

HEURS ET MALHEURS DU REGIME A GEOMETRIE VARIABLE DES SURETES APRES LES REFORMES SUCCESSIVES DU DROIT FONCIER, PUIS DE L'ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES SURETES : L'EXEMPLE DU CAMEROUN

ME MANDESSI BELL EVELYNE
Docteur d'Etat en droit
Avocate. Consultante.

INTRODUCTION

Le droit des sûretés au Cameroun, ainsi d'ailleurs que dans d'autres pays membres de l'Ohada, a subi depuis plusieurs décennies, des évolutions accompagnées d'inversions de systèmes et de normes qui lui donnent parfois le visage d'un environnement à géométrie variable susceptible de faire perdre son latin au plus perspicace des professionnels du droit ...

Rappelons que le législateur colonial français avait, en son temps, été amené, après quelques atermoiements, à introduire « Outre-mer » et plus particulièrement dans les pays de l'AOF et de l'AEF, le régime de l'Immatriculation inspiré de l'Act Torrens, jugé plus fiable et plus sécurisant que le régime de la Transcription du Code civil français (1¹). Tel fut l'objet du Décret du 21 Juillet 1932 relatif au régime de l'Immatriculation mettant en avant l'Impossibilité d'opposer aux tiers des droits non publiés aux livres fonciers.

Cependant, compte tenu de ce que les mécanismes et la logique de fonctionnement du système Torrens condamnant toutes sûretés occultes se heurtaient à ceux du Code civil, le législateur de 1932 avait dû réformer profondément le régime des sûretés et charges foncières du Code civil pour soumettre ces dernières au principe cardinal selon lequel tout droit réel immobilier ou charge foncière ne doit exister à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été publiés aux livres fonciers dans les conditions et formes prévus par la loi foncière, ce qui permet aux créanciers de connaître à tout moment la marge exacte de mobilisation immobilière de leurs débiteurs.

Le droit des sûretés a connu en conséquence à l'époque son premier virage à 360°, par le re-paramétrage des standards du Code civil. Près de 70 ans après, l'Acte Uniforme

(¹) **Me E. Mandessi Bell, Droit foncier et immobilier au Cameroun, 2004**, p. 6 : le système de la Transcription du Code civil français comportait de nombreuses lacunes : « il ne permettait de donner ni au propriétaire du bien immeuble ni à son co-contractant la sécurité juridique désirable. En effet, les écritures publiques à la base des constitutions et des mutations de droits réels immobiliers ne conféraient nullement au propriétaire et à son cocontractant une situation juridique inattaquable et opposable à tous. De fait, le Code Civil ayant pour fondement le concept juridique de possession, le système qui en découlait ne permettait pas de connaître la situation juridique exacte des biens immeubles car, s'il était vrai que le propriétaire, en invoquant la prescription acquisitive, pouvait établir définitivement son droit, il ne risquait pas moins de se voir opposer le principe non moins fondamental de la relativité des actes juridiques et l'adage "Nemo plus juris..." » .

Ibidem. P. 10. « De fait, conscient des limites du système de la transcription et des avantages du régime de l'Immatriculation qui permettait :

- d'avoir un état des terres susceptibles de transactions immobilières (car ces terres étaient répertoriées aux livres fonciers),
- de purger les droits réels antérieurs à l'instance d'immatriculation (non révélés en temps utile) par la procédure d'immatriculation de l'immeuble donnant lieu à la délivrance d'un titre foncier définitif et inattaquable,
- de connaître l'état exact des droits réels et charges foncières susceptibles de grever l'immeuble objet de transaction en vertu de l'obligation de les publier sous peine d'inopposabilité aux tiers,

le législateur colonial français avait été amené à introduire dans la majeure partie des pays d'Outre Mer le régime de l'Immatriculation des droits fonciers » .

- Pour les analyses critiques du régime de la Transcription du Code civil, Cf. également : Jacques Chabas. La propriété foncière en Afrique noire . Librairies Techniques. 1957. Fasc. A. §1er 1. p. 3 ; Victor Gasse . "Le régime foncier à Madagascar et en Afrique" Librairie Autonome. 1959. p.10-11.

Ohada portant organisation des sûretés est venu défaire en partie l'architecture « Torrens » en réintroduisant des schémas que le droit foncier avait expressément écartés.

Après la présentation des réformes de 1932 (Section 1), il importera de passer en revue celles de l'Ohada, en incluant quelques observations sur les incidences de cette géométrie variable sur la sécurité du droit des sûretés (Section 2).

SECTION 1. LE RE-PARAMETRAGE DU REGIME DES SURETES ET PRIVILEGES DU DROIT CIVIL EN 1932 AU CAMEROUN

Après rappel du principe général du droit foncier en la matière (I), il s'agira d'en examiner successivement les applications aux privilèges du droit civil (II), puis aux hypothèques (III).

I - PRINCIPE GÉNÉRAL : LA SUPPRESSION DE TOUTES LES SÛRETÉS OCCULTES ET LA REFORTE DU RÉGIME DU CODE CIVIL.

Le Décret du 21/07/1932 a supprimé toutes les sûretés occultes instituées par le Code civil, les privilèges, ainsi que les hypothèques légales, ce, en application du principe selon lequel nul droit de préférence sur l'immeuble ne peut exister à l'encontre des tiers si ces derniers n'en ont pas été préalablement informés par les livres fonciers. La mise en oeuvre de ce principe impliquait la suppression des hypothèques générales instituées dans le cadre du Code civil, car pour être valable, toute inscription hypothécaire suppose, outre une *publicité aux livres fonciers*, la *spécification des immeubles* qu'elle grève *et des créances* qu'elle a pour objet de garantir. Dans cet esprit, devaient être proscrites toutes inscriptions dont *l'assiette était générale, ou* qui garantissait des *créances indéterminées*, ou encore portait sur *les biens immeubles présents et futurs du débiteur*.

