

# **APPORT DU DROIT OHADA DANS LA PRATIQUE DES SURETES PAR LES EMPRUNTEURS ET ETABLISSEMENTS DE CREDIT EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO**

**Par**

**KATUSELE BAYONGI Eric**

*Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Goma*

*Avocat au Barreau près la Cour d'Appel de Goma*

## **INTRODUCTION**

Depuis le 12 septembre 2012, le droit de l'OHADA est juridiquement entré en vigueur sur le territoire de la République Démocratique du Congo (RDC). Ce fait est consécutif au dépôt des instruments de ratification par le Gouvernement congolais auprès du dépositaire du Traité OHADA à Dakar. En effet, le droit OHADA remplace la majeure partie du droit congolais des affaires dans le sens où ce sont les actes uniformes issus de ce cadre qui seront dès lors d'application. Bien que l'échelle de remplacement ne soit pas absolument totale, il faut dire que le paysage du droit congolais des affaires connaît un large changement.

L'entrée en vigueur du droit de l'OHADA est censé rendre actuels les textes juridiques devenus presque obsolètes en Droit congolais. L'anachronisme et l'inadaptation de l'ancien droit congolais des affaires aux données actuelles des affaires et du modernisme ont motivé que ce droit soit soutenu par nombre d'acteurs.<sup>1</sup>

La présente réflexion s'inscrit dans le cadre de cette nouveauté avec laquelle les opérateurs économiques (producteurs et consommateurs) ainsi que les acteurs judiciaires auront à prendre en compte. Il a déjà été démontré par des études précédentes à quelle échelle le droit congolais est en voie de connaître d'énormes modifications. Mais plus particulièrement, cette

---

<sup>1</sup> Venant du sommet de l'Etat en passant par un courant de doctrinaires.

réflexion s'intéresse au secteur du crédit. En effet, un acte uniforme entier est réservé aux sûretés.<sup>2</sup> Son impact sur terrain sera analysé dans une perspective visant à tenir compte de pauvres consommateurs des services de crédit. En fait, le secteur de la micro-finance connaît des situations particulières en RDC. Le but de cette réflexion est de partir de la pratique pour étudier, d'abord, dans quelle mesure l'ancien droit congolais a pu appréhender les problèmes que suscitent la pratique dans le secteur de la micro-finance et ensuite, voir comment le droit de l'OHADA est en mesure de résoudre la question.

Depuis peu de temps déjà les Etablissements de crédit ont multiplié leurs activités dans toute la République Démocratique du Congo et particulièrement à Goma, Chef lieu de la Province du Nord-Kivu. Les différents agents économiques s'adressent donc régulièrement à ces institutions financières pour mener leurs opérations consistant soit à épargner de l'argent, soit à le transférer dans un autre lieu, soit encore à demander du crédit. Ce dernier aspect attire notre attention particulière car, comme on le sait, le secteur de la Microfinance vise à permettre aux plus démunis d'accéder au système financier formant ainsi une autre alternative face aux exigences particulières du secteur bancaire. Il sied donc de vérifier les conditions dans lesquelles les démunis accèdent à ces crédits et, plus encore, chercher à comprendre ce qui arriverait s'ils ne parviennent pas à rembourser.

Il découle des observations tirées de la pratique que les agents économiques recourent à différentes formes de moyen de crédit à savoir l'hypothèque, le gage, la caution. De la manière dont ils mettent en pratique ces moyens de crédit, il s'observe qu'en ce qui concerne plus particulièrement l'hypothèque deux situations se dégagent. La première concerne le fait que ni le demandeur de crédit, ni l'Etablissement de crédit ne semble se soucier de faire enregistrer leur droit d'hypothèque. La deuxième situation est liée au fait que parfois l'immeuble donné en hypothèque est inscrit au nom de l'enfant du demandeur de crédit. Ces deux problèmes seront analysés principalement à la lumière du droit congolais, en vue de voir les vides et dangers que posait l'ancien droit. Ensuite, l'on tentera de voir dans quelle mesure le droit de l'OHADA peut être utile dans ce domaine.

---

<sup>2</sup> Acte Uniforme portant organisation des sûretés, 17 avril 1997.

En fait, les pauvres demandeurs de crédit ont besoin d'argent et semblent être vulnérables à donner n'importe quel bien en tant qu'objet de crédit et sous n'importe quelle forme. En outre, les Etablissements de crédits, conscients qu'ils traitent avec des pauvres et se trouvent dans une situation de concurrence, sont disposés à accepter les objets de crédit en toute facilité. Cette situation serait-elle propre au monde de la micro-finance où se meuvent les pauvres ? Peut-on dire que les moyens de crédit en présence suffisent ou faudrait-il en créer d'autres propres à la situation de la micro-finance ? Ou, peut-on admettre que les agents économiques peuvent créer leurs propres moyens de crédits de part la pratique ?

A cette série de questions nous adresseront les réponses y réservées principalement par le droit de l'OHADA après avoir jaugé le genre de solution que proposait l'ancien droit congolais. Les matériaux à utiliser recommandent une méthode exégétique et comparative. L'analyse de la pratique des sûretés dans le secteur de la micro-finance en droit positif congolais va nous obliger à critiquer la légalité des moyens de crédit pratiqués (I) avant de tirer les conséquences qui s'imposent (II).

## **I. PRESENTATION DES SURETES PRATIQUEES**

Il sera question de chercher à trouver dans la pratique le reflet des sûretés légales congolaises (1.1) avant de jeter un bref aperçu sur ce que propose le droit de l'OHADA (1.2).

### **1.1. Les sûretés pratiquées dans le secteur de la Micro-finance en droit Congolais**

D'une analyse minutieuse de la pratique des Etablissements de crédit de la Ville de Goma, on peut se rendre compte qu'ils se livrent régulièrement à des activités de crédit. Ils aperçoivent des demandes de crédit et appliquent les procédures qui s'imposent en vue d'y apporter des réponses positives. Les Etablissements de crédit de la Ville de Goma sont animés par un esprit de sécurité, ils veulent tout naturellement se sécuriser dans les opérations effectuées en vue d'éviter de mettre leurs membres ou clients en défaut d'avoir la disponibilité de leurs épargnes dans les délais convenus.

Pour s'assurer du remboursement des crédits qu'ils accordent, les Etablissements de crédit ont mis au point des contrats-types ainsi que des politiques de crédit qui reprennent les conditions auxquelles ils mènent leurs opérations bancaires avec les demandeurs de crédit. L'on peut citer aisément les conditions d'accès au crédit de la Coopérative d'épargne et de crédit des agri-éleveurs (CEA/MUSANZE)<sup>3</sup>. Cette COOPEC fixe les conditions ci-après pour l'octroi de crédit :

- Etre membre de la COOPEC CEA pendant au moins 3 mois ;
- N'avoir pas un mauvais antécédent de crédit ;
- Présenter un projet rentable ou utile ;
- Avoir les capacités suffisantes de remboursement ;
- Avoir un dossier complet de demande ;
- Offrir des garanties qui couvrent largement le crédit sollicité ou à défaut, se porter caution solidaire les uns envers les autres ;
- Avoir les capacités de rembourser dans un délai de 24 mois. Ce délai peut être diminué ou prolongé en tenant compte du projet du membre emprunteur.

L'analyse de ces conditions nous porte à retrouver cet aspect de sécurité pour la COOPEC mais aussi le souci, sans doute, de respecter le droit en général. En effet, en posant que pour obtenir du crédit, il faut être membre, la COOPEC se conforme à la loi en ce sens qu'elle n'interagit qu'avec ses membres. Le respect de la loi, sous cet aspect, n'occulte pas le besoin de sécurité en ce sens que la COOPEC cherche par exemple à se protéger contre les anciens mauvais emprunteurs : référence faite ici à la condition de n'avoir pas un mauvais antécédent de crédit. Le souci de sécurité se dégage des conditions relatives à la fourniture des garanties qui couvrent *largement* le crédit sollicité ou encore la condition d'avoir les capacités *suffisantes* de remboursement encore que l'on respecte un délai discutable de 24 mois.

La demande des garanties est une manifestation normale d'un créancier qui ne cherche pas à faire des offrandes. Pourtant, l'activité des COOPEC, en tout cas pour ce qui les concerne, ne devrait se limiter qu'à un besoin social<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Les données ont été obtenues de par nos recherches personnelles au sein des Etablissements de crédit.

<sup>4</sup> L'on doit néanmoins tenir compte du fait que les sommes engagées dans le crédit appartiennent à d'autres membres épargnants...

Ainsi, non seulement les COOPEC, mais aussi les autres acteurs du secteur financier exigent des garanties de paiement. L'observation générale nous porte à retrouver les exigences suivantes :

- la garantie hypothécaire ou immobilière ;
- la garantie personnelle ou commerciale ;
- la garantie de signature ;
- la garantie cash ;
- les garanties solidaires ;
- les garanties alternatives ;
- etc.

