Les garanties dans les financements immobiliers

Manuella Bourassin

▶ **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Les garanties dans les financements immobiliers. Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2016, Les garanties dans les montages (148), pp.26-32. hal-01458044

HAL Id: hal-01458044
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458044

Submitted on 26 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les garanties dans les financements immobiliers

Manuella BOURASSIN, *agrégée des facultés de droit, professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense*, *directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457), codirectrice du Master Droit notarial*

Les immeubles jouent un rôle prépondérant dans le financement externe des entreprises, parce qu'ils en constituent, soit l'objet (s'ils sont nécessaires à la constitution ou à l'exploitation de l'entreprise), soit un levier (lorsque la richesse qu'ils représentent est mise au service des projets ou besoins de l'entreprise).Le financement de l'acquisition immobilière **(1°)** ou par l'externalisation immobilière **(2°)** s'accompagne de mécanismes confortant les chances de paiement du financeur. La présente étude entend mettre en exergue les sûretés personnelles et réelles du Livre IV du Code civil, ainsi que les garanties *lato sensu*, qui, eu égard à leurs caractéristiques intrinsèques et aux règles du droit commun et du droit des entreprises en difficulté applicables[Note 202], répondent le mieux aux attentes des créanciers[Note 203] dans les deux types de montages immobiliers précités.

1° Le financement de l'acquisition immobilière

L'acquisition d'immeubles à usage professionnel (terrains, locaux d'activité, bureaux...) peut reposer, en fonction de la trésorerie et des fonds propres de l'entreprise, sur un mode locatif de financement ou sur un emprunt. Alors qu'une garantie est inhérente au crédit-bail immobilier **(a)** , des garanties accessoires doivent être choisies pour couvrir les prêts immobiliers **(b)** .

a) La garantie inhérente au crédit-bail immobilier

Le crédit-bail immobilier est une technique de financement à long terme complexe mêlant trois contrats spéciaux (vente, location, promesse unilatérale de vente) et intégrant une sûreté, fondée sur la propriété du crédit-bailleur. Si la propriété retenue à titre de garantie est efficace **(1)**, des garanties complémentaires peuvent néanmoins renforcer la protection de la société de crédit-bail **(2)**.

1 Efficacité de la propriété retenue en garantie

La propriété d'un immeuble peut être retenue en garantie (*C. civ., art. 2373, al. 2*). Le crédit-bail immobilier en fournit une illustration[Note 204], puisque le crédit-bailleur transfert à l'entreprise la possession de l'immeuble qu'il a acquis à la demande de celle-ci, ainsi que l'essentiel de ses prérogatives sur le bien, mais n'en reste pas moins propriétaire. En cas de non-paiement des loyers, le crédit-bailleur peut dès lors demander la restitution du bien et imputer sa valeur sur le solde de sa créance, sans entrer en concours avec les autres créanciers de l'entreprise locataire[Note 205].

L'efficacité du crédit-bail est réelle même lorsqu'au cours de son exécution cette entreprise fait l'objet d'une procédure collective. La protection du crédit-bailleur se manifeste dans trois hypothèses distinctes.D'abord, si l'administrateur impose la continuation du contrat (ce qui est possible « *malgré le défaut d'exécution par le débiteur*

d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture » : *C. com., art. L. 622-13*), le crédit-bailleur bénéficie du privilège de la procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce.Ensuite, si l'option d'achat est levée, il est fait exception, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, au principe d'interdiction du paiement des créances antérieures : en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le paiement du crédit-bailleur peut être autorisé par le juge-commissaire « *lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité* » (*C. com., art. L. 622-7, II, al. 2*[Note 206] *et L. 631-14*) ; en cas de liquidation judiciaire, le paiement n'est pas subordonné à cette condition (*C. com., art. L. 641-3, al. 2*).Enfin, à l'échéance du contrat poursuivi ou si l'administrateur a jugé inutile de continuer l'opération, le crédit-bailleur peut reprendre son bien. Pour cela, depuis la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, il n'a plus à faire reconnaître son droit de propriété. Si le crédit-bail a bien été publié avant le jugement d'ouverture de la procédure, il lui suffit de réclamer la restitution de son bien en adressant une lettre recommandée avec accusé de réception à l'administrateur, s'il en a été désigné un, ou à défaut au débiteur, et une copie au mandataire judiciaire (*C. com., art. L. 624-10 et R. 624-14*).

2 Utilité des garanties complémentaires

Parce que la location n'est qu'un élément de l'opération hybride, *sui generis*, qu'est le crédit-bail, la Cour de cassation refuse aux sociétés de financement agréées à cette fin le bénéfice du privilège mobilier spécial du bailleur d'immeuble[Note 207].En revanche, le paiement des loyers peut être garanti par toutes les sûretés conventionnelles classiques, personnelles comme réelles. Le recours à la propriété cédée à titre de garantie est également possible. Ainsi, dans l'hypothèse d'une sous-location (si le contrat de crédit-bail l'autorise), une cession Dailly des loyers dus par le sous-locataire au crédit-preneur peut-elle mettre le bailleur à l'abri d'impayés.

Bien souvent, la protection des intérêts du crédit-bailleur repose, en plus, sur les limites conventionnelles apportées à ses obligations, dont la validité est reconnue par la haute juridiction. Au nombre de ces garanties figurent, par exemple, la clause faisant supporter au crédit-preneur l'ensemble des travaux d'entretien et de réparation de l'immeuble[Note 208] et celle écartant la garantie du crédit-bailleur quant aux vices, même cachés[Note 209].

b) Les garanties accessoires au prêt immobilier

Lorsque le financement de l'acquisition d'un immeuble à usage professionnel revêt la forme d'un prêt, son remboursement est garanti par le privilège du prêteur de deniers (*C. civ., art. 2374, 2°*). Cette sûreté légale n'est nullement exclusive de garanties conventionnelles, qui peuvent s'y substituer ou s'y ajouter. Au sein des diverses garanties accessoires au prêt immobilier, il convient de distinguer les sûretés personnelles et réelles *stricto sensu*, dont l'efficacité mérite d'être comparée **(1)**, et les garanties, qui viennent utilement les compléter **(2)**.

1 Efficacité comparée des sûretés personnelles et réelles

Les prêts bancaires accordés aux entreprises pour acquérir des immeubles sont couverts par des sûretés réelles et/ou des cautionnements. Dans le cadre limité de cette étude, une comparaison exhaustive de l'efficacité de chacune des sûretés concernées ne saurait être menée. Il est possible en revanche de souligner les principaux atouts que présentent, pour les prêteurs, les sûretés personnelles fournies par des cautions professionnelles par rapport, non seulement aux cautionnements consentis par les dirigeants des sociétés débitrices, mais également au privilège du prêteur de deniers et à l'hypothèque conventionnelle.

