REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)
Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Février 2017

L' HYPOTHEQUE CONSTITUE SUR UN BIEN INDIVIS EN DROIT OHADA

Par

Kaman Théophile Magloire KOUADIO,
Juriste Droit des Affaires

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)
Editée par
IDEA
L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises
Février 2017

Sommaire

- Résumé en français et en anglais
- Article
- Note biographique de l'auteur

Bolloré AFRICA LOGISTICS
KING&WOOD MALLESONS
Orabank
Sire Ohada

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)
Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Février 2017

Résumé :

Le droit des sûretés dans les Etats partis au Traité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est depuis le 17 avril 1997 régi par un Acte Uniforme qui a fait objet de révision le 15 décembre 2010 avec la volonté de vaincre l'insécurité liée au droit des affaires.
Ce texte traite selon la distinction classique d'une part, les sûretés personnelles et d'autre, les sûretés réelles parmi lesquelles figure l'hypothèque dont nous allons traiter un aspect dans le présent article.
Le législateur OHADA parle très peu de l'hypothèque constituée sur un bien indivis, alors que dans la pratique, les immeubles peuvent appartenir à plus d'une personne, notamment dans le cadre d'une succession.
Les conditions de constitution et de réalisation de cette garantie lorsqu'elle est constituée par le débiteur sur un bien dont il n'est pas unique propriétaire seront traitées tout au long de la présente étude avec en appui la jurisprudence tant communautaire qu'étrangère.

Abstract:

The law of securities in the member States of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA) is since April 17, 1997 governed by a Uniform Act which was revised with the goal to overcome the insecurity associated with business law.
This act deals according to the classical distinction with, on one hand the personal securities and on other hand the real securities among which is the mortgage, which specific aspect will be addressed in the present article.
The Ohada legislator hardly addresses the mortgage on a joint property, whereas in reality, the properties can belong to several owners, particularly in case of succession.
The conditions for the set up and the realization of this guarantee, on a shared property, established by an owner of the property who is also the debtor will be examined based on Ohada and foreign jurisprudence.

Bolloré AFRICA LOGISTICS
KING&WOOD MALLESONS
Orabank
Sire Ohada

Accorder suffisamment de garanties aux créanciers est entre autres, un moyen relativement efficace pour encourager le crédit dans le monde des affaires, notamment en Afrique. Les Etats parties au Traité du 17 octobre 1993 portant OHADA[1], ont bien compris cette règle en procédant à une refonte totale de ces garanties pour consacrer un acte uniforme[2] dans lequel toutes les garanties, les modes de constitution, effets, nullités ou encore causes d'extinction sont clairement indiqués.

Cet acte uniforme distingue principalement deux grandes catégories[3] de sûreté.
Dans le cadre de cette étude, portant sur les hypothèques[4], nous aborderons celles-ci lorsqu'elles portent sur un bien indivis[5].

L'intérêt de cette étude tient du fait que le législateur OHADA, évoque cette question avec plus de réserves, créant ainsi un flou dans la sécurisation du crédit pour les praticiens d'où la nécessité de s'interroger sur la constitution mais aussi sur la réalisation de l'hypothèque lorsque le bien affecté est un bien indivis.

Pour répondre à ces interrogations, nous traiterons de la constitution d'une hypothèque sur un bien indivis (I) avant de nous attarder sur les conditions de la réalisation de celle-ci (II).

[1] OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, dont le traité fondateur a été signé le 13 octobre 1993 à Port-Louis avant d'être révisé en 2008 à Québec, elle regroupe à ce jour 17 Etats à majorité francophone.

[2] Cet acte uniforme adopté sous l'appellation d' « Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés », en 1997 a connu une révision en 2010

[3] : Les unes dites sûretés personnelles portent sur le cautionnement et les garanties et contre garanties autonomes, tandis que les autres sont appelées sûretés réelles et sont relatives aux sûretés réelles mobilières et les sûretés réelles immobilières.

[4] L'hypothèque est définie par l'article 190 de l'AUS comme étant « l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables …».