L'on peut croire que ces termes ont le même sens dans la loi que dans la pratique alors qu'il peut s'avérer ne pas en être le cas. Le doute méthodique nous amènerait à remettre en cause la compréhension de ces moyens de garantie en cherchant à dégager leur sens légal comparativement à leur pratique. Pareille étude ne peut, pour des raisons pédagogiques, s'étendre à toutes les garanties citées ci-avant. C'est pourquoi, partant de la conviction que certains moyens de garantie sont pris en compte par la plupart des Etablissements de crédit, nous pouvons nous limiter à analyser les plus récurrents, du moins, ceux qui semblent les plus garants des moyens de garantie. Sous cette catégorie nous citons : l'hypothèque (c), la solidarité (b) et la retenue sur salaire (a).

#### **a) La retenue sur salaire**

De quel genre de garantie s'agirait-il au regard de la loi ? Et qu'en penserait la pratique ? Nous pensons que débiter l'analyse par des questions serait la meilleure méthode car elle permettrait vite de savoir où l'on veut exactement aller. La retenue du salaire suppose que le montant de celui-ci sert à garantir le remboursement du crédit. Mais qu'en dit le droit congolais ?

Le salaire, à lui seul, renvoie à la rémunération perçue par le travailleur en échange de sa prestation de travail<sup>5</sup>. Le salaire est inclus dans la rémunération. En effet, d'après l'article 7 de la loi n°015 du 16 octobre 2002

---

<sup>5</sup> CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 1987, V° *Salaire*, p.829

portant Code du travail définit la rémunération comme étant : « La somme représentative de l'ensemble des gains susceptibles d'être évalués en espèce et fixés par accord ou par les dispositions légales et réglementaires qui sont dus en vertu d'un contrat de travail, par un employeur à un travailleur. Elle comprend notamment :

- le salaire ou traitement ;
- les commissions ;
- l'indemnité de vie chère ;
- les primes ;
- la participation aux bénéfices ;
- les sommes versées à titre de gratification ou de mois complémentaires ;
- les sommes versées pour prestations supplémentaires ;
- la valeur des avantages en nature ;
- l'allocation de congé ou l'indemnité compensatoire de congé ;
- les sommes payées par l'employeur pendant l'incapacité de travail et pendant la période précédant et suivant l'accouchement ».

Aux termes de l'article 112 du Code du travail : « Est nulle de plein droit, toute stipulation attribuant à l'employeur le droit d'infliger des réductions de rémunérations à titre de dommages et intérêts ». Toutefois, les retenues ci-après sont autorisées : (...) g) saisie-arrêt ».

Il découle de l'analyse de cet article que par principe, les retenues et réductions sur rémunération sont nulles. Cela vise sans doute à protéger cet élément vital. Les retenues et réductions sur salaires ne sont admissibles que dans les cas prévus par la loi et, en l'occurrence, la loi cite les retenues fiscales, retenues pour cotisation à l'INSS, retenues pour avance, retenues à titre d'indemnité, en vue de constituer un cautionnement relativement à l'obligation de restituer en bon état à l'employeur les marchandises, produits, espèces, et d'une façon générale, tout ce qui lui a été confié<sup>6</sup> ; la retenue peut encore se faire à titre de prêt et en cas de saisie-arrêt. C'est ce dernier cas qui nous concerne. Il faut encore justifier pourquoi la saisie-arrêt est une procédure par laquelle sont mis sous main de justice les biens d'une personne, le saisi, se trouvant entre les mains de son débiteur avec effet d'interdire à ce dernier de s'acquitter de l'obligation existant envers le saisi par la remise des sommes ou objets dus.

---

<sup>6</sup> Articles 52 du Code du travail

Compris ainsi, la saisie-arrêt à laquelle fait allusion l'article 112, *littera g* suppose que l'employeur est le débiteur du travailleur et qu'il est en la position de *tiers saisi*. Ceci veut dire que le travailleur serait endetté et que son créancier souhaiterait se faire payer sur son salaire. Voilà pourquoi nous avons pris la saisie-arrêt comme cas de retenue autorisée par la loi. C'est donc sous ce sens que l'on peut comprendre la retenue sur salaire. Elle est donc autorisée par la loi en ce qu'elle consiste à opérer par décision de justice des retenues sur le salaire d'un travailleur, au profit d'un créancier de ce dernier, jusqu'à épuisement de sa dette<sup>7</sup>. Mais à quelle condition ?

L'article 114 du Code du travail dispose : « La rémunération du travailleur n'est cessible et saisissable qu'à concurrence d'un cinquième sur la partie n'excédant pas cinq fois le salaire mensuel minimum interprofessionnel de sa catégorie et d'un tiers sur le surplus. Elle est cessible et saisissable à concurrence de deux cinquièmes lorsque la créance est fondée sur une obligation alimentaire légale. La saisie et la cession autorisée pour toute créance est fondée sur une obligation alimentaire légale. La saisie et la cession autorisées pour toute créance et celles autorisées pour cause d'obligation alimentaire légale peuvent s'opérer cumulativement. Le calcul des quotités cessibles et saisissables se fait après déduction des retenues fiscales et sociales et de l'évaluation forfaitaire du logement, tel que défini à l'article 139 du présent Code ».

Cet article nous montre les proportions dans lesquelles la rémunération serait saisissable. Donc, cette disposition s'applique à toutes les rémunérations telles que définies à l'article. Heureusement que c'est le salaire qui est visé plus tard dans la disposition. Bref, si retenue il y avait, cela ne pourrait se faire qu'après calcul. Et, manifestement, si l'on tenait compte du calcul, toute la somme ne serait pas prise, il resterait encore quelque chose, ne fût-ce que pour parer à d'autres obligations du travailleur. D'où, les dettes du travailleur ne sont pas de nature à vider tout son salaire d'après la volonté du législateur.

---

<sup>7</sup> LUWENYEMA LULE, Précis de droit du travail zairois, Editions LULE, Kinshasa, 1987, p. 219

En fait, c'est pour mettre le travailleur à l'abri de sa propre imprévoyance et l'empêcher de se trouver, au moment de la paie, en présence de sommes insuffisantes à raison de cessions antérieurement consenties à des tiers, que le Code du travail<sup>8</sup> décide d'empêcher le travailleur de compromettre par avance sa subsistance en utilisant ses salaires à venir comme moyen de crédit<sup>9</sup>. Ceci paraît avantageux pour le travailleur mais peut paraître désavantageux si l'on se place sur un autre point de vue, celui du marché en ce sens qu'en protégeant trop le travailleur le législateur l'expose à la méfiance des donneurs de crédit.

### **b) La solidarité**

Par définition, en droit civil, la solidarité s'entend de la situation dans laquelle soit un créancier peut exiger le paiement de l'un quelconque de plusieurs débiteurs (solidarité passive) soit que le débiteur peut payer la dette en les mains de l'un quelconque de plusieurs créanciers (solidarité active)<sup>10</sup>.

En droit congolais, la solidarité est considérée comme une des formes des sûretés<sup>11</sup>. Cependant, la loi qui concerne le régime général des sûretés ne la régit pas, elle laisse cette tâche à une législation qui lui serait propre. Or, à l'heure actuelle, en RDC, la solidarité est organisée par quelques dispositions du Code civil livre troisième relatif aux obligations conventionnelles à partir de l'article 95 CCCLIII. Ainsi conçue, la solidarité supposerait que plusieurs débiteurs se rendent solidaires du paiement d'une dette car en effet, la garantie joue au bénéfice du créancier : c'est bien celui-ci qui a intérêt d'être payé. Donc s'il y a sûreté, c'est au bénéfice du créancier. Ceci nous pousse à affirmer que la solidarité est considérée comme garantie lorsqu'on la prend dans sa forme passive. La solidarité active ne saurait, à notre avis, être interprétée comme une sûreté !

En tant que sûreté, la solidarité permet au créancier d'obtenir paiement de l'un quelconque des débiteurs sans que ceux-ci soient tenus *propter rem*.

---

<sup>8</sup> V. article 112 du Code du travail.

<sup>9</sup> LUWENYEMA LULE, *Op. cit.*, pp. 220 à 221.

<sup>10</sup> GUILLIEN, R. et VINCENT, J., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2003, V° *Solidarité*. V. *égal*. Articles 95 et 98 CCCLIII

<sup>11</sup> V. article 368 de la loi dite foncière.



Cela nous fait dire que le créancier n'aura aucun privilège dans le partage des biens du débiteur saisi car si chacun des débiteurs est tenu pour le tout, c'est seulement sur ses biens présents et avenir et non sur un bien déterminé, auquel cas, il y aurait sûreté réelle qui donne privilège<sup>12</sup>. Donc ceci paraît être une sûreté personnelle au sens du droit congolais actuel, du moins si aucune législation ne vient, plus tard, apporter d'autres indications.

La pratique dans le secteur financier a cependant fait des applications intéressantes. En effet, soit elle fait recours à la solidarité entre débiteurs soit elle prend en compte la solidarité des cautions soit encore elle exige la solidarité entre le débiteur et la caution. Ici, l'on remarque des applications qui ont essentiellement pour but de protéger l'Etablissement de crédit contre les risques de non remboursement. Disons que ces modalités sont tout à fait conformes à la loi.