Avantages du cautionnement professionnel sur le cautionnement du dirigeant de la société débitrice. - L'engagement personnel d'un dirigeant, en qualité de caution, diminue le risque de défaut de remboursement du prêt garanti en ce qu'il responsabilise le dirigeant dans sa gestion. En cas de défaillance d'une société à risques

limités, il permet en outre au créancier d'exercer son droit de gage général sur le patrimoine du dirigeant et de contourner par là même l'écran de la personnalité morale. Si le cautionnement fourni par une personne exerçant un pouvoir de direction et de contrôle sur la société débitrice présente d'indéniables intérêts, son efficacité n'égale pas celle des engagements consentis par des cautions professionnelles, qu'il s'agisse d'établissements de crédit, de sociétés de financement, en particulier les sociétés de caution mutuelle (Siagi, Socama, Saccef...) ou d'entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution.

Le premier avantage du cautionnement professionnel réside dans la solvabilité du garant. Elle réduit, si ce n'est supprime, le défaut consubstantiel des sûretés personnelles, qui confèrent à leur bénéficiaire, simple créancier chirographaire, ni droit de préférence, ni droit de suite sur les actifs du garant.

Le risque d'impayé est largement conjuré, en deuxième lieu, par le fait que les cautions professionnelles, soucieuses de leur image de marque et très souvent contre-garanties, honorent leurs engagements sans soulever de contestation.

Les moyens de défense dont elles disposent sont, quoi qu'il en soit, limités. C'est là une autre cause essentielle de supériorité du cautionnement professionnel sur celui du dirigeant de la société débitrice. Comme les cautions professionnelles sont des personnes morales rompues à la vie des affaires qui prennent des risques, en termes d'endettement, tout à fait mesurés, elles ne bénéficient pas des protections que la loi et la jurisprudence ont accordées ces trente dernières années aux cautions personnes physiques ou non averties. Les dirigeants cautions en profitent, à l'inverse, dans la mesure où la Cour de cassation refuse de distinguer au sein des personnes physiques là où les textes ne distinguent pas[Note 210] et où elle considère que la fonction de dirigeant ne suffit pas à établir la qualité de caution avertie[Note 211]. Contrairement aux cautions professionnelles, les dirigeants cautions peuvent dès lors ruiner l'efficacité de la sûreté en soulevant de multiples moyens de défense.Rappelons les principaux lorsque l'entreprise garantie est *in bonis* : la responsabilité du créancier pour défaut de mise en garde ; la nullité du cautionnement sous seing privé en cas de violation du formalisme imposé par l'article L. 331-1 du Code de la consommation*(ancien art. L. 341-2)* ; la décharge totale de la caution en cas de disproportion du cautionnement à ses biens et revenus (*C. consom., ancien art. L. 341-4 ; nouvel art. L. 332-1*) ; la déchéance des accessoires de la dette principale pour défaut d'information annuelle (*C. monét. fin., art. L. 313-22. – C. consom., ancien art. L. 341-6 ; nouvel art. L. 333-2*) ou défaut d'information sur la défaillance du débiteur (*C. consom., ancien art. L. 341-1 ; nouvel art. L. 333-1*).

Les moyens de défense réservés par le droit des entreprises en difficulté aux garants personnes physiques sont également nombreux, principalement dans le cadre d'une procédure de sauvegarde[Note 212] : l'inopposabilité des créances non déclarées (*C. com., art. L. 622-26*) ; l'arrêt du cours des intérêts (*C. com., art. L. 622-28*) ; l'opposabilité des remises et délais inscrits dans le plan de sauvegarde (*C. com., art. L. 626-11*) ; l'arrêt des poursuites pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement, voire les deux années suivantes (*C. com., art. L. 622-28 et L. 631-14*).Le cautionnement professionnel est donc plus efficace que l'engagement personnel du dirigeant de la société débitrice. À divers égards, il protège également mieux les intérêts des financeurs qu'une sûreté inscrite sur l'immeuble acquis par l'emprunteur.

Avantages du cautionnement professionnel sur l'hypothèque et le privilège du prêteur de deniers. - Le prêt accordé à une entreprise pour acquérir un immeuble peut être garanti par une sûreté grevant ledit bien, qu'elle soit accordée par la loi – le privilège du prêteur de deniers – ou d'origine conventionnelle – l'hypothèque. L'un et l'autre offrent aux créanciers moins de souplesse et de sécurité qu'un cautionnement professionnel[Note 213].

Il en va ainsi dès la constitution de la sûreté. L'hypothèque et le privilège du prêteur de deniers sont soumis à des conditions de validité et d'opposabilité aux tiers contraignantes – acte notarié et publicité foncière – qui n'ont pas d'équivalent en matière de sûretés personnelles. Ce formalisme a un coût[Note 214] bien souvent supérieur à celui d'un cautionnement professionnel[Note 215]. Or, si le coût de la sûreté est supporté par le débiteur, il importe également au créancier, puisqu'il impacte le taux effectif global du crédit.

Quant aux créances couvertes, la souplesse est également plus grande en présence d'un cautionnement professionnel. N'étant pas soumis à l'article L. 331-1 (*ancien art. L. 341-2*) du Code de la consommation, il n'a pas à être limité en montant et peut donc couvrir à la fois des dettes déterminées, tel un prêt immobilier, et des dettes indéterminées, voire l'ensemble des dettes futures de l'entreprise à l'égard du bénéficiaire, pour un montant illimité. Les sûretés réelles sont quant à elles assujetties à un principe de spécialité, qui impose une identification précise de la dette couverte[Note 216], ce qui les empêche de garantir des dettes futures indéterminées (*C. civ., art. 2421, 2423, 2374, 2°*)[Note 217]. Il est vrai que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a assoupli la spécialité de l'hypothèque quant aux créances garanties en consacrant son rechargement et que l'hypothèque rechargeable, abrogée par la loi relative à la consommation n° 2014-344 du 17 mars 2014, a été réintroduite dans les relations d'affaires par la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014. Toutefois, compte tenu du strict encadrement dont font l'objet l'hypothèque rechargeable et les éventuels rechargements (*C. civ., art. 2422. – C. com., art. L. 526-5*)[Note 218], le cautionnement professionnel *omnibus* reste plus souple.

