

EVITER LA TRAPPE DE L'IMBROGLIO LIE AU RENOUELEMENT DES INSCRIPTIONS HYPOTHECAIRES DANS LE DROIT OHADA DES SURETES

Me Evelyne MANDESSI BELL
Docteur d'Etat en droit. Avocat. Consultante

www.ohadalegis.com

www.camimo.com

Introduction

Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique soulignait en son temps, la nécessité de la mise en place « *d'un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté* » qui devait pouvoir être appliqué avec diligence, dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».

C'est dans cet esprit que l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés (AUS), entré en vigueur le 1er/01/1998 en application de l'article 5 de ce Traité, a effectué un important dépoussiérage du droit des sûretés qui n'avait pas été remanié jusque là par la plupart des pays membres de l'Ohada.

Dans ce cadre, a notamment été actualisé le régime des importantes garanties que constituent les hypothèques et c'est ainsi qu'ont été rappelées entre autres les règles du jeu en matière d'acquisition et d'exercice des droits hypothécaires. Ce faisant, comme nous le verrons, l'Acte Uniforme a jeté quelques zones d'ombre dans ce volet du droit des sûretés, par de regrettables interférences dans le droit national de la publicité foncière, avec des conséquences sur la sécurité juridique en ce domaine, particulièrement en ce qui concerne la durée de validité des garanties hypothécaires.

Il est vrai que cette retouche du régime des garanties hypothécaires et son re-paramétrage dans un cadre harmonisé n'étaient pas une opération sans risque pour les rédacteurs de cet Acte Uniforme, d'interférer à un moment donné dans les législations internes, raison d'être de l'article 122 établissant, par renvoi aux dispositifs desdites législations, les limites que le droit Ohada ne doit pas franchir :

« 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 ».

Malheureusement, l'Acte Uniforme ne s'arrêtera pas là :

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. 129. *Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité.*

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 ».

Ce faisant, comme nous le verrons, l'Acte Uniforme va contribuer à opacifier les contours du régime des inscriptions hypothécaires censé en principe relever des législations nationales et introduire un facteur supplémentaire d'insécurité en porte-à-faux avec les objectifs de sécurité prônés par le Traité d'Harmonisation, alors que par ailleurs le droit n'est pas nécessairement entièrement stabilisé dans les environnements légaux nationaux en ce domaine. La question se pose alors de savoir s'il est possible d'éviter la trappe de l'imbroglia lié au renouvellement des inscriptions hypothécaires dans le droit Ohada des sûretés.

Après une rétrospective sur les droits fonciers internes des pays de la zone Ohada (I), il conviendra d'examiner les modifications insérées par l'AUS et leurs incidences (II), avant de répondre à la question : est-il possible d'éviter la trappe de l'imbroglia du renouvellement des inscriptions hypothécaires (III).

I. Rétrospective sur les droits fonciers internes en matière de publicité foncière dans les pays africains francophones actuellement membres de l'Ohada

Cette rétrospective nécessite un retour à la période coloniale (1) qui sera suivi d'une présentation des évolutions intervenues après les Indépendances (2).

1. Rétrospective sur la période coloniale

1.1. Origines du régime de la publicité foncière dans les pays africains francophones actuellement membres de l'Ohada

Le législateur colonial français avait été amené, après quelques attermoissements, 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 (1).

(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 cocontractant 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 ».

I.2. Les standards et la logique du droit foncier de la période coloniale

Dans le cadre du régime de l'Immatriculation, la garantie des droits réels est assurée à travers une publicité réelle permettant l'*opposabilité* des droits inscrits à tous :

"La garantie des droits réels est obtenue au moyen de la publication sur les livres fonciers à un compte particulier ouvert pour chaque immeuble de tous les droits réels qui s'y rapportent ainsi que des modifications de ces mêmes droits..." (art. 1er du Décret camerounais du 21/07/1932). *"Tout droit réel immobilier ou charge n'existe à l'égard des tiers qu'autant qu'il a été rendu public dans les formes, conditions et limites réglées au présent décret, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions."* (art. 17 du même Décret)⁽²⁾.

I.3. Les effets d'une inscription aux livres fonciers

L'inscription aux livres fonciers a un effet *probatoire* et un effet *conservatoire* (Me E. Mandessi Bell. Ibidem. Droit foncier et immobilier ... p. 236).

I.3.1. L'effet probatoire de l'inscription.

Le régime foncier de l'Immatriculation a en effet pour objectif d'assurer la sécurité des transactions immobilières en obligeant tous les titulaires de droits réels immobiliers et les bénéficiaires de charges foncières à publier leurs droits aux livres fonciers pour que les tiers intéressés par un immeuble puissent en avoir connaissance et prendre des décisions en connaissance de cause (art. 17 du Décret camerounais de 1932). L'article 158 du même Décret précise même que *"le titre de propriété et les inscriptions... font preuve à l'égard des tiers que la personne qui y est dénommée est réellement investie des droits qui y sont spécifiés..."*

Il s'ensuit que l'inscription aux livres fonciers n'a pas pour effet de créer un droit ou une charge sur l'immeuble : elle ne fait que porter à la connaissance des tiers l'existence des droits résultant de tel ou tel acte conclu entre les parties. L'inscription d'un droit réel immobilier aux livres fonciers n'est donc pas une *condition de validité* de l'acte entre les parties. Il en découle logiquement que dans le cadre des rapports contractuels, les prestations sont dues au jour fixé dans le contrat, lequel prend effet au jour où les parties l'indiquent et non au jour de l'inscription aux livres fonciers. Par ailleurs, l'un des cocontractants ne peut valablement opposer à l'autre le défaut d'inscription aux livres fonciers pour se soustraire à ses obligations⁽³⁾.

I.3.2. Application de ces principes de publicité foncière à l'hypothèque

- 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.

⁽²⁾ Les mêmes articles se retrouvent, avec un libellé similaire, dans les textes fonciers des autres pays africains des ex AOF et AEF actuellement membres de l'Ohada. La logique liée à ce schéma de base incompatible avec le Code civil qui admettait les sûretés occultes, conduisit à l'époque le législateur colonial à réformer profondément le régime des sûretés et charges foncières du Code civil (Cf. **Me E. Mandessi Bell**. Ibidem. Droit foncier ... Chronique p. 189 et s.).

⁽³⁾ Cf. **J. Chabas**. Ibidem. P. 11 :

« L'article 21 (du Décret du 26/07/1932) déclare que « les droits réels ... ne se conservent et ne produisent d'effet à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les formes, conditions et limites réglées au présent décret, sans préjudice des droits et sanctions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions. Cette réserve finale a simplement pour objet de souligner que le principe de la consensualité des obligations est toujours en vigueur, bien que le décret exige que les droits réels et charges foncières qu'elles créent soient préalablement publiés pour être opposables aux tiers ».

