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*. article 2417

¹⁸⁴ *Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés*, disponible en ligne sur le site www.textes.justice.gouv.fr. article 2401

d'une disposition sur l'hypothèque judiciaire conservatoire. Si ce nouvel article se borne à opérer un renvoi vers les lois régissant les procédures civiles d'exécution, il constitue quant à lui une section sur les hypothèques judiciaires. La requalification de l'hypothèque des jugements est donc là encore au service de la différenciation entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire. Toutefois, on peut souligner que cet effort risque de provoquer des confusions auprès des praticiens, particulièrement dans la mesure où il ne s'accompagne d'aucune modification du fond du droit. Me Provensal le résume ainsi : « Civilistes orthodoxes, les universitaires de la commission « Grimaldi » ont opté pour l'hypothèque légale attachée au jugement de condamnation. Le passeur a déjà eu du mal à faire passer cela auprès de ses confrères, tant le praticien est attaché à ses boulets sémantiques ». La recherche de la rigueur théorique ne peut se passer de la prise en compte de la pratique. On doit se demander s'il est opportun de séparer encore d'avantage deux mécanismes qui empruntent la même technique et répondent à des besoins pratiques très proches. D'autant que l'on peut légitimement se demander si l'hypothèque conservatoire mérite pleinement la qualification de judiciaire.

Même chez les auteurs qui refusent à l'hypothèque des jugements la qualification d'hypothèque judiciaire, l'hypothèque conservatoire est bien qualifiée de judiciaire. Cela traduit selon eux la différence de nature qui existe entre les deux institutions.

Section 2 : Une hypothèque véritablement judiciaire : l'hypothèque conservatoire

Pour s'assurer que l'hypothèque conservatoire mérite quant à elle la qualification de judiciaire selon le critère retenu, il faut en examiner successivement les deux composantes à savoir l'inscription provisoire (§1) et l'inscription définitive (§2).

§1 Au stade de l'inscription provisoire

Si l'on suit la distinction exposée plus haut entre hypothèque judiciaire et légale, l'inscription provisoire sur autorisation judiciaire de l'hypothèque conservatoire coche toutes les cases. Elle est autorisée par une disposition expresse du juge. Dès lors, l'hypothèque ne naît véritablement qu'au moment de l'inscription. En outre, elle ne porte que sur les biens spécifiquement désignés par l'autorisation.

67. Lorsque l'inscription provisoire est prise sur la base d'un titre exécutoire, la situation est loin d'être aussi simple. En effet, elle ne fait pas directement l'objet d'une autorisation judiciaire. On a pu rétorquer que le Code des procédures civiles d'exécution prévoyait expressément la faculté du débiteur en cas d'hypothèque conservatoire prise sur la base d'un titre exécutoire de demander la mainlevée jusqu'à son inscription définitive, laquelle ne pourrait intervenir qu'une fois la contestation tranchée. Cette intervention du juge à elle seule a permis à certains auteurs de considérer qu'« il est pertinent d'affirmer qu'elle est également judiciaire, en ce que son salut passe bien souvent, si ce n'est toujours, par le pouvoir d'appréciation du juge de l'exécution. »¹⁸⁵. La

¹⁸⁵ BOUSSOUGOU-BOU-MBINE Farafina, « Art. 2412 - Fasc. unique », JurisClasseur Civil, 2013. n°5

faculté de contestation serait alors une forme d'autorisation *ex post*. Néanmoins, on remarque qu'elle peut être inscrite sur n'importe quel bien du débiteur puisque le juge ne les désigne pas.

68. Toutefois, une difficulté apparaît. Si l'on considère que l'inscription provisoire présente bien un caractère judiciaire, encore faudrait-il qu'il s'agisse véritablement d'une hypothèque pour mériter la qualification d'hypothèque judiciaire. La question peut surprendre mais on se souvient que de nombreux systèmes de droit étranger avaient, au XIX^{ème} instauré des mécanismes de prénotation de l'hypothèque des jugements. Or, ces prénotations, dans la plupart des cas, n'emportaient pas les effets d'une hypothèque, elles ne permettaient que de faire remonter la date de l'inscription définitive à celle de la prénotation. L'inscription provisoire de notre hypothèque provisoire permet d'anticiper le jugement définitif pour faire rétroagir l'inscription définitive à cette date. Mais l'hypothèque ne déploie réellement tous ses effets qu'à l'inscription définitive. Cette inscription provisoire n'emporte en effet pas tous les effets d'une véritable hypothèque. Non seulement ses effets sont précaires et subordonnés à la future inscription définitive mais même dans la période d'attente, on peut douter du fait que le créancier inscrivait ait toutes les prérogatives d'un créancier hypothécaire. En cas de vente du bien, le Code des procédures civiles d'exécution renvoie bien aux droits du titulaire d'une sûreté légale ou conventionnelle¹⁸⁶. Néanmoins, le créancier inscrivait participe à la distribution du prix de vente mais les fonds sont consignés en attendant l'inscription définitive. Cette limite n'est pas aussi importante qu'il n'y paraît puisqu'on a vu que c'est la distribution qui réalise la sûreté.¹⁸⁷ La véritable limite se situe en cas de réalisation par attribution judiciaire. Aucun texte n'évoque cette hypothèse dont on a pourtant vu qu'elle était ouverte aux titulaires d'une hypothèque judiciaire¹⁸⁸. Un opportun raisonnement *a contrario* conduirait à considérer que les textes, en ce qu'ils ne prévoient pas d'autre effet que ceux indiqués en cas de vente, ont entendu retrancher la possibilité de demander l'attribution judiciaire. L'inscription provisoire emporte donc certains effets d'une hypothèque mais certains autres doivent lui être retranchés. Elle se situe donc à mi-chemin entre une pure prénotation, qui ne fait que remonter la date d'inscription comme on a pu le voir dans certains droits étrangers¹⁸⁹, et une véritable hypothèque. C'est l'inscription définitive qui constitue, elle, sans équivoque, une hypothèque.

§2 *Au stade de l'inscription définitive*

Il faut distinguer selon que l'inscription provisoire à convertir l'est en vertu d'un jugement au sens de l'article 2412 ou d'un titre exécutoire non-judiciaire.

69. Dans la première hypothèse, le rapprochement à l'hypothèque des jugements est si évident qu'on peut difficilement défendre que leur qualification soit différente. Elles peuvent être inscrites

¹⁸⁶ Code des procédures civiles d'exécution article R532-8

¹⁸⁷ Cf. supra n°43

¹⁸⁸ Cf. supra n°46

¹⁸⁹ Cf. supra n°18

en vertu d'un jugement sans que le juge n'ait à les autoriser ni ne puisse les refuser. A tel point que l'on aurait pu penser que l'inscription définitive de l'hypothèque conservatoire était en réalité une hypothèque des jugements. On a pu voir la Cour de cassation se laisser tenter par un tel raisonnement pour des raisons d'opportunité : cela permet de sauver les inscriptions provisoires qui ne sont pas confirmées dans les délais impartis et les inscriptions définitives réalisées alors que l'inscription provisoire a été annulée.¹⁹⁰ Dans certains cas, on voit même coexister dans la même inscription les deux institutions. C'est le cas, très fréquent en pratique, dans lequel le juge a autorisé le créancier à prendre une inscription provisoire pour un certain montant mais que le jugement de condamnation, une fois intervenu, condamne le débiteur à un moment supérieur en raison par exemple des intérêts qui ont continué à courir ou des indemnités d'occupation qui se sont accumulées à la charge d'un occupant sans droit ni titre. Dans cette hypothèse, l'hypothèque inscrite est à la fois l'hypothèque définitive qui vient convertir la portion de la créance qui a fait l'objet de l'inscription provisoire et à la fois une hypothèque des jugements pour la part qui est venu augmenter postérieurement la créance. Cette situation a une conséquence pratique non négligeable. La portion qui était garantie par l'inscription provisoire sera garantie par une hypothèque ayant pris rang à cette date alors que le surplus ne sera garanti qu'au jour de l'inscription définitive. A vrai dire, s'il on a pu considérer à ses débuts que l'hypothèque conservatoire n'était qu'une inscription provisoire de l'hypothèque des jugements, cette vision n'est plus possible dans son ensemble. Marty, Raynaud et Jestaz le décrivent ainsi : « S'agissant de l'hypothèque conservatoire, elle permet au créancier d'inscrire par anticipation l'hypothèque légale qui résultera du jugement de condamnation. Mais l'usage de cette hypothèque, qui s'est assez vite répandu a peut-être altéré cette conception. La pratique tend, en effet, à faire de l'hypothèque provisoire une institution se suffisant à elle-même ».

70. C'est d'autant plus vrai que l'inscription définitive peut aujourd'hui être requise sur la base d'un titre exécutoire non judiciaire qui ne permet pas l'inscription d'une hypothèque des jugements. Pourtant, cette hypothèque ne peut certainement pas être qualifiée de judiciaire. Il s'agit là d'une figure tout à fait particulière, proche de l'ancienne hypothèque des actes notariés. Pourtant, il faut l'en distinguer. En effet, elle n'est possible que pour convertir une inscription provisoire, laquelle suppose des circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance. Elle n'est donc pas ouverte à tout titre exécutoire sans limite. Cette limite se comprend vis-à-vis de l'hypothèque conventionnelle. Ouvrir l'hypothèque à tout acte notarié, y compris ceux qui ne stipulent pas d'hypothèque, conduirait certainement à une situation injuste envers les bénéficiaires d'une hypothèque conventionnelle. Toutefois, cette limite est difficile à justifier s'agissant des titulaires d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. Ceux-ci peuvent déjà faire saisir l'immeuble sans justifier de circonstances menaçant le recouvrement de leur créance mais on leur

¹⁹⁰ Cf. supra n°60

impose de le faire pour acquérir rang hypothécaire. Toujours est-il que ces hypothèques définitivement inscrites sur la base d'un titre exécutoire peuvent difficilement passer pour judiciaire.

Dès lors, la catégorie des hypothèques véritablement judiciaires semble très restreinte et parvient mal à faire état d'une différence de nature entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire. Au contraire, loin d'une différence fondamentale, il est possible de mettre au jour un mécanisme commun ce qui conduit à plaider pour une jonction des institutions.

Titre 2 : La possible mise au jour d'un mécanisme commun

Malgré les différences techniques qui séparent hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire, on remarque que la différence de nature entre ces deux institutions n'est pas si évidente. Dès lors, plutôt que de rechercher à les distinguer, il est sans doute possible de faire émerger un mécanisme commun. Cela passe par l'analyse des divergences afin de voir si elles ne sont pas conciliables (**Chapitre 1**) pour juger ensuite de l'opportunité d'une jonction des institutions (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Des divergences conciliables

Concilier les différences techniques serait une démarche artificielle si on ne pouvait pas préalablement montrer les limites de la divergence de nature qui en a été induite (**Section 1**). Une fois dépassée la distinction entre hypothèque judiciaire et légale au moyen d'une autre distinction plus opérante, il faudra encore vérifier que les différences techniques constatées s'accrochent de cette nouvelle présentation (**Section 2**).

Section 1 : Un régime pour l'essentiel commun

Afin de tenter la conciliation des hypothèques par leur régime, on peut constater que les champs d'application, s'ils ne sont pas identiques, sont largement complémentaires ; les effets sont communs (§1) et les autres différences de régime que l'on peut observer tiennent principalement à l'inscription provisoire (§2)

§1 Des champs d'application largement complémentaires et des effets communs

71. Comme on l'a vu plus haut, les deux hypothèques judiciaires ont un champ d'application commun : le titre exécutoire issu d'un jugement de condamnation. Les extensions de champ d'application qu'a connues l'hypothèque conservatoire vont dès lors dans deux sens : le volet conservatoire, qui est apparu en première intention à la création de l'hypothèque conservatoire et les titres exécutoires qui ne sont pas des jugements de condamnations. L'hypothèque judiciaire conservatoire est donc aujourd'hui alignée sur le titre exécutoire. Certains actes - ou l'autorisation judiciaire - permettront de l'inscrire provisoirement en attendant le titre mais c'est bien au titre exécutoire qu'elle s'attache en définitive, que celui-ci soit ou non judiciaire. On a là une catégorie plus large mais aussi plus nettement définie que celle du jugement qui permet de prendre l'hypothèque de l'article 2412. On y intègre tous les jugements même gracieux, en vérification

d'écriture ou constatant simplement l'accord des parties mais à la condition qu'ils soient exécutoires. On y intègre également les actes notariés lorsqu'ils sont revêtus de la formule exécutoire. Ainsi, de nombreux actes qui avaient été progressivement chassés de l'hypothèque judiciaire par la grande porte du Code civil y font leur retour par la fenêtre du Code des procédures civiles d'exécution. Cela permet à l'hypothèque conservatoire d'être en cohérence avec le régime des procédures civiles d'exécution qui repose sur le titre exécutoire. Une telle extension est donc souhaitable dans le respect de la distinction entre les actes qui doivent permettre une simple inscription provisoire et ceux qui doivent permettre directement l'inscription définitive.

72. Cependant, cela laisse subsister un problème de cohérence avec l'hypothèque des jugements s'agissant de leur champ d'application commun : l'inscription prise sur la base d'un jugement. On a tout d'abord ouvert aux bénéficiaires d'un jugement de condamnation deux voies alternatives pour parvenir à l'hypothèque. Si l'on peut défendre que le régime de l'hypothèque des jugements de condamnation est plus avantageux dans cette configuration, la pratique montre que les créanciers s'orientent aujourd'hui d'avantage vers l'hypothèque conservatoire. Cette concurrence, si l'on peut tenter de l'expliquer par des raisons qui tiennent plutôt de la sociologie du droit, trouve sa source dans le chevauchement des champs d'application. L'hypothèque conservatoire recouvre intégralement l'hypothèque des jugements de condamnation. Cette éclipse totale vient bien de ce que l'on va pouvoir inscrire une sûreté emportant les mêmes effets sur les mêmes biens à partir d'un même jugement sur le fondement de deux textes différents issus de deux codes différents. La question a d'ailleurs été posée à l'Assemblée nationale au garde des sceaux Pierre Méhaignerie en 1993. Le député Daniel Garrigue souligne que « Dans le cas où le créancier est porteur d'une décision de justice « passée en force de chose jugée », [...] deux interprétations sont en effet possibles : soit l'on considère que ce titre impose de passer par la double formalité de l'inscription provisoire dénoncée au débiteur, puis, dans les délais impartis, de l'inscription définitive, soit l'on considère qu'il permet comme par le passé et en application des articles 2146 et 2148 du Code civil, une inscription judiciaire par une seule formalité qui serait une inscription forcément définitive ». Le ministre lui répond clairement que « la loi du 9 juillet 1991 et son décret d'application n'ont pas remis en cause ces dispositions »¹⁹¹. Il est donc bien clair qu'ont été ouvertes au porteur d'un jugement deux voies pour inscrire l'hypothèque judiciaire, avec les effets pratiques pervers que l'on connaît.

73. Une jonction des institutions permettrait de faire face à ce recouvrement des champs d'application. Néanmoins, elle n'est possible que si les régimes de ces institutions étaient conciliables. Au niveau des effets, il est intéressant de noter que le Code des procédures civiles d'exécution ne dit que très peu de choses du régime de l'hypothèque conservatoire. Comme on l'a vu, une disposition nous informe sur les effets de l'inscription provisoire¹⁹² mais on n'en trouve

¹⁹¹ Rép. quest. écrite n° 3385 : JO déb. Ass. Nat., 23 août 1993, p. 2664, JCP N n° 1, 7 Janvier 1994.