À l'aune des créances garanties, un autre avantage du cautionnement par rapport aux sûretés réelles doit être relevé. Il concerne l'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce, qui permet à titre exceptionnel, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, d'engager la responsabilité du créancier et d'annuler ou réduire les garanties, à la double condition que les garanties soient disproportionnées aux concours consentis et que ceux-ci soient eux-mêmes fautifs[Note 219]. Cette disposition risque de compromettre l'efficacité des sûretés réelles, car la disproportion dont il s'agit peut être établie dès que la valeur du bien grevé excède manifestement le crédit garanti. Au contraire, un cautionnement ne saurait être disproportionné au crédit, puisque son caractère accessoire renforcé interdit que l'engagement de la caution, même s'il est illimité, excède la dette principale (*C. civ., art. 2290*).

En cas de réalisation de la sûreté, le cautionnement professionnel peut également se révéler plus protecteur du fournisseur de crédit qu'un privilège du prêteur de deniers ou qu'une hypothèque. L'efficacité de ce cautionnement repose, en pratique, sur le paiement à première demande du garant professionnel, qui dispense les créanciers d'exercer des voies d'exécution. La mise en œuvre du privilège du prêteur de deniers ou de l'hypothèque conventionnelle, qu'elle prenne la forme d'une saisie immobilière suivie d'une vente ou d'une attribution judiciaire ou même d'un pacte commissoire (*C. civ., art. 2458 à 2460*[Note 220]), est plus longue, complexe, coûteuse et incertaine.

Si l'entreprise débitrice fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, la supériorité du cautionnement professionnel sur les sûretés réelles immobilières ici envisagées est encore plus évidente. En effet, l'efficacité de la sûreté personnelle n'est nullement affectée par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde lorsque le garant est une personne morale[Note 221]. Dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, le paiement du garant, quelle que soit sa qualité, ne peut être retardé ou diminué, ni par le défaut de déclaration de la créance (*C. com., L. 631-14, al. 7*), ni par l'arrêt du cours des intérêts (*C. com., art. 631-14, al. 7*), ni sur le fondement des dispositions du plan de redressement (*C. com., art. L. 631-20*).L'efficacité des sûretés réelles inscrites sur les biens de l'entreprise avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pâtit en revanche sérieusement de la discipline collective que la loi y fait régner. Le paiement du créancier hypothécaire peut être empêché par les nullités de la période suspecte (*C. com., art. L. 632-1, I, 6° et L. 632-2, al. 1er*). Il peut également être entravé, tout comme celui du prêteur de deniers privilégié, par l'arrêt des inscriptions au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective (*C. com., art. L. 622-30*), par l'inopposabilité sanctionnant le défaut de déclaration des créances et sûretés (*C. com., art. L. 622-25, al. 1er et 622-26*), par l'interdiction du paiement des créances antérieures (*C. com.,*

art. L. 622-7, I, L. 631-14 et L. 641-3), par la neutralisation de l'attribution judiciaire des immeubles grevés[Note 222], ainsi que du pacte commissoire (*C. com., art. L. 622-7, I, al. 3, L. 631-14, al. 1er et L. 641-3*), par l'interdiction des poursuites individuelles (*C. com., art. L. 622-21 et L. 631-14*), par la consignation du prix de l'immeuble grevé en cas de vente au cours de la période d'observation ou en exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (*C. com., art. L. 622-8 et L. 626-22*), par les règles de classement des droits de préférence propres au droit des entreprises en difficulté (*C. com., art. L. 622-17 et L. 641-13*), par l'effacement des dettes antérieures au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel lors de la clôture de celle-ci (*C. com., art. L. 645-11*) et enfin par l'absence de reprise des poursuites individuelles contre le débiteur personne physique après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif (*C. com., art. L. 643-11, I*). Cette longue liste de chausse-trappes est incontestablement de nature à détourner les fournisseurs de prêts immobiliers aux entreprises de l'hypothèque conventionnelle et du privilège du prêteur de deniers, au profit du cautionnement professionnel.

Il convient cependant de rappeler qu'il est dangereux pour un prêteur de deniers servant à l'acquisition d'un immeuble de ne pas inscrire son privilège lorsque le prêt est également garanti par un cautionnement, car la caution, quelle que soit sa qualité, peut alors être déchargée sur le fondement de l'exception de défaut de subrogation prévue par l'article 2314 du Code civil[Note 223]. Ce texte étant d'ordre public depuis la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, les cautions ne peuvent renoncer par avance à s'en prévaloir. Mais, en pratique, les cautions professionnelles ne l'invoquent pas lorsqu'elles sont appelées en paiement, surtout s'il s'agit d'une société de caution mutuelle, filiale du prêteur !

2 Utilité des garanties complémentaires

Pour conforter les sûretés classiques envisagées précédemment, deux types de garanties sont particulièrement utiles en matière de prêt immobilier aux entreprises : les obligations accessoires à l'obligation principale de remboursement et la garantie de la banque publique d'investissement Bpifrance

Obligations accessoires à l'obligation principale de remboursement. - Dans les conditions générales où des clauses de style des contrats de financement, soustraites à la négociation, sont fréquemment mises à la charge des emprunteurs des obligations accessoires à l'obligation principale de remboursement, qui confèrent un droit de regard ou de veto au prêteur, protecteur de ses intérêts. Ces garanties dites « négatives » ou « indirectes »[Note 224], plus souples, discrètes et moins coûteuses que les sûretés ordinaires, viennent utilement les compléter.Certaines sont destinées à informer le financeur sur l'évolution de son risque au cours de l'exécution du contrat de crédit. Il en va ainsi de l'obligation de lui remettre régulièrement des documents comptables, de l'obligation de l'informer des transformations juridiques que connaît l'entreprise ou, plus largement, des faits et actes susceptibles d'affecter le patrimoine de l'entreprise ou sa capacité de rembourser les concours consentis.D'autres visent à préserver le droit de gage général du prêteur, tel qu'il existe lors de l'octroi du prêt. L'obligation de souscrire des assurances déterminées en fournit une illustration.L'emprunteur peut aussi s'engager à conférer, à l'avenir, de nouveaux droits au financeur. La clause *pari passu* l'oblige ainsi, pour le cas où il viendrait à constituer une sûreté réelle en garantie d'une nouvelle dette (dont lui-même ou un tiers serait débiteur), à faire bénéficier le prêteur de la même sûreté[Note 225].Des obligations de ne pas faire sont également à même d'accroître les chances de désintéressement du distributeur de crédit (par exemple, l'interdiction de réaliser certains investissements ou certaines opérations de restructuration). La plus répandue est certainement l'obligation de ne pas louer, ni aliéner (vendre, échanger, apporter en société, hypothéquer...), pendant la durée du financement, l'immeuble qui en est l'objet, sauf accord préalable du prêteur.