L'hypothèque étant un droit réel comme les autres, elle est soumise au même régime que celui rappelé ci-dessus. Dès lors qu'elle est régulièrement constituée (respect des règles de validité relatives au constituant, à la créance garantie, au bien à hypothéquer, à la forme de l'acte ...), elle est valable et produit ses effets entre les parties *sans égard à son inscription aux livres fonciers qui a pour seul objet d'avertir les tiers des droits du créancier hypothécaire*. Toutefois, il va de soi que ce dernier a intérêt à inscrire son hypothèque justement pour préserver ses droits vis-à-vis des tiers, sinon il s'expose à tenir compte des droits de tout autre créancier qui aurait inscrit ses droits avant les siens.

Il est en effet essentiel de bien distinguer, en ce domaine (ce qui n'est pas souvent fait ou est perdu de vue), les effets de l'hypothèque qui sont totalement différents selon que l'on envisage les *rapports entre les parties* (créancier hypothécaire et débiteur) et les *rapports entre le créancier hypothécaire et les tiers*.

L'hypothèque conventionnelle valablement consentie fait naître au profit du créancier hypothécaire le droit de réaliser sa garantie en cas de non-paiement de sa créance (*droit de saisie*). Lorsqu'elle a par ailleurs été publiée aux livres fonciers, cette hypothèque fait naître au profit du créancier hypothécaire un *droit de préférence* à l'égard des créanciers inscrits après lui ⁽⁴⁾ et un *droit de suite* à l'encontre du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ il jouit d'un droit de préférence sur le prix de l'immeuble lorsque ce dernier est vendu et qu'il a des créanciers concurrents. Le montant de sa collocation est déterminé par la créance garantie telle que fixée dans l'inscription.

⁽⁵⁾ il bénéficie d'un droit de suite sur l'immeuble lui permettant de le reprendre entre les mains du tiers qui l'aurait acquis. La jurisprudence a précisé que l'exercice du droit de suite appartient à tout créancier *inscrit* (**Encyclopédie Dalloz Droit civil. T. II. D-I.** 1952. « *Hypothèque* » p. 925 § 333. *Le droit de suite ne peut être exercé que si l'hypothèque est inscrite en temps utile* ... § 336). Rappelons donc que s'il est vrai qu'en application du droit Ohada, le droit de suite s'exerce selon les modalités de la saisie immobilière (art. 117 al. 2 AUS) encore faut-il que le créancier ait fait inscrire ses droits hypothécaires.

- Voir également : **Encycl. Dalloz.** ibidem « *Inscription hypothécaire* » p.1030. « § 8. *Nécessité de l'inscription à l'égard des tiers*.

a) *A l'égard des tiers, l'hypothèque ne vaut que par l'inscription (C. Civ. Art 2134 et 2166). En effet, le créancier hypothécaire ne peut produire à l'ordre ou invoquer son droit de préférence que s'il a inscrit son hypothèque en rang utile.*

10. *Le créancier hypothécaire ne peut exercer son droit de suite par voie de saisie ou de surenchère qu'à condition d'avoir inscrit son hypothèque avant la transcription de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué.*

11. b) *De ce principe, il résulte que le défaut d'inscription, la nullité ou la péremption de celle-ci peuvent être invoqués par les tiers, c'est-à-dire par tous ceux à qui l'exercice du droit de suite ou du droit de préférence causerait un préjudice : par conséquent ... par l'acquéreur à titre particulier de l'immeuble grevé de l'hypothèque, par les autres créanciers privilégiés ou hypothécaires du débiteur (Aubry et Rau T. 3 § 267 texte et notes 1 à 3 – Baudry-Lacantinerie et De Loynes T. 2 n° 1446- Beudant T. 14 n° 862 - Planiol et Ripert T. 12 n° 758).*

- Voir aussi, s'agissant des rapports entre les parties, le Régime de l'inscription hypothécaire du Code civil in **Encycl. Dalloz Droit civil.** précitée « *Inscription hypothécaire* », p. 1030 § 5 : « *En principe, la loi exige que les hypothèques soient rendues publiques ; la publicité résulte de l'inscription qui en est faite dans le registre du conservateur des hypothèques (C. Civ. Art. 2134). Mais la publicité n'est exigée que pour assurer l'efficacité de l'inscription à l'égard des tiers ; entre le créancier et le débiteur, l'hypothèque produit ses effets indépendamment de toute inscription.*

§ 6. *Inutilité de l'inscription dans les rapports entre le débiteur et le créancier hypothécaire. ... Le débiteur, ses héritiers, ses successeurs universels ... ne peuvent donc ... ni exciper de la nullité d'une inscription irrégulière (Limoges 16/06/1886. D. P. 89. 2. 31), ni se prévaloir du défaut de renouvellement d'une inscription prise contre eux (Agen 16/3/1855 et sur pourvoi Req. 24/7/1855. D. P. 55. 1. 396.) ... Et le créancier peut, malgré le défaut d'inscription poursuivre pour le tout l'héritier du débiteur détenteur de tout ou partie des immeubles hypothéqués*

Outre son effet *probatoire*, l'inscription aux livres fonciers a un effet *conservatoire*.

I.3.3. L'effet conservatoire de l'inscription.

L'article 158 du Décret camerounais du 21/7/1932 dispose que "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.. ". Dès lors qu'un droit est inscrit au livre foncier, il se conserve indéfiniment puisque le législateur foncier n'a prescrit aucun terme. Il ne peut donc ni y avoir péremption des droits d'un créancier inscrit, ni prescription. Il n'en est autrement que si l'inscription a été radiée (6). Les mêmes règles régissent les inscriptions hypothécaires : Art. 43 du même Décret camerounais de 1932 : « 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 ».

(Aubry et Rau T. 3 § 267 texte et note 8 – Baudry-Lacantinerie et De Loynes T. 2 n° 1439 - Planiol et Ripert T. 12 n° 757).

(6) Dans le même sens : **J. Chabas** précité. Fasc. B. Effets de l'immatriculation et de l'inscription des droits réels. p. 11. « Les effets de l'inscription.

Section 1. Effet général constructif : pas de droit réel sans inscription.

44. L'inscription comme l'immatriculation a un effet constructif. Il n'y a pas de droit réel sans inscription et le droit réel est conservé tant que son inscription n'a pas été radiée du livre foncier.... ».

46. « ... Tant qu'un droit réel est inscrit au livre foncier, il existe et peut être opposé aux tiers. L'inscription est constitutive du droit par rapport aux tiers, seule la radiation de l'inscription peut, par rapport à eux, libérer l'immeuble. L'article 82 du Décret du 26 Juillet 1932 écarte expressément la prescription comme moyen de libération et l'article 42 du même décret déclare, relativement aux hypothèques : « 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.... ». « ... Seule la radiation dûment publiée au livre foncier éteint les droits réels qui ont été inscrits » (P. 13).