L'article 368 de la loi dite foncière affirme que les autres formes de sûreté, notamment la solidarité, sont réglementées par les législations qui leur sont propres. Or, la solidarité, avons-nous dit, est réglementée dans le Code civil livre troisième au titre de Diverses espèces d'obligations. Cette matière concerne les obligations en elles-mêmes sans considérer leurs sources, ces dernières restant, par ailleurs, la loi (et la coutume ?), le contrat, les délits et quasi-délits ainsi que les quasi-contrats. Il est vrai que les rapports entre Etablissements de crédit et emprunteurs sont des rapports contractuels. L'article 33 CCCLIII affirme l'autonomie de la volonté. Et l'article 100 CCLIII pour sa part précise que la solidarité ne se présume point. En fait, en droit civil c'est valable, mais en droit commercial la solidarité se présume bien. Donc, si l'Etablissement de crédit se trouve en face d'emprunteurs commerçants, la solidarité se présumera entre eux. Sur ce point, la pratique n'est pas loin de la loi.

La solidarité entre le débiteur principal et la caution est admise par la loi. Elle présente d'ailleurs certains avantages pour le créancier en ce sens que la caution ne pourra pas opposer au créancier en recouvrement le bénéfice de

---

<sup>12</sup> Article 245 de la loi dite foncière.

discussion<sup>13</sup>. La solidarité entre cautions, admise également par la loi<sup>14</sup>, ne présente pas moins d'avantages. Néanmoins, la caution qui est attaquée en recouvrement pour le tout a le droit d'obtenir le bénéfice de division<sup>15</sup> sauf en cas de solidarité bien sûr<sup>16</sup>.

Bref, la loi offre des avantages au créancier en cas de solidarité soit entre le débiteur principal et les cautions, soit entre les cautions en ce sens que la procédure de recouvrement est fluide et ne court pas le risque d'être ralentie par les exceptions de discussion ou de division. Et, la pratique a su se saisir de cette opportunité pour organiser l'octroi de crédit sur des bases intéressantes.

### **c) L'hypothèque**

Si les Etablissements de crédit recourent aux moyens de garantie cités ci-haut, il ne se manifeste pas moins un attrait encore plus remarquable pour ce qui est de l'hypothèque. Cependant, l'on doit encore se rassurer sur le contenu du terme hypothèque, que ce soit dans la loi ou dans la pratique. L'hypothèque est un droit réel sur un bien immobilier affecté à l'acquittement d'une obligation<sup>17</sup>. Le bien immobilier dont question est défini à l'article 251 de la loi dite foncière. L'article cite :

- 1° les immeubles par incorporation et par destination, s'ils sont dans le commerce;
- 2° les concessions perpétuelles;
- 3° l'emphytéose.
- 4° la superficie;
- 5° l'usufruit ou l'accessoire des mêmes immeubles;

---

<sup>13</sup> Ce qu'exprime l'article 345 de la loi dite foncière en ces termes : « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ».

<sup>14</sup> A lire l'article 349 de la loi dite foncière on constate : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues caution d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette ».

<sup>15</sup> D'après le prescrit de l'article 350 de la loi dite foncière : « Néanmoins, chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de divisions, exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chaque caution ».

<sup>16</sup> Bien que la loi se soit exprimée en terme de « renonciation », il découle de notre entendement que le fait pour des cautions de se lier solidairement est une façon de renoncer à la division, chacune d'elle ayant accepté, alors sans réserve, de payer le tout si le débiteur principal ne le faisait.

<sup>17</sup> Article 250 de la loi dite foncière.

6° les concessions minières;

7° les concessions de chemin de fer.

Au *primo* de cet article, le législateur fait allusion au droit de propriété portant sur les immeubles par incorporation et par destination (comme il a déjà pris l'habitude de confondre le droit de propriété à la chose sur laquelle il porte).

L'hypothèque étant ainsi liée aux immeubles, il en emprunte tous les principes d'organisation en droit congolais et, notamment, le principe de publicité. Ce principe est particulier car il sert non seulement, et cela en deuxième position, à faire connaître l'existence du droit aux tiers mais aussi, et dans son premier rôle, à faire naître le droit d'hypothèque lui-même. C'est par son inscription au certificat d'enregistrement que l'hypothèque naît en droit<sup>18</sup>. C'est, en tout cas ce qu'a décidé l'article 264 de la loi dite foncière. La loi a distingué entre les hypothèques légales et conventionnelles qui, elles-mêmes peuvent être expresses ou tacites.

Le constat, en pratique est que les parties accommodent à leur guise ces hypothèques. Nous devons mentionner d'abord la pratique de la « cession hypothécaire ». En effet, d'après un acte portant cet intitulé l'emprunteur obtient l'autorisation de mettre sous hypothèque le bien ne lui appartenant pas en droit. C'est le cas des certificats d'enregistrement ne portant pas le nom de l'emprunteur. Ceci se remarque notamment si c'est le nom d'un enfant qui est inscrit sur ledit certificat d'enregistrement ; alors l'emprunteur doit présenter un acte lui autorisant que l'immeuble soit mis en hypothèque. Cette pratique, pour être admissible, devrait s'abriter sous une qualification juridique. Si on la qualifiait de « cautionnement réel », quels en seraient les contours ? La qualifiant ainsi l'enfant, propriétaire dudit immeuble, est la personne qui se porte garant de payer la dette de son parent sur l'immeuble dont hypothèque. Mais dans ce cas, l'enfant s'oblige *propter rem* et non sur *tous ses biens présents et avenir*.

---

<sup>18</sup> Bien que certaines hypothèques existent déjà sans inscription (telle que l'hypothèque du sauveteur, l'hypothèque du Trésor, v. art. 254 et 255 de la loi dite foncière) mais pendant un délai seulement (art. 254 et 255 de la loi dite foncière).

Cette situation pose le problème de la capacité de l'enfant. S'il est mineur, il est clair qu'il n'est pas capable de constituer son bien en hypothèque et que de ce fait, c'est celui qui a autorité sur lui (le parent ou le tuteur) qui devra conclure pour lui. Il se pose alors un problème subsidiaire relatif au contrat avec soi-même. Si c'est le représentant du mineur qui est en même temps emprunteur, peut-on envisager qu'est licite cet acte de cession hypothécaire signé par lui (en représentation du mineur) et à son bénéfice ? La question est d'autant plus difficile car le patrimoine de l'enfant est encore plus protégé par la loi n°001/09 du 10 janvier 2010 portant protection de l'enfant. En outre, d'après cette loi, l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte dans les décisions importantes prises à son égard...

Un autre problème résulte du fait que les parties semblent ne pas trop se préoccuper de cette condition d'enregistrement. Il arrive alors que les titres sont simplement déposés auprès des Etablissements de crédit. Comment s'effectue alors l'exécution ? Et quelle est la conséquence de ce défaut d'enregistrement dans l'exécution des obligations des parties ? Autant de questions à se poser en effet, étant donné que les parties s'adonnent à renoncer à certaines dispositions légales qui, pourtant, pourraient déterminer négativement leurs droits.

Remarquons que cette manie d'ignorer l'enregistrement entraîne que les titres soient quand même détenus par l'Etablissement de crédit qui a effectué le prêt. Cette détention transforme-t-elle la garantie ou elle constitue un autre moyen de garantie ? S'il s'agit d'un autre moyen de garantie, quelle est son expression dans la loi ? Sinon de quoi s'agit-il ? La pratique a manifestement engendré un certain nombre de questions liées à l'application de la loi en matière de sûreté ; des questions qu'il nous appartient peut-être d'éclairer ou d'expliquer en vue de pouvoir prévenir certaines difficultés. Notons enfin qu'au-delà de ces moyens de garantie ci-haut présentés, il y a un autre qui ne présente pas moins d'intérêt : c'est la garantie portant sur l'épargne.