¹⁹² Cf. supra n°68

pas d'équivalent pour l'inscription définitive. On trouve une disposition qui indique que le bien grevé d'une sûreté judiciaire demeure aliénable¹⁹³. Si cette question a fait l'objet d'importants débats doctrinaux avant l'adoption de la loi de 1991, la loi y répond aujourd'hui expressément, supprimant ainsi une potentielle différence de régime entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire. Elles n'emportent pas d'inaliénabilité du bien. Du reste, le code ne procède à aucune description des effets de l'hypothèque conservatoire définitive. On doit donc s'attacher à son nom d'hypothèque pour lui attacher les effets de toute hypothèque. Il n'y donc au niveau des effets aucune originalité de régime.

§2 Des différences de régimes tenant principalement à l'inscription provisoire

Les différences se retrouvent donc au stade de l'inscription. On y trouve tout d'abord une règle commune, celle de la réduction des inscriptions prévue pour l'hypothèque conservatoire à l'article R532-9 avec un système de seuil proche de celui existant dans l'hypothèque des jugements.¹⁹⁴ Quant aux différences, elles ont été décrites plus haut. Comme on l'a vu, nombre de ces différences de régime tiennent principalement à l'inscription provisoire.

74. L'hypothèque judiciaire, que ce soit celle des jugements ou l'hypothèque conservatoire, est à mi-chemin entre droit des sûretés et procédures civiles d'exécution. Alors que l'hypothèque des jugements est prévue par le Code civil, l'hypothèque conservatoire est régie par le Code des procédures civiles d'exécution. Cela explique une grande partie des différences qu'on constate. La première tient à la compétence des juridictions. Le juge compétent pour examiner les demandes tendant à la réduction ou la radiation de l'hypothèque à titre principal est le juge du ressort dans lequel est situé l'immeuble.¹⁹⁵ À l'inverse, s'agissant d'un litige portant sur une mesure conservatoire, le juge compétent pour se prononcer sur l'hypothèque conservatoire est le juge de l'exécution du lieu de résidence du débiteur à moins qu'il ne s'agisse d'une créance relevant de la compétence du tribunal de commerce, auquel cas il s'agit du président du tribunal de commerce.¹⁹⁶ Il faut nuancer cette affirmation. Si elle est juste s'agissant de l'inscription provisoire, elle ne l'est pas quant à l'inscription définitive.¹⁹⁷ La radiation de l'inscription définitive de l'hypothèque conservatoire relève elle aussi de la compétence du tribunal judiciaire. On a donc là encore une différence qui ne vaut que pour l'inscription provisoire, ce qui souligne une fois encore la pertinence de cette distinction.

75. La deuxième différence tient à l'obligation de dénoncer l'inscription provisoire. Cette formalité se comprend parfaitement dans le cadre de l'hypothèque prise sur la base d'une autorisation judiciaire puisqu'il s'agit d'une procédure unilatérale. Le débiteur n'est donc pas

¹⁹³ Code des procédures civiles d'exécution article L531-2

¹⁹⁴ Code des procédures civiles d'exécution article 532-9

¹⁹⁵ Cf. supra n°41

¹⁹⁶ Code des procédures civiles d'exécution article R512-2

¹⁹⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 2, 19 octobre 2000, n° 98-22.328, Publié au bulletin : « le caractère définitif de l'inscription faisait obstacle à la compétence du juge de l'exécution. »

informé de ce que le créancier peut prendre sur ses biens une hypothèque, ni de sa faculté d'opposition. Cela se comprend beaucoup moins dans le cas d'un jugement exécutoire, lequel a nécessairement été signifié au débiteur, même s'il ne fait pas mention de la possibilité de prendre une hypothèque. Il en va de même pour une sentence arbitrale ou un jugement étranger revêtu de l'*exequatur*. S'agissant de l'acte notarié, le débiteur a nécessairement participé à l'acte pour qu'il constitue un titre exécutoire contre lui. S'agissant enfin de la délivrance d'un titre exécutoire par l'huissier pour chèque impayé, elle n'a lieu qu'à la condition que le certificat de non-paiement ait été effectivement notifié ou signifié au tiré.¹⁹⁸ Ainsi, le débiteur n'ignore rien du titre exécutoire qui permet l'inscription et celle-ci est publiée au registre hypothécaire. Pourtant, cette formalité est imposée à tous les créanciers inscrivant une hypothèque conservatoire ce qui fait naître une différence de régime avec l'hypothèque des jugements où cette formalité n'est pas requise.¹⁹⁹

76. Cette deuxième différence en fait naître une troisième liée aux règles de prescription. Il s'agit là d'une question qui revêt en pratique une très grande importance.²⁰⁰ La créance constatée par un jugement jouit du délai de prescription de 10 ans. Dès lors, l'absence d'effet interruptif de prescription de l'inscription d'une hypothèque des jugements²⁰¹ ne lui est pas trop préjudiciable. A l'inverse, certains titres exécutoires comme l'acte notarié ne bénéficient pas du délai de prescription de 10 ans. Pourtant, le créancier qui prend inscription d'hypothèque conservatoire avant d'être titulaire d'un titre veut se garantir contre la prescription de la créance. C'est pourquoi la dénonciation de l'inscription provisoire d'hypothèque judiciaire du Code des procédures civiles d'exécution interrompt la prescription.²⁰² Il y a là une solution assez équilibrée et il paraît opportun que la dénonciation de l'inscription interrompe la prescription en ce qu'elle notifie le débiteur de la mise à l'exécution de son titre par le créancier. En revanche, la dénonciation devrait rester facultative pour le créancier déjà titulaire d'un titre exécutoire qui n'est par hypothèse pas ignoré du débiteur.

Ainsi, si certaines différences sont conciliables, d'autres doivent être maintenues à raison d'une distinction entre inscription provisoire et définitive. Cette distinction a plus de sens en termes de régimes. Si les différences de régime constatées peuvent s'inscrire dans cette nouvelle classification

¹⁹⁸ Code monétaire et financier article L131-73

¹⁹⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 3, 13 décembre 2000, n° 99-11.822, Publié au bulletin et Cour de cassation, Chambre civile 3, 17 juin 2009, n° 08-17.065, Publié au bulletin pour des hypothèques judiciaires prises par des organismes de sécurité sociale

²⁰⁰ Me Kieffer n'a d'ailleurs pas manqué de la porter à notre connaissance : « Peut-être la seule critique qu'on pourrait faire à [l'hypothèque des jugements] - mais je dirais, indirectement parce que, à partir du moment où vous obtenez un titre exécutoire sous la forme d'une décision de justice, vous avez une prescription qui est spécifique à la décision de justice de 10 ans - c'est que la prise d'inscription d'hypothèque judiciaire n'est pas interruptive de la prescription alors que pour l'hypothèque judiciaire provisoire, la dénonciation a un effet interruptif puisqu'on porte à la connaissance du débiteur la volonté de garantir sa créance. »

²⁰¹ Cf. supra n°48

²⁰² Cour de cassation, Chambre civile 2, 9 avril 2009, n° 08-15.672, Inédit et Cour de cassation, Chambre civile 2, 27 septembre 2018, n° 16-21.102, Inédit : cet effet interruptif de prescription vaut alors même que l'hypothèque conservatoire est caduque tant que sa radiation n'a pas été demandée.

proposée, il reste encore à voir si une telle distinction reflète une différence de nature à observer entre les différentes hypothèques.

Section 1 : Les faiblesses de la distinction entre hypothèque judiciaire et hypothèque légale

On a commencé à l'apercevoir, la distinction entre hypothèque judiciaire et légale peine à appréhender l'hypothèque des jugements et l'hypothèque conservatoire. Cela tient aux limites d'une classification des hypothèques selon le rôle du juge dans la naissance de la sûreté (§1). Toutefois, il est possible de maintenir une distinction à l'intérieur des actuelles hypothèques judiciaires. Le critère pertinent est celui du caractère provisoire ou définitif de l'inscription (§2).

§1 Les limites d'une classification des hypothèques selon le rôle du juge dans la naissance de la sûreté

77. On peut s'interroger sur la pertinence de cette présentation des hypothèques selon leur source dans la mesure où la distinction entre hypothèque légale et judiciaire n'emporte pas de différence de régime et n'est employée que pour différencier hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire. En outre, l'idée selon laquelle l'hypothèque devrait être dite légale car elle est un effet que la loi attache au jugement trouve des limites. Ne doit-on pas considérer de la même manière que l'hypothèque conventionnelle est un effet que la loi attache aux conventions hypothécaires ? Après tout, l'article 2394 précise bien que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi ». On peut tout à fait considérer que les contrats ne produisent d'effets que ceux que la loi leur donne au travers de l'article 1103 du Code civil. Dès lors, si l'on insiste tant pour nommer l'hypothèque des jugements « légale » plutôt que « judiciaire », ce n'est pas tant qu'elle tire sa force de la loi. Ce qui dérange les commentateurs, c'est que l'hypothèque judiciaire du Code civil ne fait l'objet d'aucune appréciation du juge là où il peut autoriser ou refuser l'hypothèque judiciaire conservatoire.

78. On doit alors se retrancher sur la seule hypothèque qui, selon ces critères, mériterait vraiment d'être désignée « hypothèque judiciaire » : l'hypothèque judiciaire conservatoire prise sur autorisation du juge. Il convient toutefois de s'arrêter un instant sur cette autorisation du juge²⁰³ qui permet de prendre des mesures conservatoires. A la lecture des textes, on peut avoir le sentiment que le principe est l'autorisation judiciaire et le titre exécutoire l'exception puisque le texte emploie le terme « dispenser »²⁰⁴. Mais on peut raisonner différemment. En réalité, c'est bien le titre exécutoire le principe en matière de procédures civiles d'exécution. L'autorisation judiciaire n'est donc qu'une dispense temporaire de titre exécutoire au profit d'une personne qui d'une part a de grandes chances de l'obtenir, d'où la créance paraissant fondée en son principe et d'autre part va bientôt l'obtenir, d'où la nécessité d'engager les démarches nécessaires à l'obtention du titre qui lui fait défaut. L'autorisation du juge est alors une faveur accordée à certains créanciers qui justifient de circonstances particulières et qui consiste en une anticipation de certains effets du titre

²⁰³ Code des procédures civiles d'exécution article L511-1

²⁰⁴ Code des procédures civiles d'exécution article L511-2

exécutoire à intervenir. Cette autorisation ne se conçoit qu'en anticipation d'un titre à venir si bien que le créancier doit toujours, dans un délai bref suivant l'autorisation, solliciter le titre exécutoire qui lui fait défaut, et ce à peine de caducité de sa mesure conservatoire.²⁰⁵ Dès lors, l'hypothèque prise sur autorisation judiciaire ne tire pas sa force de la décision d'autorisation mais du titre qui sera prochainement obtenu. Simplement, le créancier, face au péril planant sur le recouvrement de sa créance, ne peut pas l'attendre. Le juge va donc lui fournir un titre précaire, un titre d'attente pour prendre immédiatement l'hypothèque sur la base d'un titre qu'il n'a pas encore. En ce sens, l'inscription provisoire d'hypothèque conservatoire n'est rien d'autre qu'une hypothèque des jugements par anticipation.

79. Cette logique se retrouve dans les autres inscriptions d'hypothèque permises à titre conservatoire sur autorisation du juge. Il s'agit là tout d'abord de l'inscription de l'hypothèque légale des époux par un époux marié sous un régime autre que celui de la participation aux acquêts qui peut avoir lieu par anticipation de la décision de justice constatant une créance ente époux²⁰⁶. On remarque que ce premier cas ressemble beaucoup à une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire. Cela explique que l'avant-projet d'ordonnance propose de la faire disparaître au profit de l'hypothèque judiciaire²⁰⁷. Il s'agit également de l'autorisation donnée par le juge à l'époux d'inscrire une hypothèque sur les biens de l'époux auquel a été transférée l'administration de certains biens en garantie des fautes qu'il pourrait commettre dans leur administration²⁰⁸. Dans la même logique, le juge peut grever les biens du tuteur d'une hypothèque au profit de la personne sous tutelle en garantie de fautes que le tuteur pourrait être amené à commettre contre lui.²⁰⁹ On remarque que toutes ces hypothèques, si elles sont dites légales par le code, sont inscrites sur autorisation du juge. C'est dire que l'hypothèque ne trouve pas sa force dans la décision judiciaire mais bien dans la force de la loi qui a décidé d'attribuer une protection particulière à certaines personnes en raison de leur qualité.

§2 Une distinction plus pertinente entre inscription provisoire et définitive

Dès lors, plutôt qu'une distinction entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire selon qu'elles sont légales ou judiciaires, une meilleure distinction tiendrait en ce que l'inscription est provisoire ou définitive. Dès lors qu'on s'attache à ce nouveau critère, on observe que les limites actuelles entre les deux institutions sont mal placées et conduisent à attacher à certains actes un régime d'inscription hypothécaire trop ou pas assez efficace.

80. La délimitation qui existe en droit positif entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoire permet mal de tracer la ligne de partage. En effet, l'hypothèque des jugements, qui emporte les effets les plus étendus, est ouverte à des jugements qui ne sont pas encore exécutoires

²⁰⁵ Code des procédures civiles d'exécution article L511-4

²⁰⁶ Code civil article 2403

²⁰⁷ *Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, disponible en ligne sur le site www.textes.justice.gouv.fr article 2408*

²⁰⁸ Code civil article 2404

²⁰⁹ Code civil article 2409

ou constatent des créances qui ne sont ni liquides ni exigibles. Il s'agit notamment des jugements frappés d'un recours suspensif d'exécution ou bien encore des jugements qui ne font que constater le principe d'une condamnation sans liquider la créance. Bien que le créancier ne puisse bien entendu pas encore faire saisir le bien, il s'expose à d'importantes restitutions s'il obtient sa part dans la répartition du prix de vente. Cette solution, comme on l'a vu, doit être également appliquée même lorsque l'hypothèque a été prise d'un jugement qui n'est pas exécutoire. Par ailleurs, ces jugements ne sont pas compatibles avec le régime de l'attribution judiciaire. Celle-ci n'est possible qu'en présence d'une créance liquide et exigible. En outre, ce serait une prérogative trop grave si elle devait être accordée en vertu d'un jugement qui risque fortement d'être infirmé. A l'inverse, l'hypothèque conservatoire subordonne sa mise en œuvre à l'accomplissement de deux inscriptions espacées d'au moins un mois à des créanciers qui sont déjà titulaires d'un titre exécutoire. Cette situation est encore moins compréhensible en présence de titres constatant une créance liquide et exigible. Autrement dit, on impose des formalités particulièrement lourdes à des créanciers qui pourraient déjà faire saisir le bien. On sait que le mois d'attente est destiné à permettre au débiteur de contester la mesure qui aurait été prise en l'absence de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance. On comprend qu'on impose une telle condition au créancier dont la créance n'est pas encore exigible. Autrement, il pourrait faire inscrire une hypothèque dès la signature par exemple de l'acte notarié donnant naissance à sa créance. Une fois la créance exigible, la situation est différente. Le débiteur devrait payer et ne paye pas. Il ne paraît donc plus justifié de caractériser les circonstances menaçant le recouvrement de la créance.

