

L'hypothèque à la lumière de l'ordonnance du 23 mars 2006 et son éventuelle influence sur la baisse du contentieux de l'impayé

553. Considérée comme la reine des sûretés, l'hypothèque fut pendant longtemps la garantie naturelle des crédits immobiliers, permettant au créancier ayant procédé à l'inscription hypothécaire de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve du moment que la défaillance de son débiteur est constatée, pour être payé en priorité sur le prix de la vente.

Le législateur n'a pas omis d'apporter des modifications touchant le fond ainsi que la clarification formelle de l'hypothèque à travers la réforme de 2006, après que cette sûreté a perdu du terrain face à d'autres sûretés plus efficaces et moins onéreuses, tel que le cautionnement, d'autant plus que son système manquait de célérité, et ne répondait plus aux exigences du monde des affaires.

C'est ainsi, que la réforme du 23 mars 2006 a voulu remédier en profondeur aux problèmes de l'hypothèque⁷⁶⁴, mettant en place deux produits parfaitement adaptables aux opérations de crédit et qui étendent ainsi le champ de l'hypothèque⁷⁶⁵, et en simplifiant les modes de réalisation de celle-ci par la mise en place d'autres modes nouveaux, pouvant insuffler à l'hypothèque un dynamisme incontestable.

Il est important de s'intéresser aux conditions de constitution de l'hypothèque (p.1), pour savoir si ces conditions ont été modifiées par la réforme, avant de mettre la lumière sur les modes de réalisation instaurés par la réforme, et qui ont vraisemblablement contribué à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales (p. 2).

Paragraphe 1 : Les conditions de constitution de l'hypothèque

554. L'hypothèque est une sûreté réelle sans dépossession, elle confère au créancier à l'instar de toutes les autres sûretés réelles un droit réel accessoire, affecté à l'acquittement d'une obligation, et son existence dépend obligatoirement de la créance qu'elle garantit, il convient de souligner que la réforme n'a pas atteint le caractère indivisible de l'hypothèque

⁷⁶⁴-F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *degrénois*, 2007, p.1327

⁷⁶⁵-c'est l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire qui sont d'origines anglo-saxonne.

qui subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, et sur chaque portion de ces immeubles⁷⁶⁶.

Par ailleurs, la formation d'une hypothèque conventionnelle⁷⁶⁷ est toujours soumise à des conditions de fond (A), et de forme (B), qui doivent être scrupuleusement respectées.

A- Les conditions de fond

555. Les conditions de fond d'une hypothèque conventionnelle se rapportent à l'assiette de l'hypothèque (1), au constituant (2), et à la créance garantie (3).

1- L'assiette de l'hypothèque

556. Au terme de l'article 2397 du code civil⁷⁶⁸, sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

L'hypothèque porte sur un droit et non pas sur la chose objet de l'hypothèque, donc elle n'a pas pour assiette un immeuble, mais le droit de propriété qui porte sur l'immeuble.

Ainsi, pour qu'un bien soit hypothéqué, un droit doit être existant et disponible lors de la constitution de la sûreté, en outre, le bien grevé doit être dans le commerce, c'est-à-dire, susceptible d'être vendu ou aliéné⁷⁶⁹. Le but étant de permettre aux créanciers de pouvoir vendre le bien pour l'exercice de son droit de préférence, subséquemment, les hypothèques sur les biens du domaine public sont interdites⁷⁷⁰.

Si les immeubles par nature sont seuls qui peuvent faire l'objet d'une hypothèque, celle-ci peut porter sur des biens qui deviennent des immeubles par destination en se réunissant à l'immeuble du moment que l'hypothèque a été constituée⁷⁷¹. Cette extension peut atteindre également tous les accessoires juridiques de l'immeuble, telle que la servitude par exemple, ou d'autres accessoires matériels.

⁷⁶⁶-article 2393 du code civil.