[5] Un bien qui n'appartient pas à une seule personne ou dont la propriété est à plusieurs personnes.

Bolloré AFRICA LOGISTICS
KING&WOOD MALLESONS
Orabank
Sire Ohada

I- CONSTITUTION D'UNE HYPOTHEQUE SUR UN BIEN INDIVIS

La constitution de l'hypothèque sur un bien indivis obéit à certaines conditions (A) qui, lorsqu'elles sont remplies produisent des effets (B).

A- Les conditions de constitution d'une hypothèque sur un bien indivis

Le législateur OHADA, dans les articles 190 et suivants ne fait pas de distinction par rapport aux conditions de constitution d'une hypothèque selon que celle-ci porte sur un bien indivis ou non. Ce qui revient à dire que l'hypothèque portant sur un bien indivis, pour être valable, doit remplir les mêmes conditions que celles concernant un bien non indivis.

L'hypothèque sur un bien indivis (bien appartenant à plusieurs personnes) est une situation juridique particulière puisque selon l'article 190, la condition de « propriété » est requise pour consentir une hypothèque. ***Néanmoins l'article 194 précise ……..« ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit soumis à condition, résolution ou rescision régulièrement publiées ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, résolutions ou rescisions……. »*** L'hypothèque sur un bien indivis trouve aux yeux du législateur, une attention particulière.

Il faut ainsi relever trois hypothèses qui peuvent se présenter s'agissant de l'affectation d'un immeuble indivis :

1ère hypothèse : L'hypothèque porte sur l'ensemble de l'immeuble, bien indivis

Dans cette hypothèse, plusieurs cas sont possibles à savoir :

- tous les indivisaires sont parties au contrat en qualité de débiteurs
- un ou quelques uns seulement des coindivisaires sont débiteurs mais tous les indivisaires acceptent de consentir l'hypothèque. Ceux, non directement concernés par le crédit, agissent ainsi en qualité de caution.

2ème hypothèse : L'hypothèque porte sur une quote-part de l'immeuble, bien indivis

Il s'agit dans ce cas, de l'affectation d'une partie d'un immeuble, du fait d'un indivisaire. Cette deuxième hypothèse est l'une des innovations apportées par le texte révisé de 2010 et qui rejoint ce qui existait déjà en droit français. Depuis cette réforme, le législateur OHADA

Bolloré AFRICA LOGISTICS KING&WOOD MALLESONS Orabank Sire Ohada

donne la possibilité à un indivisaire d'affecter en garantie, la quote-part qui lui revient sur un immeuble (article 194, al 3).

3ème hypothèse : L'hypothèque porte sur un immeuble devenu bien indivis après sa constitution.

C'est le cas typique du débiteur ou caution hypothécaire qui décède. Le décès ne change en rien les droits du créancier hypothécaire. Mais en pratique, l'exigence par le prêteur d'une assurance décès de l'emprunteur permet d'éliminer cette hypothèse dans la mesure où le paiement par l'assureur libère le bien.

Selon la situation, les effets ne sont pas les mêmes.

B- Effets de la constitution d'une hypothèque sur un bien indivis

L'acte uniforme OHADA relatif aux sûretés, à l'instar du législateur français, distingue les effets de cette garantie portant sur un bien indivis selon qu'elle porte sur l'ensemble du bien indivis, ou selon qu'elle porte sur une quote-part de ce bien. En l'absence de jurisprudence en droit OHADA à notre portée, la jurisprudence française sera citée à titre de référence, les deux législateurs ayant œuvré dans le même sens.