81. Entre ces deux situations extrêmes, on va trouver des situations plutôt équilibrées : les titulaires de jugements exécutoires constatant une créance liquide et éligibles pourront prendre directement inscription de l'hypothèque des jugements ; les titulaires d'une autorisation judiciaire pourront prendre simplement une inscription provisoire dans l'attente de leur titre ; les titulaires d'un titre exécutoire constatant une créance qui n'est pas encore liquide ou exigible ne pourront prendre en premier lieu qu'une inscription provisoire, à charge pour eux de démontrer l'existence de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement en cas d'opposition. D'où l'on voit que le critère véritablement pertinent est celui de savoir si le créancier pourrait déjà faire saisir le bien. Pour parler en termes de procédures civiles d'exécution, il s'agit de la distinction entre les titres qui sont véritablement exécutoires et ceux qui ne permettent que de prendre des mesures conservatoires. Aux premiers doivent être acquis tous les effets de l'hypothèque, aux seconds doivent être uniquement accordés le droit de préférence et de suite en cas de vente et la consignation de leur part. Une telle classification des hypothèques permettrait mieux d'appréhender les différentes situations qui peuvent faire l'objet d'hypothèques judiciaires. Cela permettrait de leur attribuer corrélativement un régime adapté pour permettre aux créanciers d'assurer la préservation de leurs droits sans leur imposer de formalités inutilement lourdes ni leur donner des prérogatives

trop graves. Une telle modification suppose préalablement la jonction des deux institutions qui coexistent actuellement.

Chapitre 2 : L'opportunité d'une jonction des institutions

Si l'on a vu que les divergences observées entre hypothèque des jugements et hypothèque conservatoires pouvaient être dépassées, cela ne signifie pas pour autant qu'une jonction des mécanismes est souhaitable. Pour parvenir à cette conclusion, il faut encore montrer qu'il s'agit là de deux branches d'une même institution, séparées par les circonstances historiques (**Section 1**) et qu'une telle jonction serait avantageuse en pratique (**Section 2**).

Section 1 : En termes théoriques : l'existence d'une finalité commune

Si l'hypothèque des jugements et l'hypothèque conservatoire sont si proches, c'est parce qu'elles emploient la même technique, celle de l'hypothèque d'où un régime pour l'essentiel commun. Néanmoins, ce seul rapprochement technique ne suffit pas à laisser penser qu'il y a là une seule et même institution. Il faut compléter ce constat de celui d'une finalité commune. Celle-ci réside en ce que ces deux hypothèques sont des hypothèques exécution. Cela se traduit dans leur finalité tant au niveau individuel que collectif. Dans l'intérêt privé du créancier ayant obtenu un titre, elles le protègent contre l'épuisement de son gage (§1) ce qui permet dans l'intérêt général d'assurer la bonne exécution des jugements et autres titres exécutoires (§2).

§1 La préservation des droits du gagnant contre l'épuisement de son gage

Dans les deux cas, on est en présence de ce qu'on pourrait appeler une hypothèque exécution. En effet, contrairement à une sûreté qui a pour objectif de garantir contre la défaillance du débiteur, on est chronologiquement à un autre moment : le débiteur est par hypothèse déjà défaillant. Il a déjà été condamné ou sa défaillance est si proche qu'on permet l'inscription conservatoire. Ces deux hypothèques sont donc avant tout un mode d'exécution du jugement ou du titre exécutoire. Plus encore, lorsque l'hypothèque intervient, c'est pour permettre l'exécution forcée sur l'immeuble. Celle-ci est en pratique dernière, le créancier ayant préféré prendre auparavant des mesures plus douces à savoir des mesures sur les biens meubles et en particulier sur les créances.

82. En vérité, tout créancier a déjà des droits sur l'immeuble. C'est la traduction technique de l'adage « qui s'oblige, oblige le sien ». Lorsque ce créancier est titulaire d'un jugement ou d'un autre titre exécutoire, il peut même procéder à l'exécution forcée sur l'immeuble. L'hypothèque permet ici simplement d'assurer que ces droits ne soient pas simplement théoriques face à un débiteur de mauvaise foi. C'est là la finalité des effets de l'hypothèque judiciaire. On va protéger le créancier ayant obtenu un titre des engagements pris postérieurement par le débiteur envers des tiers en lui offrant un droit de préférence prenant rang au jour de l'inscription. Ainsi, tout créancier postérieur auquel seraient offerts des droits sur l'immeuble ne viendrait qu'en rang subséquent, à moins que ne lui soit concédée une convention de recharge d'une hypothèque rechargeable qui aurait été inscrite avant l'hypothèque judiciaire. On va également protéger le créancier contre l'aliénation du

bien au profit d'un tiers au moyen du droit de suite. L'immeuble pourra être saisi entre toutes les mains dans lesquelles il se trouvera. On va également faciliter la réalisation de ses droits en lui permettant de demander l'attribution judiciaire du bien ou d'organiser la purge des inscriptions plutôt que de passer nécessairement par la saisie immobilière. C'est en considération de ces objectifs que le législateur a voulu permettre l'inscription de l'hypothèque au plus tôt au bénéfice du créancier. C'est pourquoi on a pu permettre l'inscription de l'hypothèque des jugements en vertu de jugements non encore exécutoires. S'agissant d'une mesure d'exécution, ce n'est pas cohérent mais cette interprétation sert bien la finalité du dispositif qui consiste à préserver le créancier contre l'épuisement de son gage. C'est pourquoi on a également permis l'inscription de manière conservatoire à des créanciers qui n'ont certes pas encore de titre exécutoire mais sont en passe de l'obtenir et font face à des circonstances menaçant le recouvrement de leur créance. Elles assurent l'effectivité du droit à l'exécution forcée sur l'immeuble du créancier, à la manière d'une voie d'exécution. Simplement, s'agissant le plus souvent d'une simple mesure d'attente de la vente et n'assurant pas de répartition de valeur entre les différents créanciers, on la range plus volontiers du côté des mesures conservatoires que des mesures exécutoires. Cela se traduit également du fait que l'inscription hypothécaire peut être prise avant même la signification du jugement. La cour de cassation le justifie par la nature conservatoire de l'hypothèque.²¹⁰ Cette qualification de mesure conservatoire est également opportune en ce qu'elle permet à des personnes qui n'ont qu'une capacité juridique limitée de l'inscrire. La finalité des hypothèques judiciaires est donc celle d'une mesure d'exécution au sens large.

83. Au vu de cette finalité, l'hypothèque judiciaire est donc la garante d'intérêts privés. Elle garantit les droits du créancier à l'exécution de son obligation. On trouve chez Mestre, Putman et Billiau une classification des sûretés selon qu'elles sont justifiées par un intérêt public ou des intérêts privés. L'hypothèque judiciaire est rangée dans la seconde catégorie. Tout en opérant cette classification, les auteurs reconnaissent qu'« il peut paraître contestable de qualifier cette dernière d'hypothèque d'intérêt privé dans la mesure où elle est attachée à un acte juridictionnel. En ce sens, elle paraît s'inspirer d'un intérêt public puisqu'elle assure le respect de l'autorité de la chose jugée »²¹¹. Il faut dès lors admettre que les hypothèques judiciaires ont une finalité mixte. Au-delà de la défense des intérêts du créancier, elles assurent de manière plus générale l'exécution des actes revêtus de la force exécutoire.

§2 *La garantie de la bonne exécution des jugements*

84. Il est donc regrettable que la distinction entre hypothèque judiciaire et hypothèque légale conduise aujourd'hui à éloigner les deux hypothèques pourtant sœurs jumelles que sont

²¹⁰ Cour de cassation, Chambre civile 2, 12 octobre 2006, n° 05-10.511, Publié au bulletin : « l'inscription d'hypothèque définitive n'est qu'une mesure conservatoire, indépendante du caractère exécutoire de l'arrêt et non soumise à la signification préalable de ce dernier » et Cour de cassation, Chambre civile 1, 27 janvier 2016, n° 15-12.840, Publié au bulletin : « l'inscription d'une hypothèque judiciaire n'est pas subordonnée à la production d'un jugement signifié »

²¹¹ MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel, BILLIAU Marc *et al.*, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996. n°1427

l'hypothèque des jugements et l'hypothèque conservatoire. En effet, ces deux hypothèques, à la différence des autres hypothèques légales et de l'hypothèque conventionnelle sont en réalité des voies d'exécution. Si ce terme est employé au sens strict par le Code des procédures civiles d'exécution, on peut l'entendre *lato sensu* englobant jusqu'aux saisies conservatoires comme le « moyen par lequel une personne peut, avec le concours de l'autorité publique, obtenir l'exécution forcée des engagements pris envers lui, spécialement contraindre celui qui a été condamné ou s'est engagé dans certaines formes à satisfaire à ses obligations ». En effet, lorsqu'une hypothèque judiciaire est inscrite, le débiteur est déjà défaillant ou est en passe de l'être. Il s'agit alors d'obtenir l'exécution forcée de ses engagements au moyen d'une contrainte, en l'espèce un droit réel sur ses immeubles. Si l'hypothèque n'est souvent que le préalable à la saisie, qui constitue, elle, une voie d'exécution au sens strict, elle peut se suffire à elle-même. C'est le cas lorsque le débiteur vend spontanément son bien ou quand le créancier en demande l'attribution judiciaire. La réalisation de la sûreté et donc l'exécution se passe de vente forcée du bien. Dans un cas comme dans l'autre, l'hypothèque permet de garantir l'exécution. Dès lors, plutôt que de distinguer entre hypothèque légale ou judiciaire, il serait sans doute plus opportun de distinguer l'hypothèque exécution des autres types d'hypothèques. Une telle distinction reflèterait mieux la finalité commune à l'œuvre dans les deux types d'hypothèques judiciaires.

85. L'idée qui sous-tend aujourd'hui les deux mécanismes est que l'hypothèque tire sa force dans l'idée de force exécutoire (qu'elle vienne d'un jugement ou d'un autre titre exécutoire). La difficulté est que, pour des raisons de pratique, on la permet pour des actes qui ne sont pas des titres exécutoires et ne sont donc pas revêtus de la force exécutoire. Il faut bien mesurer que ces inscriptions ne sont permises qu'en considération du titre à intervenir. Si le titre n'intervient pas, ou que le jugement non encore exécutoire est infirmé, cette inscription est nulle. C'est donc bien au titre exécutoire futur que ces inscriptions empruntent leur force. Dès lors, l'hypothèque se fait gardienne de la force exécutoire. Il y a là un mécanisme particulièrement souhaitable socialement. Il est souhaitable que les actes revêtus par la loi de la force exécutoire soient effectivement mis en œuvre. Cela renforce l'autorité des juges et des officiers publics qui les délivrent : notaire, huissier. Cela permet d'affirmer que l'hypothèque judiciaire n'est pas uniquement d'intérêt privé mais également d'intérêt général. Cela justifie que cette hypothèque naisse de plein droit de ces actes et non pas d'une décision de justice. Dès lors que les actes revêtent la qualité nécessaire, le juge ne doit pouvoir ni l'accorder ni la refuser. Elle ne doit pas non plus dépendre de la volonté du créancier. C'est pourquoi elle doit naître de l'acte et non pas de l'inscription par le créancier. C'est la logique qui existe pour l'hypothèque des jugements. Il ne paraît pas justifié de maintenir une telle spécificité au jugement par rapport aux autres titres exécutoires alors qu'ils sont revêtus de la même force, particulièrement à l'heure où la procédure encourage le recours aux voies extra-judiciaires.

86. Il faut toutefois bien réserver l'hypothèque de plein droit aux créanciers pouvant déjà faire saisir le bien (soit ceux titulaires d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible), quand bien même ils ne pourraient pas encore provoquer la vente. Il ne s'agit en effet pas de faire

revivre pleinement l'ancienne hypothèque des actes notariés, que les rédacteurs du Code civil avaient décidé d'abandonner ; ni celle des jugements par la forme, que la loi de 1955 a supprimée. Le simple acte notarié, tout comme le simple jugement en vérification d'écriture ou le simple procès-verbal de conciliation ne doit pas permettre à lui seul l'inscription d'hypothèque au risque de porter une concurrence déloyale aux créanciers s'étant fait consentir une hypothèque conventionnelle. Toutefois, en limitant le bénéfice de l'hypothèque exécution aux titres constatant une créance exigible, on échappe à cet écueil. En effet, le créancier bénéficiaire de l'hypothèque conventionnelle pourra la faire inscrire immédiatement après l'acte. Il est donc garanti à une date proche de celle de l'acte. A l'inverse, le créancier bénéficiant d'une hypothèque en vertu d'un titre devra attendre pour l'inscrire que sa créance soit liquide et exigible. Ses droits prendront donc rang à une date proche de la défaillance du débiteur. Ne sera dès lors portée aucune concurrence indue aux droits du bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle. Avec un tel système, on rétablit l'égalité entre les titres exécutoires voulue par la réforme du droit des procédures civiles d'exécution de 1991 en supprimant la faveur faite au seul jugement sans pour autant porter atteinte à l'équilibre entre les droits des différents créanciers. Si le créancier porteur d'un titre ne peut pas attendre jusqu'à cette date, il lui sera toujours permis de prendre une inscription provisoire. On supprime ainsi le bénéfice de l'hypothèque des jugements à des jugements pour lesquels on a vu qu'il n'était pas opportun : jugements non exécutoires ou constatant une créance ni liquide ni exigible. Pour tous ces créanciers, la voie à privilégier est celle de l'inscription provisoire à titre conservatoire. L'inscription est alors subordonnée à la vérification judiciaire d'un péril dans le recouvrement de la créance. Celui-ci aura lieu *ex facto* dans le cas de l'autorisation judiciaire ou *ex post* en cas de contestation en présence d'un des actes dispensant d'autorisation ou d'un titre exécutoire constatant une créance non encore liquide et exigible. Cette inscription provisoire jouera le rôle de prénotation vis-à-vis de l'inscription définitive qui résultera de l'obtention d'un titre constatant une créance liquide et exigible si elle est effectuée dans les délais que nous avons rappelés plus haut.²¹²

Section 2 : En termes pratiques : lisibilité du droit hypothécaire

Si la jonction de l'hypothèque des jugements et de l'hypothèque conservatoire a du sens au niveau théorique, on ne peut pas perdre de vue les aspects pratiques, en particulier quand il s'agit de droit des sûretés ou de procédures civiles d'exécution. Il faut donc s'assurer que la jonction proposée résolve effectivement les problèmes pratiques observés (§1) et permettent une présentation plus lisible du droit des hypothèques dans le Code civil (§2).

§1 Dans la pratique

87. Le point de départ de cette étude étant pratique, il faut y revenir pour pallier au problème qui ressortait de l'observation de l'application du dispositif étudié. Il s'agit de la pratique qui consiste pour un créancier titulaire d'un jugement à faire inscrire une hypothèque judiciaire en passant par

²¹² Cf. supra n°60

une inscription provisoire puis définitive. Or, celui-ci pourrait faire inscrire son hypothèque directement sur le fondement de l'article 2412. Cette pratique, si elle aboutit aux mêmes effets, conduit le créancier à engager des frais supplémentaires pour faire inscrire ses droits, frais qui seront supportés en fin de course par le débiteur. Si l'on aboutit à une telle situation, c'est que le droit hypothécaire est peu lisible. Et pour cause, cohabitent deux institutions qui ont le même objet et la même finalité. Dès lors, par manque de connaissance du créancier et on peut l'espérer de l'avocat ou de l'huissier qui le conseille, le débiteur se trouve contraint de payer des frais proprement inutiles. Face à une telle situation, le débiteur est souvent laissé sans recours. On pourrait suivre Me Kieffer dans le raisonnement qui consisterait à contester en justice les frais inutilement engagés qui lui ont été imputés mais il faudrait à tout le moins qu'il ait connaissance de cette situation²¹³. On peut également être convaincu qu'il s'agit là d'un effet pervers du droit positif et en envisager une modification.