⁷⁶⁷-le législateur a été très clair lors de la classification des hypothèques, (légales, judiciaires et conventionnelle), en les soumettant toutes à des dispositions générales.

⁷⁶⁸-c'est l'ancien article 2118-2) du code civil.

⁷⁶⁹-Cass. Civ. 3^{ème} ch., 29 juin 1983,n°82-10.038, Bull. Civ. III, n°152.

⁷⁷⁰-sauf en application de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

⁷⁷¹-article 2397 du code civil.

557. Par ailleurs, la réforme des sûretés a maintenu le principe selon lequel l'hypothèque ne peut être consentie que pour les biens présents⁷⁷², c'est l'application du principe de spécialité sur les biens objet de garantie⁷⁷³. De la sorte, le législateur continue à interdire en principe l'hypothèque des biens à venir⁷⁷⁴, ou dont le constituant n'a pas encore de droits sur le bien, ni actuel, ni conditionnel. La violation de cette règle est toutefois sanctionnée par la nullité absolue de l'hypothèque⁷⁷⁵.

2- Le constituant

558. En premier lieu, le constituant ou le tiers⁷⁷⁶ doit avoir la qualité du propriétaire du bien qu'il envisage hypothéquer, cette condition emporte deux importantes conséquences.

Le constituant de l'hypothèque doit être en conformité avec l'article 2413 du code civil⁷⁷⁷, faute de quoi son hypothèque est frappée par la nullité absolue. La sanction est la même qui frappe l'interdiction d'hypothéquer des biens à venir, cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée, particulièrement le propriétaire effectif du bien.

Cependant, cette prohibition pourrait connaître des atténuations si la théorie d'apparence est démontrée, celle-ci a été admise par un fameux arrêt de la cour de cassation⁷⁷⁸, pour une hypothèque constituée par une personne qui passait par être le véritable héritier aux yeux des tiers, à un créancier dont la bonne foi est certaine, et qui avait commis une erreur commune et invincible⁷⁷⁹, autrement dit, toute erreur que toute autre personne aurait pu commettre dans cette occurrence.

⁷⁷²-article 2419 du code civil.

⁷⁷³-F. MARTIN, « Le principe de spécialité de l'hypothèque, application et évolution », *Dr. et patri.*, novembre 2005, p.59 et 60.

⁷⁷⁴-ce principe souffre trois exceptions prévues par l'article 2420 du code civil, autorisant que l'hypothèque soit consentie sur des immeubles à venir.

⁷⁷⁵-une décision de la cour suprême a estimé que l'hypothèque doit être annulée même lorsque le constituant devient propriétaire par la suite. Cass. Civ., 29 juin 1983, (précité note 648).

⁷⁷⁶-comme en matière de gage, c'est une sûreté réelle pour autrui.

⁷⁷⁷-il prévoit : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ».

⁷⁷⁸-Cass. Civ., 26 janvier 1897, juritext000006952537, disponible sur : <http://www.juricaf.org/arrêt/FRANCE-COURDECASSATION-18970126-JURITEXT000006952537> .

⁷⁷⁹-un autre arrêt assez récent conforte cette thèse, et évoque l'erreur légitime du créancier, Cass. Civ.3^{ème} ch., 24 septembre 2004, n°02-13.030, Bull. 2003 III, n° 162, p.144 ; L. AYNES, « Les dangers de l'hypothèque sur un immeuble provenant d'une donation entre époux », *D.*, octobre 2004, p. 2709 ; *contra*. La cour a refusé l'application de cette théorie dans l'acquisition d'un immeuble hypothéqué par un associé fondateur pour le compte d'une société en formation, Cass. Civ. 3^{ème} ch, 9 juillet 2003, n°01-10.863, Bull. 2003, III, n°159, p.140 ; S. PORCHRON, « Portée de la reprise des engagements des fondateurs », *AJDI.*, décembre 2003, p.873.