II - APPLICATION AUX PRIVILÈGES DU DROIT CIVIL.

1. Application aux privilèges institués par le Code civil.

A. Suppression des privilèges institués par le Code civil.

L'article 29 du Décret du 21/07/1932 a supprimé les privilèges du vendeur d'immeuble, du bailleur de fonds ayant fourni les deniers pour l'achat de l'immeuble, des copartageants sur les immeubles de la succession et du co-échangiste.

Privés de leur privilège, les créanciers sus-visés s'étaient vus conférer la possibilité de préserver leurs droits dans le cadre d'hypothèques conventionnelles selon le schéma prévu à l'article 40: "*le vendeur*" ⁽²⁾ "*l'échangiste ou le co-partageant de biens*

immeubles peuvent, dans le contrat de vente, d'échange ou de partage, stipuler de leur acheteur, co-échangiste ou co-partageant, une hypothèque sur les immeubles vendus, échangés ou cédés, pour garantie du paiement total ou partiel du prix ou de la soule d'échange ou de partage". A défaut de stipulation d'hypothèque conventionnelle (art. 33 alinéa 3 du Décret du 21/07/1932), ces divers créanciers avaient donc la possibilité d'obtenir obtenir une hypothèque forcée, en vertu d'un jugement du tribunal.

En outre, l'article 30 al. 1 du même Décret avait déclassé les privilèges énumérés aux articles 2098 et 2101 du Code civil à l'exception du privilège des frais de justice pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix ainsi que les droits du Trésor

⁽²⁾ auquel était assimilé le bailleur de fonds conformément à l'article 29.

en matière d'impôts (qui étaient en outre tous deux exemptés de la formalité de publication aux livres fonciers - art. 30 al. 2 nouveau) ⁽³⁾. Les autres privilèges visés aux articles 2098 et 2101 ne devaient plus subsister, en tant que tels, dans le cadre de ce nouvel environnement. Ils n'existaient plus, en matière immobilière, tels qu'originellement prévus dans le cadre du Code civil mais ne procuraient simplement à leurs titulaires un droit de préférence sur les créanciers chirographaires.

Que devait-il en être des privilèges ainsi supprimés ?

B. Le remplacement des privilèges supprimés par des hypothèques forcées.

Comme relevé ci-dessus, à défaut de stipulation d'hypothèque conventionnelle, le vendeur d'immeuble, le bailleur de fonds, l'échangiste, et le co-partageant s'étaient vus conférer la possibilité d'obtenir du tribunal une hypothèque forcée (art. 29 du Décret). Ceci devait intervenir par décision de justice susceptible d'être obtenue sans le consentement du débiteur. Elle n'existait pas toutefois de plein droit. Elle devait être demandée par le créancier (art. 33 du Décret).

Il faut ajouter que cette hypothèque n'avait pas une assiette générale, car ceci aurait été contraire aux fondements du système Torrens. A la différence de l'hypothèque judiciaire telle que prévue par le Code civil, elle ne devait en principe concerner que les biens immeubles présents du débiteur spécifiquement désignés dans la décision de justice portant hypothèque forcée, et la créance qu'elle avait pour objet de garantir devait également être déterminée quant à son montant dans cette décision de justice.

A ces formules de garanties conférées à ces créanciers en remplacement des privilèges dont ils bénéficiaient antérieurement, le législateur de 1932 avait ajouté la possibilité d'intenter l'action en résolution de l'acte de vente, d'échange ou de partage pour défaut de paiement du prix de l'immeuble ou de la soulte (article 40 du Décret). Si de telles actions n'avaient pas été réservées dans le contrat, la "conservation" de cette "action en résolution" pouvait être "accordée par jugement du tribunal inscrit à la Conservation Foncière" (art. 40).

Ce virage à 180° opéré par le décret foncier allait avoir des incidences importantes dans les schémas de distribution du prix entre créanciers concurrents sur lesquels il importe de revenir, après rappel des normes du droit civil prévalant auparavant.

⁽³⁾ En plus du maintien de son privilège, le Trésor bénéficiait d'autres avantages dans le cadre de l'article 33 du même Décret du 21/07/1932 (tel que modifié par l'article 7 de l'Ordonnance n° 60-59 du 07/05/1960). Cette Ordonnance semblait en effet avoir étendu le bénéfice de l'hypothèque forcée au Trésor dans le cadre d'une rubrique n° 4 "pour ... toutes condamnations prononcées son profit". De plus, il était stipulé que "le Trésor est en outre autorisé à inscrire l'hypothèque légale qui lui est reconnue sur les biens des comptables publics par l'article 2121 du Code civil dans les conditions prévues par la Loi du 05/07/1807"...

C. Conséquences de la suppression de s privilèges du droit civil

a) Rappel des normes en vigueur sous l'empire du Code civil.

Le premier grand principe en vigueur sous l'empire du Code civil en matière de privilèges était relatif au *rang de préférence des privilèges immobiliers sur les hypothèques* (article 2095 du Code civil). Ainsi en cas de conflit entre deux ou plusieurs sûretés immobilières nées du chef du même débiteur, les privilèges immobiliers avaient en principe un rang préférable à celui des hypothèques.