88. Cette modification passe par la fusion claire de l'inscription définitive d'hypothèque conservatoire et de l'hypothèque des jugements. Il n'y aurait alors plus qu'une seule hypothèque judiciaire, si tant est que cette appellation doive être retenue. Elle serait ouverte, selon le critère proposé plus haut, à tout créancier titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. Pour les autres titres qui permettent aujourd'hui l'inscription conservatoire, cette possibilité serait conservée à charge pour le créancier de se conformer aux règles prévues par le Code des procédures civiles d'exécution. Cependant, la voie de l'inscription provisoire doit être fermée aux créanciers pouvant déjà inscrire définitivement l'hypothèque. En effet, l'inscription provisoire n'est ni plus douce pour le débiteur, ni plus simple pour le créancier. En effet, il est aujourd'hui explicitement indiqué par la loi que les sûretés judiciaires conservatoires n'emportent pas indisponibilité du bien grevé. Il n'y a donc véritablement aucune originalité qui justifierait d'ouvrir l'inscription provisoire au créancier déjà titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible. Cette possibilité ne fait que perdurer la pratique contestable signalée précédemment. Puisque tous les titres exécutoires seraient autorisés à prendre hypothèque dès lors que la créance est liquide et exigible, cela n'aurait pas pour effet de les priver d'une réelle possibilité ni de privilégier certains titres par rapport aux autres.

89. Une fois bien distinguées les hypothèses dans lesquelles pourra être prise uniquement une inscription provisoire et celles dans lesquelles ne pourra être prise que directement l'inscription définitive, il faut à nouveau bien préciser les effets de ces inscriptions. L'inscription provisoire ne doit permettre, en cas de vente et répartition du prix de vente qu'une consignation au bénéfice de l'inscrivant à charge pour lui d'effectuer la conversion en inscription définitive une fois obtenu le titre constatant une créance liquide et exigible. Quant à l'attribution judiciaire, on a vu qu'elle

²¹³ « moi, je serais débiteur condamné par une décision de justice à laquelle est attachée l'article 2412, si l'huissier de justice venait à utiliser le mécanisme de l'hypothèque conservatoire, alors qu'il pourrait utiliser 2412, je saisiserais le JEX pour le faire condamner à supporter les frais supplémentaires que génère la voie qu'il a utilisée alors qu'il y avait plus simple et moins coûteux. », annexe 2

emportait des effets graves et proches de ceux d'une vente forcée, il faut donc lui imposer les mêmes conditions. C'est-à-dire que si le titre qui a permis l'inscription était un titre provisoire judiciaire, il faut que le créancier, au jour où le juge statue sur l'attribution, puisse faire état d'une décision définitive passée en force de chose jugée.

§2 *Dans la présentation du Code civil*

90. On peut douter qu'il soit de bonne politique juridique qu'il y ait dans un même système juridique deux instruments ouverts aux titulaires des mêmes actes et parvenant aux mêmes effets. Cela crée une confusion si courante que la doctrine et la Cour de cassation se sont employées à chercher une différence de nature justifiant qu'elles coexistent. Cette différence de nature, une fois examinée dans le détail, se révèle être moins importante qu'en apparence et dissimule une finalité commune et un régime très largement commun. Pourtant, si le juriste aguerri peut maîtriser la distinction et différencier nettement les deux institutions, ce n'est pas le cas du justiciable ordinaire, qui aura tôt fait de les confondre. Il est donc essentiel de rassembler les hypothèques exécution sous une bannière commune. Reste à savoir s'il faut classer cette nouvelle hypothèque exécution parmi les hypothèques légales et dans quel code elles doivent avoir leur siège.

91. Puisque la distinction entre hypothèque légale et judiciaire appréhende mal l'hypothèque exécution, on peut être tenté de les traiter séparément. On a vu que le terme de « judiciaire » était sans doute mal adapté pour les décrire mais on pourrait envisager, tout en leur conservant une catégorie propre, simplement la renommer. Apparaîtrait alors, à côté des hypothèques légales et conventionnelles, des hypothèques exécution. Pourtant, à l'étude du régime, on a pu voir que l'hypothèque judiciaire présentait de nombreuses similitudes avec l'hypothèque légale. Au niveau du régime, elles ont en commun avec les hypothèques légales la généralité de l'assiette et la faculté de réduction des inscriptions et elles emportent tous les mêmes effets (puisqu'on a vu que leur est exclue la possibilité de conclure un pacte comissoire). Plus encore, certaines hypothèques légales sont dotées d'un volet conservatoire sur autorisation judiciaire (hypothèque des époux, hypothèques des personnes en tutelle). On pourrait donc admettre sans mal que l'hypothèque des titres exécutoires trouve sa place dans la section relative aux hypothèques légales. Cela permettrait d'ailleurs de simplifier la rédaction de l'article 2412 en supprimant la répétition des règles contenues pour l'hypothèque légale à l'article 2401 (généralité de l'assiette, y compris aux biens futurs, nécessité d'une inscription spéciale sur chaque bien et réduction des inscriptions). C'est cette solution qui est retenue par le projet Grimaldi²¹⁴ et repris dans le projet Chancellerie²¹⁵. Cela aurait toutefois pour effet de vider de son contenu la section relative aux hypothèques judiciaires. On peut considérer qu'il y a là une difficulté dans la mesure où les articles 2395 et 2396 annoncent trois types d'hypothèques. En outre, les hypothèques légales tiennent le plus souvent à la qualité de leur

²¹⁴ ASSOCIATION HENRI CAPITANT Commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés* article 2417

²¹⁵ *Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, disponible en ligne sur le site www.textes.justice.gouv.fr* article 2401

titulaire. Pour autant, les y ranger ne conduirait pas à une déformation trop importante de cette catégorie et il existe en droit comparé des exemples de systèmes ne connaissant pas d'hypothèque judiciaire²¹⁶. S'agissant d'une hypothèque attachée aux titres exécutoires et non seulement aux jugements, il est proposé de leur donner le nom d'hypothèques exécution. Le terme hypothèque exécutoire, s'il a été envisagé, doit être écarté en raison du risque de confusion avec le terme exécutoire par opposition avec le terme conservatoire. En effet, on l'a vu, l'hypothèque constitue d'avantage une mesure conservatoire.

92. S'agissant du code dans lequel on doit les trouver, il faut sans doute approuver les projets de réforme qui donnent un siège aux hypothèques conservatoires dans le Code civil, quitte à effectuer un renvoi vers les lois qui régissent les procédures civiles d'exécution²¹⁷. En effet, les hypothèques exécution, bien qu'elles empruntent les catégories et les conditions du droit des procédures civiles d'exécution quant à leur constitution, sont pleinement des hypothèques quant à leur régime et leurs effets. La même démarche peut être empruntée pour les hypothèques exécutoires. Tout en renvoyant aux lois régissant les procédures civiles d'exécution quant aux conditions de constitution, il convient de conserver le régime et les effets des hypothèques dans le Code civil. On trouverait notamment dans le Code des procédures civiles d'exécution toutes les règles relatives à l'inscription provisoire à titre conservatoire de cette hypothèque. Les textes actuels du Code des procédures civiles d'exécution s'adaptent en réalité assez mal à une telle modification en ce qu'ils prévoient des sûretés judiciaires définitives et non seulement leur inscription provisoire. En outre, en dehors de l'hypothèque, les autres sûretés judiciaires prévues par ce code n'ont pas de pendant dans le Code civil. Elles n'existent que sous la forme de sûretés judiciaires conservatoires. Il ne s'agit pas ici de proposer une réécriture de ce système, simplement de rétablir le lien qui doit exister entre l'inscription provisoire – qui n'est ouverte qu'au bénéfice des titulaires d'une autorisation ou d'un titre ne permettant pas encore la saisie- et inscription définitive d'hypothèque exécutoire, qui bénéficie quant à elle de plein droit aux porteurs d'un titre constatant une créance liquide et exigible.

CONCLUSION : PROPOSITION DE TEXTES

Article 2395 « Elle est légale ou conventionnelle ».

Article 2396 « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.

L'hypothèque conventionnelle est celle qui résulte des conventions. »

Article 2400

²¹⁶ C'est le cas notamment du droit belge.

²¹⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT Commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, *op. cit.* article 2420 et *Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés, disponible en ligne sur le site www.textes.justice.gouv.fr article 2408*

« Indépendamment des hypothèques légales résultant d'autres codes ou de lois particulières, les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont :

1° Ceux d'un époux, sur les biens de l'autre ;

2° Ceux des mineurs ou majeurs en tutelle, sur les biens du tuteur ou de l'administrateur légal ;

3° Ceux de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables ;

4° Ceux du légataire, sur les biens de la succession, en vertu de l'article 1017 ;

5° Ceux énoncés en l'article 2331, 2°, 3°, 5°, 6°, 7° et 8° ;

6° Ceux constatés par un titre exécutoire. »

Section 2 Des hypothèques légales

§3 Sous-section 4 : des règles particulières à l'hypothèque exécution

Article 2412

« L'hypothèque exécution résulte des titres exécutoires en garantie des créances liquides et exigibles qu'ils constatent.

Lorsque l'hypothèque exécution a été inscrite en vertu d'une décision de justice exécutoire par provision, le créancier ne peut exercer la faculté prévue à l'article 2458 que s'il dispose, au jour où le juge statue, d'une décision définitive passée en force de chose jugée.

Lorsqu'elle lui est dénoncée par acte d'huissier de justice, l'inscription d'hypothèque exécution interrompt le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur.»

Article 2412-1

« L'hypothèque exécution peut être inscrite provisoirement à titre conservatoire aux conditions prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution.

L'inscription provisoire confère au créancier inscrivant les mêmes droits que ceux conférés par une hypothèque exécution. Toutefois, si le bien est vendu, la part qui lui revient dans la distribution du prix est consignée auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Cette part lui est remise s'il justifie de l'accomplissement de la publicité définitive dans le délai prévu. A défaut, elle est remise aux créanciers en ordre de la recevoir ou au débiteur. »

BIBLIOGRAPHIE

Encyclopédies et dictionnaires

BOUSSOUGOU-BOU-MBINE Farafina, « Art. 2412 - Hypothèque judiciaire », *JurisClasseur Civil*, 2013.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 2020.

FOURNIER Alain, « Hypothèque légale », *Répertoire Dalloz de droit immobilier*.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Hypothèque », *Répertoire Dalloz de procédure civile*.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1992.

« Hypothèque légale des jugements de condamnation visée à l'article 2412 du Code civil », *Lamy de droit des sûretés*, 2013.

Ouvrages généraux

ANSAULT Jean-Jacques, *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019.

AYNÈS Laurent, CROCQ Pierre et AYNÈS Augustin, *Droit des sûretés*, LGDJ, 2020.

BASNAGE Henry, *Traité des hypothèques*, Herault Eustache et Le Boucher Pierre (éd.), 1678.

BRENNER Claude, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2019.

CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine *et al.*, *Droit des sûretés*, 10^e édition, Paris, Litec, 2015

DAGOT Michel, *Les sûretés*, 1^{re} éd., Paris, Presses universitaires de France, 1981.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle et BRÉMOND Vincent, *Droit civil. Sûretés, publicité foncière*, Dalloz, 17^{ème} édition, 2014.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre et JESTAZ, PHILIPPE, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 1989.

MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel et BILLIAU Marc, *Droit commun des sûretés réelles: théorie générale*, Paris, LGDJ, 1996

Id., *Droit spécial des sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 1996.

PICOT Yves, MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon *et al.* (dir.), *Sûretés publicité foncière*, 7^{ème} édition, Paris, Ed. Montchrestien, 1999.

PIÉDELIÈVRE Stéphane et GUERCHOUN Frédéric, *Saisie immobilière*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2019

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil français*, vol. Tome 2 : obligations, contrats, sûretés réelles, LGDJ, 1958.

POTHIER Robert-Joseph, *Traité des hypothèques*, 1824.

SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2016.

THÉRY Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, 1^{ère} édition, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

Thèses et monographies

CHALLAMEL Jules, *L'hypothèque judiciaire, étude critique de législation française et étrangère*, Challamel aîné, Paris, 1881

CROCQ Pierre, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995

LABROÛE DE VAREILLES-SOMMIÈRES Gabriel, *L'hypothèque judiciaire : son passé, son présent, son avenir*, 1871.

Notes et articles

ALBIGES Christophe, « L'hypothèque attachée à un jugement de condamnation et le prononcé d'un arrêt infirmatif », *Gazette du Palais* 2016 n°42 p. 28.

ANSAULT Jean-Jacques, « L'hypothèque judiciaire, véritable voie d'exécution ou simple sûreté ? - note sous Cass. 2e civ., 12 oct. 2006, n° 05-10.511, P+B », *RLDC* 2006 n°33.

AYNES Laurent, DELEBECQUE Philippe, et CROCQ Pierre. « Constituant d'une hypothèque judiciaire, prends garde à toi ! », *RLDC* 2009 n°66

CARBONNEL Christine, « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP N* 2007 n°51-52 p.1335.

CAROLLE-BRISSON Diane, « Nature de l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation - note sous Cass. 3e civ., 17 juin 2009, n° 08-17.065, P+B », *RLDA* 2009 n°41.

CHEMIN-BOMBEN Delphine, « Distinction entre hypothèque judiciaire et hypothèque judiciaire conservatoire - note sous Cass. 1re civ., 14 mars 2012, no 10-28.143, P+B+I », *RLDA* 2012 n°71.

CROCQ Pierre, « La réforme de la saisie immobilière et les actes préparatoires à la vente de l'immeuble », *RLDC* 2007 n° 38.

CROCQ Pierre, « Une précision à propos de la distinction de l'hypothèque légale attachée au jugement de condamnation et de l'hypothèque judiciaire conservatoire - note sous Civ. 1re, 14 mars 2012 n° 10-28.143 », *RTD civ.* n°2 2012 p. 345.

CUIF Pierre-François, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC* 2010 n° 69.

DELEBECQUE Philippe, « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », *RJ com.* 1994, n° spécial : *Le gage commercial*, n° 3, p. 125. JACOB François, « Note sous Cass. 3e civ., 26 sept. 2001 », *Banque et Droit*, nov.-déc. 2001, n° 80, p. 42.

JULIEN Pierre, « Le point sur l'hypothèque judiciaire conservatoire », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Sirey, 1985.

LAPORTE Christian, « Note sous Cass. 3e civ., 21 janv. 2016, n° 14-24.795, P+B », *Procédures* n° 3, Mars 2016, *comm.* 88, LexisNexis SA, 1 mars 2016.

MARRAUD DES GROTTES Gaëlle, « Hypothèque attachée au jugement de condamnation et voies d'exécution - note sous Cass. 3e civ., 17 juin 2009, n° 08-17.065, P+B ; Cass. 3e civ., 17 juin 2009, n° 08-10.641, P+B », *RLDC 2009* n°63.

Id., « L'hypothèque judiciaire, la mal-nommée - note sous Cass. 1re civ., 14 mars 2012, n° 10-28.143, P+B », *RLDC 2012* n°93.

MIGNOT Marc, « Attention à ne pas confondre l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque judiciaire conservatoire ! », *L'ESSENTIEL Droit bancaire 2012* n°05 p. 7.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Deffrénois 2000* n°12 - page 737.

Id., « Hypothèque judiciaire conservatoire et hypothèque des jugements de condamnation, note sous Cass. com., 11 oct. 2016, no 14-28072 », *Deffrénois 2017* - n°02 - page 112.

Id., « Mesures conservatoires - Hypothèque judiciaire conservatoire et hypothèque des jugements de condamnation », sur *Revue de Droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2012, *comm.* 126.