559. La deuxième conséquence de l'hypothèque constituée sur un bien indivis, une question qui suscite des difficultés quant à la mise en œuvre⁷⁸⁰. En effet, l'article 2414 du code civil a pu répondre à cette question à partir des solutions jurisprudentielles dégagées antérieurement,

Le texte prévoit que l'hypothèque qui porte sur un bien indivis conserve son efficacité du moment qu'elle est consentie par tous les indivisaires pour garantir la créance de l'un d'entre eux.

Par ailleurs, le créancier ne peut pas saisir le bien avant le partage si l'hypothèque portant sur un bien indivis a été consentie par un seul indivisaire sans avoir eu l'accord des autres, en l'occurrence, si l'immeuble a été attribué dans le cadre du partage à l'indivisaire constituant, l'hypothèque est rétroactivement validée, en revanche, si l'immeuble a été attribué à un autre indivisaire, l'hypothèque est réputée comme une hypothèque de la chose d'autrui.

Une dernière distinction du texte, celle de l'hypothèque portant sur un bien indivis consentie par un indivisaire sur sa quote-part, dans cette hypothèse, l'efficacité de l'hypothèque dépend de l'attribution du bien lors du partage de l'immeuble à l'indivisaire ayant consentie l'hypothèque, car elle s'étend sur la totalité de l'immeuble alloti.

560. Outre la qualité du propriétaire que le constituant doit satisfaire, celui-ci doit jouir d'une capacité d'aliéner l'immeuble, et d'un pouvoir d'hypothéquer.

En effet, cette règle vise à limiter la possibilité pour les incapables juridiquement de consentir des hypothèques, elle a également pour but de protéger le constituant, étant donné que l'hypothèque est un acte de disposition important qui peut produire la vente du bien en cas de défaillance du débiteur, la violation de cette règle est sanctionnée d'une nullité relative. Cependant, le créancier peut se prévaloir de la théorie de l'apparence pour écarter la nullité.

Quant au pouvoir du constituant, celui-ci doit disposer des pouvoirs nécessaires pour la constitution d'une hypothèque, quand il s'agit d'une hypothèque des biens des incapables majeurs ou mineurs, celle-ci doit respecter les principes édictés par le code civil⁷⁸¹.

3- La créance garantie

561. L'ordonnance réformant le droit des sûretés a maintenu le principe de spécialité en matière d'hypothèque⁷⁸², celle-ci doit porter sur un bien déterminé et garantir une créance

⁷⁸⁰-E. FIGEROU ET G. LAMBERT, « Hypothèque et indivision », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2003, p.8.

⁷⁸¹ article 2415 du code civil.

déterminée, ce principe a une double vocation, la constitution et l'inscription hypothécaire, et la limitation de l'hypothèque consentie pour protéger le constituant.

En effet, les biens doivent être affectés individuellement à la garantie, l'article 2418 précise que la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie doivent être spécialement désignées.

Toutefois, ce principe a évolué avec la réforme de sûreté qui a permis à l'hypothèque de garantir des créances futures, à condition qu'elles soient déterminables⁷⁸³, sans pour autant se désintéresser de la protection du constituant qui demeure interdit de consentir une hypothèque susceptible de garantir l'ensemble de ses créances ou celles du débiteur principal à l'égard de son créancier. Cette protection s'étend lors d'une hypothèque consentie pour des créances futures ayant une durée indéterminée, dès lors, le constituant peut la résilier à tout moment sous réserve de respecter un délai de préavis de 3 mois⁷⁸⁴, en l'occurrence, l'hypothèque demeure uniquement pour la garantie des créances nées antérieurement à la résiliation.

562. L'un des apports majeurs de la réforme des sûretés était l'affectation à la garantie de créances que celles mentionnées par l'acte constitutif, appelée l'hypothèque rechargeable⁷⁸⁵, celle-ci a fait de l'hypothèque et de l'immeuble un véritable support de crédit, elle déroge toutefois au caractère accessoire de la créance.

