

Guide
pratique

GUIDE DE LA RÉDACTION DES ACTES NOTARIÉS

2023

Actes courants - Immobilier
Famille - Patrimoine
Entreprise
Rural

2^e édition

Sous la coordination de
Christophe VERNIÈRES

DEFRÉNOIS

un savoir-faire de
Lextenso

GUIDE DE LA RÉDACTION DES ACTES NOTARIÉS

Actes courants – Immobilier Famille – Patrimoine Entreprise, Rural

Sous la coordination de Christophe VERNIÈRES
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1)



© 2023, Defrénois, Lextenso
1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex
www.defrenois.fr
EAN 9782856237595

Les auteurs

Jean-Jacques BARBIÉRI

Agrégé des facultés de droit, lauréat du Conseil supérieur du notariat

Guy BRAULT

Notaire à Paris

Jean-Yves CAMOZ

Docteur en droit, notaire honoraire, magistrat à titre temporaire

Michel CHAGUET

Consultant et formateur en publicité foncière

Jacques COMBRET

Notaire honoraire, président honoraire du Congrès des notaires de France

Stéphane DAVID

Notaire à Meudon, maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil, directeur de session de formation à l'ENM

Philippe DAVY

Notaire associé à Tours

François DELORME

Notaire à Blérancourt

Étienne DUBUISSON

Docteur en droit, notaire à Brantôme-en-Périgord

Nicolas DUPOUY

Notaire à Ossun

Xavier FROMENTIN

Notaire à Nantes

Jean-Pierre GILLES

Notaire honoraire, membre du CA de l'INERE

Erika GUILLOT

Notaire à Meudon

Martine KADDOUCH

Professeur BTS notariat, chargé d'enseignement en licence métiers du notariat

Didier KRAJESKI

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole, membre de l'AFDR, section Midi-Pyrénées

François LETELLIER

Docteur en droit, notaire à Clermont-Ferrand

Henri LEYRAT

Docteur en droit privé, chercheur associé au Centre Michel de l'Hospital (EA 4232), Université Clermont Auvergne

Mailys LUCHEL

Notaire à Rueil-Malmaison

Guillaume PARIS

Docteur en droit, notaire à Paris

Stéphane PRIGENT

Docteur en droit

Frédéric ROUSSEL

Directeur général de l'ANC, notaire honoraire

Thomas SEMÈRE

Notaire à Champigny-sur-Marne, enseignant au CFPN de Paris

Mathieu SOULIÉ

Docteur en droit privé, membre de l'IODE

Patrick STEINMANN

Auteur du *Guide de la Taxe*

Pierre TARRADE

Notaire à Paris, rapporteur général du 115^e Congrès des notaires de France

Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD

Maître de conférences en droit privé, Université Toulouse I Capitole, IDP (EA 1920)