En cas de non-respect de ces diverses obligations accessoires à l'obligation principale de remboursement du prêt, plusieurs sanctions préservent les droits du créancier. Le plus souvent, la déchéance du terme suspensif est expressément prévue dans le contrat. À défaut, le créancier peut exiger le remboursement anticipé sur le

fondement de l'article 1188 du Code civil, qui évoque la diminution des « sûretés », mais que la jurisprudence accepte d'appliquer à la perte d'une garantie[Note 226]. La déchéance du terme empêche d'accorder ou de maintenir des délais de grâce (*CPC, art. 512*). De surcroît, si la violation des obligations accessoires cause un dommage au prêteur (notamment s'il est primé par un nouveau créancier en conséquence du manquement à l'obligation de traitement égal ou s'il ne peut saisir un bien vendu malgré une clause d'inaliénabilité), il peut obtenir réparation grâce à la mise en cause de la responsabilité contractuelle du débiteur et/ou de la responsabilité extracontractuelle du tiers ayant participé à la violation du contrat.

Sous réserve de ne pas porter une atteinte excessive aux droits fondamentaux de l'entreprise financée, spécialement à son droit de propriété[Note 227], d'être proportionnées aux concours consentis (à défaut de quoi l'article L. 650-1 du Code de commerce pourrait jouer) et d'être mises en œuvre de bonne foi[Note 228], les obligations accessoires à l'obligation de remboursement du prêt confortent donc la protection des financeurs.

Garantie *Bpifrance*. - La banque publique d'investissement *Bpifrance* participe au financement des entreprises, notamment par l'octroi de garanties[Note 229]. Afin d'inciter les banques à financer les ETI, PME et TPE dans les opérations les plus risquées, dont l'investissement immobilier fait partie, *Bpifrance* partage avec elles le risque de perte finale, dans la limite de la quotité garantie, généralement comprise entre 40 et 60 % des crédits consentis. La garantie *Bpifrance* ne se substitue pas aux sûretés usuelles. Elle vient s'ajouter aux cautionnements (celui fourni par les dirigeants et associés s'en trouve limité[Note 230]) et/ou aux sûretés portant sur les biens de l'entreprise financée. Ainsi, lorsque l'entreprise ne parvient pas à rembourser les crédits accordés par la banque garantie[Note 231], cette dernière doit-elle d'abord mettre en œuvre ses sûretés et garanties traditionnelles et ensuite, si ces poursuites n'ont pas permis un entier paiement, appeler *Bpifrance*, qui prend alors en charge le remboursement du solde du prêt, au prorata de sa part de risque.

Diverses sûretés et garanties complémentaires confortent donc efficacement les financements d'acquisitions immobilières (sous la forme d'un crédit-bail ou d'un prêt) accordés aux entreprises. D'autres sûretés et garanties jouent un rôle déterminant dans l'autre espèce de financement mettant en jeu des immeubles à usage professionnel, à savoir le financement par l'externalisation immobilière.

2° Le financement par l'externalisation immobilière

À condition d'être propriétaire d'immeubles inscrits à l'actif de son bilan et non grevés d'un passif susceptible d'absorber la majeure partie de leur valeur, une entreprise peut externaliser ces biens afin d'obtenir de la trésorerie (par exemple, pour mener une opération de recherche et développement) ou acquérir d'autres biens plus adaptés à son activité ou encore payer ses dettes (pour obtenir plus facilement des crédits ou éviter la cessation des paiements)[Note 232]. Des garanties sont présentes dans les deux formes d'externalisation que sont, d'une part, l'aliénation des actifs immobiliers et, d'autre part, la conclusion de sûretés immobilières. Dans le premier cas, des garanties confortent les cessions immobilières, vecteurs de financements **(a)** . Dans le second cas, ce sont les garanties elles-mêmes qui constituent les leviers du crédit **(b)** .

a) Les garanties confortant les cessions immobilières

Deux hypothèses de cession immobilière méritent l'attention en ce qu'elles mettent en cause des garanties originales. Il s'agit de la cession anticipée par un prêt relais **(1)** et de la cession accompagnée d'une mise à disposition des immeubles aliénés au profit de l'entreprise **(2)** .

1 Cession anticipée par un prêt relais

L'hypothèse est celle d'une acquisition financée par la vente d'un bien immobilier, dont l'apport se trouve anticipé par un prêt relais. Dans ce type de montage, le remboursement des fonds avancés par la banque dans l'attente de la vente peut être couvert, non seulement par les sûretés et garanties accessoires au prêt immobilier envisagées précédemment, mais aussi par un mécanisme innomé bien connu de la pratique bancaire et notariale, l'ordre irrévocable de versement.L'emprunteur donne d'abord l'ordre à un notaire de prélever sur le prix de la cession immobilière à venir les sommes dues à la banque ayant octroyé le prêt relais et de les lui verser ; ensuite, le notaire confirme à la banque qu'il exécutera cet ordre ; enfin, lorsque ce notaire reçoit le prix de vente, il exécute l'ordre de versement, sous réserve que les fonds ne soient pas rendus indisponibles par la situation hypothécaire du bien, une saisie ou encore une procédure collective ouverte au bénéfice du vendeur-emprunteur.L'ordre irrévocable de versement constitue une garantie dont la constitution est simple et peu onéreuse (les notaires acceptent bien souvent ce type de mission sans demander de rémunération[Note 233]) et dont la réalisation est également aisée.

Son efficacité se trouve cependant subordonnée à la qualification de l'opération. Il importe en effet que l'ordre donné par l'emprunteur au notaire et l'acceptation de celui-ci soient rédigés avec suffisamment de clarté pour constituer, non pas une garantie personnelle[Note 234] ou un mandat irrévocable[Note 235], mais un dépôt avec indication de la personne à laquelle la chose déposée doit être restituée (*C. civ., art. 1937*) et renonciation du déposant au droit d'exiger la restitution à tout moment (*C. civ., art. 1944*).Notons cependant que, même si cette dernière qualification est retenue, l'efficacité de l'ordre irrévocable de versement se trouve ruinée si l'entreprise use de sa liberté de choix du notaire[Note 236], que l'ordre en question ne supprime pas[Note 237], pour faire instrumenter la vente de son immeuble par un autre officier public que celui ayant reçu l'ordre de verser le prix de cession à la banque ayant accordé le prêt relais.