Une autre innovation majeure de la réforme, le prêt viager hypothécaire, lorsque la créance garantie prend la forme d'un prêt remboursable au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation du bien hypothéqué.

B- Les conditions de forme

563. L'hypothèque est un acte solennel par excellence, le nouvel article 2416 du code civil souligne que l'hypothèque ne peut être consentie que par un acte notarié. C'est une exigence de forme qui constitue une condition de validité de l'hypothèque, dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue de celle-ci.

⁷⁸²-F.MARTIN, « le principe de spécialité de l'hypothèque, application et évolution », *Dr. et patr.*, novembre 2005, p.58.

⁷⁸³-article 2421 du code civil.

⁷⁸⁴-article 2423 du code civil.

⁷⁸⁵-A. GOURIO, « l'hypothèque rechargeable », *RD banc. Fin.*, septembre-octobre 2006 ; PH.THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.*, mai 2007, p.42.

L'intérêt de l'authenticité de l'acte est de protéger le constituant qui doit être parfaitement informé de la portée de l'acte qu'il envisage de souscrire, sans négliger l'intérêt du créancier⁷⁸⁶. Par ailleurs, l'acte constitutif de l'hypothèque doit mentionner à peine de nullité, la créance garantie et son montant, la cause de l'hypothèque doit apparaître sur l'acte notarié, qui doit en outre préciser spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie⁷⁸⁷, enfin l'acte peut mentionner si l'hypothèque est rechargeable ou non, les parties peuvent toutefois signer une convention de rechargement de l'hypothèque postérieurement à l'acte constitutif.

Enfin pour que l'hypothèque soit opposable aux tiers, celle-ci doit être publiée à tout moment⁷⁸⁸, par la voie d'une inscription à la conservation des hypothèques⁷⁸⁹ ou se situe l'immeuble grevé.

564. Toutefois, cette inscription n'a aucun effet sur la validité de l'hypothèque, mais elle rend l'hypothèque opposable aux tiers en les informant de la situation juridique de l'immeuble, elle garantit en outre la sécurité juridique requise en matière des immeubles⁷⁹⁰.

Partant de cette analyse descriptive de l'hypothèque, il appert que les apports de la réforme des sûretés étaient minimes vis-à-vis des conditions de constitution de l'hypothèque, cependant, le législateur a été plus occupé par le renforcement de l'efficacité de l'hypothèque, par la mise en place de nouveaux modes de réalisation de nature à définir de nouveau la portée de cette sûreté.

Paragraphe 2 : Les nouveaux modes de la réalisation de l'hypothèque et leur contribution éventuelle à la baisse du contentieux de l'impayé

565. Les conditions de constitution et de mise en œuvre d'une hypothèque constituaient un véritable frein devant l'expansion de cette sûreté, les lourdeurs et lenteurs de son système semblait affecter son efficacité⁷⁹¹.

⁷⁸⁶-J-P. SENECHAL, « L'acte notarié, une quasi-sûreté », *Défrénois*, 1993, n°35660, p.1313.

⁷⁸⁷-article 2418 du code civil.

⁷⁸⁸-Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2002, n°00-22.433, Bull. Civ. III, n°167

⁷⁸⁹-la publicité foncière est régie en France par le décret du 4 janvier 1955.

⁷⁹⁰-S. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, Traité de droit civil, (sous la direction de J. Ghestin), LGDJ, 2000 ; L. AYNES ET P. CROCCO, *Les sûretés, La publicité foncière*, éd. 6, Defrénois, octobre 2012.

⁷⁹¹-M. BOURASSIN ; V. BREMOND ET M-N. JOBRARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey université. 2010, pp.537.

En effet, le créancier hypothécaire impayé à l'échéance ne pouvait avant la réforme qu'engager une procédure de saisie immobilière afin de vendre l'immeuble grevé aux enchères et exercer son droit de préférence sur le prix de vente, une procédure lente et contraignante qui ne joue guère en faveur du créancier, et notamment du contentieux de l'impayé.

