



Janvier 2019

**L'INCIDENCE DES HYPOTHEQUES FORCEES DE DROIT
NATIONAL SUR LE RANG DES CREANCIERS HYPOTHECAIRES EN
DROIT OHADA**

Par

Vincent KALONJI KAYEMBE,

Avocat



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

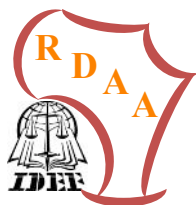
Editée par

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

Janvier 2019

Sommaire

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



Editée par

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

Janvier 2019

Résumé

Dans les pays où le marché des valeurs mobilières n'est pas pleinement actif ou ne fonctionne pas du tout, les fournisseurs de crédit, spécialement les banques, aiment recourir à l'hypothèque pour se prémunir contre l'insolvabilité de leur débiteur. Or, lorsqu'une hypothèque est constituée sur un immeuble, il est important pour le créancier hypothécaire, s'il n'est pas premier inscrit, de chercher à connaître le rang de son hypothèque par rapport à d'autres hypothèques grevant le même immeuble, car c'est suivant le rang ou l'ordre de classement des hypothèques que les deniers provenant de la réalisation de l'immeuble seront distribués entre les créanciers hypothécaires. La règle de détermination de cet ordre étant établie par le législateur OHADA, il est nécessaire non seulement de la connaître mais également de savoir dans quelle mesure elle peut s'infléchir face à la possibilité laissée aux législateurs nationaux de prévoir et de réglementer des hypothèques forcées légales autres que celles prévues par l'Acte Uniforme relatif au droit des sûretés.

Abstract

In countries where the securities market is not fully active or not operating at all, credit providers, especially banks, like to use mortgages to protect themselves against the insolvency of their debtor. However, when a mortgage is created on an immovable property, it is important for the mortgagee, if not first registered, to seek the rank of his mortgage in relation to other mortgages on the same property, because it is according to the rank or order of classification of the mortgages that the proceeds from the sales of the property shall be distributed between the mortgagees. The determination of this order being established by the OHADA legislator, it shall be known in order to assess to what extent it can be inflected against the opportunity left to national legislators to provide for and regulate forcible mortgages other than those provided for by the Uniform Act organising Securities.



Janvier 2019

Dans la plupart des pays de l'espace OHADA, il est de principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et que le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légales ou légitimes de préférence.¹ Ces causes légales de préférence sont les sûretés réelles parmi lesquelles on compte les hypothèques aussi bien conventionnelles que forcées qui sont réglementées en droit OHADA par les articles 190 à 223 de l'Acte Uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés.

Or, en matière de garantie hypothécaire, spécialement lorsque plusieurs créanciers ont une hypothèque sur un même immeuble, il est important qu'ils sachent comment sera déterminé le rang de leurs hypothèques, c'est-à-dire l'ordre d'après lequel ils seront colloqués sur le produit de la réalisation de l'immeuble grevé.

Par ailleurs, face à la faculté laissée aux législateurs nationaux de prévoir et de réglementer des hypothèques forcées autres que celles prévues par la législation communautaire, il y a lieu de se demander l'incidence que celles-ci pourraient avoir sur la règle de la détermination du rang des créanciers. Il paraît donc souhaitable d'exposer la règle de détermination de rang des hypothèques en droit OHADA (I.) avant de nous focaliser sur la question des hypothèques forcées de droit national (II.)

I. La détermination du rang des hypothèques réglementées en droit OHADA

Déterminer le rang des hypothèques qui grèvent un immeuble, c'est fixer l'ordre suivant lequel les créances garanties par ces hypothèques devraient être payées sur le produit de la réalisation de l'immeuble hypothéqué.

A cet égard, il convient de rappeler que suivant les articles 195 al.1^{er} et 206 de l'AUS, l'hypothèque n'est opposable aux tiers que lorsqu'elle a fait l'objet d'inscription conformément aux règles établies par la législation de l'Etat Partie du lieu de situation de l'immeuble. C'est donc par ce moyen que les parties procèdent à la publicité de l'hypothèque. Et l'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription.²

Il en résulte donc que pour les hypothèques réglementées par le droit OHADA, le rang d'une hypothèque est déterminée par sa date d'inscription au registre prévu à cet effet par la législation de chaque Etat Partie et que ce principe s'applique aussi bien aux hypothèques conventionnelles qu'aux hypothèques forcées. Ainsi, entre les créanciers ayant une hypothèque sur

¹ Article 2285 du code civil français, article 245 de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier, et régime des sûretés (RD Congo).