2 Cession accompagnée d'une mise à disposition des biens cédés

Pour se procurer des liquidités, une entreprise peut vendre ses actifs immobiliers, sans toutefois renoncer définitivement à tous ses droits à leur égard s'ils présentent encore un intérêt pour son activité. La cession s'accompagne à cette fin d'une mise à disposition des biens aliénés, soit actuelle, soit facultative. Les deux types d'opérations financières dont il s'agit intègrent, au profit de l'acquéreur-financeur, une garantie fondée sur la propriété, dont l'efficacité est comparable à celle détaillée plus haut du crédit-bail[Note 238].

D'une part, la cession peut laisser à l'entreprise venderesse l'usage et la jouissance de l'immeuble aliéné s'il est indispensable à la poursuite de l'exploitation. Sont aujourd'hui principalement concernés les murs de bureaux, d'hôtellerie, d'activités de santé et de loisirs. Ce montage se rencontre lorsque la vente est conclue avec un investisseur privé (tel un loueur en meublé professionnel) ou institutionnel (comme une société immobilière d'investissement cotée, un organisme de placement collectif immobilier, un fonds d'investissement, une entreprise d'assurance), qui consent concomitamment une location simple. Le paiement des loyers est alors garanti par le droit de propriété de l'acquéreur-bailleur sur l'immeuble loué, efficace même en cas de procédure collective de l'entreprise locataire. Un autre montage procure une protection identique au financeur. Il s'agit de la cession-bail immobilière (*lease-back*), forme particulière de crédit-bail, dans laquelle l'entreprise transfère la propriété d'un bien et le rachète progressivement, grâce à une location assortie d'une promesse unilatérale de vente.

D'autre part, la cession peut avoir lieu sans mise à disposition immédiate de l'immeuble au profit de l'entreprise venderesse, mais avec la possibilité pour celle-ci d'en redevenir propriétaire. Le montage ici envisagé est la vente avec faculté de rachat moyennant le remboursement par le vendeur à l'acquéreur du prix et des frais visés par l'article 1673 du Code civil. Cette vente à réméré[Note 239] présente, en tant que mode de financement, de sérieux inconvénients[Note 240]. Elle offre en revanche une garantie efficace à l'acquéreur-financeur. En effet, ce dernier est pleinement propriétaire tant que le vendeur n'a pas exercé sa faculté de rachat. Si le vendeur-emprunteur ne peut exercer cette faculté, l'acquéreur-prêteur conserve la propriété du bien (*C. civ., art. 1662*), sans avoir à mettre en œuvre la moindre voie d'exécution et sans entrer en concours avec les créanciers du vendeur[Note 241] et ce, même dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

b) Les garanties immobilières favorisant le crédit

La constitution de garanties immobilières est un mode d'externalisation des actifs augmentant les chances des entreprises d'accéder au crédit, d'en accroître le montant ou d'en diminuer le coût[Note 242]. Pour favoriser la satisfaction des besoins et la réalisation des projets que le crédit conditionne, il importe de proposer au financeur, d'une part, des sûretés immobilières **(1)** , d'autre part, des garanties complémentaires **(2)** , susceptibles de renforcer ses chances de paiement.

1 Efficacité comparée des sûretés immobilières

Si une entreprise ne peut bénéficier d'un financement qu'en affectant en garantie un ou plusieurs de ses biens immobiliers, la question se pose de savoir quelles sûretés sont les mieux à même de satisfaire les intérêts du dispensateur de crédit. L'hypothèque est mise en avant dans la documentation portant sur le crédit professionnel (la consultation des sites Internet dédiés au financement des entreprises est à cet égard éloquente). Deux autres sûretés immobilières conventionnelles sont au contraire passées sous silence, alors qu'elles présentent des avantages pour le créancier que n'offre justement pas l'hypothèque. Il s'agit du gage immobilier et de la fiducie.

Avantages du gage immobilier. - Le gage immobilier (traditionnellement dénommé antichrèse) se distingue de l'hypothèque par la mise en possession du créancier (*C. civ., art. 2387*). Cette formalité essentielle retire au débiteur l'usage et la jouissance de l'immeuble grevé ; elle diminue aussi son crédit. Du côté du créancier, elle présente l'inconvénient de mettre à sa charge l'entretien et la conservation du bien affecté en garantie. Ces défauts peuvent toutefois être évincés puisqu'est permise la conclusion d'un bail au profit du constituant. Le créancier demeure alors possesseur, mais par une fiction de la loi (*C. civ., art. 2390*[Note 243]). En outre, la mise en possession du gagiste, réelle ou fictive, lui procure un droit de rétention (*C. civ., art. 2391*), qui lui permet d'être désintéressé sans entrer en concours avec les autres créanciers du constituant.

Le droit des entreprises en difficulté conforte cette efficacité à plusieurs égards. Dans les différentes procédures collectives, le paiement hors concours du créancier rétenteur est admis moyennant la restitution du bien effectivement retenu et utile à l'entreprise (sauvegarde : *C. com., art. L. 622-7, II, al. 2*. – redressement judiciaire : *C. com., art. L. 631-14*. – liquidation judiciaire : *C. com., art. L. 641-3 al. 2 et L. 642-12, al. 5*). Dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire, le droit de rétention, qu'il soit réel ou fictif, est de plein droit reporté sur le prix de la vente réalisée par le liquidateur (*C. com., art. L. 642-20-1*). Avant cette vente, certains créanciers peuvent demander au juge-commissaire l'attribution judiciaire du bien sur lequel repose leur garantie (*C. com., art. L. 642-20-1, al. 2*). Ce mode de réalisation hors concours bénéficie aux gagistes, mais pas aux créanciers hypothécaires. Dans la mesure où la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a rebaptisé l'antichrèse en gage immobilier, l'attribution judiciaire devrait lui être applicable. Compte tenu de ces sérieux atouts, l'antichrèse pourrait sortir de l'ombre de l'hypothèque.

Avantages de la fiducie-sûreté immobilière. - La fiducie immobilière (*C. civ., art. 2488-1 à 2488-5*, issus de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009) est aujourd'hui en retrait de l'hypothèque, alors qu'elle procure davantage de sécurité au créancier.Tout d'abord, avant son éventuelle réalisation, la fiducie est non seulement une sûreté, mais également une technique d'administration des biens[Note 244] à même de protéger les intérêts du constituant comme ceux du créancier. En effet, le fiduciaire dispose de pouvoirs sur les biens qui lui sont transférés, permettant d'en obtenir la meilleure rentabilité possible. Il peut ainsi louer les immeubles fiduciés et recouvrer les loyers. Ces revenus peuvent être affectés au remboursement de la dette (ou simplement des intérêts en présence d'un prêt *in fine*) si le créancier est désigné bénéficiaire dans l'acte de fiducie.