A l'instar du développement précédent, relatifs à la contribution des modes de réalisation instaurés par la nouvelle réforme de sûretés à la baisse du contentieux de l'impayé, nous nous arrêterons sur la réalisation de l'hypothèque par le pacte comissoire (A), et l'attribution judiciaire (B), afin de savoir si ces deux modes ont réellement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales.

A- Le pacte comissoire et son éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé

566. Le pacte comissoire en matière d'hypothèque présente les mêmes mécanismes que celui du gage ou du nantissement malgré les critiques que suscite son application en la matière⁷⁹², mais sa mise en place constitue une ressuscitation d'une sûreté dont l'efficacité a tant été remise en question.

En effet, l'article 2459 du code civil dispose que : « Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur ». De ce fait le créancier hypothécaire peut faire justice lui-même et devenir propriétaire du bien sans avoir recours à une autorisation judiciaire.

Le législateur voulait diminuer le rôle du juge dans la mise en œuvre de l'hypothèque, un changement de vocation qui joue généralement en faveur du créancier en dépit des désavantages que ce mode peut présenter en matière d'hypothèque, étant donné que le créancier peut devenir d'un bien dont il n'a pas besoin, ou sa vente peut s'avérer compliquée, mais en matière immobilière, les difficultés de vente ne sont que rarement évoquées⁷⁹³.

567. Désormais, les créanciers n'ont plus besoin de recourir à la voie judiciaire pour réaliser l'hypothèque et de se désintéresser de leurs créances, il suffit d'insérer dans l'acte constitutif ou postérieurement à sa constitution un pacte comissoire qui leur permet de

⁷⁹²-J.-M. HOCQUARD., « Le pacte comissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée », Dr. et patr. 2005, n° 142, p. 80.

⁷⁹³-B. KOHL, (sous la direction de), *La vente immobilière - Aspects civils, administratifs et fiscaux*, Anthemis, janvier 2011 ; *vente immobilière*, Francis Lefebvre, Mémento pratique Francis Lefebvre, juin 2010.

s'acquitter en cas de défaillance du débiteur. Cette option offerte par le législateur a fait ses preuves depuis son entrée en vigueur, et les créanciers ne cessent d'y recourir⁷⁹⁴.

Cependant, si le futur de ce mode de réalisation s'annonce prometteur, la corrélation entre ce mode et la baisse du contentieux de l'impayé n'est pas facilement démontrable, certes, ce mode de réalisation a un caractère extra-judiciaire, pour autant, la saisie immobilière ne relève pas du contentieux de l'impayé, et elle ne figure pas dans les affaires qui visent le contentieux de l'impayé recensées par le ministère de la justice.

En effet, le caractère extra-judiciaire de ce mode de réalisation a sûrement mis à l'écart les juges de leur intervention en matière de saisie immobilière, entraînant de la sorte un désencombrement des tribunaux de ce genre d'affaires, sans pour autant qu'il ait eu une incidence directe sur la diminution du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales en France.

Nonobstant, on peut s'appuyer sur la même approche adoptée lors de nos précédents développements⁷⁹⁵, en mettant l'accent sur les éventuelles difficultés pouvant naître à l'issue d'une saisie immobilière, qui peuvent remettre en cause cette procédure, particulièrement les droits des parties⁷⁹⁶.

568. En effet, la procédure de saisie immobilière est une procédure assez complexe dans sa nature, du fait qu'elle est soumise à diverses démarches et formalités qu'il faut accomplir méticuleusement, et qui revêtent un caractère d'ordre public, toutefois, la négligence ou l'omission de ces démarches, ou encore une contestation du débiteur portant sur le fond du droit peuvent vite compromettre la réalisation de l'hypothèque, et donner une autre tournure à la procédure.