PLANIOL Marcel, « Note sous Civ. 4 janvier 1911 », *D.* 1911 1 249.

PORCHERON Sylvaine, « Effet interruptif de prescription de l'inscription d'une hypothèque judiciaire provisoire note sous Cour de cassation, 2e civ. 27 septembre 2018 », *AJDI 2018* n°11 p.801.

PRIGENT Stéphane, « Nature de l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation », *Dalloz Actualité* 1 juillet 2009.

PROVANSAL Alain, « Le regard de l'avocat sur le projet de réforme des sûretés », *Droit et Patrimoine*, 2005 n° 140.

ROUVIÈRE Frédéric, « L'hypothèque judiciaire relève du régime de l'hypothèque légale note sous Cass. 1re civ., 14 mars 2012, n° 10-28143, PB », *L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme 2012* - n°06 - page 3.

THÉRY, « À propos de l'hypothèque attachée aux jugements de condamnation : bis repetita... Un arrêt partiellement infirmatif permet d'inscrire l'hypothèque attachée aux jugements de

condamnation pour garantir la restitution des sommes versées en exécution du jugement - note sous Civ. 3e, 27 juin 2019, n° 18-10.836, publié au Bulletin », *RTD civ.* 2019 n°4 p. 922.

Jurisprudence

Cour de cassation, Chambre civile 3, 27 juin 2019, n° 18-10.836, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 2, 27 septembre 2018, n° 16-21.102, Inédit.

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 28 juin 2017, n° 16-10.591, Publié au bulletin.

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 11 octobre 2016, n° 14-28.072, Inédit.

Cour de cassation, Chambre civile 3, 15 septembre 2016, n° 15-21.483, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 27 janvier 2016, n° 15-12.840, Publié au bulletin.

Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 21 janvier 2016, n° 14-24.795, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 octobre 2015, n° 14-15.114, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 2, 27 février 2014, n° 13-11.644, Inédit.

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 19 novembre 2013, n° 12-24.652, Inédit.

Cour de cassation, Chambre civile 2, 31 janvier 2013, n° 11-26.992, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 mars 2012, n° 10-28.143, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 3, 21 octobre 2009, n° 08-12.687, Publié au bulletin

Cour de cassation, Chambre civile 2, 18 juin 2009, n° 08-10.843, Publié au bulletin.

Cour de cassation, 17 juin 2009, n° 08-17.065, Publié au bulletin, rectifié par un arrêt du 12 janvier 2010.

Cour de cassation, Chambre civile 2, 9 avril 2009, n° 08-15.672, Inédit.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 20 février 2007, n° 05-14.082, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 2, 12 octobre 2006, n° 05-10.511, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre mixte, 26 mai 2006, n° 03-16.800, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, 26 septembre 2001, n° 99-19.707, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, 13 décembre 2000, n° 99-11.822, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre civile 2, 19 octobre 2000, n° 98-22.328, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 25 octobre 1994, n° 91-14.539, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 29 novembre 1988, n° 86-15.821, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre Civile 3, 21 février 1984, n° 83-10.409, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre civile 1, 13 novembre 1980, D. 1981 IR 148.

Cour de cassation, Chambre civile 3, 20 février 1979, D. 1979 p. 403.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, 7 février 1979, n° 77-11.283, Publié au bulletin.

TGI de Nice, 15 novembre 1977, D. 1978 IR 88.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, 14 décembre 1976, n° 75-10.940, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, 25 octobre 1976, n° 75-10.823, Publié au bulletin.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, 16 juillet 1975, n° 74-11.405, Publié au bulletin.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 1 juillet 1935, S. 1936 1 30.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 11 mars 1919, S. 1921 1 p. 171.

Cour de cassation, Chambre civile, 4 janvier 1911, D. 1911 1 249.

Cour de cassation, Chambre civile, 28 novembre 1904, DP 1905 p. 204.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 13 juillet 1904, D 1907 1 377.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 20 novembre 1901, D. 1907 p. 217.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 20 novembre 1895, S. 1899 1 503.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 1 août 1881, D. 1882 p. 416.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 9 novembre 1880, S. 1881 p. 304.

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 19 août 1878, S. 1879 1 29.

Bruxelles, 22 décembre 1859, Paicrisie 1860 II p.131.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 : ORIGINALITE DE L'HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS DE CONDAMNATION	10
TITRE 1 : CONSTRUCTION HISTORIQUE.....	10
<i>Chapitre 1 : Des conditions de naissance contestées</i>	<i>10</i>
Section 1 : Origines incertaines dans l'ancien droit	10
§1 L'absence de paternité romaine.....	11
§2 L'apparition dans l'ancienne coutume française	12
Section 2 : Codification et remise en question.....	14
§1 De l'article 2123 du Code Napoléon à la réforme de 1955	14
§2 La controverse du XIXème siècle	15
<i>Chapitre 2 : Une adaptation progressive du régime</i>	<i>17</i>
Section 1 : L'influence des droits étrangers.....	17
§1 Les pays ayant supprimé l'hypothèque des jugements	18
§2 Les pays ayant modifié l'hypothèque des jugements	19
Section 2 : Le rééquilibrage du régime de l'hypothèque des jugements.....	21
§1 La réduction du champ d'application	22
§2 L'obligation d'inscription spéciale	23
TITRE 2 : FONCTIONNEMENT EN DROIT POSITIF	25
<i>Chapitre 1 : Des conditions pour partie originales.....</i>	<i>25</i>
Section 1 : Naissance de l'hypothèque	25
§1 Un jugement.....	25
A. Les jugements proprement dits	26
B. Les actes assimilés aux jugements	28
§2 La condamnation au paiement d'une créance	30
Section 2 : Conditions liées à l'opposabilité de la sûreté.....	32
§1 L'inscription	33
§2 La réduction judiciaire des inscriptions	34
A. La réduction de l'assiette.....	35
B. La réduction de la créance garantie.....	36
<i>Chapitre 2 : Un régime pour l'essentiel commun</i>	<i>37</i>
Section 1 : Effets de l'hypothèque judiciaire.....	37
§1 Les effets traditionnels des hypothèques	37
A. Le droit de préférence	37

B. Le droit de suite	38
§2 Les effets nouveaux des hypothèques.....	39
Section 2 : Extinction de l'hypothèque judiciaire.....	42
§1 Causes d'extinction de toute hypothèque	42
§2 Incidences du jugement infirmatif.....	44
PARTIE 2 : OPPORTUNITE DE L'HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS DE CONDAMNATION.....	45
TITRE 1 : L'OPPOSITION APPARENTE ENTRE HYPOTHEQUE DES JUGEMENTS ET HYPOTHEQUE CONSERVATOIRE	46
<i>Chapitre 1 : Les divergences techniques constatées</i>	<i>46</i>
Section 1 : Les divergences sur le champ d'application	46
§1 L'inscription sur autorisation du juge	46
§2 L'inscription sur présentation d'un titre exécutoire non-judiciaire	48
Section 2 : Les divergences sur le régime.....	50
§1 L'inscription provisoire puis définitive	50
§2 La dénonciation et la faculté d'opposition	52
<i>Chapitre 2 : L'induction d'une divergence de nature.....</i>	<i>54</i>
Section 1 : Une hypothèque en réalité légale : l'hypothèque des jugements	54
§1 Principe de la distinction entre hypothèque judiciaire et légale	55
§2 Les propositions de requalification de l'hypothèque des jugements	56
Section 2 : Une hypothèque véritablement judiciaire : l'hypothèque conservatoire.....	57
§1 Au stade de l'inscription provisoire.....	57
§2 Au stade de l'inscription définitive	58
TITRE 2 : LA POSSIBLE MISE AU JOUR D'UN MECANISME COMMUN.....	60
<i>Chapitre 1 : Des divergences conciliables</i>	<i>60</i>
Section 1 : Un régime pour l'essentiel commun.....	60
§1 Des champs d'application largement complémentaires et des effets communs	60
§2 Des différences de régimes tenant principalement à l'inscription provisoire	62
Section 1 : Les faiblesses de la distinction entre hypothèque judiciaire et hypothèque légale.....	64
§1 Les limites d'une classification des hypothèques selon le rôle du juge dans la naissance de la sûreté	64
§2 Une distinction plus pertinente entre inscription provisoire et définitive.....	65
<i>Chapitre 2 : L'opportunité d'une jonction des institutions</i>	<i>67</i>
Section 1 : En termes théoriques : l'existence d'une finalité commune.....	67
§1 La préservation des droits du gagnant contre l'épuisement de son gage.....	67
§2 La garantie de la bonne exécution des jugements	68
Section 2 : En termes pratiques : lisibilité du droit hypothécaire.....	70
§1 Dans la pratique	70
§2 Dans la présentation du Code civil.....	72

CONCLUSION : PROPOSITION DE TEXTES	73
BIBLIOGRAPHIE	75
ENCYCLOPEDIES ET DICTIONNAIRES.....	75
OUVRAGES GENERAUX.....	75
THESES ET MONOGRAPHIES.....	76
NOTES ET ARTICLES.....	76
JURISPRUDENCE.....	78
TABLE DES MATIERES	80
ANNEXES	83
ANNEXE 1 : ENTRETIEN AVEC MAXIMES BELMUDES, HUISSIER DE JUSTICE.....	83
ANNEXE 2 : ENTRETIEN AVEC FREDERIC KIEFFER, AVOCAT	87

ANNEXES

Annexe 1 : entretien avec Maximes Belmudes, huissier de justice

- *Si je peux vous demander tout d'abord de vous présenter.*
- Je suis Maxime Belmudes, huissier de justice associé au sein de la SCP ABC justice et je suis également commissaire de justice, la nouvelle profession suite à la fusion des professions d'huissier de justice et commissaire-priseur judiciaire et j'exerce l'activité accessoire de médiateur. J'ai fait mes études à Paris 2 Panthéon-Assas.
- *La première question concerne l'hypothèque des jugements de condamnation, prévue par l'article 2412 du Code civil. Quelle utilisation en faites-vous dans votre pratique ?*
- Extrêmement rare, vraiment extrêmement rare. Disons que cela fait 10 ans que je suis huissier de justice associé, je n'en ai fait qu'une seule, exactement une seule et je pense que c'était un petit peu par hasard. C'était sur la proposition d'un de mes collaborateurs qui m'avait suggéré de passer par cette hypothèque plutôt que l'inscription provisoire d'hypothèque conservatoire. C'est vraiment, vraiment à la marge. Pour tout vous dire, cette fois-ci où on avait choisi de faire cette hypothèque-là, le service de la publicité foncière n'avait pas du tout compris, ils ne doivent pas en voir beaucoup. Ils ne comprenaient pas sur quel fondement on demandait l'inscription, pourquoi on faisait comme ça et pas autrement.
- *Quelle est la situation de faits qui vous a poussé à choisir cette hypothèque ?*
- Je vais parler de l'hypothèque plutôt en manière générale. On privilégie l'hypothèque dans les dossiers à fort enjeu financier. Il faut avoir à l'esprit qu'à l'heure actuelle, le justiciable a de moins en moins d'argent, de moins en moins de liquidités, de moins en moins d'effets saisissables ou de valeurs. Dans la majorité des cas, l'élément qui est le plus intéressant pour nous en termes de recouvrement c'est le bien immobilier. Donc réellement, l'hypothèque c'est le moyen de pression par excellence quand on a une grosse dette et qu'on est face à quelqu'un qui est propriétaire de biens immobiliers.
- *Quand vous parlez d'enjeu financier, est-ce que vous avez un ordre de grandeur ?*
- On peut commencer à avoir cette démarche dès qu'on a des dossiers à partir de 50/60 000€.
- *Pour revenir à l'hypothèque des jugements de condamnation, quels étaient les avantages de ce mécanisme particulier la fois où vous y avez recouru ?*
- Alors, c'était très stratégique parce que l'on savait que le bien immobilier allait être vendu incessamment sous peu donc prendre cette inscription nous permettait d'être privilégié et donc d'être sûr s'il y avait un produit de vente supérieur à l'endettement initial, avec le privilège, on était sûr de récupérer un petit peu de fonds.

- *Et donc pourquoi l'hypothèque des jugements de condamnation plutôt que l'hypothèque conservatoire ?*

- C'était sur la proposition de mon collaborateur, j'ai trouvé l'idée assez intéressante. En étant tout à fait honnête, on n'en avait jamais faite, la majeure partie du temps, on fait la conservatoire. Ça nous permettait de gagner un temps précieux en passant par celle-ci parce qu'il n'y avait pas besoin de passer par une inscription provisoire puis définitive. Mais c'est quelque chose qui est très peu connu et que très peu de personnes utilisent. Quand je vois mes confrères ou même dans certains cabinets d'avocats qui pratiquent les hypothèques, celle-ci n'est prise que vraiment très à la marge. Alors qu'en réalité elle est beaucoup plus simple. En tout cas en termes de délais puisque pour compléter le bordereau c'est la même chose.

- *Est-ce que ça a été efficace dans cette affaire ?*

- Oui, ça nous a permis de recouvrer les sommes.

- *En l'espèce, vous aviez donc bien un titre exécutoire puisque vous aviez un jugement de condamnation, pourquoi ne pas pratiquer directement une saisie ?*

- On avait déjà tenté des saisies dans ce dossier qui n'avaient pas abouti et notamment une saisie-attribution sur les comptes bancaires. On avait également tenté une saisie mobilière mais les saisies mobilières n'aboutissent pratiquement jamais car dans 95% des cas, le mobilier présent chez les personnes, à la vente judiciaire n'a absolument aucune valeur. Dans une vente judiciaire, les éléments sont bradés pour disons 90% de leur valeur d'achat. C'est très compliqué, il y a un désamour constant et progressif ces dernières décennies pour la saisie-vente. Ça a plutôt un impact psychologique plutôt qu'un réel impact procédural.

- *Et sur l'immeuble, pourquoi ne pas aller directement à la saisie immobilière ?*

- Avant d'initier une saisie immobilière, on inscrit toujours une hypothèque pour bénéficier d'un rang préférentiel lors de la vente.

- *Est-ce que vous avez le sentiment que votre pratique ressemble à celle de vos confrères ?*

- Oui, complètement. Il faut déjà savoir que cette sûreté fait peur aux praticiens. Le mécanisme est peu connu. La plupart des gens vont passer par l'hypothèque judiciaire conservatoire alors qu'avec un titre exécutoire, on pourrait la prendre directement. D'autre part, le bordereau fait peur parce qu'il est très compliqué pour nous praticiens de l'exécution d'avoir accès à la totalité des informations requises pour la validité du bordereau. Souvent, c'est une course contre la montre d'interroger les relevés sommaires urgents. Ils ne sont pas forcément lisibles, ils ne sont pas forcément complets. Les éléments sur les situations matrimoniales des débiteurs sont aussi compliqués à obtenir, à identifier. Mais ce sont des questions que l'on va retrouver pour toutes les hypothèques et même pour toutes les sûretés à bordereau.