Christophe VERNIÈRES

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I

Sommaire

Partie 1 • Actes courants - Immobilier	11	24 • CONTRAT DE PROMOTION IMMOBILIÈRE ..	141
1 • ABANDON DE BIENS OU DROITS PAR ACTE SÉPARÉ (UNILATÉRAL OU ACCEPTÉ DANS LE MÊME ACTE)	13	25 • CRÉDIT-BAIL	145
2 • AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE	17	26 • DATATION EN PAIEMENT.....	149
3 • ANTÉRIORITÉ (CONSENTEMENT À)	29	27 • DÉCLARATION DE COMMAND	153
4 • BAIL À CONSTRUCTION OU À RÉHABILITATION	31	28 • DÉCLARATION D'EMPLOI OU DE REMPLOI	155
5 • BAIL À VIE OU À DURÉE ILLIMITÉE	35	29 • DÉLÉGATION DE CRÉANCE.....	161
6 • BAIL D'HABITATION.....	37	30 • DISTRIBUTION DE DENIERS PROVENANT D'UNE SAISIE	165
7 • BAIL EMPHYTÉOTIQUE.....	47	31 • ÉCHANGES D'IMMEUBLES OU AUTRES.....	171
8 • BAIL MOBILITÉ.....	51	32 • ÉTAT DESCRIPTIF DE DIVISION EN VOLUME	179
9 • BAIL PAR ADJUDICATION	57	33 • FIDUCIE-SÛRETÉ.....	183
10 • BAIL PROFESSIONNEL.....	61	34 • GAGE IMMOBILIER (ANTICHRÈSE PAR ACTE SÉPARÉ).....	189
11 • BAIL RÉEL SOLIDAIRE INITIAL.....	65	35 • HYPOTHÈQUE LÉGALE SPÉCIALE.....	191
12 • BORDEREAU D'INSCRIPTION AUPRÈS DU SERVICE DE PUBLICITÉ FONCIÈRE.....	71	36 • LICITATION D'IMMEUBLES DE GRÉ À GRÉ	195
13 • CAHIER DES CHARGES EN VUE D'ADJUDICATION IMMOBILIÈRE.....	77	37 • LICITATION TOUS BIENS.....	199
14 • CAHIER DES CHARGES EN VUE D'ADJUDICATION MOBILIÈRE	81	38 • LOCATION-ACCESSION	205
15 • CAUTIONNEMENT HYPOTHÉCAIRE.....	83	39 • LOTISSEMENT (FORMALITÉS DE LOTISSEMENT AVANT CONSTRUCTION)	209
16 • CAUTIONNEMENT PERSONNEL	87	40 • MAINLEVÉE DE SAISIE.....	215
17 • CESSION DE DETTE.....	91	41 • MAINLEVÉE D'INSCRIPTION AUPRÈS DU SERVICE DE PUBLICITÉ FONCIÈRE.....	219
18 • CESSION DE DROITS LITIGIEUX	97	42 • MITOYENNETÉ OU SERVITUDES	223
19 • CESSION DE TERRAIN CONTRE REMISE DE LOCAUX À CONSTRUIRE	101	43 • ORIGINE DE PROPRIÉTÉ	225
20 • COMPENSATION	117	44 • PACTE DE PRÉFÉRENCE	233
21 • COMPROMIS (C. CIV., ART. 2059).....	121	45 • PRÊT À USAGE OU COMMODAT	237
22 • CONCESSION IMMOBILIÈRE.....	125	46 • PRÊT (OBLIGATION, RECONNAISSANCE DE DETTE, OUVERTURE DE CRÉDIT)	245
23 • CONTRAT DE CONSTRUCTION	129	47 • PRIVILÈGES.....	265
		48 • PROMESSES DE VENTE	275