Ainsi, le commandement de payer adressé au débiteur et valant saisie à celui-ci, peut entraîner la nullité de la procédure si une mention prévue par l'article R321-3 du code des procédures civiles d'exécution⁷⁹⁷ n'y figure pas. De même pour l'omission de mentionner l'une des mentions prévues par l'article R322-5 du même code, relatives l'assignation du débiteur, cette nullité est également valable lors de l'omission d'indiquer les mentions relatives au cahier des conditions de vente prévues par l'article R. 322-10. Ces vices de forme pouvant entraîner la nullité doivent causer un préjudice à celui qui les invoque, étant

⁷⁹⁴ - S. PERUS, « Des aspects pratiques du pacte comissoire », *RLDC.*, 2008, n°50, p.30.

⁷⁹⁵ -*supra* 545 et s.

⁷⁹⁶ -A.LEBORGNE, « La procédure de saisie immobilière est-elle respectueuse des droits fondamentaux des parties ? », in *La justice civile au vingt-et-unième siècle*, Mélanges P.Julien, Aix-en-Provence, *Edilaix*, 2003, p. 219 à 229.

⁷⁹⁷ - Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution.

considéré que ces formalités sont d'ordre public aux termes de l'article 114 du code de procédure civile.

En outre, ces actes peuvent être attaqués pour des irrégularités de fond, qui affectent la validité de ces actes en vertu de l'article 117 du code de procédure civile, et qui sont :

Le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, et le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

De surcroît, l'article R-311-11 du code des procédures civiles d'exécution prévoit que les délais prévus par les articles R. 321-1, R. 321-6, R. 322-6, R. 322-10 et R. 322-31 sont prescrits à peine de caducité du commandement de payer valant saisie, en l'occurrence, toute partie intéressée peut demander au juge de déclarer la caducité de l'acte, à moins que le créancier poursuivant puisse justifier d'un motif légitime⁷⁹⁸.

569. Il faut souligner qu'outre les vérifications légales effectuées par le juge de l'exécution, le débiteur peut soulever lors de l'audience d'orientation des contestations portant sur le fond, quand par exemple le débiteur soulève la violation du principe de proportionnalité prévu par l'article L.311-5 du code des procédures civiles d'exécution⁷⁹⁹, ou lorsque celui-ci remet en question sa qualité du propriétaire de l'immeuble, ou les éléments de preuve produits au juge, encore lorsque le débiteur conteste le caractère liquide et exigible de la créance⁸⁰⁰.

En l'espèce, le juge est tenu lors de l'audience d'orientation de statuer sur ces questions, les questions portant sur le fond du droit n'arrêtent pas le cours de la procédure.

Toutefois, le juge demeure incompétent lorsque ces demandes portent à titre principal sur le fondement du droit invoqué pour pratiquer une mesure d'exécution.

Le juge ici, n'a pas à statuer sur le caractère exécutoire, étant donné que le créancier dispose d'une sûreté constituée par un acte notarié, et n'a pas besoin d'avoir un titre exécutoire pour procéder à la saisie immobilière, dans le cas contraire, l'annulation d'une décision de justice qui a servi de base aux poursuites de la procédure de saisie doit nécessairement avoir pour conséquence la nullité de toute la procédure de saisie⁸⁰¹.

570. Néanmoins, le débiteur peut se voir refuser la vente forcée du bien immeuble, lorsque le débiteur a réglé le principal de la créance, et que le créancier n'agit que pour des frais qui

⁷⁹⁸-Cass. Civ. 2^{ème} ch., 10 juin 2010, n°09-66.395.

⁷⁹⁹-A.LEBORGNE, « Saisie immobilière », *J. Cl. voies d'exécution*, fasc.1120, juin 2012.

⁸⁰⁰-CA Chambéry, 2^{ème} ch. civ., 20 mai 2008, JurisData n° 2008-374996.