Par ailleurs, le rang des privilèges ⁽⁴⁾ était en principe indépendant de la date d'inscription du privilège (article 2096 du Code civil). Les privilèges étant en effet, de par la loi, inhérents à la créance dont ils constituaient la sûreté, ils naissaient au même moment que cette créance, quelle que fût la date de leur inscription ⁽⁵⁾.

Dans ce contexte, en cas de conflit entre privilèges immobiliers et privilèges généraux de l'article 2104 ⁽⁶⁾ sur l'immeuble d'un même débiteur, lorsque, à défaut de meubles, ces privilèges généraux s'exerçaient sur l'immeuble du débiteur, le rang de ces divers créanciers se déterminait comme suit :

1. Privilèges de l'article 2101 (frais de justice, frais funéraires, salariés, fournitures de subsistance, créance de la victime d'un accident),
2. Créanciers privilégiés sur l'immeuble de l'article 2103,
3. Créances du Trésor étrangères à l'impôt.

b) Les nouvelles normes introduites par le Décret de 1932.

L'inscription de privilèges ayant un effet rétroactif à la date de naissance de la créance était en contradiction flagrante avec le principe du décret foncier en vertu duquel toute cause de préférence sur l'immeuble ne peut prendre effet à l'égard des tiers qu'à dater de son inscription aux livres fonciers. En conséquence, les privilèges supprimés de l'article 2103 (convertis selon le cas en hypothèques forcées ou conventionnelles) ne devaient désormais prendre rang qu'à compter de leur inscription, comme toutes les autres hypothèques ⁽⁷⁾. Dès lors, ces ex-créanciers privilégiés allaient perdre leur rang privilégié par rapport aux créanciers

⁽⁴⁾ excepté les privilèges immobiliers soumis à publicité.

⁽⁵⁾ Jurisprudence ancienne et constante : Civ. 06/05/1868. D.P. 1868.1. 316 - NANCY 03/02/1891. D.P. 1892. 2. 161 - PAU 24/06/1891. D.P. 1892. 2. 349 - Req. 01/08/1904. D.P. 1908. 1. 457.

⁽⁶⁾ privilèges des articles 2098 et 2101 s'exerçant sur les meubles et les immeubles du débiteur.

⁽⁷⁾ Il n'en était autrement, s'il s'agissait d'une hypothèque forcée, qu'au cas où une prénotation avait été faite dans le cadre de l'article 41 du Décret du 21/07/1932 . Dans ce cas, le jugement définitif portant hypothèque forcée prenait rang à la date de l'inscription prise conservatoirement. Notons par ailleurs que le décret foncier n'ayant prévu aucune règle en cas de conflit de deux hypothèques inscrites le même jour, devraient être appliquées en cette matière les dispositions de l'article 2147 du Code civil aux termes desquelles les créanciers hypothécaires inscrits le même jour viennent en concurrence quel que soit le moment auquel les inscriptions ont été respectivement prises. L'article 43 du Décret de 1932 dispose en effet simplement que "*l'hypothèque régulièrement publiée prend rang à compter de son inscription*".

hypothécaires et entrer en concours avec eux.

Quelles furent les incidences du déclassement des privilèges des articles 2098 et 2101 du Code civil (exception faite des frais de justice pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix ainsi que des droits du Trésor en matière d'impôts) ?

Sous l'empire des règles du Code civil, ces privilèges, qui avaient pour assiette les meubles et les immeubles du débiteur, prenaient rang, à défaut de mobilier, avant les privilèges mobiliers de l'article 2103 du Code civil.

Or ces privilèges ayant été déclassés par l'article 30 al. 1 du Décret du 21/07/1932, en cas de concours entre ces divers créanciers et les créanciers hypothécaires, le classement devait désormais être établi comme suit :

1. Privilèges des frais de justice sus-visés et du Trésor en matière d'impôts,
2. Créanciers hypothécaires (anciens créanciers privilégiés sur l'immeuble et autres créanciers hypothécaires),
3. Privilèges déclassés des articles 2098 et 2101 du Code civil (qui n'avaient désormais un rang de préférence que par rapport aux créanciers chirographaires),
4. Créanciers chirographaires.

Tels furent les changements radicaux introduits par le décret foncier au niveau des privilèges du Code civil. Qu'en a-t-il été des hypothèques ?

III - APPLICATION DES NORMES DU DROIT FONCIER DE 1932 AU RÉGIME HYPOTHECAIRE DU CODE CIVIL.

La réforme de 1932 a eu trois principales articulations :

- la suppression des hypothèques occultes (1),
- le remplacement de ces hypothèques occultes par des hypothèques forcées (2),
- en sus de la réforme du régime applicable aux hypothèques portant sur plusieurs points importants: suppression de la péremption (3) et de la purge des hypothèques (4), remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription d'un commandement (5).

1. La suppression des hypothèques occultes.

Toute cause de préférence sur un immeuble n'existant à l'égard des tiers que si elle est publiée aux livres fonciers, il n'était pas possible de maintenir les *hypothèques légales et judiciaires* prévues par le Code civil qui créaient un rang de préférence arbitraire entre les créanciers de l'immeuble. C'est pourquoi l'article 31 du Décret du 21/07/1932 disposait que "*l'hypothèque est soit forcée soit conventionnelle. Les hypothèques légales et judiciaires telles que prévues par les dispositions du Code civil ne sont pas applicables aux immeubles soumis au régime de l'Immatriculation*".