49 • PROROGATION DE DÉLAI	291	70 • CERTIFICAT DE VIE	421
50 • PROTECTION DE L'ACHETEUR IMMOBILIER	293	71 • CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN (CSE).....	423
51 • QUITTANCE.....	315	72 • CESSIION DE DROITS SUCCESSIFS - TRANSPORT DE DROITS SUCCESSIFS.....	429
52 • RÉALISATION DE CRÉDIT OU DE PRÊT CONDITIONNEL.....	319	73 • CONCESSION DE CIMETIÈRE.....	433
53 • RÉDUCTION D'HYPOTHÈQUE ET RENONCIATION À HYPOTHÈQUE	321	74 • CONSENTEMENT À ADOPTION.....	437
54 • RÈGLEMENT DE COPROPRIÉTÉ ET ÉTAT DESCRIPTIF DE DIVISION	325	75 • CONSENTEMENT À EXÉCUTION DE TESTAMENT OU DE DONATION ENTRE ÉPOUX.....	443
55 • RÈGLEMENT D'INDEMNITÉ EN CAS D'EXPROPRIATION.....	335	76 • CONSENTEMENT DANS LE CADRE D'UNE ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION (AMP) AVEC TIERS DONNEUR	445
56 • RÉSILIATION OU RÉOLUTION DE VENTE .	337	77 • CONTRAT DE MARIAGE (AMÉNAGEMENTS OU CHANGEMENT DE RÉGIME - C. CIV., ART. 1397)	451
57 • TONTINE.....	341	78 • CONTRAT DE MARIAGE (COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE).....	461
58 • TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ OU JOUISSANCE ENTRE COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET/OU ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.....	345	79 • CONTRAT DE MARIAGE (COMMUNAUTÉ UNIVERSELLE).....	471
59 • TRANSLATION D'HYPOTHÈQUE.....	351	80 • CONTRAT DE MARIAGE (PARTICIPATION AUX ACQUÊTS).....	479
60 • VENTE AVEC FACULTÉ DE RACHAT (VENTE À RÉMÉRÉ).....	355	81 • CONTRAT DE MARIAGE (RÉGIME FRANCO-ALLEMAND).....	487
61 • VENTE DE LOT DE COPROPRIÉTÉ.....	363	82 • CONTRAT DE MARIAGE (SÉPARATION DE BIENS).....	495
62 • VENTE DÉMEMBRÉE PAR DES BAILLEURS SOCIAUX (USUFRUIT LOCATIF SOCIAL)	377	83 • CONTRAT DE MARIAGE MODIFICATIF (CONTRE-LETTE À CONTRAT DE MARIAGE).....	505
63 • VENTE D'IMMEUBLE.....	379	84 • CONVENTION DE QUASI-USUFRUIT.....	507
64 • VENTE EN L'ÉTAT FUTUR D'ACHÈVEMENT (VEFA).....	393	85 • CONVENTION DE PACS (MODIFICATION OU DISSOLUTION).....	513
65 • VENTE PAR ADJUDICATION JUDICIAIRE D'IMMEUBLES	403	86 • CONVENTION D'INDIVISION	523
66 • VENTE PAR ADJUDICATION VOLONTAIRE DE TOUS BIENS ET DROITS MOBILIERS...	405	87 • CONVERSION D'USUFRUIT.....	533
67 • VENTE PAR ADJUDICATION VOLONTAIRE D'IMMEUBLES.....	407	88 • DÉLIVRANCE DE LEGS.....	537
Partie 2 • Famille - Patrimoine	411	89 • DONATION ENTRE ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE	543
68 • ATTESTATION DE PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE (TRANSMISSION PAR DÉCÈS).....	413		
69 • CANTONNEMENT DE L'ÉMOLUMENT PAR LE LÉGATAIRE OU LE CONJOINT SURVIVANT....	417		