La protection du créancier repose ensuite sur l'existence d'un patrimoine d'affectation, autonome de celui du constituant et de celui du fiduciaire (*C. civ., art. 2011*). En conséquence de cette séparation des patrimoines, les créanciers personnels du fiduciant ne peuvent saisir les biens placés en fiducie, sauf à être « *titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant* » (*C. civ., art. 2025, al. 1er*). Au cours de la vie de la fiducie, son bénéficiaire est donc, dans une large mesure, à l'abri d'un concours avec d'autres créanciers du fiduciant.

En cas de réalisation de la fiducie, il est encore plus manifeste que le bénéficiaire est mieux protégé qu'un créancier hypothécaire. La mise en œuvre de la fiducie-sûreté est simple, rapide et peu coûteuse. Effectivement, si le créancier est le fiduciaire, la défaillance du débiteur suffit à lui faire acquérir *« la libre disposition du bien cédé à titre de garantie »* et, s'il ne l'est pas, soit le fiduciaire lui remet le bien dont il peut alors librement disposer, soit le fiduciaire vend le bien (puisqu'il en est le propriétaire, les voies de la saisie immobilière n'ont pas à être empruntées) et lui remet tout ou partie du prix (*C. civ., art. 2488-3*). Notons que, dans cette dernière hypothèse, le paiement du créancier peut même précéder la vente des biens fiduciés si le fiduciaire s'est porté garant (caution ou garant autonome) du crédit alloué au constituant et qu'il est contre-garanti sur l'actif fiduciaire. La mise en œuvre de la fiducie-sûreté est en tout état de cause plus efficace que celle d'une hypothèque, puisque le droit de propriété sur les biens transférés à titre de garantie confère une exclusivité au bénéficiaire sur les biens eux-mêmes ou le prix de leur vente, là où les créanciers hypothécaires jouissent uniquement d'un droit de préférence.

Enfin, si l'entreprise constituante fait l'objet d'une procédure collective après la conclusion de la fiducie, les chances de paiement du bénéficiaire varient certes, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, selon la procédure ouverte et l'existence ou non d'une mise à disposition des biens fiduciés au profit du constituant, mais demeurent plus élevées que celles des créanciers hypothécaires. En effet, dans le cadre d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement « *pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* » (*C. com., art. L. 622-7 et L. 631-14*). Dans ces deux procédures, la fiducie-sûreté est donc pleinement efficace si les biens sont en la possession du fiduciaire ou d'un tiers convenu ; elle se trouve en revanche neutralisée si une convention de mise à disposition en a laissé l'usage et la jouissance au constituant (*C. com., art. L. 622-23-1 et L. 622-13, VI*). En cas de liquidation judiciaire, la fiducie, qu'elle soit avec ou sans dépossession, est très protectrice des intérêts du bénéficiaire, non seulement parce qu'elle jouit d'une immunité face au plan de cession dont ne profitent pas les sûretés réelles classiques (*C. com., art. L. 642-7, al. 6 et L. 642-12*), mais encore parce que le fiduciaire peut la mettre en œuvre immédiatement et librement en cédant les biens qui lui ont été transférés (le désintéressement s'opère, là encore, hors concours, sur le prix de cession), alors qu'un créancier hypothécaire ne peut se prévaloir, ni d'un pacte commissoire, ni d'une attribution judiciaire, pour échapper à la concurrence des autres créanciers sur le produit de la réalisation des actifs de l'entreprise par les organes de la procédure collective.Pour toutes ces raisons, la fiducie-sûreté mériterait d'occuper une plus grande place dans le financement des entreprises.

2 Utilité des garanties complémentaires

En vue de faciliter l'octroi de crédit ou d'en diminuer le coût, des accords peuvent être conclus dès la constitution d'une sûreté immobilière ou ultérieurement, soit entre les parties, soit entre les créanciers du constituant.

Stipulations du contrat de sûreté. - Au rang des garanties complémentaires stipulées dans le contrat de sûreté immobilière lui-même, peuvent d'abord être citées les obligations mises à la charge du constituant, visant la préservation du bien qui en est l'objet, lorsqu'il en demeure possesseur. Par exemple, l'obligation de le conserver dans un certain état, l'obligation d'assurance couvrant des dommages immatériels et indirects, telles les pertes d'exploitation ou de loyer en cas de sinistre, ou encore l'obligation de faire connaître au financeur les transformations d'ordre juridique que subit le bien affecté en garantie. Ces obligations inscrites dans le contrat de

sûreté présentent une utilité comparable à celle, exposée plus haut, des obligations stipulées dans les prêts immobiliers[Note 245].

Les contrats d'hypothèque et de fiducie peuvent par ailleurs prévoir une clause de rechargement (*C. civ., art. 2422 et 2488-5*). Les établissements de crédit n'y semblent toutefois guère favorables, bien que l'effet rétroactif de l'inscription de la convention de rechargement, à la date de l'inscription initiale, ne préjudicie pas au créancier originaire (s'il n'a pas encore été payé, le bénéficiaire du rechargement n'arrive qu'au second rang). La raison en est que l'octroi de crédits professionnels est fréquemment subordonné, non seulement à la conclusion d'une sûreté de premier rang, mais également à l'interdiction faite à l'entreprise débitrice de procéder à des inscriptions subséquentes sur l'immeuble donné en garantie[Note 246].

Accords entre les financeurs. - En pratique, le bénéfice du premier rang, qui accroît notablement les chances de paiement, procède d'accords entre les créanciers.Dans l'hypothèse particulière du refinancement d'un prêt immobilier, la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* de l'article 1250, 1° du Code civil est particulièrement utile. Outre qu'elle n'est elle-même soumise à aucun formalisme[Note 247] et que son coût est très faible en comparaison de celui d'une inscription hypothécaire[Note 248], elle présente l'avantage pour le nouveau financeur de se voir transférer les *« droits, actions, privilèges ou hypothèques »* du créancier désintéressé contre le débiteur. L'établissement refinançant un prêt immobilier profite ainsi de l'antériorité des inscriptions prises au bénéfice du premier créancier et prime les créanciers inscrits depuis le premier prêt.

De manière plus générale, un nouveau financeur peut accéder au premier rang grâce à une cession d'antériorité, qui conduit à intervertir les rangs respectifs du cédant et du cessionnaire (*C. civ., art. 2424, al. 2*). À condition d'être mentionnée en marge de l'inscription hypothécaire prise par le cédant (*C. civ., art. 2430*), cette cession est efficace, à concurrence des droits de celui-ci.