*Doc 1 : Convention d'hypothèque et acte de cession*

| <b>ENTETE DE LA COOPEC X</b>  |   |                  |
|---|---|------------------|
| <b><u>CONVENTION D'HYPOTHEQUE</u></b>   |   |                  |
| <b>ENTRE LES SOUSSIGNES :</b>   |   |                  |
| La Coopérative d'épargne et de crédit X dont le siège social est situé à Goma ici représenté par Monsieur/Madame ..... dûment mandaté par le Conseil d'administration ci-après désigné « <b>CREDITEUR</b> » ; |   |                  |
| Et Monsieur/Madame ..... de nationalité congolaise, né(e) à ....., le .... / .... / .... Ci-après désigné « <b>CREDITE</b> »  |   |                  |
| <b><u>IL A ETE CONVENU CE QUI SUIT</u></b>  |   |                  |
| Article 1 <sup>er</sup> :   | Le créditeur ouvre au crédit qui accepte un crédit d'un montant de ..... (en toutes lettres) .....<br>La présente ouverture de crédit est consentie et acceptée aux clauses et conditions de la présente convention.  |                  |
| Article 2 :   | A la sûreté et garantie de remboursement de toutes sommes en principal, intérêt, commissions, débours et frais dont il se trouverait débiteur envers le créditeur par suite de l'utilisation de l'ouverture de crédit qui est consenti ; le crédit apporte et remet au créditeur qui accepte la preuve (1) de son droit de propriété sur ..... situé à .....<br>(1) tout document émanant de l'autorité (bourgmestre de commune, chef de Quartier, Chef d'avenue, etc.) attestant effectivement que le bien mis en gage est la propriété du membre emprunteur.  |                  |
| Article 3 :   | Le créditeur prendra soin de vérifier auprès de ces autorités l'exclusivité de la propriété de bien mis en gage par le membre emprunteur.   |                  |
| Article 4 :   | Les deux parties à la présente convention remettent à l'autorité ayant délivré l'acte de propriété copie de la présente convention pour inscription dans son registre et lui signifiant que :<br>a) Le(s) bien(s) décrit(s) à l'article 2 est (sont) mis en gage au profit du créditeur.<br>b) Le gage confère au créditeur le droit de se faire payer sur la chose par privilège et préférence aux autres créanciers.<br>c) Le créditeur gagiste est responsable de la perte ou détérioration du document survenue par sa négligence.<br>d) Le crédit ne peut réclamer la restitution du gage qu'après avoir payé entièrement en principal intérêt, frais, la dette par sûreté de laquelle le gage a été donné.<br>e) Le crédit s'engage à entretenir les lieux en bon père de famille afin de ne pas altérer la valeur du bien en gage. |                  |
| Article 5 :   | Les parties conviennent que faute pour le débiteur ou l'emprunteur de s'acquitter à l'échéance, il sera procédé à la vente par voie parée de l'immeuble donné en garantie à la COOPEC X.  |                  |
| Article 6 :   | Tous frais généralement quelconques résultant directement ou indirectement des présentes et de leur exécution, y compris les droits d'inscription de bien en gage et les frais éventuels sont à charge du crédit.   |                  |
| Article 7 :   | Toute contestation résultant de l'interprétation ou de l'exécution de la présente convention seront à la compétence des tribunaux de .....  |                  |
| Article 8 :   | La présente convention renferme bien l'expression de volonté de deux parties et constitue leur loi conformément à l'article 33 C.C.L III qui dispose que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».  |                  |
| Ainsi fait à ....., le .... / .... / .... en ..... exemplaires  |   |                  |
| <b>EMPRUNTEUR</b>   | <b>Pour réception par l'autorité</b>  | <b>LE GERANT</b> |

### Commentaire

Il découle de l'analyse du contenu de cet acte les constats ci-après :

- Dans l'intitulé, les parties visent bien l'hypothèque ;
- L'article 2 concerne sans doute un immeuble dont la situation est déterminée ;
- Dans la suite de l'art. 2 et dans l'art. 3, les parties parlent de bien mis en gage. Ce mot renvoie à l'hypothèque et doit être pris dans son sens générique de sûreté ; ce qui fait comprendre l'expression « mis en gage » en « bien donné en garantie de la dette ».
- Dans l'article 4, les parties visent « l'inscription », mais il s'agit de l'inscription de quoi ? Les parties font référence à l'inscription de la convention dans le registre de « l'autorité compétente », celle qui a « délivré l'acte de propriété ». Cette autorité c'est laquelle ? Nous devons nous référer à l'acte de propriété que les parties acceptent comme tel. Ainsi, à l'article 2, elles visent « tout document » émanant de l'autorité : bourgmestre de commune, chef de Quartier, Chef d'avenue, etc.
- Aucune de ces autorités n'est malheureusement pas compétente en matière d'hypothèque. Le droit d'hypothèque étant immobilier requiert l'intervention du CTI. Or cette autorité n'est pas citée. On peut objecter que l'énumération des autorités est exemplative et que le CTI entrerait bien dans le « et caetera ». Remarquons que compte tenu de son rôle, le CTI aurait dû être cité le premier et non se confondre dans le « et caetera ».
- Les parties n'ayant pas cité le CTI, nous remettons en cause ce qui a été dit à propos de leur volonté de se convenir réellement sur l'hypothèque. Le terme « gage » se rapporterait peut-être à une sûreté particulière qui n'est ni l'hypothèque, ni le gage et qui est peut-être leur combinaison.
- Deux éléments nous permettent de douter :
  - o Les parties visent « tout document » à remettre et qui atteste la propriété. Or en droit congolais seul le certificat d'enregistrement atteste la propriété immobilière ou la concession foncière.
  - o L'autorité visée pour faire l'inscription, d'après les parties, n'est pas nécessairement le CTI alors que la loi n'a désigné que ce fonctionnaire.
- Il en découle que les parties ne visent pas l'hypothèque ou du moins n'ont pas la même compréhension de l'hypothèque que nous.

- Les parties comprennent la sûreté réelle immobilière de manière large ;
- Le caractère large de la compréhension des parties se dégage de la prise en compte de « tout document » attestant un droit de propriété ;
- Le caractère large découle également de la manière dont la propriété est confondue avec le droit à devenir propriétaire ou concessionnaire ;
- La population congolaise, en général, n'étant pas en mesure de se faire octroyer un certificat d'enregistrement, les COOPEC sont portées à intégrer « tout document » ;
- L'insécurité d'insertion de tout document semble se résoudre par la vérification de l'effectivité des droits sur le bien ;
- Aménagement d'une sûreté par les parties lorsqu'elles invoquent l'article 33 CCCLIII dans toute insécurité juridique possible.

Tels sont les commentaires que nous faisons à la suite de la lecture de l'acte ci-haut présenté.

**d) Autre moyen de garantie : la retenue des sommes épargnées**

Les acteurs du secteur financier ont pris en compte l'épargne comme moyen de crédit.

Si l'on décidait de qualifier cette situation de gage, il faut prendre en compte le fait que l'épargne est constituée par une somme d'argent déposée progressivement dans le compte bancaire de l'épargnant. Or, la somme en question est un bien mobilier. Le gage étant une garantie portant sur un meuble qui est mis à la disposition du prêteur ou d'un gardien constitué quant à ce. Il se fait que la somme déjà déposée dans le compte bancaire de l'emprunteur est sous sa disposition et que la clause par laquelle cette somme servira à payer au cas où le demandeur de crédit ne payait pas est une clause de constitution de gage.

Le problème se pose quant à la clause selon laquelle le remboursement se fera automatiquement sur cette somme en cas de défaut de la part de l'emprunteur. En effet, la loi interdit le remboursement sans autorisation du juge<sup>19</sup>. Mais l'on pourrait se demander si cette disposition est applicable

---

<sup>19</sup> L'article 329 de la loi dite foncière pose les conditions liées à une mise en demeure préalable au débiteur ou au bailleur de gage s'il y en a un et liées à une requête qui doit être faite au juge dans le but d'obtenir l'autorisation de vendre le gage.

même en ce cas lorsqu'on sait que l'article en question vise à obtenir du juge l'autorisation de saisie et vente alors que l'on ne saurait imaginer pareille opération pour la somme d'argent, du moins pour ce qui est de la vente. Il faut tout de même observer que dans son esprit, l'article évite la justice privée de la part du prêteur. Et, c'est peut-être sous cet angle que l'on peut imposer l'observation de cet article.

Si par contre l'on décidait de qualifier de « rétention » cette opération, il faudrait alors s'interroger sur le lien entre l'épargne et le remboursement du crédit. Dans la mesure où l'emprunteur demande un crédit, il faut analyser si la destination de celui-ci est commerciale ou non, s'il est lié à une profession ou non. Et, c'est sous cet angle, nous semble-t-il qu'on pourrait analyser la validité de la clause de retenue de l'épargne qui peut avoir été faite soit en considération de la profession commerciale, autre ou non.

Telles sont les moyens de garantie auxquels, sans doute, recourent généralement les parties. Dans ce domaine où, les opérations bancaires sont considérées comme commerciales par et s'insèrent donc dans la vie des affaires, il serait imprudent de ne pas décrire, ne fût-ce que brièvement les sûretés offertes par la législation de l'OHADA qui se trouve aux portes de notre propre droit.

## **1.2. Les sûretés en droit OHADA**

Sans prétendre refaçonner un cours de sûretés dont la matière serait tirée de la législation de l'OHADA, nous osons simplement donner une brève compréhension de ce qui y est disposé au titre des sûretés.

La matière des sûretés est organisée en Droit OHADA par l'Acte Uniforme du 15 Décembre 2010 portant organisation des sûretés.<sup>20</sup> L'article 1er du texte définit la sûreté comme « l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment, qu'elles soient présentes ou

---

<sup>20</sup> Ayant, suite aux évolutions internationales dans le domaine, modifié l'Acte Uniforme du 17 Avril 1997 portant organisation des sûretés In J.O. OHADA, 01/07/1998, p.1. commenté par Joseph ISSA-SAYEGH



futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant». Et l'article 4, alinéa 2 ajoute, en ce qui concerne les sûretés réelles que « les sûretés réelles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ». Il s'en dégage la possibilité de se constituer une garantie à titre de propriété. Cette disposition s'applique aussi bien aux sûretés civiles qu'aux sûretés commerciales. L'ancien Acte Uniforme de 1997 déclarait que les sûretés peuvent tirer leur source dans la loi de chaque Etat partie ou de la convention des parties.

En donnant des définitions, l'AU-OS prend le devant et évite des débats doctrinaux relatives à la nature des sûretés. Elle donne en outre la différence qu'il faut établir entre sûretés personnelles et sûretés réelles. Au titre des sûretés personnelles, il est organisé non seulement le cautionnement, mais aussi la lettre de garantie à première demande.