- *Pour passer cette fois-ci à l'hypothèque judiciaire conservatoire. J'avais l'impression que du coup vous la pratiquez plus. Une question un peu générale : quelle utilisation vous en faites, de celles-ci ?*

- Toujours la même. C'est-à-dire qu'on en fait 2 par mois, à peu près, en terme de fréquence. Enfin, j'en fais beaucoup plus surtout ces derniers temps. Au final, c'est corrélatif aussi, on va dire, à la santé financière du pays. A quelle heure actuelle, il n'y a plus de liquidités, il n'y a plus de notes de valeur et il n'y a plus de biens patrimoniaux de prestige. Et donc souvent, le bien immobilier demeure la seule et unique chose sur laquelle on peut faire pression, levier. L'hypothèque est en train de redevenir une sûreté très intéressante. à mon sens, ce serait une bonne chose, mais il faudrait la simplifier, ça serait vraiment souhaitable. Je vais donner un sentiment tout à fait personnel qui est plus en fait dirigé contre l'administration. Il y a des tolérances en fonction des départements, en fonction du service de publicité foncière, vous pouvez tomber face à des gens plus ou moins compréhensifs, sachant que ce sont des procédures assez techniques, complexes et fort coûteuses aussi, parce qu'il y a quand même beaucoup de fonds à avancer. Ce n'est pas facile dans le recouvrement, quand on est en fin procédure, d'avancer autant de fonds pour une procédure. Ce sont des avances qui peuvent être des avances à fonds perdu. On peut faire face à des services très diligents, des gens qui vous appellent ou qui vous font des écrits pour vous dire « Voilà, il manque juste un petit élément ». J'appelle ça le droit local. Il y a parfois des gens fort sympathiques qui donnent justement les éléments à corriger sans effectuer un rejet d'office, alors que dans certains bureaux, vous adressez un bordereau non conforme, il est rejeté tout de suite et sans explication, c'est déjà arrivé. Après, aller contester un rejet c'est une procédure qui est un petit peu compliquée.

- *S'agissant des situations pratiques, ce que vous me disiez, c'est que l'hypothèque, à chaque fois que vous avez derrière envie de faire une saisie, vous allez toujours commencer par une hypothèque conservatoire.*

- Oui, pour faire une saisie immobilière oui.

- *Est-ce que vous avez déjà fait inscrire une hypothèque conservatoire pour un client qui avait déjà un titre exécutoire ?*

- Oui, c'est ce qu'on fait quasiment tout le temps d'ailleurs. Alors qu'on pourrait passer directement par l'hypothèque des jugements.

- *Et est-ce que vous avez déjà fait inscrire une hypothèque conservatoire pour un titre judiciaire juste pour un titre justement non judiciaire?*

- Non. De toute façon, on va dire, on va dire que, en majeure partie et les titres sont judiciaires. Donc la différence de champ d'application entre l'hypothèque judiciaire du Code civil et l'hypothèque conservatoire elle est faible. Et je pense qu'on a une qui est utilisé par rapport à l'autre juste par raison pratique de connaissance. vraiment juste de connaissance puisqu'au final, l'hypothèque du Code civil est plus pratique, plus simple à inscrire.

- *Quels sont les avantages que vous attribuez au mécanisme de l'hypothèque conservatoire par les par rapport à l'époque des jugements? Est-ce que c'est vraiment simplement un manque de connaissance ou est-ce qu'il y a vraiment un avantage?*

- Moi je pense que c'est uniquement ça puisque techniquement, si vous réfléchissez, si on fait un comparatif entre les 2. Il y en a une où je suis obligé de faire un bordereau d'inscription provisoire puis une définitive donc je rallonge ma procédure d'autant alors que pour l'autre je ne fais qu'un seul élément donc au final celle qui est inconnue est encore plus simple que l'autre là. C'est ça qui est impressionnant.

- *Je vais finir par une question sur votre opinion peut-être personnelle sur ce mécanisme de l'hypothèque des jugements ?*

- Je dirais que l'hypothèque des jugements est peu connue des praticiens ou mal mise en avant dans les ouvrages mais il n'y a pas un manque d'efficacité de ce mécanisme-là, il n'a pas de défaut. Le problème d'une procédure qui fonctionne, c'est 2 facteurs -hormis le bien sur lequel bien-sûr on a inscrit la sûreté- c'est le temps et l'argent, il faut être très pragmatique et cette hypothèque-là, techniquement elle a ces 2 avantages par rapport à l'autre. Alors, en inscription, elle coûte la même chose mais en temps passé, si vous missionniez un professionnel, il faut le rémunérer, tout ça a une valeur. Donc techniquement, elle est plus coûteuse. En fin de procédure, elle est forcément plus coûteuse puisqu'elle y a aussi des actes subséquents en matière conservatoire. Donc je pense que dans les 2 cas, elle a tous les avantages.

- *Est-ce que vous pensez qu'il est possible pour un particulier de la faire inscrire sans le recours à un huissier ou un avocat ou c'est vraiment quelque chose de très compliqué à faire ?*

- Le problème, c'est un peu comme tous les actes de procédure, si on a les bons textes avec les bons éléments, n'importe qui a quand même fin suffisamment de connaissances juridiques pourrait remplir un bordereau. C'est juste des cases à remplir, fondamentalement. Après il faut avoir accès aux informations, savoir lire les informations. C'est une pratique. Est-ce que demain, si vous donnez un bordereau avec juste le texte à quelqu'un avant, il pourrait le remplir ? On pourrait tester avec un stagiaire, je pense qu'il n'y arriverait pas. Quelqu'un qui a pourtant déjà un master 2 en droit et 2 ans de spécialisation. C n'est pas pour rien que dans une structure comme la nôtre où il y a à peu près 22 collaborateurs, je n'en ai que 2 qui font des hypothèques. Autrement, personne en fait et il n'y a que moi qui les signe et les corrige, ça vous donne un ordre d'idées. Les éléments obligatoires sont assez simples mais ça nécessite quand même une qualité rédactionnelle, notamment sur la désignation du bien, ça nécessite quand même des compétences juridiques pour bien remplir un bordereau.

- *Je voulais revenir rapidement sur la pratique que vous avez de toujours prendre une hypothèque avant de passer à la saisie. Quelles sont les raisons? Est-ce que c'est juste par habitude?*

- C'est pour le rang lors de la distribution des prix. Il faut savoir en plus que la procédure de saisie immobilière se fait obligatoirement avec le concours d'un avocat parce que les enchères ne peuvent être portées que par ministère d'avocat. C'est une des procédures les plus complexes en matière d'exécution et les plus techniques en termes d'actes de procédure et aussi, toujours et

encore, les plus coûteuses. il faut savoir qu'une procédure de saisie immobilière de A à Z, je parle en honoraires d'avocat, sans débours ou frais d'huissier, on est aux alentours des 10/ 15 000€. Il faut déjà avoir les reins solides pour pouvoir lancer une procédure. Parce que c'est quand même des heures : la constitution du cahier des charges c'est quand même des actes très sensibles. Et comme le plus souvent ce sont des dossiers pour lesquels il y a un enjeu financier important, la responsabilité civile en face, elle est aussi réactive.

- *Et donc prendre l'hypothèque, ça assure déjà des meilleures chances au niveau de la saisie, si on veut aller jusque-là et peut-être éventuellement une incitation au débiteur sans aller jusqu'à la saisie.*

- Exactement, il y a effet comminatoire qui est quand même intéressant. Vu que c'est une procédure qui est longue, s'il y a entre temps le désir de faire une vente amiable, on a toujours cette sauvegarde, cette sûreté. La purge amiable peut avoir lieu. Et pour le coup, la procédure de purge amiable est relativement peu coûteuse.

Annexe 2 : entretien avec Frédéric Kieffer, avocat

- *Pour commencer, je vais vous proposer de vous présenter.*

- D'accord. Alors, je suis Frédéric Kieffer, je suis avocat au barreau de Grasse, titulaire d'un diplôme de spécialisation en droit des garanties, des sûretés et des mesures conservatoires. Je suis également expert au sein du Conseil national des barreaux dans la commission règles et usages et expert en ce qui concerne tout ce qui est voies d'exécution, sûretés, saisie immobilière. J'interviens régulièrement dans les formations pour les écoles d'avocats j'écris également régulièrement sur Dalloz actualité dans ces matières. Et puis je suis intervenu plusieurs fois sur des colloques relatifs aux voies d'exécution, auprès de la Cour de cassation, c'est des colloques qui sont filmés : une fois en 2012, une fois en 2018, la dernière fois en 2020 sur les premiers ateliers des procédures civiles d'exécution. Que dire encore? Je suis chargé d'enseignement à l'université de Nice pour les Master 2 gestion des contentieux privés où j'ai enseigné, selon les années, les procédures, les procédures civiles d'exécution et/ou la saisie mobilière. Le prochain partiel écrit, c'est vendredi. Et j'ai été président de la de l'association des avocats praticiens des procédures civiles et de l'exécution de 2012. J'en suis devenu président d'honneur et je participe encore activement à cette association.

- *Je vous remercie, et donc on va on va entrer directement dans le vif du sujet, avec l'hypothèque des jugements de condamnation et ma première question c'est, est ce que vous avez déjà rencontré dans votre pratique le hypothèque des jugements de condamnation?*

- Oui, bien sûr, quasiment au quotidien. En fait, lorsqu'on est praticiens des procédures civiles, de l'exécution en général, on a une clientèle institutionnelle, donc des banques, des syndicats de copropriété, des organismes de caution professionnelle, ce qui se pratique de plus en plus. On a de moins en moins de crédits hypothécaires et plus de crédits garanti par une caution professionnelle. La tendance s'est inversée donc, quand on est avocat d'un créancier professionnel,

lorsque la caution a été appelée par le prêteur, la banque a prêté, elle n'a pas pris de garantie hypothécaire. Elle n'a pas d'hypothèque mais une caution. Si les emprunteurs ne règlent pas le crédit, elle prononce la déchéance du terme et dans ce cas-là, la banque va appeler l'organisme de caution. La caution va payer. Et si les choses sont bien faites, en règle générale, l'organisme de caution doit d'abord avertir le ou les débiteurs, s'il y a des codébiteurs, pour leur dire : « je suis appelé par votre prêteur parce que vous n'avez pas réglé les échéances du crédit, la déchéance du terme a été prononcée, si vous avez les moyens de faire éteindre la dette, merci de me le dire. A défaut, je vais être obligé de payer. » En règle générale, il n'y a pas de réponse, la caution paye et là, elle nous demande d'engager une action pour obtenir un titre exécutoire. Ce qui se passe le plus souvent, c'est qu'on va utiliser les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution avec d'abord la prise d'une mesure conservatoire et une ordonnance du juge de l'exécution. Mais on n'est pas dans l'article 2412. Et quand on obtiendra le titre exécutoire dans les délais impartis par le texte, on pourra convertir la publicité définitive ou provisoire en publicité définitive. Ça, c'est l'organisme de caution. Après, s'il n'y a pas d'hypothèque et que la banque ne met pas en œuvre l'engagement de caution. Ça arrive, certaines ne le font pas. À ce moment-là, elle nous demande, une fois qu'elles ont obtenu le jugement, de prendre une inscription d'hypothèque judiciaire sur le fondement de l'article 2412. Ce qu'on fait aussi assez régulièrement, pour les particuliers bien souvent, c'est que ce sont les avocats qui ne sont pas spécialisés dans ces mesures, dans ces sûretés, dans ces garanties qui vont obtenir un jugement ou une ordonnance de référé et qui vont ne pas savoir prendre l'inscription. Ils vont nous demander et, bien sûr ce que l'on préconise, c'est d'utiliser les dispositions de l'article 2412 du Code civil qui sont parfois peu utilisées, en tout cas peu connues. La différence avec les huissiers de justice, c'est que parfois, l'huissier de justice - ce n'est pas interdit, mais ce n'est pas forcément la bonne méthode - lorsqu'il va être mandaté par un avocat ou un particulier qui a obtenu une ordonnance de référé ou un jugement ou un arrêt d'appel confirmant un jugement ou l'infirmant, plutôt que d'utiliser les dispositions de l'article 2412, il va utiliser les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution. C'est souvent ce qu'il fait. Alors, pourquoi ce n'est pas la bonne méthode, à mon sens, parce que ça coûte plus cher. Alors pour eux, c'est plus intéressant parce qu'ils ont plus d'actes à faire, mais c'est pour ça que, en règle générale auprès des confrères, quand je fais des formations, je leur dis : si vous ne savez pas faire, adressez-vous plutôt à des avocats qui maîtrisent ces matières plutôt qu'à l'huissier de justice parce que l'huissier de justice, il a une façon de faire – alors c'est peut être par méconnaissance ou peut être par intérêt, je ne sais pas, je ne prends pas position - mais lui il va utiliser les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution, ce qui va générer une première inscription d'hypothèque judiciaire provisoire qui va lui générer des émoluments. Il va ensuite dénoncer cette inscription d'hypothèque, attendre le fameux délai d'un mois puisqu'il agit en vertu d'un titre et convertir la publicité provisoire en définitive ce qui lui fera une 2^{ème} rémunération, alors qu'avec 2412, il y en a qu'une. Nous, on utilise vraiment 2412, on l'utilise énormément. Alors, si vous avez eu l'occasion de travailler sur le projet de réforme du droit des sûretés de l'association Henri Capitant, vous verrez qu'on redonne son

véritable nom à cette hypothèque, qu'on qualifie judiciaire pour la qualifier de légale, parce qu'elle n'a rien de judiciaire en réalité. Elle est certes attachée aux jugements, les jugements cependant au sens général : les décisions de justice, pas seulement les jugements, ça peut être l'ordonnance de référé, ça peut être l'arrêt de la cour d'appel, ça peut être même à l'arrêt de cassation s'il condamne qui permet d'agir sur le fondement de 2412. Cette possibilité est issue du Code civil, donc de la loi, donc elle est légale et dans le projet de réforme on lui redonne le nom de d'hypothèque légale. En tout cas on la remettrait dans un dans un chapitre consacré aux hypothèques légales.

- *En effet, alors effectivement vous parlez des huissiers qui ont tendance à passer par l'hypothèque du Code des procédures civiles d'exécution, alors même qu'ils ont déjà un titre. Celui que j'ai rencontré m'a expliqué que dans son cas, il avait eu en face de lui parfois des services de la publicité foncière qui connaissaient mal l'hypothèque de l'article 2412 et qui avaient plus de difficultés à valider l'inscription qu'en présence d'une hypothèque conservatoire. Du coup, même dans les cas où il pouvait prendre une hypothèque de l'article 2412, il ne le faisait pas.*

- Oui, alors ça, c'est un discours qui mériterait d'être vérifié parce que les services de la publicité foncière sont quand même animés par des gens extrêmement compétents en publicité foncière et Dieu sait que la publicité foncière avec les 2 décrets du 4 janvier 55 du 14 octobre 1955, c'est très compliqué. Il suffit simplement dans le bordereau d'inscription d'hypothèque que vous allez remplir, d'indiquer que vous vous prenez une hypothèque judiciaire, uniquement judiciaire, sans ajouter autre chose que vous la prenez pour 10 ans, vous visez votre titre exécutoire et vous visez l'article 2412 du Code civil et ça suffit. Enfin, moi toutes les hypothèques que j'ai pu prendre sur le fondement de l'article 2412, en mettant ces indications, je n'ai jamais eu la moindre difficulté pour que cette inscription soit prise. Alors j'ai pu avoir un rejet, le cas échéant, lorsqu'il y a une modification dans l'identité ou une erreur de plume mais je n'ai jamais eu aucun refus. En tout cas, elle jamais fondée sur le fait qu'il ne que la conservation des hypothèques ne connaissait pas et dispositions de l'article 2412. Donc ça à mon avis, c'est un mythe.