Dans le premier cas, l'article 194 précise que si l'hypothèque sur l'immeuble a été consentie par tous les indivisaires, celle-ci conserve ses effets nonobstant tout partage ou vente dudit immeuble. Ainsi, lorsque l'hypothèque est constituée par l'ensemble des coindivisaires, elle est immédiatement et définitivement valable, indépendamment du résultat de la licitation ou du partage (Cass.civ ; 14-6-2000 : RJDA 3/01 n°385)[6]

Dans le second cas, si l'hypothèque a été consentie par un coindivisaire sur sa quote-part, celle-ci ne produira des effets qu'après le partage du bien. Si à l'issue du partage :

- les lots attribués à l'indivisaire qui a hypothéqué sa part correspondent à la part de l'immeuble grevée : le créancier hypothécaire conserve ses droits sans avoir à procéder à quelque modification que ce soit (Cass.civ. 21-10-1980 n° 79-11.63 : Bull.civ. III n°160). Même si l'intégralité de l'immeuble est attribuée au constituant, l'hypothèque ne sera valable que sur la part indivise sur laquelle l'inscription a porté. Pour que l'hypothèque couvre

[6] Code pratique, édition Francis Lefebvre, 2014, p 1550

Bolloré AFRICA LOGISTICS KING&WOOD MALLESONS Orabank Sire Ohada

l'intégralité de l'immeuble, une nouvelle inscription est requise. (CA Paris 18-12-1978 : D. 1979. IR 224 obs. Puech)

- l'immeuble est attribué à un autre coindivisaire : l'hypothèque inscrite sur la quote-part du constituant devient caduque, le créancier ne peut ainsi faire valoir ses droits (Cass.civ. 26-4-1955 : Bull.civ. I p. 146). L'attributaire de l'immeuble quant à lui est en droit d'exiger la radiation sans frais pour lui, des hypothèques consenties par un autre coindivisaire (non attributaire) (cass. Req 12-1-1881 : DP 1881.1.254).

Cette solution adoptée par le législateur communautaire devrait conduire le créancier à une grande prudence lors de l'acceptation de l'hypothèque sur un bien indivis.

Notons que le créancier a la possibilité de provoquer le partage de l'immeuble lorsqu'il est bénéficiaire d'une hypothèque sur une quote-part du bien ; le but poursuivi étant pour lui de réaliser sa garantie qui porte sur une partie d'un bien ; Il lui revient dans ce cas, d'exercer le droit de suite qui lui est reconnu par l'article 223[7] de l'AUS. En cas de défaillance du débiteur (constituant), le créancier hypothécaire peut valablement poursuivre la réalisation du bien en vue de se faire payer sur le prix de vente conformément à la procédure de saisie immobilière.

II- LA REALISATION D'UNE HYPOTHEQUE PORTANT SUR UN BIEN INDIVIS

La réalisation d'une hypothèque est réglementée par l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution (AUVE) dans sa partie relative à la saisie immobilière, nous traiterons des conditions de réalisation d'une hypothèque sur un bien indivis (I) puis les effets de celle-ci (II).

A- Les conditions pour la réalisation d'une hypothèque sur un bien indivis

Les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité que la créance doit remplir pour que le titulaire puisse entamer une voie d'exécution, ainsi que celles relatives l'immatriculation que

[7] Le droit de suite s'exerce contre tout tiers détenteur de l'immeuble dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque.
Bien que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette, il peut désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance, en capital, intérêts et autres accessoires, en se subrogeant à lui.

Bolloré AFRICA LOGISTICS KING&WOOD MALLESONS Orabank Sire Ohada

nous avons déjà souligné au niveau des conditions de formation de l'hypothèque, ne seront pas examinées ici.

Nous traiterons uniquement des conditions qui sont relatives à la nature du bien telles que prévues à l'article 249 de l'AUVE[8], qui dispose : ***« la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire »***.

Cette disposition pose le principe de partage du bien indivis avant toute opération de saisie par le créancier en application duquel la CCJA[9] a indiqué dans un arrêt[10] que le créancier hypothécaire n'ayant pas démontré qu'il y'a eu partage du bien entre son débiteur et son ex épouse qui étaient mariés sous le régime de la communauté des biens, son action en réalisation de l'immeuble indivis qui lui a été affecté par le mari ne saurait prospérer. Le créancier hypothécaire peut lui même requérir auprès de la juridiction compétente, le partage du bien grevé, objet d'indivision. (TRHC Dakar, 31-12-2002 : SNR c/ A.D et F.D., Ohadata J-03-138)