90 • DONATION ENTRE VIFS	547	Partie 3 • Entreprise	731
91 • DONATION-PARTAGE	555	113 • ASSOCIATION - CONSTITUTION	733
92 • DONATION-PARTAGE CONJONCTIVE	559	114 • ASSOCIATION - DISSOLUTION	737
93 • DONATION-PARTAGE CUMULATIVE.....	563	115 • BAIL COMMERCIAL, ARTISANAL, LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE	743
94 • DONATION-PARTAGE TRANSGÉNÉRATIONNELLE.....	567	116 • BORDEREAU D'INSCRIPTION AUPRÈS DU GREFFE DU TRIBUNAL DE COMMERCE	753
95 • INVENTAIRE.....	571	117 • CESSION DE BAIL COMMERCIAL	761
96 • LIBÉRALITÉS GRADUELLES ET RÉSIDUELLES.....	581	118 • CESSION DE GRÉ À GRÉ DE FONDS DE COMMERCE, UNITÉ DE PRODUCTION ET BRANCHE D'ACTIVITÉ	767
97 • LIQUIDATION-PARTAGE (COMMUNAUTÉ LÉGALE).....	587	119 • DÉCLARATION D'INSAISSABILITÉ ET RENONCIATION À DÉCLARATION	777
98 • LIQUIDATION-PARTAGE (PARTICIPATION AUX ACQUÊTS).....	607	120 • ENTREPRENEUR INDIVIDUEL (EI)	783
99 • LIQUIDATION-PARTAGE (SÉPARATION DE BIENS).....	631	121 • EIRL	795
100 • MANDAT À EFFET POSTHUME	651	122 • EURL - STATUTS.....	803
101 • MANDAT DE PROTECTION FUTURE.....	659	123 • FIDUCIE.....	807
102 • NOMINATION D'UN EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE.....	671	124 • GARANTIE DE PASSIF ET D'ACTIF.....	813
103 • NOTAIRE JUDICIAIREMENT COMMIS	675	125 • GIE OU GEIE (TRANSFORMATION).....	819
104 • NOTORIÉTÉ.....	681	126 • MAINLEVÉE D'INSCRIPTION AUPRÈS DU GREFFE DU TRIBUNAL DE COMMERCE	823
105 • RENONCIATION ANTICIPÉE À L'ACTION EN RÉDUCTION (RAAR).....	687	127 • NANTISSEMENT	827
106 • RÉVERSION D'USUFRUIT (AVEC RENVOI). 693		128 • PACTES <i>DUTREIL</i> APPLICABLES AUX ENTREPRISES INDIVIDUELLES (CGI, ART. 787 C)	833
107 • RÉVOCATION DE DONATION ENTRE ÉPOUX, DE TESTAMENT, DE MANDAT, DE SUBSTITUTION.....	697	129 • PACTES <i>DUTREIL</i> APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS (CGI, ART. 787 B).....	839
108 • TESTAMENT AUTHENTIQUE ET CODICILLE AUTHENTIQUE.....	701	130 • RÉSILIATION DE BAIL COMMERCIAL	859
109 • TESTAMENT INTERNATIONAL (RÉDACTION) 707		131 • SARL - STATUTS - RÉGIMES MATRIMONIAUX - GÉRANCE	863
110 • TESTAMENT MYSTIQUE ET CODICILLE MYSTIQUE	711	132 • SOCIÉTÉ - APPORT À TITRE ONÉREUX....	871
111 • TESTAMENT OLOGRAPHE (CONSERVATION DU TESTAMENT AVANT DÉCÈS ET PROCÈS- VERBAL D'OUVERTURE AU DÉCÈS).....	715	133 • SOCIÉTÉ - APPORT DE BRANCHE (RÉGIME DES SCISSIONS)	875
112 • TESTAMENT-PARTAGE (PARTAGE TESTAMENTAIRE).....	725	134 • SOCIÉTÉ - APPORT PARTIEL D'ACTIF	879
		135 • SOCIÉTÉ - APPORTS DE FONDS DE COMMERCE ET DE BIENS ASSIMILÉS	883

136 • SOCIÉTÉ – APPORTS D'IMMOBILIERS OU DE DROITS IMMOBILIERS (ASSIMILÉS À DES DMTO).....	889	152 • BAIL À LONG TERME.....	993
137 • SOCIÉTÉ – APPORTS PURS ET SIMPLES (DROIT COMMUN).....	893	153 • BAIL À MÉTAYAGE	999
138 • SOCIÉTÉ – AUGMENTATION DE CAPITAL – PAR INCORPORATION.....	897	154 • BAIL CESSIBLE.....	1005
139 • SOCIÉTÉ – AUGMENTATION DE CAPITAL – PAR VOIE D'APPORTS NOUVEAUX	901	155 • BAIL DE CARRIÈRE.....	1011
140 • SOCIÉTÉ – CESSION D' ACTIONS	907	156 • BAIL DE CHASSE – DE PÊCHE.....	1015
141 • SOCIÉTÉ – CESSION DE PARTS NON NÉGOCIABLES.....	917	157 • BAIL DE GRÉ À GRÉ À CHEPTEL	1019
142 • SOCIÉTÉ – DISSOLUTION ET LIQUIDATION DE SOCIÉTÉ SOUMISE À L'IS	929	158 • BAIL DE GRÉ À GRÉ À FERME.....	1023
143 • SOCIÉTÉ – DISSOLUTION ET LIQUIDATION PURE ET SIMPLE.....	933	159 • BAIL RURAL ENVIRONNEMENTAL.....	1031
144 • SOCIÉTÉ – FUSION.....	937	160 • CESSION DE PARTS DE SOCIÉTÉ AGRICOLE.....	1037
145 • SOCIÉTÉ – RACHAT DE SES PROPRES TITRES PUIS ANNULLATION DE TITRES.....	949	161 • EARL	1045
146 • SOCIÉTÉ – RÉDUCTION DE CAPITAL.....	955	162 • EI, EIRL AGRICULTEUR ET CESSION DE FONDS.....	1049
147 • SOCIÉTÉ – SCISSION.....	959	163 • ÉCHANGE D'IMMEUBLES RURAUX.....	1059
148 • SOCIÉTÉ – TRANSFORMATION.....	963	164 • GAEC	1061
149 • SOCIÉTÉ CIVILE – CESSION DE PARTS....	967	165 • GFA.....	1065
150 • SOCIÉTÉ CIVILE – STATUTS	975	166 • GFR.....	1075
Partie 4 • Rural	987	167 • GROUPEMENT FORESTIER.....	1083
151 • ACQUISITION SAFER	989	168 • PRÊT AGRICOLE OU VITICOLE.....	1087
		169 • RÉSILIATION DE BAIL RURAL	1093
		170 • RÉTROCESSION SAFER	1099
		171 • SCEA	1103
		172 • SUBSTITUTION SAFER.....	1107

