



Les suretés OHADA : Le sort d'une créance garantie par un gage portant sur un immeuble

Par

Olivier TSHIMANGA KAZADI
Avocat au Barreau de Kinshasa – Matete
Collaborateur au Cabinet RMK & Associés

Le gage est l'une des sûretés mobilières consacré par le législateur OHADA¹. Ainsi conviendrait-il d'analyser brièvement les notions générales sur les sûretés (I) avant d'esquisser le contenu du gage et de l'hypothèque (II), et enfin d'examiner le sort d'une créance garantie par un gage mais, portant sur un immeuble (III).

I. Les suretés organisées par l'AUS²

Pour développer leurs entreprises, les acteurs économiques ont souvent fait recours à des institutions financières ou aux établissements de crédits afin d'obtenir les fonds dont ils ont besoin. Ainsi le crédit s'est imposé dans la vie économique moderne comme le premier moyen de financement ; à cet effet, il est considéré comme l'un des moteurs de l'économie libérale.

Comme le dit le Professeur Adolphe MINKOA SHE l'opération de crédit est née du décalage de deux prestations d'un échange économique, la prestation de l'une des parties, en l'occurrence le débiteur étant affectée d'un terme suspensif³. Il s'ensuit que le créancier qui a consenti à ne percevoir qu'ultérieurement son dû court le risque de ne pas être payé à l'échéance, soit parce que le débiteur est de mauvaise foi, soit parce qu'il est dans l'incapacité de payer.

C'est ainsi que pour éviter les risques, le créancier ne consentira à prêter qu'à un débiteur qui sera en mesure de lui rembourser ; d'où la nécessité pour le prêteur de trouver les garanties sérieuses qui lui donneront l'assurance de se faire payer à l'échéance. C'est par ici qu'est née la notion des sûretés.

I.A. Définition des suretés

¹ L'OHADA est l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Organisation créée par le traité signé en date du 17 octobre 1993 à Port Louis en Ile Maurice. Ce traité a été révisé à Québec le 17 octobre 2008. A l'origine composée de 16 pays membres, actuellement L'OHADA compte 17 Etats avec l'adhésion de la République Démocratique du Congo. L'objectif poursuivi est l'harmonisation du droit des affaires par l'adoption des règles communes applicables dans tous les Etats membres.

² AUS est l'Acte Uniforme portant organisation des Suretés. Ce texte qui a abrogé celui du 17 avril 1997, date du 15 décembre 2010. Il a été adopté par les Etats membres de l'OHADA en vue d'instituer une législation communautaire sur les suretés et applicable dans tous les Etats membres de l'espace OHADA.

³ Adolphe MINKOA SHE, *Droit des Sûretés et des Garanties du Crédit dans l'Espace OHADA*. Tome 2, Les Garanties Réelles, éd. Dianoia, Paris, 2010, p. 6.

Le législateur communautaire OHADA définit les sûretés à l'article 1 de l'AUS de cette manière : « Une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble des biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ».

Ainsi considérées, les sûretés sont classées en deux groupes. Il y a d'une part les sûretés réelles et d'autre part les sûretés personnelles. Seule la première catégorie a retenu notre attention. Ainsi convient-il d'en examiner la classification.

I.B. Classification des sûretés réelles

Les sûretés réelles sont susceptibles de diverses classifications.

Elles sont classées en fonction de l'objet sur lequel elles portent. Elles peuvent porter soit sur un bien isolé comme par exemple une hypothèque sur un immeuble, un gage sur un véhicule ; soit sur une quantité des choses déterminées ; soit encore sur l'ensemble de l'actif du débiteur. Elles peuvent en outre être immobilières ou mobilières.

Par ailleurs, les sûretés réelles sont classées en fonction de leur origine. Elles sont soit légales, soit judiciaires ou encore conventionnelles.

Seuls le gage et l'hypothèque nous intéresseront dans le cadre de cette réflexion.

II. Le gage et l'hypothèque comme sûretés OHADA

L'analyse sommaire de ces deux sûretés réelles nous permettra de cerner le contenu respectif de chacune de ces garanties.

II.A. Le gage

La doctrine définit le gage comme un contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier ou à un tiers pour sûreté de sa dette⁴.

Le contrat de gage nécessite la présence d'un bien meuble corporel ou un ensemble des biens corporels que le constituant accorde à un créancier en vue de se faire payer lorsque celui-là n'exécute pas volontairement son obligation (Cfr article 92 de l'AUS).

Pour ce qui est des conditions de sa constitution, il est à noter que le gage garantit toujours une obligation principale. Ceci découle du caractère accessoire du contrat de gage. Il est donc nécessaire que le gage ait pour support une obligation principale, une créance. C'est dire ainsi que le gage est nul faute de créance à garantir et il dépend d'elle quant à sa validité et son extinction.

⁴ Yvette KALIEU ELONGO, *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, éd. AES sa, Yaoundé, 2010, p.83.



Aux termes de l'article 93 de l'AUS, le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures, pourvu qu'elles soient déterminées ou tout au moins déterminables. La créance peut exister à l'égard du constituant ou d'un tiers pour qui le constituant se porte caution réelle.

II.B. L'hypothèque

Quant à l'hypothèque elle est une sûreté immobilière qui porte sur un immeuble ou généralement sur un droit immobilier. Elle confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence.