Dans les financements immobiliers, les sûretés et garanties sont donc nombreuses et variées.Lorsque le financement a pour objet l'acquisition d'immeubles à usage professionnel, certaines offrent des avantages particuliers. Tel est le cas du crédit-bail immobilier, du cautionnement professionnel, des obligations accessoires mises à la charge de l'emprunteur et de la garantie de *Bpifrance*.Lorsque le financement repose sur l'externalisation immobilière, d'autres sûretés et garanties sont de nature à renforcer la sécurité du créancier. Il en va ainsi de l'ordre irrévocable de versement du prix d'une vente anticipée par un prêt relais, de la propriété retenue à titre de garantie dans les opérations de cession suivie d'une location, du gage immobilier, de la fiducie, de la subrogation *ex parte creditoris* ou encore de la cession d'antériorité.Le choix entre ces différents mécanismes doit être fondé sur les besoins et attentes spécifiques des parties. C'est à cette condition que les garanties et sûretés peuvent être pleinement efficaces, c'est-à-dire *in abstracto* et *in concreto*[Note 249].

Note 203 Sur les facteurs d'efficacité des sûretés, *V. M. Bourassin, L'efficacité des garanties personnelles : LGDJ 2006. – Ph. Dupichot, L'efficience économique du droit des sûretés personnelles : LPA 14 avr. 2010, n° 74, p. 3 ; et L'efficience économique du droit des sûretés réelles : LPA 16 avr. 2010, n° 76, p. 7.*

Note 204 La clause de réserve de propriété en est une autre. Elle ne sera pas étudiée ici, non seulement parce qu'elle est peu utilisée en matière immobilière (sur les réserves de la pratique notariale à son encontre, V. *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, *112e Congrès des Notaires de France, 2016 : LexisNexis*), mais également parce que le vendeur garanti n'est pas le financeur de l'acquisition immobilière.

Note 205 L'opposabilité du droit de propriété du crédit-bailleur à ces créanciers et aux ayants-cause du crédit-preneur est toutefois subordonnée au respect des formalités de publicité foncière lorsque la durée de location est supérieure à douze ans (*C. monét. fin., art. L. 313-10. – D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28 et 37*).

Note 206 Avant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, ce texte exigeait, en plus de la poursuite de l'activité, l'infériorité du montant du paiement à la valeur vénale du bien objet du contrat. La réforme a supprimé cette seconde condition.

Note 207 *Cass. com., 9 avr. 1991 : Bull. civ. 1991, IV, n° 124.*

Note 208 *Cass. 3e civ., 13 avr. 2010, n° 08-18.308.*

Note 209 *Cass. 3e civ., 15 janv. 2003 : Bull. civ. 2003, III, n° 5.*

Note 210 Sur l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, V. *Cass. com. 25 mai 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 203.* – Sur les anciens articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation (nouveaux art. L. 331-1 et L. 331-2), V. *Cass. com., 10 janv. 2012 : Bull. civ. 2012, IV, n° 2*. – Sur l'ancien article L. 341-4 du Code de la consommation, (nouvel art. L. 332-1), V. *Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-69.203.*

Note 211 *Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20.216 : JurisData n° 2016-005362* au sujet de l'obligation précontractuelle de mise en garde.

Note 212 Dans les autres procédures, la qualité de garant personne physique est au contraire largement indifférente. Dans la procédure de conciliation, les protections offertes aux garants ne sont pas limitées aux personnes physiques (*C. com., art. L. 611-7 et L. 611-10-2*). Dans la procédure de redressement judiciaire, des protections sont refusées aussi bien aux garants personnes morales que personnes physiques (V. *infra n° 151*). Après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ou celle du rétablissement professionnel, tous les garants ayant exécuté leur engagement ont le droit d'agir contre le débiteur personne physique (*C. com., art. L. 643-11, II et L. 645-11*).

Note 213 Pour des comparaisons privilégiant le point de vue du débiteur, V. spéc. *Y. Delecraz et M. Chetaille, Caution mutuelle ou hypothèque : faire le bon choix : RJDA 2011, n° 5, p. 355. – Ph. Dupichot, Les sûretés du financement d'acquisition immobilière : JCP N 2015, 1095. – J.-L. Mangel, Les sûretés et la pratique notariale : JCP N 2012, 1336. – Le financement, 107e Congrès des Notaires de France : éd. ACNF 2011, n° 1223 s.*

Note 214 Émoluments du notaire ; frais de publicité – contribution de sécurité immobilière s'élevant à 0,05 % du principal et des accessoires du prêt ; taxe de publicité foncière correspondant à 0,715 % du montant garanti, due en cas d'inscription d'une hypothèque et non du privilège du prêteur de deniers ; frais d'une éventuelle mainlevée.

Note 215 Enregistrement de l'acte sous seing privé au droit fixe de 125 euros ; rémunération de la caution professionnelle sous la forme d'une commission de risques proportionnelle au montant du prêt garanti ; en présence d'un cautionnement avec mutualisation du risque de crédit, contribution à un fonds mutuel de garantie dont le taux, variable en fonction du type et du montant du crédit, est restituée si le crédit est remboursé, sans être toutefois réévaluée en fonction de l'inflation.

Note 216 Le privilège du prêteur de deniers couvre seulement les fonds affectés à l'acquisition même de l'immeuble, et non les sommes prêtées pour payer, par exemple, les frais de notaire ou réaliser des travaux, et il garantit uniquement trois années d'intérêts au même rang que le principal (*C. civ., art. 2432)*.

Note 217 *D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 55 : JO 15 oct. 1955, p. 10125.*

Note 218 *D. n° 2007-201, 15 févr. 2007 : JO 16 févr. 2007, p. 2853.*

Note 219 *Cass. com., 27 mars 2012 : Bull. civ. 2012, IV, n° 62.*

Note 220 La loi n° 2007-212 du 20 février 2007 a étendu ces règles portant sur la réalisation de l'hypothèque conventionnelle aux privilèges immobiliers spéciaux.

Note 221 V. *supra n° 145* les moyens de défense reconnus, dans cette procédure, aux seuls garants personnes physiques.

Note 222 V. *infra n° 169* l'attribution judiciaire des seuls biens gagés, dans le cadre de la procédure de liquidation.