⁸⁰¹-Cass. Civ. 2^{ème} ch., 3 mai 2001, n°98-18.162, Bull. 2001, II, n°91, p.61.

ne sont pas certainement réguliers⁸⁰², en l'occurrence, la créance, cause de la saisie immobilière n'est pas certaine, et la condition de liquidité fait défaut⁸⁰³. De ce fait, le créancier peut être amené à prendre des mesures conservatoires, ou conduit à faire une action en paiement devant la juridiction compétente.

Une autre situation hypothétique ou la saisie immobilière peut se compromettre, lorsque le débiteur personne physique fait valoir son droit de bénéfice d'une procédure de surendettement, s'il remplit à l'évidence les conditions requises par la loi, en l'occurrence, le débiteur peut former une demande qui vise à suspendre la procédure de saisie immobilière, conformément aux conditions prévues par l'article R331-11-1 du code de la consommation.

Dès lors, la liberté de contrainte du créancier est limitée par les effets de la procédure de surendettement, c'est le sort de la procédure qui déterminera le moment où le créancier reprendra ses poursuites.

Il convient de rappeler que le créancier peut être concurrencé par d'autres créanciers si la procédure de traitement de surendettement s'oriente vers une procédure de rétablissement personnel⁸⁰⁴.

571. Toutefois, d'autres difficultés de nature à compromettre le désintéressement du créancier et le conduire vers une action en paiement contre son débiteur peuvent surgir, en effet, le créancier peut se retrouver lors de la saisie immobilière devant des créanciers mieux placés que lui, et que le prix de vente ne désintéresse que les premiers créanciers inscrits, dans cette hypothèse, le créancier hypothécaire devient un créancier chirographaire, et ne pourra valoir ses droits sur la créance qu'en engageant une action en paiement devant le tribunal compétent, une action qui vise l'obtention d'un titre exécutoire, et qui rentre évidemment dans le champ du contentieux de l'impayé.

Au demeurant, le créancier peut être le premier inscrit, mais la vente du bien immeuble par la saisie ne lui permet pas de se désintéresser totalement de sa créance, dans cette hypothèse, seule une action en paiement lui permettra de contraindre son débiteur de s'acquitter de la différence restante.

Par voie de conséquence, on peut remarquer, que la saisie immobilière à l'instar de la réalisation du gage peut être affectée par des difficultés inhérentes à la procédure ou au bien⁸⁰⁵, de nature à contraindre le créancier poursuivant de se retourner vers la justice

⁸⁰²-Cass. Civ., 2^{ème} ch., 17 mai 1993, n°91-20.673, Bull. 1993, II, n°177, p.95 ; P. SIMLER, « La vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre authentique et exécutoire, pour une dette certaine et liquide. », *RDI.*, mars 1994, p.89.

⁸⁰³-P. DELEBECQUE ET P. SIMLER, *R.D.I.*, 15 mars 1994 p.89.

⁸⁰⁴-*supra* 186 et s.

⁸⁰⁵-*supra* 545 et s.

étatique pour engager une action en paiement contre son débiteur, ces actions relèveront du contentieux de l'impayé.

572. A fortiori, le recours important des créanciers à la réalisation de leur hypothèque par le pacte comissoire aurait des incidences indirectes sur la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, toutefois, il est difficile de mesurer avec exactitude l'étendue de cette incidence compte tenu de la récence de ce mode de réalisation, et du fait aussi que le pacte ou sa réalisation ne sont pas soumis à une mesure de publicité.

Pour conclure, on peut adhérer intimement à cette approche du législateur selon laquelle il entend diminuer le rôle du juge dans l'exécution de l'hypothèque, en dépit de toutes les critiques suscitées⁸⁰⁶, mettant ainsi fin à toute contrainte afférente à la réalisation de l'hypothèque.

B- L'attribution judiciaire et son éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé

573. Ce mode constitue une innovation majeure en matière d'hypothèque, comme en matière de gage, ce mode de réalisation présente des caractères judiciaires du fait que le créancier impayé doit préalablement recourir au juge pour lui ordonner l'attribution⁸⁰⁷, une réalisation semblable à la dation en paiement judiciaire⁸⁰⁸, sauf si l'immeuble objet de l'hypothèque constitue la résidence principale du débiteur.