Partie 1

Actes courants - Immobilier

1 • ABANDON DE BIENS OU DROITS PAR ACTE SÉPARÉ (UNILATÉRAL OU ACCEPTÉ DANS LE MÊME ACTE)

PRÉSENTATION ET FONDEMENTS

L'abandon auquel il est fait référence en l'espèce doit être entendu en général au sens d'une renonciation à un droit.

En effet, à titre d'exemple, cet abandon vise notamment le cas de l'acte par lequel le propriétaire ou le copropriétaire d'un bien renonce à son droit de propriété ou de copropriété au profit d'une personne déterminée (en général, un voisin), afin de s'affranchir d'une charge.

Ainsi, dans l'acte d'abandon de mitoyenneté, il sera notamment stipulé que le propriétaire « voulant s'affranchir des frais de réparation et de reconstruction du mur mitoyen ci-dessus désigné déclare abandonner, conformément à l'article 656 du Code civil, à (son voisin), le droit de mitoyenneté lui appartenant sur le mur séparatif... » et dans celui d'abandon de servitude, que « voulant s'affranchir des frais d'entretien et de réparation entraînés par la servitude de passage ci-dessus rappelée, déclare faire abandon pur et simple au (propriétaire du fonds dominant), dans les termes de l'article 699 du code civil, de la parcelle de terre servant d'assiette à cette servitude ».

Toutefois, il existe d'autres illustrations de cet abandon de biens ou de droits dans la pratique notariale :

- Il s'agit notamment du recours à l'abandon d'usufruit qui consistera, le plus souvent à délaisser un usufruit sur des biens précédemment donnés en nue-propriété. Cet acte emporte alors extinction de cet usufruit. Cette hypothèse n'est pas mentionnée par l'article 617 du Code civil qui énumère pourtant les différents cas d'extinction d'un usufruit. Toutefois, l'article 622 du Code civil prévoit cependant que « les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice ». Cet abandon peut viser à permettre, par exemple, à des enfants de disposer pleinement de biens immobiliers, à simplifier la gestion de ces biens, ou encore à améliorer une situation fiscale. Ce délaissement d'usufruit peut notamment être prévu dans un acte de donation, l'opération sera alors considérée comme une libéralité et imposée à ce titre. Par ailleurs, une réponse ministérielle retient que « les renonciations à usufruit purement extinctives ou abdicatives sont assujetties au droit fixe prévu à l'article 680 du Code général des impôts. Toutefois, les droits de mutation à titre gratuit ou à titre onéreux deviennent exigibles, si le nu-propriétaire entre en jouissance du droit abandonné par l'usufruitier. En outre, la renonciation à un usufruit peut s'analyser en une donation, si elle révèle clairement l'intention du renonçant de consentir une libéralité au nu-propriétaire. À cet égard, il est précisé que l'acceptation peut être tacite. Ainsi, par exemple, il a été jugé que le nu-propriétaire, en percevant les loyers, avait manifesté son acceptation de l'usufruit. Il résulte de ces précisions que les situations doivent être appréciées cas par cas et que l'Administration peut rétablir le véritable caractère des

actes » (Rép. min n° 356 : JO Sénat, 20 mars 2008, p. 548, J. Bourdin ; Cass. com., 2 déc. 1997, n° 96-10729 : Bull. civ. IV, n° 319 ; Cass. com., 23 juin 2011, n° 10-20461 : Bull. civ. IV, n° 104) ;

- il peut enfin s'agir d'un abandon de créance. Cette remise de dette ne constitue pas une renonciation unilatérale, mais bien une convention impliquant un accord entre créancier et débiteur (C. civ., art. 1350). Elle peut intervenir pour gratifier le débiteur par le biais d'une donation indirecte mais aussi par exemple, représenter une aide à caractère commercial pour préserver l'existence même d'un actif.