2. Le remplacement de ces hypothèques par des hypothèques forcées.

Ces hypothèques supprimées furent donc remplacées par des hypothèques forcées et c'est ainsi que l'article 33 du Décret du 21/07/1932 avait conféré une hypothèque forcée :

-1° aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur tuteur et à la caution de ce dernier,

- 2° à la femme mariée sur les immeubles de son mari pour sa dot, ses droits matrimoniaux, l'indemnité des obligations du mari dont elle est tenue et le remploi du prix des biens aliénés".⁽⁸⁾.

Ces hypothèques susceptibles d'être obtenues par décision de justice sans le consentement du tuteur ou du mari, conformément aux dispositions de l'article 33 du Décret du 21/07/1932, allaient désormais être soumises à la formalité de l'inscription aux livres fonciers et à la règle de la spécialité.

A.L'hypothèque forcée de la femme mariée.

Les textes (Décret du 21/07/1932)

Article 37 - "L'hypothèque forcée de la femme mariée est é terminée , quant aux sommes garanties et aux immeubles hypothéqués, soit par une disposition expresse du contrat de mariage, soit postérieurement au contrat, ou, s'il n'y a pas eu contrat et à défaut du consentement du mari, par un jugement du tribunal rendu en Chambre du Conseil, sur la requête de la femme, de ses parents, alliés, créanciers ou du Ministère Public".

Article 38 - "Dans les cas où les garanties hypothécaires données à la femme sont reconnues insuffisantes, elles peuvent être étendues à la requête des personnes énumérées à l'article précédent par le jugement du tribunal rendu en Chambre du Conseil, le Ministère Public entendu. Si ces garanties sont reconnues excessives, la réduction peut en être ordonnée dans les mêmes formes, à la requête du mari".

Article 39 - "Les maris et tuteurs peuvent toujours être dispensés de l'hypothèque en constituant un gage mobilier ou une caution moyennant que cette substitution soit approuvée et les conditions de constitution du gage fixées par un jugement du tribunal rendu en Chambre du Conseil, le Ministère Public entendu".

Contrairement à l'ancienne hypothèque légale, l'hypothèque forcée de la femme mariée ne grevait donc plus indistinctement tous les biens immeubles du mari, et toutes les créances de la femme sur son époux ne bénéficiaient pas non plus des mêmes garanties (art. 37 susvisé). Enfin, ajoutons qu'aux termes de l'article 42 du Décret de 1932, la femme mariée pouvait renoncer à son hypothèque forcée ou en consentir la cession par acte authentique.

B. L'hypothèque forcée des mineurs et interdits.

Les textes (Décret du 21/07/1932) :

Article 34 : "L'hypothèque forcée des mineurs et interdits est déterminée, quant aux sommes garanties et aux immeubles hypothéqués, par une délibération du conseil de , famille prise à la requête du tuteur, du subrogé tuteur, des parents, alliés ou créanciers des mineurs ou interdits, ou du Ministère Public",

⁽⁸⁾ Nous ne reviendrons pas sur l'hypothèque forcée du vendeur, du bailleur de fonds, du copartageant et de l'échangiste dont il a déjà fait état ni sur celle du Trésor

Article 35 : *"Dans les cas où les garanties données aux mineurs ou interdits sont reconnues insuffisantes, elles peuvent être étendues par délibération du conseil de famille rendu à la requête des mêmes personnes. Si elles sont reconnues excessives, la réduction peut en être accordée dans les mêmes formes à la requête du tuteur"*.

Article 36 : *"Dans ces différents cas, à défaut du consentement du tuteur, la délibération du conseil est soumise à l'homologation du tribunal et le droit à l'hypothèque résulte du jugement d'homologation"*.

Comme nous pouvons le voir, ce régime assez similaire dans ses grandes lignes à celui conféré à la femme mariée, reposait néanmoins essentiellement sur l'institution du conseil de famille dont les décisions étaient soumises au contrôle du juge ainsi qu'indiqué à l'article 36⁽⁹⁾.

En résumé, la seule possibilité qu'avaient les maris et tuteurs d'échapper à l'hypothèque forcée était, conformément aux dispositions de l'article 39 du Décret, de proposer, en remplacement, un gage mobilier ou une caution, la consistance du gage étant souverainement appréciée par le tribunal⁽¹⁰⁾.

3. La suppression de la péremption des hypothèques

Cette suppression était la conséquence même des principes fondamentaux du système de publicité réelle Torrens. En effet, l'article 158 du Décret de 1932 posait le principe général selon lequel *"le titre de propriété et les inscriptions conservent le droit qu'ils relatent tant qu'ils n'ont pas été annulés, rayés ou modifiés et font preuve à l'égard des tiers que la personne qui y est dénommée est réellement investie des droits qui y sont spécifiés..."*. Il n'était nullement fait exception à cette règle pour les créanciers hypothécaires, c'est pourquoi, l'article 43 du même Décret réitérait le principe général ainsi posé en stipulant que *"l'hypothèque régulièrement publiée conserve son rang et sa validité, sans formalité nouvelle, jusqu'à la publication dans les mêmes formes de l'acte libératoire"*⁽¹¹⁾.

4. La suppression de la purge des hypothèques.

Si l'institution de la purge se concevait dans le cadre d'un régime où l'hypothèque pouvait être occulte et générale, elle perdait toute sa pertinence dans un système tel que le régime foncier de l'Immatriculation qui permettait à toutes personnes intéressées de connaître exactement les charges grévant l'immeuble, puisque celles qui n'étaient pas publiées ne leur étaient pas opposables.

En supprimant la purge (article 50 du Décret du 21/07/1932), le législateur foncier libérait donc les créanciers hypothécaires de l'emprise de

⁽⁹⁾ La législation foncière prévoyait donc en amont cette possibilité d'hypothèque forcée et en aval l'interdiction de mutation de biens des mineurs au nom du tuteur (Art. 10 du Décret n° 76-165 du 27/04/1976: *"les administrateurs des biens d'une succession ne peuvent obtenir en leur nom, des titres fonciers sur ces biens"*).