En effet, le bénéfice de ce mode de réalisation n'est pas réservé exclusivement au créancier hypothécaire inscrit en premier rang, au contraire, le bénéficiaire pourra primer les autres créanciers privilégiés⁸⁰⁹, et elle permet par voie de conséquence d'éviter un contentieux inéluctable entre le bénéficiaire de l'attribution judiciaire et les autres créanciers privilégiés du constituant dès lors que le prix d'estimation du bien gagé est égal ou supérieur au montant de la dette garantie.

A cet égard, ces créanciers ne peuvent plus exercer leur droit de suite sur le bien attribué au bénéficiaire de l'attribution judiciaire, une course au paiement qui peut toujours provoquer des conflits entre diverses parties, y compris entre les créanciers.

⁸⁰⁶-C.CARBONNEL, « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP E.*, 2007, p.50

⁸⁰⁷-article 2458 du code civil.

⁸⁰⁸-L. AYNES ET P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, p.686

⁸⁰⁹- P-F CUIF, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC*. 2010-69, disponible sur : Lamyline.fr.

574. Par ailleurs, on ne peut pas avoir la certitude que ce mode de réalisation a contribué en France à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, néanmoins, une incidence indirecte peut être soulevée, il s'agit d'un mode de réalisation de droit, qui permet au créancier de s'attribuer le bien en paiement par une simple demande au juge, sans qu'il constitue une demande judiciaire en paiement.

Ainsi, en évitant la naissance de conflits relatifs à la réalisation de l'hypothèque, ce mode de réalisation a possiblement participé, même maigrement, à la baisse du contentieux lié à l'impayé.

Conclusion titre

575. Probablement, la réforme des sûretés n'avait pas pour objectif de contribuer à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales. Toutefois, l'importance de la réforme, et son caractère substantiel, ont permis au contentieux de l'impayé d'occuper une place importante dans les apports du nouveau droit des sûretés en France. Des effets qui n'ont pas peut-être été recherchés par le législateur.

En effet, le législateur s'est fixé comme objectif apparent à travers cette réforme de rendre les sûretés plus lisibles et efficaces à la fois pour les acteurs économiques que pour les citoyens.

576. Par ailleurs, la mise en place, de nouvelles sûretés, ou la révision d'autres sûretés ayant existé auparavant, dont la réalisation n'exige pas un recours à la justice étatique, représente en effet pour le créancier une véritable assurance contre le risque d'impayé et d'insolvabilité du débiteur, particulièrement lors de la mise en œuvre, et permet au créancier d'éviter le recours à la voie judiciaire pour la réalisation de sa sûreté.

En outre, l'insertion d'un mode de réalisation dans le nouveau droit des sûretés, qui n'exige pas un recours au juge judiciaire, et qui était jusqu'à lors prohibé, est désormais applicable pour quasiment toutes les sûretés, et son caractère extra-judiciaire est incontestable, ainsi que contribution à la baisse du contentieux de l'impayé en France sa mise en place.

Pour conclure, il convient de préciser qu'en dépit de la récence de la réforme de sûretés, celle-ci a très possiblement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé en France.

577. Au Maroc, la solidité des sûretés traditionnelles peut être remise en question, du fait de leur affaiblissement par le développement du crédit et les nouvelles techniques bancaires. Celles-ci, semblent, ne s'adaptent plus aux exigences d'un créancier qui aspire à se prémunir contre tout risque d'insolvabilité de son débiteur, ou aléas pouvant mettre en péril son action en recouvrement, et notamment l'ouverture d'une procédure collective.

Par voie de conséquence, se servir de la réforme des sûretés en France, dans un contexte Marocain, peut constituer une démarche importante à l'avantage de la législation Marocaine.