#### **a) Sûretés personnelles**

##### *i) Le cautionnement*

La nouvelle définition du cautionnement apporte une précision importante relativement à l'obligation principale, c'est-à-dire la créance garantie, qui peut être présente ou future (article 13 alinéa 1) tandis que la règle selon laquelle le cautionnement peut être contracté sans ordre du débiteur et même à son insu (article 13 alinéa 2) a été maintenue.

Dans l'ancien Acte Uniforme de 1997, le législateur de l'OHADA a tenu compte des défaillances intellectuelles des populations auxquelles s'adressaient ses dispositions et avait mis en place certaines dispositions expresses en matière notamment de formalisme probatoire, l'obligation d'information. Dans ses dispositions, le législateur de l'OHADA n'innovait pas beaucoup par rapport au droit congolais. En effet, certaines de ces dispositions protectrices avaient déjà existé en droit congolais. Ainsi, par exemple, l'exclusion de la présomption du cautionnement prônée par l'article

4 de l'ancien AU-OS l'était aussi par l'article 340 de la loi dite foncière. Le législateur de l'OHADA prévoyait en outre que le cautionnement devait être écrit, que le montant de la garantie devait être exprimé en chiffres et en lettres de la main de la caution, et ce montant constituait le maximum auquel la caution est engagée.

La personne qui ne sait ni lire ni écrire devait se faire assister de deux témoins qui étaient censés certifier dans l'acte de cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés.

Quant à ses effets, le cautionnement organisé dans le droit de l'OHADA ne s'éloignait pas des règles déjà connues en droit congolais relatives notamment à la défaillance préalable du débiteur principal ; la caution ne pouvant être poursuivie que s'il y a défaillance du débiteur principal. Cette défaillance devant être avérée et portée à la connaissance de la caution par tout moyen (signification, commandement, sommation, lettre recommandée...). Le débiteur doit d'abord être mis en demeure avant que la caution ne soit poursuivie sous peine d'irrecevabilité de l'action ou de sursis à statuer jusqu'à ce que cette formalité soit remplie ou le débiteur mis en cause en même temps qu'elle dans la même instance.<sup>21</sup> La caution judiciaire et la caution solidaire ne disposent pas du bénéfice de discussion contrairement à la caution simple qui peut en bénéficier sauf si elle y a renoncé. Le bénéfice de discussion est un moratoire légal accordé à la caution, puisque les mesures d'exécution du créancier contre elle sont différées ou suspendues jusqu'à ce que les biens du débiteur aient produit suffisamment de deniers pour le paiement de la dette garantie.<sup>22</sup>

Ainsi, le droit OHADA n'apportait pas grand-chose au droit congolais en matière de caution. Il sied cependant de remarquer que sur le plan des formalismes liés à la conclusion d'une convention en la matière, le législateur de l'OHADA a permis de prendre conscience de l'illettrisme des populations qui peuvent s'y engager et, de cette façon, devait amener les praticiens à faire attention au respect des formalités prescrites. L'usage dans certains articles de

---

<sup>21</sup> V. Commentaire sub article 13 de l'ancien AU-OS ;

<sup>22</sup> V. commentaire précité.

l'Acte uniforme du verbe « devoir » dénotait qu'il s'agissait-là d'une prescription des dispositions impératives sanctionnées par la nullité. C'est-à-dire que le cautionnement pouvait être annulé par le juge pour non respect des formalités prescrites à l'article 4 de l'ancien AU-OS.

Ces règles ont été maintenue telle que prévues par l'AUOS en assouplissant leur constitution en vue de présenter aux intéressés des sûretés plus incitatifs

*ii) La lettre de garantie, vestige de l'actuelle garantie autonome*

Pour ce qui est de la garantie autonome, l'un des changements proposé consiste à abandonner l'appellation « lettre de garantie » pour ne s'en tenir qu'à celle de « garantie autonome ». L'article 39, qui définit la garantie autonome comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues ». Le même texte définit la contre-garantie autonome comme « l'engagement par lequel le contre-garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues».

La lettre de garantie était une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engageait à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier.<sup>23</sup> Le garant pouvait se protéger par la mise en place d'une contregarantie qui était une convention semblable à la précédente mais qui permettait au garant de se faire constituer un contregarant<sup>24</sup>. Cette forme de garantie à première demande enlève concernait les personnes morales<sup>25</sup> et, à ce titre, ne nous intéresse pas dans notre secteur de la microfinance.

---

<sup>23</sup> Art. 28, al. 1<sup>er</sup> de l'ancien AU-OS.

<sup>24</sup> Al. 2 de l'art. 28 de l'ancien AU-OS.

<sup>25</sup> Art. 29 de l'ancien AU-OS.

### **b) Sûretés mobilières**

A ce titre l'acte uniforme organise :

- le droit rétention ;
- la propriété retenue ou cédée à titre de garantie ;
- le gage de meubles corporels ;
- le nantissement des meubles incorporels, et
- les privilèges.

Sans chercher à reconstituer ici un cours de droit civil, les sûretés, nous tenterons de décrire ces sûretés dans les éléments qui nous semblent originaux, tant il est vrai que le régime juridique ainsi posé en droit OHADA n'est pas très éloigné de celui qui existait bien avant dans les Etats membres.

#### *i) Le droit de rétention*

Il est régi par les articles 67 à 70 ; l'article 67 énonce que le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2 de l'Acte uniforme, à condition que la chose n'ait pas fait l'objet de toute saisie mobilière antérieure.

En droit congolais, le droit de rétention n'était pas moins connu. En effet, le prof. KALAMBAY note qu'il ne s'agit pas d'un droit réel accessoire mais qu'il en est proche.<sup>26</sup> Il paraît comme un élément du droit de gage<sup>27</sup> mais aussi reconnu au dépositaire.<sup>28</sup> Il n'est donc pas réglementé de manière particulière comme c'est le cas en droit de l'OHADA. Le droit de rétention permet au créancier de retenir sous certaines conditions une chose appartenant au débiteur aux fins de se faire payer. Il confère au rétenteur un droit de suite et de préférence : situations comparables à celles d'un créancier gagiste.

---

<sup>26</sup> KALAMBAY LUMPUNGU, Droit civil, les sûretés, p.8

<sup>27</sup> V. art. 326 et 355 de la loi dite foncière.

<sup>28</sup> V. art. 511 CCLIII

Il ne peut être exercé que :

- avant toute saisie ;
- si la créance est certaine, liquide et exigible ;
- s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la chose retenue.

Le lien de connexité est un élément important dans le soutènement de l'exercice du droit de rétention. C'est le cas d'un garagiste qui retient un véhicule réparé par lui, pour un paiement de la réparation.<sup>29</sup> L'acte uniforme présume ce lien établi si la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur de sorte qu'il y a une sorte d'indivisibilité juridique entre les différentes opérations juridiques qui s'y inscrivent. Il en est ainsi de la situation d'un garagiste et son client liés par un contrat d'entretien. Le garagiste peut retenir un véhicule entré pour un entretien mensuel pour non paiement d'une réparation antérieure sur le même engin ; il peut également retenir un véhicule dont la réparation est payée, pour garantir le paiement d'une autre opération d'entretien effectuée sur un autre véhicule mais demeurée impayée.<sup>30</sup>

#### *ii) Propriété retenue ou cédée à titre de garantie*

Il s'agit d'une véritable nouveauté qui n'existait pas dans l'AUOS de 1997. En effet, définissant la propriété utilisée à titre de garantie, l'article 71 du texte vise la propriété retenue (1) et la propriété cédée (2).

### **1) Propriété retenue**

Elle s'entend de la réserve de propriété ; l'exercice de la réserve de propriété a pour effet de permettre au créancier, à défaut de paiement, de demander la restitution du bien pour le vendre et se faire payer sur le prix de vente. Et si la valeur de la vente est supérieure au montant de la créance, le créancier doit restituer la différence au débiteur (article 77). Cette règle, qui est d'ordre public, vise à éviter la spoliation du débiteur.

---

<sup>29</sup> V. Exemple *sub* art. 42 de l'ancien AU-OS.

<sup>30</sup> *Idem*.

Le rétenteur du bien est tenu de se comporter en bon père de famille et doit, comme tel, pouvoir obtenir du juge compétent, le cas échéant, le droit de vendre le bien retenu en garantie afin d'en éviter le déperissement ; la sûreté est alors reportée sur le prix de vente. En outre, lorsque le bien objet de la sûreté est fongible, en cas de réalisation, la réserve se reporte sur le stock à concurrence de la créance (articles 75 et 78). Lorsque le bien objet de la réserve de propriété a été incorporé à un autre bien, l'incorporation ne fait pas obstacle à la revendication si le retrait peut être réalisé sans dommage ; au cas contraire, le nouveau bien (c'est-à-dire le bien initial en plus du bien incorporé) va devenir la propriété de celui qui en a la partie principale, à charge pour lui de désintéresser le titulaire de la sûreté, c'est-à-dire le créancier titulaire de la réserve de propriété (article 76).

## **2) Propriété cédée à titre de garantie**

Il s'agit essentiellement du transfert de créance (a) et du transfert fiduciaire d'une somme d'argent (b).