« 71. La péremption décennale des inscriptions hypothécaires du droit français est rejetée par le décret foncier. »

- Voir aussi **Encycl. Dalloz Droit civil** précitée «Hypothèque» p.941 § 618. « Pays d'Outre-Mer.

... 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 ... » (AOF).

- Cf. également : **François Kuassi DECKON**, Faculté de Droit. Université de Lomé (Togo) «L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir en droit uniforme Ohada » In Juriscope. Doctrine. www.juriscope.org.

« La politique hypothécaire est, en effet, dans la plupart des États-parties au Traité de l'OHADA, indissociable de la politique foncière qui tend, entre autres, à faire de la terre un instrument de crédit permettant aux propriétaires de la mobiliser pour obtenir le financement nécessaire à leurs entreprises. De la sorte, les législations applicables n'instituent pas seulement un régime foncier ou un mode d'identification et d'individualisation des terres, puis une procédure de constatation des droits qui les grèvent ; elles organisent également le régime des hypothèques. Ce régime ... est fondé sur deux principes généraux aux termes desquels "il n'y a pas de droit réel sans inscription", d'une part, et "tout droit réel inscrit se conserve aussi longtemps que son inscription n'a pas été radiée du livre foncier", d'autre part. L'inscription n'est pas la condition d'efficacité de l'hypothèque. Elle est seulement, en d'autres mots, la condition de son opposabilité. Il résulte de ce principe fondamental qu'entre les parties, le consensualisme est la règle, de sorte qu'un droit réel non inscrit n'en n'est pas moins valable, à moins que la loi n'en décide autrement. Entre les parties, l'inscription n'a en principe aucune valeur probante, c'est l'acte, la convention ou le jugement qui la fonde qui fait preuve entre elles ».

Tels étaient, avec des formulations quasi-identiques, les standards du *droit foncier colonial* en matière de publicité foncière retrouvés dans les divers pays d'Afrique de l'ouest et centrale actuellement membres de l'Ohada ⁽⁷⁾, lesquels ont été modifiés par certains de ces pays après l'Indépendance.

2. L'état des lieux du droit post-colonial dans les pays d'Afrique de l'ouest et centrale actuellement membres de l'Ohada

Cet état des lieux a été réalisé, pour les besoins de l'étude, à partir d'un échantillon de quatre pays. Deux grandes tendances se dessinent dans la nouvelle nomenclature post-coloniale. Une première catégorie de pays est restée dans l'orthodoxie du système Torrens (le Mali et le Cameroun), mais d'autres ont finalement « importé » les standards du Code civil (le Congo et la Guinée).

2.1. Les régimes fonciers restés dans l'orthodoxie du système Torrens

2.1.1. MALI. Ord. N°00-027/P-RM du 22/03/2000 portant Code Domanial et Foncier.

Art. 71.- Le service de la conservation foncière, gestionnaire du régime de la propriété foncière, assure aux titulaires la garantie des droits réels soumis à publicité qu'ils possèdent sur les immeubles relevant du régime de l'immatriculation, dans les conditions déterminées par le présent texte.

Art. 72.- Cette garantie est obtenue au moyen de la publication dans les livres fonciers, à un compte particulier ouvert pour chaque immeuble, de tous les droits réels qui s'y rapportent, ainsi que des modifications de ces mêmes droits, ladite publication étant précédée de la vérification des justifications produites et faisant foi à l'égard des tiers, le tout dans les limites et conformément aux dispositions ci-après formulées.

Art. 89.- Les droits réels énumérés à l'article précédent ne se conservent et ne produisent effet à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les formes, conditions et limites réglées du présent code sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions.

Art. 110.- L'hypothèque régulièrement publiée conserve son rang et sa validité, sans formalité nouvelle, jusqu'à la publication dans la même forme de l'acte libératoire.

Art. 113.- L'hypothèque s'éteint :

- 1. par l'extinction de l'obligation dont elle constitue la garantie ;*
- 2. par la renonciation du créancier à son droit ;*
- 3. par l'accomplissement de la procédure de purge des hypothèques par le tiers détenteur sur expropriation forcée ou sur expropriation pour cause d'utilité publique, conformément aux prescriptions de l'Article 120.*

Art. 173.- La publication aux livres fonciers des droits réels constitués sur les immeubles postérieurement à leur immatriculation, prévue par l'article 72 et exigée par l'article 89 pour la validité desdits droits à l'égard des tiers, est assurée par la formalité de l'inscription.

2.1.2. CAMEROUN. Décret du 21/07/1932

Après le rappel des dispositions concernées **(a)**, il importera d'évoquer l'importante polémique liée à la coexistence du droit foncier et du droit civil en ce domaine **(b)**.

⁽⁷⁾ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo

a) Rappel des dispositions concernées

Contrairement au Mali qui semble avoir reconduit globalement les normes du droit colonial dans un *nouveau texte*, le Cameroun, en rendant obligatoire en 1974 (Ord. n° 74-1 du 06/07/1974) le régime de l'Immatriculation auparavant facultatif, n'a remanié en 1976 que les *procédures d'immatriculation* et a laissé intact le régime de *publicité foncière* introduit en 1932 ⁽⁸⁾.

Ci-dessous sont donc reproduites les dispositions du Décret de 1932 en matière de publicité foncière :

Art. 17 – Tout droit réel immobilier ou charge n'existe, à l'égard des tiers, qu'autant qu'il a été rendu public dans les formes, conditions et limites réglées au présent décret, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions.

Art., 133 - La publication aux livres fonciers des droits réels constitués sur les immeubles postérieurement à leur immatriculation, prévue par l'article 1er et exigée par l'article 17 pour validité desdits droits à l'égard des tiers, est assurée comme il suit, par la formalité de l'inscription.

Art. 158 - 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 ; les annulations ou modifications ultérieures ne peuvent être opposées aux tiers inscrits de bonne foi.

Art. 43 – 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. La garantie hypothécaire des intérêts demeure soumise aux dispositions de l'article 2151 du Code civil.

Art. 46 – L'hypothèque s'éteint :

1° Par l'extinction de l'obligation dont elle constitue la garantie ;

2° Par la renonciation du créancier à son droit ;

3° Par l'accomplissement de la procédure de purge des hypothèques par le tiers détenteur sur expropriation forcée ou expropriation pour cause d'utilité publique.

b) Les quiproquos résultant de la trop lente ingestion du droit foncier : l'exemple du Cameroun

Bien avant l'entrée en vigueur de l'AUS, avait fait rage au Cameroun une importante polémique sur la nécessité de renouvellement ou non des inscriptions hypothécaires. En effet, malgré l'entrée en vigueur pourtant assez ancienne du Décret foncier (1932), de très nombreuses parties ont 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, a souvent été 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. L'on relève dans un certain nombre de ces décisions de justice (comme d'ailleurs dans d'autres plus récentes), que le renouvellement de l'inscription

⁽⁸⁾ le Décret n° 76-165 du 27/04/1976 fixant les modalités d'obtention du titre foncier a seulement abrogé les dispositions du Décret du 21/06/1932 en ce qui concerne les procédures d'immatriculation, remplacées par les nouvelles procédures qu'il a mises en place, mais n'a par contre pas touché l'important volet « publication des droits » aux livres fonciers, *indispensable pendant de l'immatriculation* dans le système Torrens demeuré intact, donc toujours en vigueur. Le libellé des articles abrogatoires de ce Décret de 1976 a toutefois donné lieu à une importante polémique au Cameroun, d'ailleurs toujours en cours, qui laisserait croire que le Décret de 1932 a été entièrement abrogé, ce qui supposerait qu'il n'y aurait, dans ce cas, plus du tout de texte au Cameroun en matière de publicité foncière ... ce qui inexact.

hypothécaire est discuté comme s'il s'agissait du régime applicable « de plein droit », alors que tel n'est pas le cas⁽⁹⁾.