⁽¹⁰⁾ Ajoutons que ces hypothèques forcées pouvaient faire l'objet d'une prénotation aux livres fonciers.

⁽¹¹⁾ Cependant, le même article disposant que *"la garantie hypothécaire des intérêts demeure soumise aux dispositions de l'article 2151 du Code civil"* les créanciers hypothécaires inscrits ne devaient être colloqués que pour trois ans seulement au rang du capital.

leurs débiteurs et leur permettait de réaliser leur gage à tout moment, sous réserve des clauses contractuelles auxquelles qu'ils avaient souscrites (s'il s'agissait d'hypothèques conventionnelles)

La purge des hypothèques avait toutefois été maintenue dans deux cas : en matière de saisie immobilière et en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'article 46 3° du Décret de 1932 visait en effet *"la procédure de purge par le tiers détenteur sur expropriation forcée ou sur expropriation pour cause d'utilité publique"*. Par ailleurs, un cas de purge "d'office" était prévu à l'article 64 du Décret qui disposait qu'au moment où un adjudicataire était retenu, *"une expédition du procès-verbal d'adjudication et de ses annexes sera déposée aux bureaux de la Conservation Foncière aux fins d'inscription. Cette formalité purgera tous les privilèges et hypothèques et les créanciers n'auront plus d'action que sur le prix"*.

En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'article 51 du Décret disposait pour sa part qu' *"en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, les détenteurs de droits réels inscrits ne peuvent exercer ces droits que sur l'indemnité d'expropriation... L'inscription de la décision prononçant définitivement l'expropriation ... purgera d'office l'indemnité de tous droits réels inscrits"* ⁽¹²⁾.

5. Le remplacement de l'hypothèque judiciaire par l'inscription d'un commandement.

La raison d'être de ce changement est parfaitement expliquée par V. GASSE ⁽¹³⁾ qu'il importe de citer à nouveau, in extenso, lorsqu'il relate les origines de cette réforme opérée par le législateur colonial. *"La suppression de l'hypothèque judiciaire laisse les créanciers pourvus d'un titre exécutoire exposés aux agissements d'un débiteur de mauvaise foi cherchant à se rendre insolvable soit en aliénant ses immeubles, soit en les hypothéquant en fraude de leurs droits. Il convenait de trouver un autre mode de protection qui les garantisse contre de telles manoeuvres. C'est l'objet de l'inscription du commandement du créancier nanti d'un certificat d'inscription ou d'un titre exécutoire au livre foncier.*

Cette institution tire son origine de la Loi belge du 15/08/1854 qui avait prévu la transcription du commandement de payer et interdit au débiteur d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles indiqués au commandement ...

A la différence de l'hypothèque judiciaire qu'elle remplace, l'inscription du commandement ne crée pas de droits de préférence entre les créanciers chirographaires: l'inscription n'est pas le prix de la course, grief essentiel adressé à l'hypothèque judiciaire. Le créancier dont le

⁽¹²⁾ Dans le même ordre d'idées, l'article 15 de l'Ordonnance n° 74.3 du 06/07/1974 relative à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique disposait que *"les actions en résolution, en revendication et toutes actions réelles ne peuvent arrêter l'expropriation ni en empêcher les effets. L'action en réclamation est transportée sur l'indemnisation et le droit en demeure affranchi"*.

⁽¹³⁾ Le droit foncier d'Outre Mer et son évolution depuis l'Indépendance. op. cit. p. 207.

commandement est inscrit n'a de droit réel sur l'immeuble que celui qui peut être attaché sa créance".

Telles furent dans leurs grandes articulations, les réformes fondamentales introduites par la législation foncière dans le régime des privilèges et hypothèques du Code civil.

L'Acte Uniforme Ohada mis en vigueur en 1998 a opéré un revirement normatif partiel en laissant inchangées certaines réformes du Décret de 1932, mais en en modifiant d'autres dans le régime des privilèges et des hypothèques.

SECTION 2. LES REFORMES DU DROIT OHADA

Après une présentation synthétique des changements intervenus et des dispositifs maintenus par l'Acte Uniforme sur les sûretés (I), seront examinés deux cas emblématiques des nouveaux revirements de standards survenus dans le droit des sûretés, avec les exemples de l'hypothèque de la masse et des inscriptions hypothécaires (II).

I. PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DES RÉFORMES OHADA.

Le récapitulatif des *principaux* éléments inchangés et modifiés est fait dans le tableau ci-après.

CE QUI EST DEMEURE GLOBALEMENT INCHANGÉ PAR RAPPORT AUX REFORMES DE 1932	
<i>Les hypothèques différées</i>	ARTICLE 130 : La publication de l'hypothèque conventionnelle garantissant un prêt à court terme peut être différée pendant un délai maximum de quatre -vingt dix jours sans que le créancier ne perde le rang qui lui est acquis. Pour cela, le créancier devra se conformer aux dispositions spécialement édictées à cet effet par les règles de publicité foncière concernant les hypothèques garantissant les prêts à court terme, prévues par la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble.