II. CONSTITUTION DU DOSSIER ET FORMALITÉS PRÉALABLES

Nous raisonnons sur l'hypothèse d'un acte d'abandon d'un immeuble grevé de servitude (ex. servitude de passage).

Les documents à réunir sont les suivants :

- pièces d'état civil de l'abandonnateur et de l'abandonnaire (naissance, mariage, au besoin le contrat de mariage ou la convention de pacs) ;
- titre de propriété de l'abandonnateur (acte d'acquisition, existence des servitudes, etc.) ;
- établissement par un géomètre-expert du document d'arpentage nécessaire à la division ;
- renseignements d'urbanisme ;
- renseignement hypothécaire hors formalité ;
- extrait cadastral (pour assurer la cohérence après division).

Par ailleurs, il convient d'informer l'abandonnaire en vue de son intervention à l'acte pour « accepter ».

III. FORMALITÉS POSTÉRIEURES

Il y a lieu de procéder aux formalités et opérations suivantes :

- opérations de comptabilité ;
- inscription au répertoire de l'office ;
- signification de l'acte à l'abandonnaire s'il n'a pas accepté dans l'acte (s'il a accepté, remise de la copie authentique) ;
- formalité unique d'enregistrement et de publicité foncière (en cas de non-acceptation de l'abandonnaire, ajouter à la copie authentique un original de la signification de l'acte d'abandon) ;
- paiement des droits ;
- et demande d'état hypothécaire (sur formalité).

En pratique

En théorie, l'acte d'abandon de propriété, acte purement unilatéral, n'a pas besoin d'être accepté par le propriétaire du fonds dominant. Il n'est donc pas nécessaire de solliciter son consentement. Toutefois, en pratique, dans un souci de non contestation, il sera judicieux de le faire intervenir à l'acte.

2 • AFFECTATION HYPOTHÉCAIRE

I. PRÉSENTATION ET FONDEMENTS

L'affectation hypothécaire renvoie à la situation d'un immeuble constituant la garantie d'une créance.

L'hypothèque est une sûreté réelle qui, sans emporter dessaisissement actuel du propriétaire de l'immeuble hypothéqué, confère au créancier le droit de faire saisir et vendre cet immeuble en quelques mains qu'il se trouve, et de se payer par préférence sur le prix. Pour déployer sa pleine efficacité, l'hypothèque doit faire l'objet d'une inscription auprès du service chargé de la publicité foncière.

Suivant la source des hypothèques on distingue : l'hypothèque conventionnelle, de loin la plus fréquente en pratique, l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire.

HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

L'hypothèque conventionnelle résulte de la convention des parties. L'hypothèque conventionnelle est constituée par acte authentique, son inscription la rend opposable aux tiers, et crée une situation de faveur au créancier qui en est titulaire.

Formalisme

L'hypothèque conventionnelle est constituée par acte notarié entre le constituant et le créancier hypothécaire (C. civ., art. 2409), à peine de nullité (absolue). La pratique des promesses d'hypothèque par acte sous signature privée n'emporte qu'une obligation de faire qui se résout, en cas d'inexécution, par des dommages-intérêts.

Cette règle s'étend aux procurations (parallélisme des formes) :

- ainsi en va-t-il sans restriction pour le mandat donné par le constituant personne physique : la procuration doit être dressée en la forme requise pour la constitution de l'hypothèque ;
- pour le mandat donné par le constituant personne morale, il convient de tenir compte de la restriction introduite par l'article 2326 du Code civil (anc. art. 1844-2) : « une sûreté réelle peut être constituée sur les biens d'une personne morale de droit privé en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de la sûreté doit l'être par acte authentique ».