### *a) Transfert de la créance à titre de garantie (articles 79 à 91)*

La définition de cette sûreté prévoit un domaine très large ; en effet, l'article 79 de l'AUS s'énonce comme suit : « *La propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes aux conditions prévues par la présente section* ».

Cette cession de créance à titre de garantie n'est réservée qu'aux seuls établissements de banques ou de crédits par l'article 80. Par ailleurs, un nouveau régime juridique de la cession de créance à titre de garantie est consacré, caractérisé par :

- une opposabilité au débiteur de la créance cédée, soumise à une condition de notification à ce dernier de la cession ;
- une possibilité d'accepter la cession de la créance, limitée au seul cas où celle-ci est née à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur cédé ;
- une complète efficacité pour le créancier en cas de défaillance du débiteur.

En effet, soit la dette est payée et la créance est restituée au débiteur, soit elle n'est pas payée et le transfert de propriété joue automatiquement ; ce qui se traduit, en pratique, par l'appropriation de l'argent transféré à titre de garantie par le créancier.

L'article 81 nouveau exige un écrit, à peine de nullité, pour la constitution de la sûreté ; il s'agit donc d'un acte solennel. S'agissant des effets de la cession, l'article 82 du texte énonce que la cession de créance prend immédiatement effet et est opposable aux tiers dès son inscription; l'article 83 précise que la cession s'étend aux accessoires de la créance et entraîne de plein droit leur transfert et son opposabilité aux tiers; autrement dit, une créance cédée l'est de plein droit avec sa sûreté au cas où elle en est affectée; ce qui constitue une garantie supplémentaire pour le créancier.

Il est prévu, enfin, que les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue (article 86) ; c'est la réalisation, par compensation, de la sûreté.

*b) Transfert fiduciaire d'une somme d'argent à titre de garantie*

En effet, il s'agit d'une convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation (article 87 alinéa 1).

Les fonds à céder doivent être inscrits sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier de l'obligation garantie (article 87 alinéa 2) car, la propriété desdites sommes lui est transférée ; mais pour protéger le constituant, le compte ouvert au nom du créancier est bloqué. A peine de nullité, l'acte de transfert fiduciaire de sommes d'argent détermine la ou les créances garanties ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie et identifie le compte bloqué (article 88). L'article 89 prévoit une opposabilité de la cession aux tiers par la notification à l'Etablissement teneur du compte de cette cession ; l'intérêt de la notification est d'informer cet Etablissement bancaire ou financier de ce que les fonds détenus sur le compte bloqué ont une affectation spéciale.

Les intérêts produits par les fonds bloqués sont inscrits au crédit du compte bloqué, sauf convention contraire des parties (article 90). Il en résulte que cette capitalisation des intérêts profitera au débiteur à qui les sommes bloquées seront restituées à l'échéance, en cas de complet paiement de la créance garantie. En revanche, en cas de défaillance du débiteur, et huit (8) jours après mise en demeure de ce dernier, le créancier se fera payer par compensation ou remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties et demeurant impayées (article 91).

### *ii) Le gage*

La définition du gage a été revue dans le sens d'une plus grande clarté; ainsi, l'article 92 nouveau le définit comme le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs.

Dorénavant le gage n'entraîne plus nécessairement la dépossession du constituant. En effet, le gage est désormais constitué, non pas nécessairement par la remise de la chose, mais par la rédaction d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature (article 96 alinéa 1 nouveau). Le gage peut aussi être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures, à condition que ces dernières soient déterminées ou déterminables (article 93) et les parties peuvent, en cours d'exécution du contrat, convenir de la subrogation de la chose gagée par une autre chose (article 94 alinéa 1 nouveau). De même, le gage peut porter sur des sommes ou des valeurs déposées à titre de consignation par toute personne (article 94 alinéa 2).

Lorsque le gage porte sur un bien ou un ensemble de biens futurs, le droit du créancier s'exerce sur le bien gagé aussitôt que le constituant en acquiert la propriété (article 96 alinéa 2 nouveau). L'opposabilité du gage est subordonnée, soit à une mesure de publicité (inscription au RCCM), soit à la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu (article 97). Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après que la dette garantie ait été entièrement payée en



principal, intérêts et autres accessoires (article 98). Faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste peut obtenir paiement par la mise en oeuvre des voies d'exécution ; il peut également choisir de se faire attribuer le bien gagé par la vente forcée ou par attribution judiciaire (article 104). L'attribution judiciaire du bien gagé est le pendant du pacte comissoire en matière immobilière (articles 198 à 200).

### *iii) Le Nantissement des meubles incorporels*

Aux termes de l'article 125 nouveau, le nantissement concerne désormais exclusivement les meubles incorporels ;<sup>31</sup> ainsi le nantissement est défini comme « l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ».

Le nantissement est conventionnel ou judiciaire et l'article 126 nouveau prévoit la possibilité de nantir les créances, le compte bancaire, les droits d'associés, les valeurs mobilières et le compte de titres financiers, le fonds de commerce et les droits de propriété intellectuelle. Chacun de ces biens meubles incorporels peut être donné en nantissement à titre de garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures

Dans le cadre du nantissement du compte bancaire, que l'article 136 nouveau assimile au nantissement d'une créance, la créance nantie est définie comme le solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté ; ce solde est pris en compte, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, conformément aux modalités prévues en matière de saisie - attribution des créances (acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution).

---

<sup>31</sup> En exclusion du matériel professionnel ; des véhicules automobiles, des stocks de matières premières et de marchandises prévus dans l'ancien AUOS.

#### *iv) Les privilèges*

Ils sont généraux et spéciaux. Conformément à l'article 179 du nouvel AUS, les privilèges généraux confèrent un droit de préférence exercé par leurs titulaires selon les dispositions prévues par les articles 225 et 226 dudit Acte uniforme. L'alinéa 2 dudit texte prévoit que si des textes spéciaux créent de nouveaux privilèges généraux, ils devront en déterminer le rang par rapport au classement effectué par l'article 180 du même Acte uniforme.

L'article 181 prévoit que les créances du fisc, de la douane et des organismes de sécurité sociale sont privilégiés au-delà du montant fixé par l'article 180 - 5 et 6 de l'article 180, à condition d'être publiées au RCCM.

Dans l'ancien texte, les privilèges spéciaux étaient cités aux articles 109 à 116.<sup>32</sup> Ils étaient, comme les premiers, mobiliers et concernaient :

- le privilège du vendeur pour la garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore en la possession du débiteur ou sur le prix encore dû par le sous-acquéreur ;
- le privilège du bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant les lieux loués ;
- privilège du transporteur terrestre sur la chose transportée, pour tout ce qui lui est dû à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la chose transportée et la créance. Il peut exercer son droit de rétention.
- Le travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile sur les sommes dues par le donneur d'ouvrage pour garantir les créances nées du contrat de travail si celles-ci sont nées de l'exécution de l'ouvrage ;
- Les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux ;
- Le commissionnaire ;
- Le privilège de celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvé l'usage auquel elle est tirée : le conservateur.

---

<sup>32</sup> Comparez avec l'art. 263 de la loi dite foncière en RDC ;

Les privilèges spéciaux qui n'existent plus qu'en matière mobilière sont prévus par les articles 182 à 189 du nouvel Acte uniforme et ont fait l'objet d'un toilettage, par la suppression du privilège de l'hôtelier sur les effets apportés par son client ; en outre, il est prévu qu'en cas de conflit de privilèges mobiliers spéciaux portant sur les mêmes meubles, la préférence est accordée au premier saisissant, par application de l'article 226- 5.

Cette énumération ne semble pas mentionner le privilège de l'Etablissement de crédit qui a financé le commissionnaire tel que repris en droit congolais de sorte que nous y manquons un intérêt particulier pour notre étude.

#### *v) L'hypothèque*

Le nouveau texte, qui reconduit globalement les dispositions de l'AUS de 1997, propose cependant une nouvelle définition des hypothèques, laquelle permet de garantir les créances futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables (article 190).

En outre, le nouvel article 192 pose le principe que seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque, sous réserve de textes particuliers autorisant l'inscription provisoire d'un droit réel au cours de la procédure d'immatriculation, en attendant de procéder à l'immatriculation définitive après l'établissement du titre foncier.

Ainsi, l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles présents. Toutefois, l'article 203, selon lequel l'hypothèque conventionnel ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit est capable d'en disposer, précise que par exception, l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles à venir dans certains cas et certaines conditions

La réglementation des hypothèques sur les immeubles indivis est consacrée, un co-indivisaire pouvant dorénavant hypothéquer l'immeuble indivis (article 194 nouveau).

Une autre **innovation** consiste dans l'admission du pacte comissoire, régi par les articles 198 à 200. En effet, il est permis au créancier hypothécaire de demander au juge compétent de lui attribuer l'immeuble hypothéqué, à condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au RCCM et que l'immeuble en cause ne soit pas à usage d'habitation (article 199 nouveau). La réglementation des hypothèques sur les immeubles indivis est consacrée, un co-indivisaire pouvant dorénavant hypothéquer l'immeuble indivis (article 194 nouveau).