CE QUI A GLOBALEMENT CHANGE PAR RAPPORT AUX REFORMES DE 1932	
<i>La réintroduction de la péremption des hypothèques</i>	ARTICLE 123 : L'inscription conserve le droit du créancier jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice; son effet cesse si elle n'est pas renouvelée, avant l'expiration de ce délai, pour une durée déterminée.
<i>L'introduction de deux catégories d'hypothèques forcées (légal et judiciaires) en lieu et place d'une seule (judiciaire)</i>	ARTICLE 132 : l'hypothèque forcée est celle qui est conférée, sans le consentement du débiteur, soit par la loi, soit par une décision de justice. Qu'elle soit légale ou judiciaire, l'hypothèque forcée ne peut porter que sur des immeubles déterminés et pour la garantie de créances individualisées par leur origine et leur cause et pour une somme déterminée.
<i>L'institution de l'hypothèque légale de la masse</i>	ARTICLE 133 : L'hypothèque légale de la masse des créanciers est prévue par l'Acte uniforme organisant les procédures collectives ; elle est inscrite dans le délai de dix jours à compter de la décision judiciaire d'ouverture de la procédure collective à la requête du greffier ou du syndic.
<i>La réintroduction des inscriptions provisoires d'hypothèque</i>	ARTICLE 136 : Pour sûreté de sa créance, en dehors des cas prévus par les articles 133 à 135, 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. La décision rendue indique la somme pour laquelle l'hypothèque est autorisée. Elle fixe au créancier un délai dans lequel il doit, à peine de caducité de l'autorisation, former devant la juridiction compétente l'action en validité d'hypothèque conservatoire ou la demande au fond, même présentée sous forme de requête à fin d'injonction de payer. Elle fixe, en outre, le délai pendant lequel le créancier ne peut saisir la juridiction du fond.

II. LES NOUVEAUX REVIREMENTS DANS LE DROIT DES SÛRETÉS. L'EXEMPLE DE L'HYPOTHÈQUE DE LA MASSE ET DES INSCRIPTIONS HYPOTHÉCAIRES

1. Le revirement opéré au niveau du régime de l'hypothèque de la masse

L'hypothèque de la masse dans la faillite du débiteur était antinomique avec les standards du système Torrens de publicité foncière, raison pour laquelle, comme les autres sûretés et privilèges examinés plus haut, elle ne pouvait être maintenue.

V. GASSE relève dans l'ouvrage précité (p. 199) que *"la suppression de l'hypothèque judiciaire a eu pour conséquence la suppression de l'hypothèque de la masse résultant du jugement de mise en faillite dans les pays régis par le système des livres fonciers"*.

Conscient des conséquences que cette situation pouvait avoir sur les créanciers, le législateur colonial avait prévu, dans le Décret du 26/07/1932 introduit en A.O.F., de préserver les intérêts de la masse sur les immeubles du failli en lui conférant une hypothèque forcée.

Cependant, ce schéma ne fut pas retenu au Togo et au Cameroun où les Décrets du 23/12/1922 et du 21/07/1932 n'avaient prévu aucune hypothèque forcée au profit de la masse en cas de faillite ou de liquidation judiciaire.

Pour savoir quelle était la situation prévalant sur ce point avant l'entrée en vigueur du droit Ohada, il importe de faire une petite rétrospective en se référant d'une part aux dispositions pertinentes du Code de Commerce, d'autre part à celles du Décret foncier du 21/07/1932.

A. Rappel des dispositions pertinentes du Code de Commerce.

Le Décret n°55-583 du 20/05/1955 relatif aux faillites, aux règlements judiciaires et à la réhabilitation disposait que le jugement déclaratif de faillite conférait à la masse une hypothèque sur les immeubles du débiteur, hypothèque qui ne constituait pas une simple mesure conservatoire destinée à rendre publics les effets du dessaisissement du débiteur, mais une véritable hypothèque conférant un droit de préférence et de suite sur lesdits immeubles. Aucun délai spécifique n'était imparti au syndic pour effectuer l'inscription, mais cette hypothèque ne prenant toutefois date que du jour de son inscription, le syndic engageait sa responsabilité s'il tardait à effectuer cette formalité.

Cependant, ce texte n'était pas applicable au Cameroun auquel n'avait pas été étendue la réforme de 1955 intervenue en France, et où demeurait en vigueur l'article 490 du Code de Commerce qui prévoyait ce qui suit :

Al. 1. "A compter de leur entrée en fonction, les syndics seront tenus de faire tous actes pour la conservation des droits du failli contre ses débiteurs... "

Al. 3. 'Ils seront tenus aussi de prendre inscription au nom de masse des créanciers sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du, jugement par lequel ils auront été nommés".

L'hypothèque ainsi prise ne prenait date que du jour de son inscription, conformément aux dispositions des articles 2134 du Code civil et 43 du Décret du 21/07/1932.

Ajoutons enfin que cette inscription dérogeait à la règle de spécialité car l'article 490 alinéa 3 du Code de Commerce ne faisait pas obligation aux syndics de fixer, même à titre provisoire, le montant des créances garanties.

De l'examen des textes ci-dessus reproduits, applicables au Cameroun à

l'époque, il ressortait que l'hypothèque n'était donc nullement conférée de droit à la masse suite au jugement déclaratif de faillite, mais elle apparaissait plutôt comme une simple mesure conservatoire comme le confirme d'ailleurs l'intitulé de la Section dans laquelle l'article 490 est intégré (Section IV. "Actes conservatoires").