- *Est-ce que vous auriez un peu des données chiffrées? Vous me dites que vous en prenez quotidiennement est-ce que vous auriez un ordre de grandeur?*

- C'est difficile à dire en en pourcentage, alors on prend plus au regard des spécificités des dossiers des hypothèques sur le sur le fondement du Code des procédures civiles d'exécution. Pourquoi? Parce que le plus souvent le créancier qui n'a pas de titre exécutoire souhaite se garantir tout de suite. Comme on n'a pas de titre exécutoire, on est obligé de passer par la mesure conservatoire, la sûreté judiciaire préalablement. Donc on présente une requête au JEX. On démontre qu'on a une créance qui paraît fondée en son principe et dont le recouvrement est menacé. On a l'ordonnance et on prend l'inscription et c'est pour ça qu'on ne peut pas utiliser aussi systématiquement que nous souhaiterions les dispositions de l'article 2412 du Code civil. Après ça peut arriver, mais c'est vrai que ce n'est pas la majorité. Alors en pourcentages, je dirais peut être 10 pourcents d'hypothèques 2412 et 90 pourcents de hypothèques sur le fondement des dispositions du Code de procédure civile. Mais ce n'est pas lié au fait qu'elles sont meilleures ou

elles sont plus efficaces. C'est lié au fait qu'il faut avoir un jugement ou une décision de justice. Pour avoir un jugement ou une décision de justice aujourd'hui en France, ça prend quelques mois, voire davantage. Par conséquent, le bien immobilier, il peut partir dans la nature et si on ne prend pas la garantie tout de suite, on ne va pas faire preuve d'efficacité et de professionnalisme vis-à-vis du client. On va obtenir un titre exécutoire. On va obtenir une belle décision avec une belle condamnation. Et puis là, on va prendre l'hypothèque de 2412 et on va s'apercevoir que le bien est sorti du patrimoine au moment où on a engagé la procédure. Ce n'est pas forcément le but recherché. Pour les syndicats des copropriétaires, ils ont le privilège qui fait qu'ils prennent moins d'hypothèques. D'abord, ils ont une hypothèque légale aussi, l'hypothèque légale de la copropriété avec la mise en demeure, les délais à respecter. Il faut simplement se dire que ce qui est important c'est que, dans tout ce qui est hypothèques, c'est surtout de la cuisine, c'est-à-dire la façon de remplir les bordereaux, mettre les bons textes et apporter les bons justificatifs au service de la publicité foncière, et après il y a toute une panoplie de d'hypothèques qui peuvent être prises si on rentre dans les conditions. Dans les copropriétés, on utilise souvent l'hypothèque légale qui leur est offerte. Ils utilisent ces choses, propriété le plus souvent le privilège de l'article 2064 2474, un bis du Code civil. Et puis plus rarement, les hypothèques de l'article 2412. Mais ça peut arriver, lorsqu'elles ont obtenu un jugement et qu'elles ne rentrent pas dans les clous de l'hypothèque légale et que le jugement consacre des charges de copropriété qui ne rentrent pas dans le cadre du privilège parce qu'elles sont un peu anciennes mais qui ne sont pas frappées forcément par la prescription, alors elles prennent une hypothèque 2412. Au niveau de de l'enjeu des enjeux financiers des litiges, avant de prendre une hypothèque, il faut déjà que ce soit un litige d'une certaine importance. Quand on étudie les procédures civiles d'exécution, on apprend qu'il faut respecter une sorte de proportionnalité dans les mesures. On ne va pas tuer un moustique avec un bazooka. Bon après, ce caractère de d'importance de la créance est moins prégnant pour l'hypothèque, quel que soit le hypothèque. Pour quelle raison? Parce que ça reste une mesure conservatoire, ce n'est pas un acte d'exécution et je dirais que, même si la créance est petite, rien n'interdit de la garantir par une hypothèque qui est peut être moins douloureuse que de procéder à une saisie-vente, venir chercher la télévision, le magnétoscope, le DVD ou l'ordinateur si tant est qu'il soit saisissable. L'hypothèque, ça peut paraître un peu rude pour une petite créance. Alors bien sûr, on ne va pas prendre une hypothèque pour 500€, mais même des charges de copropriété qui serait dues à hauteur de 4 ou 5000€, rien n'interdit valablement de prendre une hypothèque. Je ne pense pas que cela pourrait être retenu comme quelque chose d'abusif parce que c'est moins agressif qu'une voie d'exécution type saisie-attribution. Ça peut aussi laisser une chance au débiteur. On ne va pas lui saisir son compte bancaire. Il peut continuer à vivre, à payer ses charges courantes, à payer son téléphone, son électricité, pouvoir se nourrir sans que ça l'affecte. Ça grève le bien. Et si le créancier n'est pas forcément pressé, il peut attendre d'abord une réaction et des offres de paiement que vont générer quelques mises en demeure. Ou, si véritablement le débiteur est pris à la gorge, il va peut-être, de sa propre initiative, mettre le bien en vente et, à l'occasion de cette vente, le notaire sera avisé de

cette inscription et le créancier pourra participer à la vente. Il pourra indiquer au notaire le montant des sommes qui lui sont dues et percevoir les sommes sans que ça ait été trop agressif auparavant et antérieurement à l'encontre du débiteur.

- *Oui, il pourra organiser lui-même la purge amiable et finalement ce ne sera pas trop délicat. Mais alors au niveau de l'inscription, c'est quand même assez coûteux d'inscrire l'hypothèque.*

- Alors, ça coûte mais ça ne coûte pas tant que ça puisque l'assiette de calcul du coût de l'inscription d'hypothèque, c'est le montant de la créance. Donc si la créance est petite, vous n'allez pas avoir un coût d'hypothèque qui est trop important. Bien évidemment, si vous prenez une hypothèque pour 9 millions d'euros, ça va vous coûter cher. En émoluments que va pouvoir percevoir l'avocat ou l'huissier de justice, mais aussi en frais à payer au service de la publicité foncière et donc au trésor public. Mais quand vous prenez une inscription d'hypothèque pour 9 millions d'euros, vous allez la prendre, sauf si vous êtes un mauvais professionnel, sur un bien immobilier qui a au moins cette valeur et pour garantir une créance qui est à peu près de cette valeur. Voilà, puisque c'est l'objectif c'est la prise d'inscription en garantie de la créance. Il est bien évident que si vous prenez une hypothèque de de 9 millions pour garantir une créance de 9 millions d'euros sur une chambre de bonne à Paris, là, effectivement, il peut y avoir un côté abusif qui pourrait être valablement soutenu par le débiteur.

- *Dans les cas où vous pouviez prendre une hypothèque judiciaire plutôt qu'une hypothèque conservatoire sur le fondement d'un titre, vous avez toujours préféré l'hypothèque judiciaire du code?*

- Oui, oui, parce que, d'une part, elle est prise pour 10 ans immédiatement, ensuite elle coûte moins cher parce qu'on a qu'un seul acte à faire. Il n'y a pas de dénonciation obligatoire, donc il y a des frais d'huissier en moins, il n'y a pas de publicité confirmative non plus donc elle présente toutes ces garanties. Et, au surplus, ce que souvent les praticiens oublient c'est que, à partir du moment où le jugement condamne la partie perdante aux dépens, et que, à tout jugement de condamnation est attaché le principe de l'hypothèque judiciaire de l'article 2412, les frais que vont générer cette prise d'inscription sont garantis par les dépens. Ils rentrent dans les dépens, donc ils sont à la charge de la partie perdante, alors que dans la mesure conservatoire, si on étudie bien les textes, normalement la mesure conservatoire, ce n'est pas toujours à la charge du débiteur, c'est une partie qui peut être à la charge du créancier. Donc il y a aussi cet intérêt-là.

- *Dans les cas où prenez l'inscription d'hypothèque, donc avec votre jugement de condamnation, est ce que c'est de manière préalable à une saisie? Où est ce que c'est en complément d'une saisie? Pourquoi est-ce que d'abord faire une hypothèque plutôt qu'une mesure exécutoire?*

- Alors ça dépend, ça dépend du patrimoine du débiteur. Tout d'abord, ça va dépendre, même si ce n'est pas l'objectif principal, ça va dépendre du montant de la créance. Alors je vous ai dit tout à l'heure que même pour une petite créance, on pouvait prendre une inscription d'hypothèque, ça n'est pas interdit. Ça ne semble pas démesuré, sauf dans le cas de figure qu'on a

envisagé, mais quand même le plus souvent, si on a une créance de 6 ou 7000€ et qu'on a un titre exécutoire, la première chose qu'on va faire, c'est qu'on va faire des recherches hypothécaires pour savoir si notre débiteur est propriétaire d'un bien immobilier et on va attendre le retour de cette recherche hypothécaire. Et on va peut-être aussi inviter l'huissier de justice à faire une première recherche FiCoBa qui va nous permettre de savoir si le débiteur est titulaire d'un ou plusieurs comptes bancaires. Si la créance n'est pas trop élevée, on va commencer par une saisie-attribution sur le compte bancaire. Si celle-ci se révèle infructueuse à ce moment-là, on pourra proposer la prise l'inscription d'hypothèque. Si les recherches hypothécaires qu'on a sollicitées reviennent avec des informations positives qui nous permettent de vérifier que le débiteur est bien propriétaire d'un bien immobilier, à ce moment-là, on pourra dire au client qu'on peut prendre une hypothèque. Mais là encore, même la révélation du droit de propriété d'un bien va générer d'autres questions qui vont se poser. On va vérifier s'il est seul propriétaire du bien : est-ce que c'est un bien en indivision? Si c'est un bien en indivision, est-ce qu'on a un titre exécutoire à l'encontre de l'ensemble des indivisaires ou pas? Si on n'a un titre exécutoire que contre un seul des indivisaires, il faudra bien préciser à notre client que l'hypothèque ne pourra porter que sur les droits indivis de cette personne et que si, dans le cadre d'un éventuel partage qui serait en cours, le bien venait à l'autre indivisaire, l'hypothèque n'aura pas d'effets. Et il faudra également vérifier si on est en présence d'un bien commun. Est-ce que le titre exécutoire n'est prononcé qu'à l'encontre d'un des époux? Si c'est le cas, normalement la communauté en répond au fondement de l'article 2413, sauf les exceptions de 2415, si on est en présence d'une créance qui a pour source un prêt sans le consentement exprès de l'autre époux ou un engagement de caution sans le consentement exprès de l'autre époux, auquel cas, seuls les biens propres et les revenus sont engagés. Et donc, si vous, ne vérifiez pas ces éléments et que vous prenez votre hypothèque, vous allez vous heurter avec une difficulté, une demande de mainlevée de l'époux qui n'est pas concerné, qui visera 2412 et vous aurez l'air fin parce que vous n'aurez pas d'hypothèque. Donc il y a beaucoup de questions à se poser avant de prendre la garantie hypothécaire.

- *Ce que l'huissier m'avait expliqué, c'est que lorsqu'il y avait un bien immobilier qui décidait de prendre des mesures sur le bien immobilier, il commençait toujours par une hypothèque avant d'envisager une saisie immobilière. Vous confirmez que vous faites la même chose ?*

- Oui. Alors, en réalité, lorsqu'on étudie la saisie immobilière, on s'aperçoit que, il n'est nul besoin d'être créancier hypothécaire pour mettre en œuvre une procédure de saisie immobilière. Cependant, c'est quand même fortement conseillé. Quand on fait les recherches hypothécaires, outre les éléments sur la propriété du bien - est-ce qu'il y a une indivision? Est-ce qu'on est en présence d'un bien commun ou pas? - il faut également regarder si le bien est grevé ou pas d'une inscription d'hypothèque. Si vous vous apercevez que c'est un appartement de 3 pièces, vous estimez, d'après vos connaissances ou des avis de valeur qui ont pu être obtenus par votre client, que le bien vaut aux alentours de 300 000€ qu'il est déjà grevé d'hypothèques à hauteur de 600 ou 700 000€, il faut en aviser votre client. C'est à lui de décider s'il prendra le risque de prendre

l'hypothèque ou pas. Alors parfois, il peut le décider parce que, les états hypothécaires qui nous sont retournés ne donnent pas beaucoup d'information. Ils donnent l'information sur le montant de l'inscription d'hypothèque, la date d'effet de l'inscription, le bénéficiaire de l'inscription, éventuellement l'auteur, c'est à dire le notaire, l'auteur de l'acte ou l'avocat en vertu des ordonnances du JEX ou d'un jugement 2412. On ne sait pas exactement quel est le montant de la créance qui a ou n'a pas été remboursés à la date où on a l'état alors il est possible que le bien soit énormément grevé de plusieurs hypothèques, mais que ces hypothèques aient déjà une bonne dizaine d'années, qu'elles se périssent sous peu et on peut considérer que si les créanciers bénéficiant de ces inscriptions d'hypothèques anciennes n'ont pas à ce jour mis en œuvre une procédure de saisie immobilière, qui apparaîtrait par la publication d'un commandement de payer valant saisie sur le service de la place des foncières et sur l'état hypothécaire délivrée, c'est que probablement ces hypothèques, ces prêts ont été régulièrement remboursés et que les sommes qui restent réduisent sont peut-être moins importantes que le capital garanti par hypothèque. Donc c'est aussi une réflexion à avoir avec le client pour se dire, en l'état des éléments que nous révèle l'état, on va pouvoir prendre l'hypothèque avec un risque limité. Effectivement, pour répondre à votre question, c'est la raison pour laquelle, avant d'engager la saisie immobilière, même si ça n'est pas une condition de mise en œuvre de la saisie immobilière, on prend une garantie hypothécaire. Pas plus tard que ce matin, j'ai répondu à un client. Il avait obtenu une décision par un avocat. Cet avocat avait ensuite confié le soin à un huissier de justice de prendre une hypothèque. Et puis il fallait ensuite engager la saisie immobilière. Et là ils m'ont contacté. Première révélation que j'ai pu obtenir, c'est que l'hypothèque prise par l'huissier de justice apparemment ne l'a pas été comme il faut puisque l'hypothèque apparaît toujours sur l'état hypothécaire dans les dans les certificats pour dépôt provisoire. Comme le dépôt a été fait en octobre 2020 et que j'ai obtenu un état hypothécaire en mars 2021, s'il y avait eu un rejet ou un refus d'hypothèque, apparaîtrait comme inscrite, elle est toujours pas, donc j'ai préconisé d'en prendre une autre sur le fondement de l'article 2412, ce que j'ai fait. La nôtre apparaît aujourd'hui sur l'état hypothécaire. Donc on est garantis de ce côté-là et il m'a demandé d'engager la saisie immobilière. Malheureusement, l'avocat qui m'avait confié le soin d'obtenir un titre exécutoire, n'a obtenu qu'une ordonnance de référé. L'ordonnance de référé permet la mise en œuvre de la saisie immobilière mais ne permet pas la réquisition de la vente. Tout ça, il faut le préciser au client et lui demander s'il veut malgré tout qu'on engage la procédure de saisie immobilière en vertu de l'ordonnance de référé en lui précisant que ça peut être un moyen de pression, notamment si le débiteur saisi ignore les subtilités de la différence entre une ordonnance de référé qui n'a pas autorité de chose jugée au principal et une véritable décision au fond. A ce moment, il va peut-être payer spontanément en se disant qu'il y a commandement quand même délivré par huissier, qui, quelques jours plus tard, va taper à votre porte pour dresser un procès-verbal descriptif. Il va rentrer chez vous, il va prendre des photos, il va prendre des mesures. Souvent, il se dit là qu'il y a danger et il y a peut-être un paiement qui va intervenir. C'est l'idée et si ce n'est pas le cas, à l'audience de notation, je demanderai un sursis à statuer pour me permettre

d'obtenir une décision au fond de manière à permettre au juge de l'exécution de fixer la date d'adjudication, ce qu'il ne pourra pas faire si je n'ai qu'une ordonnance de référé. Parce que, et là aussi, la jurisprudence, on a pu se poser la question sur le fait qu'un créancier chirographaire, qui est titulaire d'un titre exécutoire, engage une procédure de saisie immobilière. Est-ce que par la publication du commandement ne lui donne pas un rang hypothécaire? La question s'est posée puisqu'on a l'énumération des créanciers qui peuvent participer à la procédure de distribution, parmi lesquels il y a le créancier poursuivant et comme le créancier poursuivant peut être chirographaire, il peut participer à la distribution. Mais à quel rang va-t-il intervenir ? A propos d'un litige qui était né à la suite d'une procédure collective, la Cour de cassation a répondu que la publication du commandement ne donnait pas un rang hypothécaire au créancier poursuivant donc il a peut-être le droit mais il est grand dernier.