Cette confusion consistant à faire du renouvellement des inscriptions hypothécaires du Code civil le régime applicable « de plein droit » apparaît d'ailleurs assez répandue tant dans la doctrine que chez les praticiens du droit qui s'y réfèrent soit implicitement soit expressément. Quelques exemples :

- **Henri-Désiré Modi Koko Bebey.** La réforme du droit des affaires de l'Ohada au regard de la mondialisation de l'économie <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-des-affaires.html>

« La réforme de l'OHADA n'apporte pas de changement notable au régime des hypothèques, dans le sens d'une plus grande sécurité des créances. Au regard du régime antérieur, il faut souligner que l'article 123 de l'Acte uniforme n'a pas retenu le délai de péremption des inscriptions hypothécaires qui était de dix dans le Code civil. Il prévoit au contraire que "l'inscription conserve le droit du créancier jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice..." La souplesse de cette mesure sera certainement appréciée par les établissements de crédit qui consentent des prêts hypothécaires. Pour le reste, l'Acte uniforme a repris l'essentiel du dispositif du Code civil. Ce fait n'a d'ailleurs rien d'étonnant car les mécanismes de l'hypothèque, "la reine des sûretés", ont déjà été suffisamment éprouvés par la pratique. La véritable incertitude en la matière, et dans le domaine des sûretés ou du crédit en général est relative au recouvrement effectif des créances. La sécurité consiste donc aussi à lever ou à réduire cette incertitude, en donnant au créancier les moyens de se faire payer ».

-**Me Georges Gérard Wamba Makollo.** Journées Ohada de Yaoundé des 19, 20 et 21 juin 2008 à l'Université de Yaoundé II SOA. « Ohada et sécurisation des investissements en Afrique - La réalisation des garanties bancaires »

« 3) L'épineuse question du non renouvellement de l'inscription hypothécaire que le débiteur brandit comme paravent à toute initiative de réalisation de la garantie: Eviter de prêter le flanc au débiteur en ne renouvelant pas l'inscription hypothécaire.

Il s'agit des cas des sûretés réelles immobilières (hypothèques) consenties avant l'entrée en vigueur de l'A.U.S, et par conséquent soumises aux principes édictés par le code civil ».

Or, sauf à effacer totalement le droit foncier de l'environnement légal existant, compte tenu de la coexistence du droit civil et du droit foncier en la matière, il n'y a pas lieu d'appliquer « automatiquement » le dispositif du Code civil mais de procéder plutôt à un examen au cas par cas de ce qui a été effectivement inclus dans les actes et prévu ou non par les parties.

Outre cette première confusion consistant à faire du renouvellement des inscriptions hypothécaires le dispositif légal « de plein droit », une deuxième confusion importante a été liée à la question de savoir qui pouvait se prévaloir du défaut de renouvellement de telles inscriptions, avec un amalgame entre toutes les parties prenantes mises sur le même pied d'égalité, en perdant totalement de vue l'objectif principal de la publicité foncière en général et des inscriptions hypothécaires en particulier, à savoir essentiellement rendre les droits inscrits sur un immeuble immatriculé opposables aux tiers.

⁽⁹⁾ Dans aucune des décisions suivantes n'est indiquée l'origine précise (légale ou conventionnelle ?) de l'obligation de renouvellement, afin de connaître les contours exacts du régime applicable : y-a-t-il eu simple inclusion de l'obligation de renouveler « par automatisme » (TGI MFOUNDI, Jugement civil n° 179 du 23/01/2002, Affaire Yathou A.M. et autres c/ Standard Chartered Bank) ou au contraire y-a-t-il eu référence expresse des parties au Code civil ? (TPI Ydé Centre Administr., Ord. n°632/C du 02/06/2002, Affaire Mme Veuve Ayissi Tsogo Zambo M. c/ Crédit Foncier du Cameroun, Me P-F Xavier Menye Ondo, M. Le Conservateur de La Propriété Foncière du Centre : dans cette décision, l'art. 2154 du Code civil est cité dans les débats mais il n'est nulle part précisé si cette disposition était incluse dans le contrat des parties ou a été simplement invoquée comme texte tacitement applicable « de plein droit »).

En effet, dans le cas où la formalité de renouvellement de l'inscription hypothécaire est effectivement exigible, rappelons que le défaut de renouvellement de cette inscription ne peut être valablement invoqué par le débiteur contre le créancier hypothécaire puisque la validité de l'hypothèque n'est pas concernée (donc pas affectée) par le respect ou non de la publicité foncière. (Cf. Développements antérieurs 1.3.1 et 1.3.2).

Par contre, dans le cadre d'une procédure de saisie intéressant des tiers, le créancier hypothécaire qui n'aurait pas inscrit son hypothèque aux livres fonciers (le cas échéant pas renouvelé son inscription hypothécaire) ne pourrait imposer à ces tiers, selon le cas, son droit de préférence ou son droit de suite (cf. Développements antérieurs).

Les principaux cas de figures susceptibles de se présenter dans ces pays de la « 1^{ère} catégorie » sont récapitulés dans les tableaux ci-dessous.