B. Rappel des dispositions pertinentes du Décret foncier du 21/07/1932.

Rappelons que les dispositions des articles 1er et 17 du Décret de 1932 rendaient obligatoire la publication aux livres fonciers de tout droit réel immobilier pour être opposable aux tiers. La survenance de la faillite ou de la liquidation d'un débiteur constituant un événement susceptible d'avoir des incidences sur l'ensemble de son patrimoine (et donc sur ses immeubles répertoriés à la Conservation Foncière), en tant qu'acte constatant un fait susceptible d'avoir un impact sur la situation juridique desdits immeubles et sur les droits réels qui s'y rattachaient, tout jugement constatant la faillite ou la liquidation judiciaire d'un débiteur devait donc faire l'objet d'inscription aux livres fonciers, sous peine d'inopposabilité aux tiers. Ce schéma était d'ailleurs en conformité avec la logique du Code de Commerce qui faisait obligation aux syndics d'inscrire une hypothèque sur les biens du failli au nom de la masse.

Tels étaient les contours du régime de l'hypothèque de la masse avant l'entrée en vigueur du droit Ohada.

C. Les nouveaux standards du droit Ohada.

L'Acte Uniforme portant organisation des sûretés a, en 1998, fait renvoi en ces termes à l'Acte Uniforme relatif aux procédures d'apurement du passif en ce qui concerne le régime de l'hypothèque de la masse :

Article 133. *« L'hypothèque légale de la masse des créanciers est prévue par l'Acte uniforme organisant les procédures collectives ; elle est inscrite dans le délai de dix jours à compter de la décision judiciaire d'ouverture de la procédure collective à la requête du greffier ou du syndic ».*

L'Acte Uniforme relatif aux procédures d'apurement du passif a pour sa part réglé en un article unique les contours du régime de cette hypothèque :

Article 74.

« La décision d'ouverture emporte, au profit de la masse, hypothèque que le greffier est tenu de faire inscrire immédiatement sur les biens immeubles du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions.

Cette hypothèque est inscrite conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière. Elle prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur.

Le syndic veille au respect de cette formalité et, au besoin, l'accomplit lui-même ».

Si la nouvelle hypothèque ainsi instituée par le droit Ohada est en phase avec deux des règles fondamentales de la publicité foncière, puisque d'une part elle doit être publiée en respectant les prescriptions de la publicité foncière, d'autre part elle ne peut prendre rang qu'à compter de son inscription, cette conformité s'arrête là. En effet, l'inclusion du mécanisme d'extension progressive mais indéfinie de l'assiette de l'hypothèque à l'article 74 al. 1 et le

mutisme de ce texte sur les créances garanties donne à cette nouvelle hypothèque de la masse mise en place par le droit Ohada le profil type des sûretés proscrites par le droit foncier (sûretés à assiette générale, garantissant des créances indéterminées, ou portant sur les biens immeubles présents et futurs du débiteur,...

Le renouvellement des inscriptions hypothécaires est un autre exemple emblématique des mouvements à géométrie variable subis par le droit hypothécaire.

2. Le revirement opéré au niveau du régime des inscriptions hypothécaires

L'Acte Uniforme portant organisation des sûretés prévoyait ce qui suit en la matière :

« Art. 122. Tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit au livre foncier conformément aux règles de la publicité foncière prévues à cet effet.

L'inscription confère au créancier un droit dont l'étendue est définie par la loi nationale de chaque Etat partie et les énonciations du titre foncier.

L'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription, sauf dispositions contraires de la loi, et le conserve jusqu'à la publication de son extinction.

Art. 123. L'inscription conserve le droit du créancier jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice ; son effet cesse si elle n'est pas renouvelée, avant l'expiration de ce délai, pour une durée déterminée.

Art. 124. 2. L'extinction de l'hypothèque conventionnelle ou forcée résulte :

- de l'extinction de l'obligation principale ;

- de la renonciation du créancier à l'hypothèque ;

- de la péremption de l'inscription attestée, sous sa responsabilité, par le conservateur de la propriété foncière, cette attestation devant mentionner qu'aucune prorogation ou nouvelle inscription n'affecte la péremption ;

- de la purge des hypothèques résultant du procès-verbal de l'adjudication sur expropriation forcée et du paiement ou de la consignation de l'indemnité définitive d'expropriation pour cause d'utilité publique ».

Si nous résumons en quelques phrases la substance de ces dispositions, il ressort quelques grands principes :

. toute hypothèque conférée à un créancier en zone Ohada doit faire l'objet d'une inscription aux livres fonciers, (art. 122 alinéa 1)

. cette inscription doit toutefois être effectuée dans le respect des règles et prescriptions de la publicité foncière telle que prévue dans le droit interne de chaque pays membre (art. 122 alinéa 1),

. le droit Ohada s'interdit de légiférer en cette matière du ressort des législations

nationales (art. 122 alinéas 1 et 2).

La publicité foncière étant constituée de *l'ensemble des règles* relatives à la publication des droits aux livres fonciers, elle inclut logiquement entre autres :

- . outre les divers aspects procéduraux des inscriptions aux livres fonciers (conditions et modalités d'inscription, composition des dossiers, délais d'inscription, incidents, modification, annulation et radiation des droits ...),
- . les effets des inscriptions.

Or nous constatons qu'après renvoi à la législation interne en ce qui concerne les règles de la publicité foncière prévues (art. 122), et au lieu d'en rester là, les rédacteurs de l'Acte entreprennent également de fixer les règles relatives à la portée de l'inscription aux livres fonciers. L'article 123 interfère effectivement dans le domaine de la publicité foncière en ce qui concerne les effets des inscriptions, en ces termes, en ne retenant d'ailleurs ni les standards du système Torrens, ni ceux du Code civil :

Art. 123. L'inscription conserve le droit du créancier jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice ; son effet cesse si elle n'est pas renouvelée, avant l'expiration de ce délai, pour une durée déterminée.