- *L'hypothèque permet donc vraiment grâce au droit de préférence d'obtenir un rang pour la distribution, ce qui est essentiel. Ça confirme ce qu'on m'avait dit. Donc si je comprends bien, vous, dans votre pratique vous distinguez très nettement les cas où vous avez déjà un titre exécutoire judiciaire auquel cas vous allez prendre une hypothèque de l'article 2412 et les cas où vous n'avez pas encore de titre exécutoire. Et dans ces cas-là, vous prenez une hypothèque conservatoire.*

- Exactement.

- *Est-ce que vous avez l'impression que ou le sentiment que votre pratique elle est représentative de celle de vos confrères ou est ce qu'il y en a qui le font différemment?*

- Représentative en tout cas, par le biais des associations, celle que j'ai pu présider et à laquelle je participe l'AAPPE ou même Droit et Procédure qui est le pendant parisien de l'AAPPE. Pour les avocats praticiens de ces matières, c'est vraiment le processus régulièrement utilisé. On ne peut pas faire autrement et puis c'est aussi la volonté du client. On ne peut pas prendre le risque de mettre en œuvre une procédure longue qui va quand même coûter de l'argent au client - le coup de l'assignation, le coût de l'avocat, le coup de la signification du jugement. Parce qu'aujourd'hui, une procédure pour obtenir une décision au fond c'est long, quelle que soit la juridiction. Ça va peut-être un peu plus vite à Paris mais en règle générale, c'est quand même plusieurs mois. Si au final on a une décision et que le créancier n'a plus du tout de patrimoine parce que on n'a pas pris le soin dès le début de se garantir par la prise d'une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire, c'est dommage. Donc on ne peut pas faire autrement.

- *Est-ce qu'il vous arrive de prendre des hypothèques judiciaires conservatoires sur la base de titres qui ne sont pas judiciaires ?*

- Très rarement, mais ça arrive et le plus le plus généralement, c'est en vertu de de la copie exécutoire d'un acte notarié.

- *Vous ne rencontrez pas de difficultés pour la faire inscrire définitivement alors qu'il n'y a pas de jugement ?*

- Non, non, non. On a au sein des services de la publicité foncière, vraiment des techniciens et ils connaissent ça sur le bout des doigts. Ils savent parfaitement faire la distinction entre une hypothèque légale, entre une hypothèque de l'article 2412 et entre une hypothèque prise en vertu d'une ordonnance du JEX ou prise en vertu d'un titre exécutoire sur le fondement des dispositions du Code des procédures civiles d'exécution.

- *Est-ce qu'il vous arrive de prendre des hypothèques en vertu de de la copie exécutoire de l'acte notarié. Ça peut être enfin, l'hypothèse pourrait être même mon prise avec un titre exécutoire délivré par huissier de justice pour un chèque impayé ou même la procédure des petites créances peut être.*

- Oui, ou alors on peut aussi pratiquer une mesure conservatoire et donc une sûreté judiciaire sur la base de la simple délivrance d'un commandement de payer des loyers sans autorisation du juge. Mais moi, ça m'est arrivé plutôt sur la pratique de saisie conservatoire de comptes bancaires que sur l'hypothèque mais ce serait possible. Et ensuite pour confirmer l'inscription d'hypothèque. Là, ça ne sera pas le délai d'un mois, dans ce cas, il faut une décision de justice en résolution de bail. Vous allez demander la condamnation de votre futur ex-locataire, à être condamné à régler l'arriéré de loyer et une indemnité d'occupation pour le cas où il se maintient dans les lieux. Et là, dans cette hypothèse, vous allez avoir un titre et c'est ce titre qui servira à confirmer votre provisoire en définitive.

- *Dans les cas ou vous avez pris, euh, ces hypothèques de manière générale, est-ce que vous diriez que c'est des mesures qui sont efficaces? Est-ce que ça vous permet effectivement d'obtenir le recouvrement?*

- Oui. Alors oui, là aussi, avec toujours des nuances. Si on a pris une inscription d'hypothèque en rang utile, donc en ayant préalablement vérifié, dans la mesure du possible, qu'il n'y avait pas trop de créanciers qui avaient des inscriptions d'hypothèques qui vous priment, il y a également le problème des privilèges occultes où on n'est pas en mesure de savoir si, par exemple, il y a d'énormes charges de copropriété qui resteraient dues et qui pourrait appréhender par priorité, alors même qu'on est inscrit et que eux ne le sont pas puisque il faudra qu'il mette en œuvre le privilège. Et ça pourra aussi diminuer le gage nous revenir. En dehors de ces cas de figure, c'est effectivement une sûreté très efficace et la dernière petite nuance, c'est que ça dépend aussi du montant de la créance et de la valeur du bien. Si vous avez une créance très importante, par exemple 600 000€ et que vous avez un bien qui vaut 100 000€, déjà vous avez la possibilité de limiter votre garantie à hauteur du montant de la valeur vénale du bien et non de votre inscription. C'est dire si vous avez une créance de 300 000€, vous n'êtes pas obligé de prendre une inscription pour 300 000€ si vous savez que le bien vaut 100 000€, vous pouvez limiter votre inscription à son montant, ce qui vous coûtera moins cher puisque l'assiette de calcul des frais, c'est le montant de la prise de garantie. Et après, si le bien est vendu, soit de gré à gré soit aux enchères, il va se vendre le prix qu'il vaut, donc il va se vendre 100 000€. Vous resterez toujours créancier de la différence. Donc l'hypothèque sera efficace pour appréhender à hauteur de la valeur vénale du bien mais pas au-delà.

- *Quel est votre sentiment sur le lien qui existe entre le hypothèque de l'article 2412 et l'hypothèque conservatoire, est ce que vous avez le sentiment qu'elles sont complémentaires ou qu'elles se recouvrent parce qu'on voit bien qu'il y a deux institutions assez proches qui n'existent pas dans le même code, qui font des apparitions historique diverses. Quel est, selon vous, le lien qui les unit?*

- En fait le lien qui les unit, c'est toujours le même, c'est une sûreté. Que ce soit une hypothèque issue du Code des procédures civiles d'exécution ou l'hypothèque judiciaire de l'article 1412, ça reste une sûreté, donc elle est destinée à permettre d'avoir une garantie sur un bien immeuble du débiteur pour pouvoir avoir des chances d'être réglé. Ça, c'est le lien qui les unit. Après elles sont, je crois vous l'avoir un peu déjà dit à travers mes propos, elles sont complémentaires. Je trouve que, l'hypothèque de l'article 2412, c'est une hypothèque historique. Elle est attachée au jugement depuis toujours et je crois que les praticiens, les juristes, les avocats, les huissiers sont attachés à ça. C'est important qu'une décision de justice prononcée par la justice française au nom de la République française puisse permettre cette prise de garantie. Qui est une garantie importante, c'est le droit de propriété sur un immeuble. Voilà, il y a une certaine solennité attachée à cette hypothèque de l'article 2412 qui la rend peut-être un peu plus grande que l'hypothèque dit conservatoire. Mais elles ne sont pas incompatibles. L'hypothèque conservatoire du Code des procédures civiles d'exécution a aussi un ancêtre, c'est l'hypothèque conservatoire de l'ancien article 54 de l'ancien Code de procédure civile. On pouvait aussi prendre des mesures conservatoires à cette époque, des hypothèques judiciaires conservatoires. J'en ai pris au tout début parce que moi j'ai commencé en 91 et la réforme est entrée en vigueur en 92, donc quand même certain temps je j'ai pu prendre des hypothèques de l'article 54. Elles étaient tout à fait compatibles puisque quand vous n'avez pas de titre exécutoire, il est opportun de pouvoir avoir une garantie pour que ultérieurement, quelques mois plus tard, quelques années plus tard, quand vous allez avoir votre titre exécutoire, vous puissiez efficacement, soit avoir un moyen de pression sur le débiteur pour l'inviter à payer avec cette inscription d'hypothèque, soit pour permettre le paiement et la réalisation de de cette garantie. Et surtout, vous avez, là l'intérêt de la prénotation, c'est-à-dire que l'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire, lorsqu'elle est prise, va prendre rang à la date ou elle est prise. Et quand vous allez prendre votre inscription d'hypothèque judiciaire définitive, elle aura quand même pris rang là aussi. Petite particularité que souvent, les juges de l'exécution oublient. Moi, systématiquement, j'ai essayé de faire la demande à ça ne marche jamais. Quand vous prenez une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire en vertu d'une autorisation du juge, vous allez solliciter le montant pour lequel vous souhaitez avoir la garantie et ce montant, il va être grosso modo le montant de la créance que vous estimez être due par votre débiteur à la date ou vous engagez l'action. Si je suis caution, que j'ai payé 250 000€, je vais poursuivre le débiteur principal parce que j'ai payé à sa place. Et donc le juge de l'exécution va m'octroyer une autorisation d'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire à hauteur de 250 000€. Moi, souvent, je demande 280 000€, c'est toujours refusé. Pourquoi? Parce que si je prends 250 000€, je vais avoir ma garantie aujourd'hui 24 mars 2021 pour 250 000€, quand je vais avoir mon jugement de condamnation ou

mon arrêt d'appel, en 2024, ma créance aura fait des petits. Il y aura eu des intérêts moratoires, majorés le cas échéant et elle sera autour de 280 000€. Donc certes, je vais confirmer mon inscription d'hypothèque judiciaire provisoire en définitive en 2024 ou en 2025 pour 280 000€, mais je serai garanti au 24 mars 2021 à 250 000€. Et si entre les 2, il y a des créanciers qui se sont inscrits pour des créances importantes, mes 30 000€ de différence, je n'en verrai pas la couleur. Mais ça, il n'y a rien à faire, ils ne veulent pas l'entendre, alors j'ai beau leur dire qu'ils ne prennent aucun risque puisque s'ils m'autorisent à 280 000€, si au final je n'ai pas une condamnation à 280 mais à 220, je ne pourrai confirmer que pour 220 000€. Mais c'est vrai qu'il y a une jurisprudence là-dessus qui considère que pour la part restante, une hypothèque de l'article 2412 convient. Et puis vous avez aussi des délais qui vous sont impartis pour prendre une inscription d'hypothèque judiciaire pour confirmer la publicité provisoire. En définitive, si vous ne respectez pas ces délais, vous avez une caducité de la provisoire. Alors, est ce qu'on repasse en 2412 automatiquement ou pas? Là aussi, y'a des débats. Mais la jurisprudence a tendance à le considérer, mais c'est un peu artificiel comme requalification, parce qu'en fait, ce n'est pas ce qui a été demandé, mais c'est comme ça qu'on requalifie pour sauver l'inscription. Théoriquement, il faudrait que le service de la publicité foncière fasse un refus. Parce que quand on confirme une provisoire, on vise les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution, pas celles du Code civil, donc le fondement n'est pas le même. Même si elles se ressemblent, l'inscription définitive et la 2412 ne sont pas la même hypothèque.

- *Est-ce que vous n'avez pas le sentiment qu'il en une qui fait concurrence à l'autre? Parce qu'effectivement dans tous les cas, on pourra prendre une hypothèque conservatoire?*

- Oui, mais quelque part, moi, je serais débiteur condamné par une décision de justice à laquelle est attachée l'article 2412, si l'huissier de justice venait à utiliser le mécanisme de l'hypothèque conservatoire, alors qu'il pourrait utiliser 2412, je saisirais le JEX pour le faire condamner à supporter les frais supplémentaires que génère la voie qu'il a utilisée alors qu'il y avait plus simple et moins coûteux. C'est très malin, non? Je pense que personne n'y a pensé jusqu'à présent.

- *Peut être le mot de la fin une opinion plus personnelle sur l'hypothèque des jugements ?*

- Franchement, pour moi c'est la reine parce qu'elle est vraiment attachée au jugement et ça donne une importance considérable à la décision de justice. Faire disparaître cette hypothèque attachée au jugement, ça ferait perdre une certaine qualité aussi au jugement. Peut-être que c'est mon côté un peu conservateur, je n'ai pas le sentiment de l'être mais voilà, je suis parfois attaché à des notions juridiques anciennes qui ont traversé les siècles, qui ont prouvé leur efficacité et qui permettent aussi à la justice - il y a d'autres signes, mais celui-là en fait partie - d'avoir une certaine prestance, une certaine solennité. Quand on apprend le droit, quand on commence la procédure, quand on commence les voies d'exécution, apprendre qu'une décision de justice qui condamne le débiteur à payer une somme d'argent permet la prise d'une inscription d'hypothèque sur le

fondement de l'article 2412, ça donne un surplus de de qualité à la décision de justice. Et en même temps, ça permet aussi parfois de diminuer les frais. On l'a évoqué, parce que si véritablement cette hypothèque judiciaire attachée au jugement était du jour au lendemain abandonnée, ça signifierait que quand vous avez bataillé pendant des années pour obtenir une décision de justice, si vous n'avez pas pris le soin de commencer par une mesure conservatoire, donc de passer par l'autorisation du juge, sauf les cas où il y a des exceptions, vous allez devoir passer par une publicité définitive. Ou alors utiliser carrément faire ce que font les huissiers - à mon sens à tort - c'est-à-dire prendre une publicité provisoire, la dénoncer puis faire une publicité définitive - s'il n'y a pas de contestation- et la dénoncer. Ça va retarder dans le temps la prise d'inscription et ça va générer des frais supplémentaires alors que lorsqu'elle est attachée à la décision, même si vous n'avez pas pris le soin de vous garantir auparavant et que finalement le débiteur a conservé son bien et qu'il n'a pas été grevé d'hypothèque, vous prenez tout de suite par le simple dépôt d'un bordereau votre inscription d'hypothèque judiciaire sur le fondement de l'article 2412, il n'y a pas d'autres actes à faire. L'hypothèque est prise pour 10 ans, il n'y a pas ce va-et-vient avec la publicité provisoire, la publicité définitive la dénonciation. Peut-être la seule critique qu'on pourrait faire à cette inscription d'hypothèque - mais je dirais, indirectement parce que, à partir du moment où vous obtenez un titre exécutoire sous la forme d'une décision de justice, vous avez une prescription qui est spécifique à la décision de justice de 10 ans - c'est que la prise d'inscription d'hypothèque judiciaire n'est pas interruptive de la prescription alors que pour l'hypothèque judiciaire provisoire, la dénonciation a un effet interruptif puisqu'on porte à la connaissance du débiteur la volonté de garantir sa créance. C'est peut être le seul reproche, mais il est vraiment très limité puisque on a la prescription décennale attachée à la décision de justice qui fait que vous savez qu'avec votre jugement, vous avez une prescription qui est de dix ans. Vous prenez votre inscription de d'hypothèque judiciaire, même si la prise d'inscription en elle-même n'est pas interruptive, vous avez quand même 10 ans pour pouvoir éventuellement recouvrer la créance. Je pense qu'elles se complètent. Les deux inscriptions se complètent et elles ont toujours existé puisque l'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire existait dans l'ancien Code de procédure civile, c'était les articles 48 et 50 à 54 du Code de procédure civile ancien.