Tableaux récapitulatifs de quelques situations susceptibles de se présenter dans les pays de la 1^{ère} catégorie

Divers cas de figures d'actes hypothécaires	Effets de la convention hypothécaire entre les parties	Effets de l'inscription hypothécaire vis-à-vis des tiers
<p>L'hypothèque :</p> <ul style="list-style-type: none"> . a été régulièrement constituée, . l'acte d'hypothèque ne contient aucune clause relative à l'obligation d'inscription aux livres fonciers, . l'hypothèque n'a pas été inscrite aux livres fonciers <p>NB. Le droit foncier (règle spéciale) est le droit applicable.</p>	<p>Elle est valable entre les parties et les engagements mutuellement pris par elles doivent être respectés.</p> <p>L'hypothèque fait naître en faveur du créancier hypothécaire un droit de saisie qui devra bien évidemment respecter les prescriptions applicables en matière de saisie immobilière pour mettre en œuvre son droit.</p> <p>Aucune des parties ne peut invoquer l'absence d'inscription aux livres fonciers de l'hypothèque (et partant de renouvellement de l'inscription hypothécaire) pour se soustraire au respect de ses obligations puisque ces formalités ne sont pas une condition de validité de leurs droits.</p>	<p>Le créancier n'ayant pas fait inscrire ses droits, il ne peut les opposer aux tiers et notamment il ne pourra pas invoquer un <i>droit de préférence</i> ou exercer un <i>droit de suite</i> sur l'immeuble à l'encontre des tiers.</p> <p>Si tous les tiers ne sont pas inscrits comme lui, ils seront tous sur un même pied d'égalité en cas de saisie et de vente de l'immeuble.</p> <p>Si un ou des tiers ont inscrit leurs droits : ce créancier devra en tenir compte puisqu'il n'a pas fait inscrire les siens. Ces tiers pourront invoquer à son encontre l'absence d'inscription de ses droits hypothécaires pour lui dénier selon le cas un droit de préférence sur les deniers de la vente de l'immeuble ou un droit de suite sur l'immeuble. Ils ne pourront toutefois pas invoquer l'absence de renouvellement de l'inscription non prescrit par les textes.</p>

Divers cas de figures d'actes hypothécaires	Effets de la convention hypothécaire entre les parties	Effets de l'inscription hypothécaire vis-à-vis des tiers
<p>L'hypothèque :</p> <ul style="list-style-type: none"> . a été régulièrement constituée, . l'acte d'hypothèque ne contient aucune clause relative à l'obligation d'inscription aux livres fonciers, . l'hypothèque a toutefois été inscrite aux livres fonciers <p>NB. Le droit foncier (règle spéciale) est le droit applicable.</p>	<p>Elle est valable entre les parties et leurs engagements doivent être respectés.</p> <p>Naissance d'un droit de saisie en faveur du créancier hypothécaire à mettre en œuvre en respectant les règles des saisies immobilières.</p> <p>Aucune d'elles ne peut se prévaloir de l'accomplissement de la formalité d'inscription ou de l'absence de renouvellement de l'inscription aux livres fonciers de l'hypothèque pour se soustraire au respect de ses obligations (voir ci-dessus).</p>	<p>Le créancier ayant fait inscrire ses droits (avant tout autre), il peut valablement les opposer aux tiers et notamment pourra invoquer un droit de préférence ou exercer un droit de suite sur l'immeuble entre les mains d'un tiers.</p> <p>Si tous les tiers ne sont pas inscrits, ils seront obligés de tenir compte de son droit de préférence en cas de saisie et de vente de l'immeuble.</p> <p>Si un ou des tiers ont également inscrit leurs droits <i>après lui</i> : ils devront aussi tenir compte de ses droits hypothécaires inscrits avant les leurs, mais ils seront par contre fondés à invoquer aux tiers non inscrits sus-visés ou à ceux inscrits après eux, selon le cas, un droit de préférence sur les deniers de la vente ou un droit de suite sur l'immeuble. La caducité d'hypothèque pour non-renouvellement non prescrit par les textes ne peut toutefois être invoquée</p>

Divers cas de figures d'actes hypothécaires	Effets de la convention hypothécaire entre les parties	Effets de l'inscription hypothécaire vis-à-vis des tiers
<p>L'hypothèque :</p> <ul style="list-style-type: none"> . a été régulièrement constituée, . l'acte d'hypothèque inclut expressément l'obligation d'inscription et de renouvellement de l'inscription du Code civil (régime légal du Code) . mais l'hypothèque n'a pas été inscrite aux livres fonciers <p>NB. Le droit civil est le texte applicable.</p>	<p>Elle est valable entre les parties sauf si l'inscription a été incluse comme condition additionnelle spécifique de validité de l'acte d'hypothèque (condition autre que les conditions habituelles), et les engagements mutuellement pris par elles doivent être respectés.</p> <p>L'hypothèque fait naître un droit de saisie en faveur du créancier hypothécaire à mettre en œuvre selon les prescriptions des saisies immobilières.</p> <p>Les parties ne peuvent se prévaloir de l'absence d'inscription aux livres fonciers de l'hypothèque (ou du non-renouvellement de l'inscription hypothécaire) pour se soustraire au respect de leurs obligations <i>qu'en fonction de</i> ce qui est effectivement prévu par le Code Civil.</p>	<p>Le créancier n'ayant pas fait inscrire ses droits ne peut les opposer aux tiers (et notamment ne pourra pas invoquer un droit de préférence ou exercer un droit de suite sur l'immeuble). L'opposabilité des droits aux livres fonciers est en effet régie par la loi foncière qui exige une publication des droits.</p> <p>Si tous les tiers ne sont pas inscrits comme lui, ils seront tous sur un même pied d'égalité en cas de saisie et de vente de l'immeuble.</p> <p>Si un ou des tiers ont inscrit leurs droits : le créancier devra en tenir compte puisqu'il n'a pas fait inscrire les siens. Ces tiers pourront invoquer à son encontre l'absence d'inscription de ses droits et de renouvellement de l'inscription, pour lui dénier selon le cas un droit de préférence sur les deniers de la vente ou un droit de suite sur l'immeuble.</p>
<p>Ces principes ne s'appliqueront évidemment <i>pas automatiquement</i> et de la même façon :</p> <ul style="list-style-type: none"> . en cas d'inscription de l'hypothèque et de renouvellement régulier de l'inscription hypothécaire, . ou d'inscription de l'hypothèque mais sans renouvellement de l'inscription hypothécaire. 		

Divers cas de figures d'actes hypothécaires	Effets de la convention hypothécaire entre les parties	Effets de l'inscription hypothécaire vis-à-vis des tiers
<p>L'hypothèque :</p> <ul style="list-style-type: none"> . a été régulièrement constituée, . l'acte d'hypothèque inclut plutôt expressément l'obligation d'inscription et de renouvellement de l'inscription mais sans référence au Code civil (obligation simplement conventionnelle) . et l'hypothèque n'a pas été inscrite aux livres fonciers 	<p>Mêmes règles que ci-dessus en ce qui concerne la validité de l'hypothèque et l'obligation de respect des engagements contractuels.</p> <p>Mêmes observations que ci-dessus en ce qui concerne le droit de saisie.</p> <p>Les parties ne peuvent se prévaloir de l'absence d'inscription aux livres fonciers de l'hypothèque (ou du non-renouvellement de l'inscription hypothécaire) pour se soustraire au respect de leurs obligations <i>qu'en fonction de ce qui est effectivement inclus dans l'acte d'hypothèque</i> car le contrat est la loi des parties. Si des sanctions sont prévues, elles doivent être appliquées mais si aucune sanction n'avait été prévue, l'absence de renouvellement ne peut pas être sanctionnée.</p>	<p>Le créancier n'ayant pas fait inscrire ses droits ne peut les opposer aux tiers et notamment ne pourra pas invoquer un droit de préférence ou exercer un droit de suite sur l'immeuble.</p> <p>Si tous les tiers ne sont pas inscrits comme lui, ils seront tous sur un même pied d'égalité en cas de saisie et de vente de l'immeuble.</p> <p>Si un ou des tiers ont inscrit leurs droits : le créancier devra en tenir compte puisqu'il n'a pas fait inscrire les siens. Ces tiers pourront invoquer à son encontre l'absence d'inscription de ses droits hypothécaires, le cas échéant de son non-renouvellement, pour lui dénier, selon le cas un droit de préférence sur les deniers de la vente ou un droit de suite sur l'immeuble.</p>
<p>Ici également, la diversité des situations (inscription effectivement réalisée ou réalisée mais sans renouvellement de l'inscription hypothécaire) modulera l'application des règles ci-dessus.</p>		

Qu'en est-il des pays de la 2^{ème} catégorie pris à titre d'exemples ?