² Art. 195 al.2 de l'AUS



Janvier 2019

un même immeuble, le produit de la réalisation sera distribué en suivant la chronologie de leurs inscriptions hypothécaires, en sachant que tout créancier inscrit a droit de préférence sur les autres créanciers dont les inscriptions sont postérieures en date. C'est cette pensée qu'on traduit simplement en qualifiant l'hypothèque inscrite la première, de premier rang ; la seconde, de deuxième rang ; la troisième, de troisième rang et ainsi de suite³, la préférence entre les créanciers devant s'exercer de la même manière.

Cependant, on peut se poser des questions au sujet de ce qui pourrait advenir face à une situation où deux ou plusieurs hypothèques auraient été inscrites le même jour. Va-t-on les classer selon l'heure d'inscription ou elles seront toutes de même rang en tenant compte de leur date ? Dans les dispositions relatives aux hypothèques, le législateur OHADA ne semble pas avoir voulu trancher la question. Devant ce silence du législateur communautaire, nous pensons qu'il serait judicieux, dans pareil cas, de se référer à ce que prévoit la législation de chaque Etat Partie. On ne peut être plus juridique, car la loi nationale est applicable chaque fois que la loi communautaire est muette. A ce sujet, le droit congolais règle la question en posant un principe selon lequel « *les créanciers inscrits le même jour exercent, en concurrence, une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et de celle du soir, quand bien même cette différence serait marquée par le conservateur.* »⁴

Par ailleurs, et exceptionnellement à la règle qui veut que l'hypothèque prenne rang du jour de son inscription, le législateur OHADA à l'article 207 de l'AUS permet, en matière d'hypothèques garantissant des prêts à court terme, qu'une hypothèque dont la publication a été différée ne prenne pas rang du jour de son inscription mais plutôt du jour du dépôt des documents y relatifs au service de la conservation. Il est important d'attirer l'attention sur le fait que cette dérogation ne peut être admise que lorsque, dans l'Etat Partie du lieu de situation de l'immeuble, la législation prévoit cette procédure particulière relative aux hypothèques garantissant des prêts à court terme.

Tel est le principe de détermination de rang des hypothèques avec ses tempéraments, auxquels il convient d'ajouter celui résultant des hypothèques forcées de droit national.

³ G. KALAMBAY Lumpungu, *Droit civil, vol. III, Régimes des sûretés*, Kinshasa, Presses Universitaires du Zaïre, 1990, p.237

⁴ Art. 267 al.3 de la loi congolaise précitée du 20 juillet 1973



Janvier 2019

II. Le cas des hypothèques forcées de droit national

En dehors des hypothèques forcées réglementées par l'AUS, le législateur OHADA admet aussi la possibilité pour chaque Etat Partie de prévoir d'autres hypothèques forcées réglementées suivant la loi nationale.⁵

Devant cette possibilité que le législateur communautaire a laissée aux Etats Parties, une question importante se pose dans le sens de savoir comment doit-on fixer le rang des hypothèques grevant un immeuble lorsque des hypothèques forcées de droit national coexistent avec des hypothèques réglementées par le législateur communautaire.

Face à cette interrogation, un premier élément de réflexion est donné par Joseph ISSA-SAYEGH qui, commentant la disposition de l'AUS qui fait ce renvoi au droit national, écrit que ce renvoi ne pose pas de problème « dans la mesure où le rang de toute hypothèque est déterminé par sa date d'inscription. »⁶

En effet, l'article 195 al.2 de l'AUS qui n'est pas libellé en des termes aussi catégoriques pose tout simplement le principe selon lequel « *l'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription.* » Toutefois, pour savoir si ce principe est opposable aux hypothèques forcées de droit national, il est nécessaire de retourner à l'article 209 al.2 de l'AUS. Cette disposition est ainsi libellée :

« Les hypothèques forcées autres que celles prévues par le présent Acte uniforme sont régies par les dispositions particulières de la loi nationale de chaque Etat Partie. »

La lecture attentive de cette disposition révèle que le législateur OHADA a soustrait du champ d'application de l'AUS les hypothèques forcées de droit interne ou qu'il a, à tout le moins, admis que les dispositions particulières des lois nationales puissent déroger aux dispositions de l'AUS en ce qui concerne le régime de ces hypothèques. Et en soumettant ces hypothèques forcées au régime particulier des lois nationales, le législateur communautaire n'a pas exclu le point relatif à la fixation de leur rang, ce qui permet aux législateurs nationaux de déroger à la règle en la matière en accordant à une hypothèque légale un rang privilégié lorsqu'elle garantit une créance résultant d'une situation particulière et méritant le bénéfice de la préférence sur les créances dont les hypothèques étaient antérieurement inscrites.