Dans un autre sens, dans le cas des biens indivis résultants d'une succession, ce texte connait une application moins rigoureuse. Trois cas de figure aux effets différents se présentent :

- 1er Cas : Bien donné en hypothèque avant l'indivision : le créancier poursuit un bien à lui affecté par son débiteur décédé par la suite et lègue ainsi le bien à ses ayants droit. Celui-ci n'a pas besoin de provoquer le partage dudit bien dans la mesure où la poursuite n'est pas engagée contre un indivisaire mais contre tous les indivisaires en application du principe de la solidarité des héritiers au passif ; les ayants droit ne peuvent opposer au créancier une liquidation avant que celui-ci ne procède à la saisie de l'immeuble hypothéqué. CA Bobo-Dioulasso, CH civ. N° 006/08, 21-1-2008, Ayants droit de feu O.O. c/ D/B., Ohadata J-10-118).

- 2e Cas : Bien donné en hypothèque par un indivisaire : A moins que l'hypothèque ait été consentie par cet indivisaire en vertu d'un mandat des autres indivisaires ou d'une autorisation judiciaire, l'efficacité de l'hypothèque accordée en violation de ses pouvoirs, dépendra du résultat du partage. Ainsi si le bien donné en garantie fait partie du lot

[8] Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

9 Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

10 Arrêt N°025/2008 du 30 avril 2008 (OHADATA J-09-317)

Bolloré AFRICA LOGISTICS KING&WOOD MALLESONS Orabank Sire Ohada

revenant au constituant, l'hypothèque sera rétroactivement consolidé (Cass Civ conformément à l'article 194 al 3 21- 10-1980 N° 79-11.163 : Bull. civ III n° 160). 3e cas : Quote-part du bien indivis donné en hypothèque : pour réaliser sa garantie sur la quote-part de immeuble qui lui a été affectée par un indivisaire, le créancier poursuivant devra attendre le partage mais il peut également, par le jeu de la subrogation, demander la liquidation partage de l'immeuble. Si la part indivise hypothéquée est attribuée au constituant, nous nous retrouvons dans le cas de figure de la 2ème hypothèse, exposé ci-dessus dans la première partie. Si au contraire, la part indivise grevée est affectée à un copropriétaire autre que celui qui l'a grevée, l'hypothèque consentie devint caduque ; le créancier hypothécaire ne pouvant se prévaloir d'aucun droit sur le prix de l'immeuble adjugé à un tiers. (Cass. Civ. 26-4-1955 : Bull. civ. I p. 146).

B- Effets de la réalisation d'une hypothèque portant sur un bien indivis

Les effets de la réalisation seront abordés ici à l'égard des parties d'une part, à l'égard du bien objet d'hypothèque d'autre part.

En ce qui concerne les parties au contrat, il faut dire qu'en premier, la réalisation de l'hypothèque peut entrainer le partage du bien indivis, lorsque tous les indivisaires ne sont pas parties en qualité de débiteur, dans la mesure où, comme mentionné plus haut, le créancier peut provoquer le partage de l'immeuble dont son débiteur est copropriétaire. Lorsque ce sont tous les indivisaires qui sont tenus en qualité de débiteurs, la réalisation de l'hypothèque aura pour conséquence de libérer ces derniers dans la mesure où le créancier, s'il est après la réalisation payé, ne pourra plus exercer une action à l'encontre d'un coindivisaire.

S'agissant du bien qui a fait l'objet d'hypothèque, sa réalisation entraine de facto son transfert du patrimoine des indivisaires à celui du créancier, en ce sens que le bien ayant fait objet d'adjudication devient propriété de l'adjudicataire.

Bolloré AFRICA LOGISTICS
KING&WOOD MALLESONS
Orabank
Sire Ohada

Note biographie de l'auteur

Kaman Théophile Magloire KOUADIO, Juriste master droit des affaires, est Auditeur de justice, Assistant dans les universités de Conakry. Il Président du Cercle OHADA de Guinée (COG) et Secrétaire Administratif de l'Association des Juristes en Action pour le Droit (AJAD).