2.2. Les régimes fonciers ayant « importé » les standards du Code civil

2.2.1. CONGO. Loi n°17-2000 du 30 décembre 2000.

Art.57.- Tout droit réel relatif à un immeuble immatriculé n'existe, à l'égard des tiers, que du fait et du jour de sa transcription sur le titre par le Conservateur des Hypothèques et de la Propriété Foncière.

Art.58.- Les actes volontaires et les conventions tendant à constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel ne produisent effet entre parties qu'à dater de l'inscription sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'inexécution de leurs conventions.

Art.69.- L'hypothèque sur les immeubles immatriculés n'existe à l'égard des tiers et n'a rang entre les créanciers que du jour de l'inscription. Les inscriptions ont la même durée que les hypothèques.

Art.78.- Le Conservateur des Hypothèques et de la Propriété Foncière peut, dans le cas des hypothèques conventionnelles, à l'expiration des délais prévus et en l'absence de main levée, procéder à leur renouvellement d'office avec paiement des droits par le bénéficiaire de l'inscription. Le renouvellement d'office par le Conservateur ne peut intervenir plus d'une fois.

2.2.2. GUINEE. Loi n°L/99/013/AN portant Code foncier et domanial

Art.10.- La garantie des droits réels est obtenue par la publication sur le livre foncier visé au titre V du présent code, à un compte particulier ouvert pour chaque immeuble, de tous les droits réels qui s'y rapportent, ainsi que des modifications de ces mêmes droits, ladite publication étant précédée de la vérification des justifications produites et faisant foi à l'égard des tiers.

Art.152.- Les droits réels ne se conservent et ne produisent effet à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les formes, conditions et limites fixées par le présent code, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions.

Art.154.- La publication au livre foncier de droits réels constitués sur les immeubles postérieurement à leur immatriculation et exigée pour la validité des droits à l'égard des tiers, est assurée par la formalité de la publicité de ces droits.

Art.204.- L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque jusqu'à une date fixée par le créancier, sans toutefois que la date extrême de cette inscription soit postérieure de dix années à compter du jour de la formalité. Si elle n'a pas été renouvelée au plus tard à cette date elle cesse aussitôt de produire effet.

Art.211.- Les privilèges et hypothèques s'éteignent conformément à l'article 1175 du Code Civil :

- 1° par l'extinction de l'obligation dont ils constituent la garantie ;
- 2° par la renonciation du créancier à son droit ;
- 3° par l'accomplissement de la procédure de purge des hypothèques par le tiers détenteur, sur expropriation forcée ou sur expropriation pour cause d'utilité publique, conformément aux dispositions du Code Civil ;
- 4° par la prescription en faveur de débiteur ou du tiers détenteur.

Il apparait donc clairement à partir de cet échantillon de pays, qu'au moment où le droit Ohada des sûretés vient remanier le régime hypothécaire avec la déclaration de principe de non-ingérence dans le régime de publicité foncière relevant des législations nationales, il ne trouve pas, tant s'en faut, un environnement légal homogène dans les divers pays de la zone. Compte tenu de cette réalité, il était d'autant plus nécessaire qu'il n'interfère pas dans le régime de la publicité foncière de ces pays.

Nous verrons toutefois que tel n'a pas été le cas et il importe en conséquence d'examiner les contours des modifications et aménagements effectués en 1998 par l'Acte Uniforme Ohada portant organisation des sûretés, en matière hypothécaire.

II. LES MODIFICATIONS ET AMENAGEMENTS INCOHERENTS DE L'AUS ET LEURS INCIDENCES

II.1. Au départ, de nouvelles règles du jeu avec déclaration de non-ingérence dans les régimes internes de publicité foncière

Le grand principe en toile de fond est en effet que l'AUS fixe de nouvelles règles uniformes mais renvoie au droit interne pour certains détails du ressort de la législation foncière interne (régime de la publicité foncière et autres) :

"Article 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.

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.

Si les rédacteurs de l'AUS étaient donc restés dans la logique de non-ingérence, aurait simplement été applicable tel quel le droit interne dont nous avons rappelé ci-dessus les différences selon les pays. Malheureusement, ils apparaissent avoir ajouté un cran supplémentaire de complexité à ce paysage déjà touffu, en ne se contentant pas de simplement renvoyer à la législation interne.

II.2. Les interférences maladroites de l'AUS dans les régimes internes de publicité foncière et leurs incidences sur la sécurité du régime hypothécaire Ohada

Après rappel du principe général selon lequel « 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 » (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. Les articles 123 et 129 interfèrent effectivement dans le domaine de la publicité foncière en ce qui concerne les effets des inscriptions, en ces termes :

Art. 129. Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité.

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.

Dans l'article 129 reproduit ci-dessus, seul le premier membre de phrase est en concordance avec le système de publicité foncière Torrens (« Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers »). Quant au dernier membre de la phrase, s'il est a priori en phase avec les standards des pays de la 2^{ème} catégorie, il est par contre en totale discordance avec la logique et la mécanique de fonctionnement du système de publicité foncière Torrens resté en vigueur dans les pays de la 1^{ère} catégorie. En effet, alors que l'inscription d'un droit réel immobilier aux livres fonciers est une simple formalité de publicité à l'égard des tiers, qu'elle n'a nullement pour effet de créer un droit ou une charge et qu'elle n'est donc pas une condition de formation ou de validité d'un acte entre les parties, l'article 129 de l'Acte Uniforme Ohada établit une règle contraire.

L'article 123, quant à lui remanie directement le volet « effets des inscriptions », abolit purement et simplement les règles internes de la publicité foncière en matière de conservation des droits inscrits en ne retenant ni les standards du système Torrens, ni ceux du Code civil et en outre amalgame inopportunément *extinction de l'hypothèque* et *péremption de l'inscription hypothécaire*.

Quelques questions viennent à l'esprit : *quel droit* vise cette disposition et *à l'égard de qui* cette conservation est censée produire ses effets.