Note 223 *Cass. 1er civ., 3 avr. 2007 : Bull. civ. 2007, I, n° 138.*

Note 224 V. not. *J. Attard, L'indisponibilité utilisée à titre de sûreté : RLDA 2013, n° 86, p. 88. – Y. Chaput : JCl. Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 790. –M. Vasseur, Les garanties indirectes du banquier : RJC 1982, n° 2, p. 104. – Le financement, 107e Congrès des Notaires de France : éd. ACNF 2011, n° 2257 s.*

Note 225 Très dangereuse pour le débiteur, puisqu'elle limite singulièrement l'accès à de nouveaux crédits, cette clause de traitement égal est cependant validée de longue date par la jurisprudence (V. not. *T. com. Seine, 16 juill. 1924 : Journ. sociétés 1926, p. 675*).

Note 226 *Cass. 1re civ., 9 mai 1994 : Bull. civ. 1994, I, n° 171*, au sujet du remboursement d'un prêt conforté, non par une sûreté *stricto sensu*, mais par des prélèvements directs sur salaires.

Note 227 Pour éviter l'annulation d'une clause d'inaliénabilité, un intérêt sérieux et légitime doit, comme en matière de libéralités (*C. civ., art. 900-1*), être mentionné clairement dans la clause elle-même (*Cass. 1er civ., 13 déc. 2005, n° 04-13.772 : JurisData n° 2005-031341, a contrario*).

Note 228 Les clauses résolutoires sont privées d'efficacité si elles sont mises en jeu de mauvaise foi par le créancier (*Cass. 1re civ., 31 janv. 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 57*). Les clauses étudiées ici, particulièrement celle prévoyant la déchéance du terme, devraient subir le même sort.

Note 229 En 2014, sur les 21,7 milliards d'euros mobilisés par Bpifrance pour les entreprises, les crédits bancaires garantis ont représenté 7,8 milliards. V. www.bpifrance.fr .

Note 230 La garantie de Bpifrance est protectrice des dirigeants et associés de la société débitrice, non seulement parce qu'elle limite leur cautionnement à 50 % de l'encours du crédit, mais aussi car elle rend insaisissable le logement leur servant de résidence principale.

Note 231 Dans les conditions générales de garantie, il est exigé que la défaillance de l'entreprise dans le cadre des opérations de crédit ou de crédit-bail s'accompagne d'un redressement judiciaire, d'une liquidation judiciaire ou de la résiliation du crédit décidée d'un commun accord par la banque et Bpifrance.

Note 232 Sur les choix stratégiques qui motivent l'externalisation des actifs immobiliers, V. *Ph. Raimbourg et M. Boizard, Ingénierie financière, fiscale et juridique 2015-2016 : Dalloz action 2015, 3e éd., n° 321 s.*

Note 233 V. *Le financement, 107e Congrès des Notaires de France : éd. ACNF, 2011, n° 4028 s.*

Note 234 Il est interdit aux notaires, en raison de leur statut d'officier public, « *de se constituer garants ou cautions, à quelque titre que ce soit, des prêts à la négociation desquels ils auraient participé, comme aussi de ceux dont les actes seraient dressés par eux ou avec leur participation* » (*D. n° 45-0117, 19 déc. 1945, art. 13, 6° : JO 22 déc. 1945, p. 8478*).

Note 235 La qualification de mandat est inappropriée dans la mesure où le notaire accomplit des tâches matérielles (perception du prix de la vente immobilière et versement au banquier ayant octroyé le prêt relais) et non des actes juridiques. Cette qualification, en outre, ne serait pas protectrice de la banque, car, même si le mandat est stipulé irrévocable (le caractère supplétif de l'article 2003 du Code civil a été reconnu par la jurisprudence dès 1885), le mandant conserve tous ses droits (*Cass. 1re civ., 5 févr. 2002 : Bull. civ. 2002, I, n° 40*), de sorte que l'entreprise bénéficiant du prêt relais pourrait percevoir le prix de la vente de son immeuble et paralyser ce faisant son versement au prêteur par le notaire.

Note 236 Règlement national du notariat du 21 juill. 2011, art. 3.1.

Note 237 *T. civ. Montfort-sur-Meu, 9 mars 1948 : Rép. gén. not. 1949, art. 26679.*

Note 238 V. *supra n° 135 et 136.*

Note 239 Appellation de la vente avec faculté de rachat jusqu'à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Note 240 Les conditions du prêt ne peuvent pas être fixées librement (son montant est celui du prix de vente de l'immeuble ; les articles 1660 et 1661 du Code civil limitent sa durée à cinq ans ; le remboursement ne peut avoir lieu qu'*in fine*) ; le remboursement par le rachat est seulement facultatif ; les risques de la chose sont transférés à l'acquéreur-prêteur ; l'acte initial peut avoir un coût fiscal (droits de mutation, plus-value) élevé.

Note 241 Si l'un d'eux dispose d'un droit de suite sur l'immeuble, il peut se voir opposer par l'acquéreur-financeur, qui est un tiers détenteur non obligé personnellement à la dette, le bénéfice de discussion ; des poursuites devront alors être exercées sur les autres immeubles hypothéqués garantissant la même dette (*C. civ., art. 1666 et 2465*).

Note 242 Si l'octroi de crédit dépend avant tout en France de la capacité de remboursement de l'entreprise, fondée sur les revenus de son activité professionnelle, il est également subordonné, surtout en période de crise économique, à la valeur des biens susceptibles d'être affectés en garantie et au niveau de protection que le créancier peut attendre de la conclusion de telle ou telle sûreté ou garantie.

Note 243 Ce texte, issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, consacre la pratique de l'antichrèse-bail, antérieurement validée par la jurisprudence (*Cass. 3e civ., 18 déc. 2002 : Bull. civ. 2002, III, n° 261*).

Note 244 En atteste le *corpus* de règles communes à la fiducie-gestion et à la fiducie dans laquelle la propriété est cédée à titre de garantie (*C. civ., art. 2011 à 2030*, issus de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008).

Note 245 V. *supra n° 154 à 156.*

Note 246 Sur les sanctions du non-respect des interdictions de disposer, V. *supra* n° 155.

Note 247 La subrogation consentie par le premier créancier n'est pas soumise aux conditions de validité de la subrogation *ex parte debitoris* imposées par l'article 1250, 2° du Code civil (acte d'emprunt et quittance notariés ; double déclaration de destination et d'origine des fonds). Néanmoins, si le créancier subrogeant est titulaire de droits hypothécaires, la subrogation *ex parte creditoris* doit être contenue dans un acte authentique pour que soient satisfaites les exigences de la publicité foncière.

Note 248 La mention de la subrogation en marge de l'inscription initiale, requise par l'article 2430 du Code civil, est, comme toute mention en marge, exonérée de taxe de publicité foncière.

Note 249 Sur ces deux dimensions, objective et subjective, de l'efficacité des sûretés, V. *notre thèse, préc. note 132.*