⁵ Art. 209 al.2 de l'AUS

⁶ ISSA-SAYEGH, Op. Cit., p. 960



Editée par

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

Janvier 2019

Joseph ISSA-SAYEGH opine dans le même sens en commentant l'article 195 de l'AUS. Il écrit que « *le rang de l'hypothèque est déterminé par la date de son inscription sauf s'il en est disposé autrement par l'acte uniforme ou par la loi nationale de chaque Etat pour certaines hypothèques non réglementées par l'acte uniforme.* »⁷

Il convient d'attirer l'attention sur le fait que les lois nationales ne peuvent déroger à l'acte uniforme qu'en ce qui concerne les hypothèques forcées non réglementées par ce dernier. Pour ce qui est des hypothèques forcées réglementées par le législateur communautaire et qui seraient également réglementées par des lois nationales, celles-ci doivent, au nom du principe de la suprématie des règles du droit communautaire, se conformer aux prescriptions prévues par le législateur OHADA. La conséquence de ce principe en matière de rang d'hypothèques est l'abolition de tout droit de préférence prévu en droit interne pour favoriser une hypothèque soumise au régime de l'Acte Uniforme car le maintien d'un tel droit de préférence serait en violation du principe qui veut que les hypothèques prennent rang du jour de leur inscription.

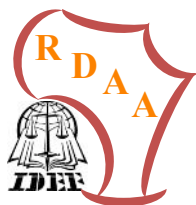
En République démocratique du Congo, le droit national connaît un cas spécifique intéressant d'hypothèque forcée : L'hypothèque légale du sauveteur d'un immeuble. Ici, le sauveteur c'est toute personne physique ou morale qui, dans une situation quasi-contractuelle de gestion d'affaires, a déboursé des frais pour la conservation d'un immeuble appartenant à une autre personne et qui était exposé à un danger imminent de destruction totale ou partielle. L'exemple typique est celui d'un immeuble préservé d'un incendie. Cette hypothèque du sauveteur garantit le remboursement des frais qui devaient apparaître comme utiles au moment où ils ont été déboursés.

Estimant que n'eût été l'intervention du sauveteur les autres créanciers hypothécaires auraient perdu l'assiette de leur sûreté, le législateur reconnaît à l'hypothèque du sauveteur un rang préférentiel par rapport à toutes les hypothèques inscrites antérieurement. Elle prime même l'hypothèque du Trésor. Cette préférence se justifie par la logique ci-après :

*« Les frais qui ont empêché une chose de périr sont utiles à tous ceux qui avaient des droits sur cette chose – droits spéciaux, réels ou personnels, ou droit de gage général. Par conséquent, si ces frais ne sont pas payés, leur créancier mérite de passer avant tous les autres créanciers, privilégiés ou chirographaires, qui profiteront du prix de vente de la chose conservée par ses soins. C'est grâce à lui que ce prix existe ».*⁸

⁷ Idem, p. 953

⁸ J. DUFOUR, « Régime hypothécaire », in A. SOHIER, *Droit civil du Congo belge*, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1956, p. 837



Editée par

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

Janvier 2019

Toutefois, pour bénéficier de ce droit de préférence sur les autres créanciers hypothécaires, le sauveteur doit faire inscrire son hypothèque dans les quatre mois qui suivent sa première intervention et ce, sous peine de déchéance. Le conservateur des titres immobiliers procédera à l'inscription de cette hypothèque sur production d'une déclaration du créancier (le sauveteur) affirmant, sous serment, l'existence de sa créance.⁹ Il n'est pas dommageable pour les tiers de faire primer cette hypothèque légale. On la désigne en France comme le privilège de conservation.

En conclusion, il convient de noter que la complexité des questions relatives aux hypothèques exige toujours des parties et des professionnels de droit une bonne maîtrise aussi bien des règles communautaires que de celles des Etats Parties chaque fois qu'il y est fait renvoi. Dans ce cadre, Il est nécessaire que les parties à un contrat d'hypothèque concernant un immeuble situé sur le territoire d'un pays membre de l'OHADA puissent toujours s'informer au sujet des hypothèques forcées relevant de la loi nationale de ce pays afin de se prémunir contre des surprises éventuelles au cas où cette loi aurait prévu un régime dérogatoire à l'Acte Uniforme.

Note Biographique de l'auteur

Vincent KALONJI KAYEMBE est Diplômé d'Etudes Supérieures en droit (troisième cycle) de l'Université de Kinshasa et Avocat près la Cour d'appel de Kinshasa/Matete. Il est chercheur en droit des sûretés et en droit immobilier (foncier, urbanisme et construction). Il preste comme Assistant à la faculté de droit de l'Université Protestante au Congo.

E-mail : kalonjiv@gmail.com

⁹ Art. 297 al.1 de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

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

Janvier 2019

La Revue du Droit des Affaires en Afrique est publiée grâce au soutien de :



Orabank



**Baker
McKenzie.**