Le contrat d'hypothèque n'emporte pas la dépossession immédiate du propriétaire ; c'est ainsi que l'affectation du bien à la garantie s'opère au moyen d'une mesure de publicité qui informe suffisamment les tiers des droits accordés au créancier bénéficiaire.

Pour que ce contrat (contrat d'hypothèque) existe, il est nécessaire que cette sûreté porte sur un ou plusieurs immeubles du débiteur ou du tiers constituant.

L'acte uniforme portant organisation des sûretés en ses articles 190 et suivant constitue le texte de base en matière de réglementation de l'hypothèque dans l'espace OHADA.

Ces notions esquichées, il importe à présent d'examiner le sort d'une créance garantie par un gage portant sur un immeuble.

III. La question du gage portant sur un immeuble.

Comme dit ci-dessus, le contrat de gage est bien différent de celui portant hypothèque. Le premier concerne un bien meuble corporel ou incorporel, tandis que le second porte sur un bien immeuble. En Outre, chacun des contrats est régi par des dispositions distinctes de l'AUS. Cependant, une pratique malheureuse tente de prendre racine dans le milieu bancaire ; il s'agit du gage d'un bien immeuble.

III.A. La prise en gage d'un immeuble comme garantie de paiement.

Il a été relevé dans la pratique de certaines institutions financières dans l'espace OHADA l'octroi des crédits aux clients avec comme garantie de sécurisation du paiement, la conclusion d'un contrat de gage avec comme soubassement, un bien immeuble en lieu et place d'un contrat d'hypothèque.

En République Démocratique du Congo, cela se traduit généralement par la remise au banquier des titres tels que le Livret de logeur, la Fiche parcellaire, etc⁵. Celui-ci se contente

⁵ Ces deux documents ne constituent nullement des titres de propriété immobilière en RDC. Au terme de l'article 219 de la Loi numéro 73-021 du 20 juillet 1973 portant Régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, telle que modifiée et complétée par la Loi numéro 80-008 du 18 juillet 1980 Le droit de jouissance d'un fonds n'est légalement établi que par un Certificat d'enregistrement du titre concédé par l'Etat. La propriété privée des immeubles par incorporation , qui est toujours envisagée



en contrepartie de conclure un contrat de gage avec l'emprunteur qui reçoit en suite le crédit bancaire sollicité.

Quel est le sort réservé à ce genre de contrat ? Doit-on considérer qu'une telle créance est garantie par une sûreté lorsqu'on sait que le gage porte sur des biens meubles et non sur des biens immeubles ?

Pareil contrat est nul et de nul effet. En effet, au vœu du législateur de l'article 92 de l'AUS, le gage ne peut porter que sur un bien meuble ; il va sans dire que le contrat de gage portant sur un bien immeuble viole ainsi la loi. Il en découle que la créance garantie dans ces conditions n'est en réalité qu'une créance chirographaire.

Soulignons que les dispositions de l'article 92 ci-haut évoquées sont d'ordre public et donc, elles sont à l'abri de toute considération conventionnelle.

III.B. Le palliatif possible à cette carence de sûreté.

Que doit dans ce cas faire une institution financière qui a cru garantir sa créance de cette manière ? Doit-elle demander au débiteur de signer un contrat d'hypothèque en remplacement du contrat de gage ? Ce n'est pas impossible si ce créancier est de bonne foi et accepte la proposition. Mais quid si le débiteur n'y consent pas alors qu'il a un immeuble qu'il peut donner en garantie ?

Dans ce cas, l'une des solutions que nous pouvons proposer au créancier est le recours à l'hypothèque judiciaire.

Celle-ci est en réalité, un mécanisme que le législateur communautaire a institué pour garantir une créance non assortie du titre exécutoire et mise en péril pour son recouvrement. Ce mécanisme permet en fait au créancier de prendre inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur en vertu d'une décision de la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir.

A cet effet, l'article 213, alinéa 1 de l'AUS dispose que « *Pour sûreté de sa créance, en dehors des cas prévus par les articles 210 à 212 du présent Acte uniforme, le créancier peut être autorisé à prendre inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur en vertu d'une décision de la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir* ».

Il ressort clairement de cette disposition que l'hypothèque judiciaire forcée n'est rien d'autre que l'hypothèque conservatoire destinée à garantir une créance non assortie de titre exécutoire et mise en péril.

séparément du sol n'est légalement établie que par l'inscription sur le Certificat d'enregistrement établissant la concession du fonds desdits immeubles.



Dans la pratique, elle débute par une ordonnance au pied de requête autorisant la prise d'une hypothèque ; celle-ci fait l'objet d'une inscription provisoire et est signifiée au débiteur. Le créancier a l'obligation d'assigner le débiteur, dans un délai fixé par le juge, en condamnation et en validation de l'hypothèque. Pendant le délai prévu pour saisir le juge du fond, il peut être fait recours au juge des référés.

Si la créance est reconnue par le juge du fond, l'hypothèque devient définitive ; elle doit être inscrite dans les six mois de la décision définitive. Si tel est le cas, elle rétroagit au jour de l'inscription provisoire.

Comme on peut le constater, il s'agit là d'un processus qui devra engendrer des frais de procédure et des honoraires, source d'une frustration certaine pour le créancier en vue de l'obtention d'une décision judiciaire.

Un autre risque non négligeable pour le créancier est la possibilité de perte du privilège au cas où il y aurait d'autres créanciers à qui le débiteur a consenti une hypothèque sur le même immeuble. Il est donc préférable que la question soit réglée en amont et non en aval.