Contenu de l'acte

■ Spécialité de la créance garantie

L'hypothèque conventionnelle est spéciale quant aux biens hypothéqués et aux créances garanties. Il s'agit par-là de protéger le constituant contre une hypothèque générale qui ruinerait son crédit.

■ Spécialité de l'assiette

L'acte hypothécaire doit contenir l'indication précise de la nature et de la situation des immeubles hypothéqués (C. civ., art. 2414, al. 2). Il s'agit de biens immobiliers présents ou futurs. L'article 2414, alinéa 1, du Code civil prévoit en effet que « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs » ; l'hypothèque grèvera l'immeuble nouveau dès son entrée dans le patrimoine du constituant et sans nouvel acte – avec un effet très limité en cas d'ouverture d'une procédure collective (C. com., art. L. 622-21, IV). Sont susceptibles d'hypothèques tous les droits réels immobiliers (ex. propriété, nue-propriété) « dans le commerce » (C. civ., art. 2388).

L'hypothèque est un droit accessoire lié à la créance garantie ; elle peut être consentie en garantie d'une ou plusieurs créances présentes ou futures qui doivent être déterminables (C. civ., art. 2415, al. 1).

La cause de la créance doit également être déterminée dans l'acte (C. civ., art. 2415, al. 2) – par exemple il sera précisé que la créance garantie provient de tel ou tel prêt.

Par ailleurs, l'hypothèque doit toujours être consentie, pour le capital, à hauteur d'une « somme déterminée » mentionnée dans l'acte notarié, à peine de nullité (C. civ., art. 2417, al. 1). Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne.

■ Insertion d'une clause de rechargement

On peut également penser à insérer dans l'acte constitutif une clause de rechargement. L'article 2416 du Code civil prévoit que « l'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément » (C. civ., art. 2416, al. 1). Cette clause permet le meilleur usage d'une réserve hypothécaire. À cet effet, il sera conclu une « convention de rechargement » avec le créancier originaire ou un nouveau créancier – publiée sous forme de mention en marge pour pousser jusqu'au bout la logique de baisse des coûts. Ce nouveau créancier se glisse dans l'inscription préexistante.

Attention

L'hypothèque est indivisible (C. civ., art. 2391). Chaque fraction du bien hypothéqué garantit l'intégralité de la créance, ce qui permet au créancier d'éviter les effets de la division de la dette entre les héritiers. Et chaque fraction de la créance est garantie par le bien hypothéqué tout entier.

Capacité et pouvoir du constituant

Le constituant de l'hypothèque n'est pas nécessairement le débiteur de la créance garantie. On appelle « caution réelle » la personne qui affecte son immeuble en garantie de la dette d'autrui - la caution réelle n'est pas obligée personnellement, au contraire de la caution personnelle (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18210 : Bull. ch. mixte, n° 7). Le créancier n'a en conséquence d'action « que sur le bien affecté en garantie » (C. civ., art. 2325, al. 2). Toutefois, considérant que « c'est un tiers qui s'engage en garantie de la dette du débiteur et qui a donc besoin de protection » (Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, commentaire de l'article 5), il est à présent prévu que les dispositions des articles 2299 (devoir de mise en garde), 2302 à 2304 (les obligations d'information), 2305 et 2305-1 (le bénéfice de discussion), 2308 à 2312 (les recours de la caution) et 2314 (le bénéfice de subrogation) « sont alors applicables » (C. civ., art. 2325, al. 2). Il faut cependant préciser que « chacun des textes auquel il est renvoyé ne sera applicable à la sûreté réelle pour autrui que si ses conditions sont réunies » (Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, commentaire de l'article 5). Ainsi, par exemple, l'article 2299 ne sera applicable que si le constituant est une personne physique et le créancier un professionnel.

Le constituant doit être propriétaire de l'immeuble ou du droit immobilier qu'il entend hypothéquer. L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle de nullité.