S'agissant de la 1^{ère} question, nous constatons qu'aucune réponse ne figure dans l'article 122 al. 2 qui, en énonçant que « *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* », fait un renvoi pur et simple à la législation interne. Ceci implique que contrairement à une interprétation très répandue, « le droit » dont s'agit, ne renvoie pas automatiquement aux droits du créancier hypothécaire lato sensu ; il faut plutôt se référer à ce que chaque législation interne précise. Il s'ensuit que les conséquences du non-renouvellement prescrit, mentionnées dans cet article 123, ne peuvent pas être les mêmes selon les pays membres de l'Ohada.

Ainsi, dans les pays de la 1^{ère} catégorie demeurés dans l'orthodoxie de la publicité foncière de type Torrens, le droit qui cesse d'être conservé par application de cet article 123 doit logiquement être celui du créancier inscrit d'opposer aux tiers les droits lui ayant été conférés sur l'immeuble, de se prévaloir à leur encontre de son droit de préférence, ou d'exercer son droit de suite à l'égard de tout tiers détenteur de l'immeuble ⁽¹⁰⁾. Il ne peut s'agir des droits hypothécaires du créancier eux-mêmes dont la validité entre les parties ne dépend pas de l'inscription aux livres fonciers. Cette acception du terme « droit » serait d'ailleurs un peu en phase avec l'article 122 al. 3 de l'AUS disposant que « *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* ». La réponse à la 2^{ème} question soulevée ci-dessus s'impose alors d'elle-même : les droits du créancier venant d'être rappelés cessent d'être conservés *seulement* vis-à-vis des tiers, seuls concernés par les problèmes *d'opposabilité de droits*.

Examinons à présent ce qu'il peut en être dans les pays de la 2^{ème} catégorie pris à titre d'exemples :

. **Guinée.** Art.204. *L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque jusqu'à une date fixée par le créancier, sans toutefois que la date extrême de cette inscription soit postérieure de dix années à compter du jour de la formalité. Si elle n'a pas été renouvelée au plus tard à cette date elle cesse aussitôt de produire effet.*

. **Congo :** Art.69.- *L'hypothèque sur les immeubles immatriculés n'existe à l'égard des tiers et n'a rang entre les créanciers que du jour de l'inscription. Les inscriptions ont la même durée que les hypothèques.*

Art.78.- *Le Conservateur des Hypothèques et de la Propriété Foncière peut, dans le cas des hypothèques conventionnelles, à l'expiration des délais prévus et en l'absence de main levée, procéder à leur renouvellement d'office avec paiement des droits par le bénéficiaire de l'inscription. Le renouvellement d'office par le Conservateur ne peut intervenir plus d'une fois.*

Nous constatons que le terme « droit » utilisé dans l'article 123 de l'AUS renvoie en principe, dans l'acception de la législation interne guinéenne, aux « droits hypothécaires du créancier » qui seraient donc en principe éteints en cas de non-renouvellement de l'inscription. Dans ce cas :

. il y aurait concordance entre la péremption de l'inscription hypothécaire et l'extinction de l'hypothèque,

. mais alors cet article 123 de l'AUS ne serait plus en cohérence avec le dispositif de l'article 122 alinéa 3 du même Acte Uniforme qui ne parle pas de conservation de la *validité* de l'hypothèque mais seulement de la conservation de son *rang*, jusqu'à la publication de son extinction ...

⁽¹⁰⁾ **J. Chabas** précité. Fasc. B. Effets de l'immatriculation et de l'inscription des droits réels. *L'inscription est constitutive du droit par rapport aux tiers, seule la radiation de l'inscription peut, par rapport à eux, libérer l'immeuble.*

Si l'on examine l'autre pays de la 2^{ème} catégorie pris à titre d'exemple (Congo), l'analyse faite ci-dessus en rapport avec la Guinée, n'est plus valable compte tenu du libellé différent des textes et de l'inclusion d'autres alternatives en ce qui concerne le renouvellement des inscriptions ...

La question peut être posée de savoir, après cette revue, pour quelle sécurité juridique supplémentaire ces nouvelles règles uniformes en matière hypothécaires ont été instituées ?

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. Or d'une part, il reste à savoir si un réel arbitrage a 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. D'autre part, la péremption des inscriptions hypothécaires étant justifiée, dans le schéma du Code civil français, par l'existence d'un *système de publicité personnelle* ⁽¹¹⁾, l'on peut peut-être se demander quelle est la pertinence de son inclusion dans des systèmes fonciers du type Torrens non organisés sur la base de la publicité personnelle.

Au vu de la maîtrise déjà pas toujours parfaite du droit antérieur, attestée par les polémiques et atermoiements déjà évoqués, les parties maîtriseront-elles ces nouvelles règles leur permettant de paramétrer conventionnellement la conservation des droits hypothécaires et les mettront-elles 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.

Le récapitulatif des principales ingérences du droit Ohada dans le droit interne des pays et de leurs conséquences est fait dans les tableaux ci-après.

⁽¹¹⁾) 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 sùreté 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).

RECAPITULATIF DES PRINCIPALES INGERENCES DU DROIT OHADA	
Dispositif Ohada	Observations
<p><i>Art. 129. Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité.</i></p>	<p>Dans les pays de la 1^{ère} catégorie, l'inscription aux livres fonciers n'est pas une condition de validité ou influençant la formation de l'acte, puisqu'elle n'est utile que par rapport aux tiers susceptibles d'être concernés /intéressés par l'immeuble. Dans ce contexte, le créancier hypothécaire a intérêt à extérioriser ses arrangements intervenus avec le propriétaire de l'immeuble pour que les tiers en tiennent compte => il publiera alors ses droits aux livres fonciers pour les rendre opposables aux tiers. S'il tarde à les publier, il subira la loi de la <i>priorité d'inscription</i> et devra tenir compte des droits de celui qui aura inscrits les siens avant lui.</p> <p>Une convention hypothécaire réunissant toutes les conditions requises en matière de constitution (relatives aux droits du constituant, à la créance garantie, au bien à hypothéquer, à la forme de l'acte ...) est un acte achevé et non une promesse synallagmatique du seul fait que les tiers n'auraient pas été avertis qu'elle existe (puisque non publiée aux livres fonciers). L'on constate ici un <i>détournement d'objet de la publicité foncière</i> qui a pour objectif d'aviser les tiers des droits conférés sur un immeuble immatriculé.</p> <p>A partir du brouillage de ce schéma de base qui lie la validité de l'hypothèque à son inscription, les quiproquos existant déjà entre extinction des hypothèques et péremption des inscriptions hypothécaires (en sus de celui de la qualité pour les invoquer) ne peuvent que grandir davantage.</p>
<p><i>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.</i></p>	<p>Il s'agit là d'une règle sui generis du droit Ohada qui ne fait écho ni aux standards du droit civil, ni à ceux de la publicité foncière Torrens des droits nationaux. En effet :</p> <ul style="list-style-type: none"> . le Code civil prévoit une durée de validité de 10 ans après lesquels l'inscription doit être renouvelée, . le droit foncier Torrens prévoit une durée illimitée de conservation des droits du créancier et de leur opposabilité aux tiers et rien d'autre, jusqu'à la publication de l'acte contraire à celui à la base de l'inscription. Il ne concerne pas la validité de l'hypothèque entre les parties qui continue d'être régie par ses propres règles.
Dispositif Ohada	Observations
<p><i>Art. 124. 2. L'extinction de l'hypothèque conventionnelle ou forcée résulte :</i></p> <p>-- 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.</p>	<p>Oui. Oui. Non. Renvoi devait être fait au droit interne puisque, comme nous l'avons vu, les systèmes ne sont pas exactement les mêmes selon les pays.</p>