Il nous semble qu'en droit OHADA, l'immatriculation a pour seul effet de rendre opposable le droit réel aux tiers alors qu'en droit congolais l'inscription de l'hypothèque est l'acte créateur de l'hypothèque. Le système congolais n'était pas contraire mais plus encore strict en ce qui concerne l'organisation des hypothèques, continue à s'appliquer.

**La distribution et le classement des sûretés** n'ont pratiquement pas été modifiés, en dehors de la mise à jour des numéros d'articles. En effet, ce sont les nouveaux articles 224 à 226 qui distinguent le classement des deniers provenant de la réalisation des immeubles de celui provenant de la réalisation des meubles. Ainsi, les deniers provenant de la réalisation des *immeubles* sont distribués dans l'ordre établi prenant en compte au préalable les frais de justice, les salaires superprivilégiés avant les hypothèques conventionnelles ou forcées jusqu'à la situation des créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire. Tandis que les deniers provenant de la réalisation des *meubles* sont distribués en fonction de l'ordre établi par l'AUS mettant au premier plan les frais de justice, la situation du conservateur du meuble jusqu'à celle des créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire.

Après la présentation sommaire des sûretés organisées en droit OHADA, la question est alors celle de savoir si ces sûretés sont de nature à s'adapter aux biens proposés généralement par les emprunteurs congolais. En d'autres termes, l'emprunteur congolais pauvre y trouve-t-il son compte étant donné les biens dont il dispose généralement ?

## II. CONSEQUENCES A TIRER DE LA PRATIQUE

Le problème fondamental qui se pose à ce stade concerne la prise en compte par le droit de certaines réalités pratiques que nous venons d'évoquer ci-haut. Il faut d'emblée préciser que tout ce que la pratique présente ne se trouve pas nécessairement en marge de la loi. Cela nous fait dire que nous n'allons pas revenir sur ces situations admissibles mais nous nous limiterons à ce qui interpelle. Il s'agit-là d'essayer d'élucider ce que cache la situation particulière des hypothèques. Les hypothèques en pratique, nous l'avons déjà sans doute effleuré, entraînent des interrogations de trois types liées à la propriété du bien mis sous hypothèque, au respect de l'inscription et au sort des titres (2.1).

Il est vrai que la résolution de pareilles interrogations n'est pas facile et peut aboutir à d'autres interrogations sur la survie des lois existantes. Somme toute, il ne nous manquera pas de constater que la pratique a ses avantages ou ses inconvénients qui peuvent appeler un réexamen de la loi (2.2).

### 2.1. Diverses interrogations liées à l'hypothèque

Nous avons déjà annoncé que l'hypothèque, telle que vécue en pratique, entraîne que l'on s'arrête un tout petit peu sur certains aspects qu'elle présente. Ces aspects, en tout cas les plus intéressants à notre avis, concernent l'inscription de l'hypothèque (A) et le sort des titres des immeubles à hypothéquer (B).

#### ***A) L'inobservation de l'inscription hypothécaire***

En réalité, l'hypothèque n'existe en droit qu'à partir de l'inscription au titre de l'immeuble<sup>33</sup>. Ce principe connaît quelques exceptions prévues à l'article 262 de la loi dite foncière. Mais ces exceptions ne rencontrent pas notre étude en ce sens qu'il n'y est pas prévu une hypothèque tacite au bénéfice du prêteur. Il sied alors de nous interroger sur le sort réservé à la garantie que prennent les Etablissements de crédit en cas de non inscription.

---

<sup>33</sup> V. art. 264 de la loi dite foncière.

La conséquence est connue : l'inobservation de cette disposition place l'Etablissement de crédit dans une situation de créancier chirographaire, du moins relativement à l'immeuble dont il détient les titres, en ce sens que si un autre créancier du demandeur de crédit procédait à la saisie dudit immeuble, l'Etablissement de crédit se retrouverait en concours. Cependant, nous devons atténuer le fait qu'il ne s'agit pas de tous les Etablissements de crédit étant donné que ce sont les Coopératives de crédit et Institutions de Microfinance qui ne se pressent pas d'inscrire leur droit d'hypothèque. Et, souvent elles le font lorsque l'emprunteur n'arrive pas à rembourser et, dans ce cas, l'on connaît la retombée de l'article 260 de la loi dite foncière : le rang est déterminé par la date d'inscription. Donc l'Etablissement ayant procédé à une inscription tardive de son droit devra supporter le rang des créanciers prédécesseurs, s'il y en a bien entendu.<sup>34</sup> Dans la plupart de cas, l'immeuble « hypothéqué » est libre de toute hypothèque ; mais cela n'empêche pas qu'après avoir accordé en « hypothèque »<sup>35</sup> un immeuble, le demandeur soit porté à l'hypothéquer plus tard, même avant le remboursement du crédit, s'il droit encore s'emprunter ailleurs : si, en effet, la valeur de l'immeuble le permet toujours<sup>36</sup>. Cette situation exigera alors qu'au moment de l'inscription de cette hypothèque, postérieure au crédit et fait à un autre créancier, le titre de l'immeuble soit exhibé au Conservateur des titres immobiliers. Or, le titre est détenu par l'Etablissement de crédit. Quel est l'effet de cette rétention ? S'agit-il de la mise en œuvre de l'hypothèque ? Comment la qualifier ?

### **B) Sort des titres remis en garantie**

Il nous semble opportun de résumer le problème relativement à la nature des titres dont question (i), la qualification en droit de l'opération (ii) et ses conséquences (iii).

---

<sup>34</sup> L'on sait que l'Etablissement de crédit, dans sa prudence, procède à des enquêtes visant à s'assurer que l'objet offert en garantie est apte à assurer le remboursement. Sinon, il peut y avoir refus si par exemple l'immeuble est criblé d'hypothèque et sa valeur ne peut pas garantir le remboursement intégral du crédit demandé.

<sup>35</sup> Sans inscription !

<sup>36</sup> Sans risquer de tomber sous la coup de la disposition du Code pénal relative au stellionat !

*i) Les titres visés*

Les Etablissements de crédit visent généralement les « titres parcellaires ». Il nous semble qu'il doit s'agir des titres établissant un droit quelconque sur le fonds. Il peut donc s'agir d'un droit de concessionnaire ou droit de devenir concessionnaire. Quels sont alors les titres réglementés par la loi en ce domaine ? L'on prend en compte le contrat de location, le contrat de concession que celle-ci soit perpétuelle ou ordinaire : ce sont les titres fonciers. En tout cas, il s'agit des titres établissant un droit foncier. Alors, peut-on exclure le simple contrat de vente ?

Bien que n'étant pas pris en compte, l'on doit réfléchir un tout petit peu sur le sort de celui qui a un droit à devenir propriétaire d'un immeuble et concessionnaire d'un fonds en vertu d'un contrat de vente intervenu entre lui et le précédent concessionnaire ou propriétaire étant donné qu'il a un droit de créance immobilier. Toutefois, l'article 250 de la loi dite foncière cite les droits susceptibles d'hypothèque et ne nous semble pas avoir cité un droit de créance immobilier. Nous nous interrogeons sur la disposition de l'article 257 de la même loi qui dispose : « Il n'y a contrat d'hypothèque valable que : 1) Si celui qui s'engage à la constituer est actuellement propriétaire de l'immeuble ou titulaire du droit à grever ou s'il a un droit actuel à le devenir, et s'il a capacité d'aliéner (...) ». L'analyse de cette disposition nous amène à élaguer de notre présente analyse la situation du propriétaire actuel ou titulaire du droit à le grever car nous avons déjà mis en lumière cette situation à propos de la caution réelle notamment.

Ce qui retient notre attention c'est la suite de l'article au primo « ... ou s'il a un droit actuel à le devenir, ... ». Cette portion de phrase se rapporte-t-elle à la propriété de l'immeuble ou à la *titularité* du droit grevé d'hypothèque ? Parce que, l'on sait que l'hypothèque emprunte à son objet, l'immeuble, l'essentiel de son régime (l'inscription, la publicité, ...). Donc, comme pour le cas de la propriété de l'immeuble, l'hypothèque n'est établie que par son inscription au certificat d'enregistrement. Avant cette étape l'on est simple détenteur d'un droit à devenir créancier hypothécaire tout comme on le serait du droit de devenir propriétaire avant l'établissement du certificat d'enregistrement.

Donc si l'on renvoyait cette phrase-là au propriétaire, l'on devra admettre que le détenteur du droit à devenir propriétaire en vertu d'un contrat de location ou de concession tout comme en vertu d'un autre titre et, notamment le contrat de vente ou l'ordonnance d'investiture ou même un jugement accordant un droit à redevenir propriétaire, a le droit de grever d'hypothèque l'immeuble qui lui appartiendra. Par contre, si l'on doit renvoyer au titulaire du droit de grever d'hypothèque cette portion de phrase extraite de l'article 257 de la loi dite foncière, l'on se situe à un autre niveau et l'on est obligé d'admettre que celui qui jouit de ce droit en vertu d'un contrat puisse à son tour grever d'hypothèque l'immeuble qui a été mis sous sa disposition quant à ce : c'est notamment le parent ou le tuteur autorisé par le Conseil de famille. Dans les deux cas, l'on constate que le contrat de vente peut aussi servir en tant que titre. Cela ne revient pas à dire que notre interprétation de la loi en cette matière est nécessairement vraie ou que l'on ne puisse faire un autre *distinguo*. Disons cependant que dans la pratique, les Etablissements de crédit se limitent aux titres fonciers, probablement parce qu'ils sont plus sécurisants (?)