Indivision

L'hypothèque d'un bien indivis est possible, soit par accord de tous les indivisaires (et alors l'hypothèque conserve son effet quel que soit ultérieurement le résultat de la licitation ou du partage), soit par un seul indivisaire. Dans ce dernier cas, le sort de l'hypothèque est subordonné aux résultats du partage :

- l'hypothèque produit tous ses effets en application du principe de l'effet déclaratif du partage si l'immeuble est attribué au constituant, au défaut elle disparaît rétroactivement ;
- si l'immeuble est vendu aux enchères à un tiers (licitation), elle conserve ses effets dans la limite du prix de la licitation attribué au constituant (C. civ., art. 2412).

L'hypothèque d'une quote-part indivise sur un ou plusieurs immeubles indivis est autant aléatoire.

Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner pour constituer une hypothèque. Le constituant doit au surplus avoir le pouvoir de constituer l'hypothèque.

S'agissant d'époux mariés sous le régime de la communauté, l'article 1424 du Code civil leur interdit, l'un sans l'accord de l'autre, de grever de droits réels un immeuble commun, à peine de nullité de l'acte (C. civ., art. 1427) ; le logement familial bénéficie d'une protection particulière (C. civ., art. 215, al. 3).

L'hypothèque consentie par la société anonyme à un tiers doit faire l'objet d'autorisation par le conseil d'administration ou de surveillance (C. com., art. L. 225-35, al. 4 et L. 225-68, al. 2).

Opposabilité

Publicité

L'hypothèque n'est opposable aux tiers que si elle est publiée : « la circonstance, à la supposer établie, que (les tiers acquéreurs) aient eu une connaissance personnelle des prêts consentis par la banque et des sûretés les ayant garantis, ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité » (Cass. 3^e civ., 17 juill. 1986, n° 85-11627 : Bull. civ. III, n° 118 ; Defrénois 1987, art. 34056, n° 78, p. 1178, obs. L. Aynès).

La publicité de l'hypothèque s'accomplit au moyen d'une inscription au service de la publicité foncière de la situation des biens (C. civ., art. 2426 et s.).

L'inscription doit respecter le principe de spécialité :

- spécialité quant à l'assiette : chaque immeuble sur lequel l'inscription est requise doit être désigné sur le bordereau (C. civ., art. 2428 ; art. 7 du décret n° 55-22 du 4 janv. 1955) ;
- spécialité quant à la créance garantie, car il est nécessaire que les tiers puissent en connaître l'étendue :
 - lorsque l'obligation a pour objet une somme d'argent fixe, le bordereau doit indiquer le capital de la créance, ses accessoires et la date prévue pour son exigibilité (art. 55, 2-4^o, du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955). Il convient donc de mentionner les intérêts pour qu'ils soient garantis par l'hypothèque. Les intérêts sont conservés par l'inscription initiale « pour trois années seulement, au même rang que le principal » (C. civ., art. 2427). Pour garantir d'autres intérêts, des inscriptions complémentaires seront nécessaires.
 - lorsque l'obligation est variable ou a pour objet une prestation, l'article 55, 2-4^o, du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955, pose deux règles alternatives. S'il s'agit de rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels, le capital doit être évalué par le créancier, quitte à ce qu'il soit ensuite réduit à la demande du débiteur en cas d'excès - il doit être indiqué sommairement l'événement ou la condition dont dépend l'existence de la créance. Dans le cas où la créance est assortie d'une clause de réévaluation (ex. prêt indexé), l'inscription doit mentionner le montant originaire de la créance ainsi que la clause de réévaluation.

Bonne pratique

L'inscription peut être prise dès la naissance de l'hypothèque ; aucun délai n'est imposé pour l'inscription de l'hypothèque (à la différence des mutations immobilières). Toutefois l'inscription est attributive de rang, aussi le créancier a intérêt à y procéder sans attendre.

De surcroît, en tardant, il risque de ne plus pouvoir procéder utilement à cette inscription si des événements qui arrêtent le cours des inscriptions surgissent :

- la publication de l'aliénation de l'immeuble au profit d'un tiers antérieurement à l'inscription de l'hypothèque (C. civ., art. 2422, al. 1^{er} ; Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 2006, n° 04-20253) ;