Nous nous sommes demandés, dans le cadre d'une autre analyse plus spécifique sur la question ⁽¹⁴⁾ pour quelle sécurité juridique supplémentaire ces nouvelles règles uniformes ont été établies ? En relevant qu'il semblerait que les standards du système Torrens aient été écartées car le schéma « validité illimitée » des droits inscrits aux livres fonciers incluait des frais assez élevés de radiation des inscriptions, nous nous sommes demandés si un réel arbitrage avait pu être fait, sur la base d'études documentées, entre les coûts liés à une formalité unique de radiation à la fin de la vie de la garantie hypothécaire et ceux liés à plusieurs renouvellements d'inscriptions durant la vie d'une telle garantie.

Nous avons par ailleurs rappelé que la péremption des inscriptions hypothécaires étant justifiée, dans le schéma du Code civil français, par l'existence d'un *système de publicité personnelle* ⁽¹⁵⁾, l'on pouvait se demander quelle était la pertinence de son inclusion dans des systèmes fonciers africains du type Torrens non organisés sur la base de la publicité personnelle. ...

Nous n'avons enfin pas manqué de nous demander dans ce même article si, compte tenu de la maîtrise déjà pas toujours parfaite du droit antérieur attestée par les polémiques et

⁽¹⁴⁾ « Eviter la trappe de l'imbroglio lié au renouvellement des inscriptions hypothécaires dans le droit Ohada des sûretés. » <http://www.camimo.com/flashsur1.htm>».

⁽¹⁵⁾ La doctrine avait en effet reconnu en son temps que si « *la péremption a l'inconvénient d'exposer le créancier à la perte de sa sûreté pour un simple oubli de renouvellement et de faire subir au débiteur les frais du renouvellement*», « *elle est pratiquement indispensable dans un système de publicité personnelle où elle évite de trop longues recherches et des risques d'erreurs ; elle aussi l'avantage de rendre inutile, dans bien des cas, la radiation de l'inscription* » (Encyclopédie Dalloz précitée. Droit civil. D-I. 1952. Inscription hypothécaire § 395 p. 1054).

atermolements existant au sujet du renouvellement des inscriptions hypothécaires ⁽¹⁶⁾, les parties parviendraient à maîtriser ces nouvelles règles leur permettant de configurer conventionnellement la conservation des droits hypothécaires et à les mettre aisément en œuvre. Ce qui suppose de leur part la mise en place d'un *ensemble cohérent de règles* incluant des précisions sur la personne à laquelle incombe la formalité, celle qui doit en assumer financièrement la charge, le délai dans lequel la formalité doit être faite, les règles de computation des délais à retenir etc. Or un paramétrage contractuel défectueux fragilisera les garanties hypothécaires tant sur le marché primaire, impliquant les établissements bancaires prêteurs et leurs débiteurs hypothécaires, que sur le marché secondaire, impliquant

⁽¹⁶⁾) en effet bien avant l'entrée en vigueur de l'AUS, avait déjà fait rage au Cameroun une importante polémique sur la nécessité de renouvellement ou non des inscriptions hypothécaires, puisque malgré l'entrée en vigueur pourtant assez ancienne du Décret foncier de 1932, de très nombreuses parties avaient continué de fonctionner avec les règles du Code civil, souvent par ignorance des règles de la législation foncière ou par automatisme. Au moment de la réalisation des garanties hypothécaires, était souvent invoquée la "caducité" d'hypothèques dont les inscriptions n'avaient pas été renouvelées pour faire échec aux saisies immobilières, dans le cadre de débats aussi confus que houleux, compte tenu des enjeux.

De tels débats ne peuvent que se perpétuer avec la réintroduction de la péremption des hypothèques laissée au paramétrage de la liberté contractuelle, dans un environnement légal non complètement métabolisé depuis les réformes de 1932 mises entre parenthèses par bon nombre de praticiens.

ces établissements et les intervenants du marché financier, avec des schémas susceptibles d'amoinrir la sécurité des droits hypothécaires transmis en raison de problèmes de renouvellement d'inscriptions hypothécaires mal cernés et maîtrisés.

CONCLUSION

La présente revue rétrospective des divers changements intervenus dans le droit des sûretés dans un intervalle de près de 80 ans montre la difficulté d'une articulation cohérente entre le droit des sûretés lato sensu et le droit hypothécaire en particulier d'une part, et le droit foncier régissant les immeubles sur lesquels les garanties et privilèges sont conférés.

A cette délicate question, s'ajoute le problème de la lente ingestion des textes par les praticiens, facteur supplémentaire de brouillage des schémas légaux non parfaitement métabolisés et d'adoption de chemins latéraux à la base d'importantes polémiques amplifiant le climat d'insécurité juridique des garanties.

L'Acte Uniforme Ohada portant organisation des sûretés, censé instaurer une sécurité juridique et judiciaire prônées par le Traite d'Harmonisation, a, nous semble-t-il « raté le coche » et s'est mis en porte-à-faux avec cette sécurité notamment en s'ingérant maladroitement dans le droit interne de la publicité foncière auquel il aurait simplement suffi de faire renvoi.

RESPECT DU DROIT D'AUTEUR

N'oubliez pas d'ajouter aux éléments que vous utiliserez dans cet article les références de l'article

HEURS ET MALHEURS DU REGIME A GEOMETRIE VARIABLE DES SURETES APRES LES REFORMES SUCCESSIVES DU DROIT FONCIER, PUIS DE L'ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES SURETES : L'EXEMPLE DU CAMEROUN

**ME MANDESSI BELL EVELYNE
Docteur d'Etat en droit
Avocate au barreau du Cameroun. Consultante.**