III. EST-IL POSSIBLE D'EVITER LA TRAPPE DE L'IMBROGLIO DU RENOUELEMENT DES INSCRIPTIONS HYPOTHECAIRES ?

Cet imbroglia est une trappe dans laquelle peut se retrouver pris au piège le créancier hypothécaire lorsqu'il veut recouvrer sa créance et donc a besoin de réaliser sa garantie. Il ne pourra être sûr de ce recouvrement en raison de l'existence de quelques points opaques mettant à jour les contours incertains de sa garantie, lesquels donneront lieu à débats. En effet, certains débiteurs chercheront logiquement à ce moment là, à voir comment échapper au rouleau compresseur.... C'est alors que les loupes sortiront pour voir quelle virgule manque, susceptible de permettre de soulever une nullité, une péremption de droits etc.

Est-il donc possible d'éviter cette trappe ?

Tout d'abord, il importe d'éviter certains « automatismes ». Comme cela a été souligné dans les développements antérieurs, tout en posant le principe d'une absence d'ingérence dans les droits fonciers internes, l'AUS a interféré dans ces droits (incluant d'ailleurs des variantes d'un pays à l'autre), ce, pas toujours en cohérence avec lesdits droits. *L'application combinée du dispositif Ohada concerné et des règles de droit interne requiert donc une certaine circonspection.* Elle pourra parfois se révéler difficile à mettre en œuvre et dans ce cas, il appartiendra au créancier hypothécaire actuel ou potentiel de voir quels arbitrages faire pour maintenir *contractuellement* un niveau pertinent de sécurité juridique. Cette sécurité peut être établie en amont, mais elle doit se construire et elle ne pourra donc s'accommoder d'automatismes...

Dans la même vaine, il ne faut pas perdre de vue que l'AUS n'est pas un bloc de dispositions toutes assorties d'un caractère d'ordre public. De fait, l'examen de cet Acte Uniforme montre que si la liberté contractuelle est bridée en certains domaines, elle ne l'est pas dans tous.

Exemples de restrictions de la liberté contractuelle en matière de garanties :

- dans un certain nombre de cas, le droit Ohada des sûretés restreint complètement la liberté contractuelle des parties en prohibant formellement la stipulation de clauses contractuelles en rapport avec des points donnés : toute clause contraire est réputée non écrite :

. exemple : Article 9 : *Le cautionnement général peut être renouvelé lorsque la somme maximale est atteinte. Le renouvellement doit être exprès ; toute clause contraire est réputée non écrite) ;*

. autre exemple : Article 13 al. 4. *Nonobstant toute clause contraire, la déchéance du terme accordé au débiteur principal ne s'étend pas automatiquement à la caution qui ne peut être requise de payer qu'à l'échéance fixée à l'époque où la caution a été fournie. Toutefois, la caution encourt la déchéance du terme si, après mise en demeure, elle ne satisfait pas à ses propres obligations à l'échéance fixée ;*

-dans d'autres cas, des prescriptions sont édictées ou des conditions requises, à peine de nullité. Exemple : Article 65. « *Le nantissement doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. Il doit, à peine de nullité, comporter les mentions suivantes ...* ».

Lorsque de telles restrictions ne sont pas incluses, des zones peuvent s'ouvrir pour la liberté contractuelle. Il faut donc prendre le temps de les repérer afin d'insérer, là où cela est opportun, les aménagements susceptibles de sécuriser la garantie hypothécaire.

CONCLUSION

Par son ingénierie maladroite dans le droit foncier interne des pays membres, l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés n'a réalisé, à l'occasion du toilettage du régime hypothécaire, ni l'harmonisation qu'il était censé poursuivre, ni la sécurité juridique et judiciaire qu'il était censé assurer dans le domaine sensible des garanties hypothécaires.

Dans ce contexte, il apparaît que la sécurité de ces garanties hypothécaires ne peut être assurée par les créanciers hypothécaires *qu'avec une grande vigilance en amont et en aval*.

Vous êtes un établissement bancaire impliqué dans un seul pays de la Zone Ohada

. **En amont**, prenez soin de paramétrer soigneusement vos actes en fonction du niveau de sécurité juridique que vous souhaitez avoir et ne vous fiez pas aux « évidences ». Certaines des incohérences de l'AUS relevées permettent de voir qu'il n'est pas possible de travailler en ce domaine de manière routinière. En effet, un mauvais paramétrage contractuel incluant des schémas susceptibles d'amointrir la sécurité des droits hypothécaires transmis ou à transmettre, en raison de problèmes de renouvellement d'inscriptions hypothécaires mal cernés et maîtrisés, peut fragiliser vos garanties hypothécaires tant sur le marché primaire, qu'ultérieurement, sur le marché secondaire. L'AUS inclut certaines possibilités d'aménagement de vos contrats, utilisez-les.

. **En aval**, attachez-vous, lors de la réalisation des garanties hypothécaires, à éviter les « automatismes » dans les débats. Le créancier hypothécaire qui « croira » maîtriser son dossier et n'aura pas pris la peine de regarder certains détails, sera ensuite obligé d'effectuer de nombreuses contorsions lors de ces débats « pour s'en sortir ». Ne raisonnez pas en termes généraux mais prenez la peine de vérifier ce qui était prévu dans le contrat concerné, si le contenu contractuel a été soigneusement libellé, certains débats pourront être mieux circonscrits et les quiproquos inutiles écartés.

Vous êtes un établissement bancaire impliqué dans plusieurs pays de la Zone Ohada

Ne pensez pas que le droit Ohada des garanties peut s'appliquer uniformément en tous ses points dans les divers pays dans lesquels vous êtes impliqués. Si un certain nombre de règles de ce droit uniforme sont effectivement applicables de la même manière dans tous les pays de la zone Ohada, d'autres requièrent une prise en compte des législations locales. L'exemple en est la formalité de renouvellement de l'inscription hypothécaire assortie de modalités, de prescriptions et d'exigences susceptibles d'être fort différentes d'un pays à l'autre.

Ce sont ces diverses prises en compte et votre vigilance qui assureront la sécurité juridique de vos garanties hypothécaires.