Que dire alors de la validité elle-même de ces titres ? L'on sait fort bien qu'un bon nombre d'habitants de la Ville de Goma sont établis sur des parcelles en vertu des contrats de location. Or ces contrats ont une validité temporaire et ne sont que transitoires vers un contrat de concession. La situation en pratique est telle que le contrat de location peut ne plus avoir sa valeur juridique du fait du dépassement des délais légaux. Le titre peut-il toujours continuer à garantir une quelconque jouissance sur le fonds ? C'est le piège de la pratique ! Dans tous les cas, si l'on considérait un titre encore valable, comment qualifier cette opération de remise de titres parcellaires comme moyen de garantie ?



*ii) Qualification de la remise des titres en garantie*

Les titres parcellaires dont question ne sont rien d'autre que tous les documents pouvant justifier un quelconque droit du demandeur de crédit sur un fonds donné.<sup>37</sup> Les demandeurs de crédit signent certains actes constitutifs de ces sûretés. Il convient d'essayer de les analyser. Mais avant, on s'intéressera à la qualification à retenir. L'appellation « gage » convient-elle ? Pourquoi choisirait-on une telle qualification ? Peut-être, c'est celle qui est, bien qu'improprement, la mieux venue.

En effet, le sol est immeuble par nature et appartient à l'Etat. Son caractère inaliénable<sup>38</sup> répugne toute sûreté. La personne qui habite une terre ne peut la donner en hypothèque, ce droit n'est destiné qu'aux immeubles par incorporation ou encore aux autres droits de jouissance foncière.<sup>39</sup> Or la réalité de la plupart des personnes auxquelles s'adresse la microfinance ne sont pas en mesure d'avoir un immeuble couvert par un certificat d'enregistrement. Dans la majorité des cas, elles sont pauvres et n'ont que de maisons non couvertes par un certificat d'enregistrement. Dans le lot, on trouve les parcelles sur lesquelles sont érigées des maisons en planche dont la présence constitue généralement une mise en valeur non suffisante pour recevoir un certificat d'enregistrement. Il apparaît alors l'usage, pour ces demandeurs de crédit de déposer à l'Etablissement de crédit, à titre de sûreté, les contrats de location qu'ils peuvent avoir et couvrant leur occupation des terres.

Cette remise des titres en garanties de l'ouverture de crédit obtenue reçoit, dans le langage des concernés, le nom de « gage des titres » parcellaires. Gage, parce que les titres, en soi, sont mobiliers et sont remis à l'Etablissement de crédit qui en devient dépositaire et titulaire d'un droit de

---

<sup>37</sup> Rappelons que nous voulons faire allusion aux titres fonciers reconnus par la loi dans la partie réservée au Régime foncier et immobilier. Il s'agit du contrat de location, contrat d'occupation provisoire, contrat de concession perpétuelle, de diverses formes de contrat de concession ordinaire (emphytéose, superficie, usufruit, habitation et usage : attention à ces deux derniers car ce sont des droits réels incessibles d'après l'article 251 de la loi sous examen ; lire aussi KALAMBAY LUMPUNGU, *Op. cit.*, p.195). Bref, des titres qui, s'ils étaient réguliers excluraient l'allégation d'une infraction d'occupation de terre sans titre ni droit.

<sup>38</sup> Art. 53 de la loi dite foncière.

<sup>39</sup> Art. 250 de la loi dite foncière.

gage. On le remarque déjà dans la formulation des actes qu'élaborent les parties en vue de traduire en droit leur volonté. On lira par exemple dans un texte intitulé « Acte de constitution caution hypothécaire » que :

*Madame ou Monsieur X<sup>40</sup> accepte d'hypothéquer sa parcelle et une maison en planche sise au Quartier Z (...) couverte par le Contrat de location n° ... Accepte qu'en cas d'insolvabilité, cette clause peut être assortie de voie parée afin que la créancière recouvre son dû.*

On sait déjà que l'hypothèque est soumise aux règles retenues en matière foncière dans notre droit. Ce qui fait dire qu'une hypothèque constatée par un contrat de location n'est pas possible<sup>41</sup>. Mais dans la pensée du demandeur de crédit, il s'agit de fournir son droit de location en garantie, droit qui est évaluable en argent puisqu'il s'agit sans doute d'un droit à devenir concessionnaire d'un droit sur le fonds ou propriétaire des immeubles par incorporation. En ce cas, étant donné que le demandeur de crédit n'a pas de droit réel<sup>42</sup> sur la parcelle, mais plutôt un droit de créance puisque passant par son cocontractant dans le cadre du contrat de location pour avoir accès à la jouissance du sol, il y a donc un droit de créance qui est l'objet de sûreté. Ainsi, en donnant à l'Etablissement le contrat de location en tant qu'instrument de garantie, l'emprunteur lui donne un privilège (au sens générique du mot) sur la vente de ce droit à devenir propriétaire. On hésitera avant de qualifier le droit à devenir concessionnaire d'un droit sur le fonds ou propriétaire des immeubles par incorporation comme mobilier. On procèdera à la recherche des critères posés par la loi dite foncière qui, après avoir déterminé les biens qu'elle considère comme immobiliers laisse dans la catégorie des biens meubles tous les autres droits. D'où, le titre remis à l'Etablissement de crédit ne comportant pas la livraison d'un immeuble, mais étant plutôt relatif à la fourniture d'une jouissance du sol et du paiement des loyers, on sent une odeur de droit mobilier. Ce qui justifierait la qualification de gage dans ce cas.

---

<sup>40</sup> Nous sommes obligés de taire les vrais noms.

<sup>41</sup> En effet, l'article 264 de la loi n°73/021 du 29 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et régime des sûretés telle que modifiée à ce jour dispose : « Sous réserve des dispositions des articles 254 et 255, nulle hypothèque n'existe si elle n'est inscrite au livre d'enregistrement, sur le certificat de l'immeuble ou du droit immobilier qu'elle grève ».

<sup>42</sup> Qui serait par exemple la concession perpétuelle.

Les parties imaginent bien des choses. Prenons encore l'exemple de ce texte intitulé « Acte de cession précaire aux fins hypothécaires » où

*Monsieur ou Madame X autorise Monsieur ou Madame Y à faire usage hypothécaire pour l'obtention d'un crédit financier à la COOPEC Z la parcelle SU ... Contrat de location n°...*

A quoi rime « faire usage hypothécaire (...) d'un contrat de location » ? Il s'agirait sans doute de permettre soit à la COOPEC de pouvoir inscrire en priorité une hypothèque sur l'immeuble à être couvert par un Certificat d'enregistrement, ce serait la promesse de transférer un droit à devenir créancier hypothécaire, soit encore, dans le langage courant, d'offrir un gage sur le contrat de location et, dans les mêmes conditions que l'exemple précédent.

Ces deux exemples nous montrent comment, dans la pratique, les parties cherchent à s'inspirer confiance mutuellement dans la constitution des contrats d'ouverture de crédit. Le mieux ici serait de prévenir que l'Etablissement de crédit ne se fasse octroyer des avantages de garantie à des conditions défavorables à l'emprunteur... Une autre illustration découle nécessairement du contenu du document présenté dans la première partie sous le titre relatif aux hypothèques.

### **En droit congolais**

Le titre donné en une soi-disant garantie établit des droits mobiliers. Les loyers à payer à l'Etat sont mobiliers et le droit de jouissance que l'Etat accorde au locataire est, *a contrario*, évaluable en argent. D'où la créance est mobilière. L'analyse n'est pas achevée. Que dirait-on si c'est plutôt le contrat de concession perpétuelle ou ordinaire qui est donné, ensemble avec le certificat d'enregistrement (CE), à l'Etablissement de crédit ? Le CE constate un droit réel immobilier (la concession). Les contrats de concession sont le soubassement du CE mais n'ont pas le même effet que lui dans la mesure où c'est ce dernier qui joue le rôle d'établir la propriété immobilière et le droit de

jouissance du fonds<sup>43</sup> ainsi que de prouver le droit réel établi<sup>44</sup>. Ce titre ne représente pas le droit qu'il contient. Il est nominatif. Celui au nom duquel il est rédigé est le seul titulaire du droit. Par conséquent, il n'a de valeur en droit que celle lui reconnue par la loi. C'est ainsi qu'il ne peut sous-entendre la transmission d'un droit par l'effet de sa tradition<sup>45</sup> (aux mains de l'Etablissement de crédit). Une fois de plus, le concept *gage* aurait pu s'appliquer car le titre en soi est mobilier et corporel. Il lui manque cependant le caractère appréciable en argent, il ne peut être vendu : seul l'immeuble dont il établit un droit peut faire l'objet de pareille transaction. Ceci nous amène à dire que le terme *gage* ne peut s'appliquer à l'opération de sûreté qui semble se construire. Il s'agira, pour le propriétaire de l'immeuble, en remettant le CE ou autre titre (contrats de concession), de rassurer qu'il ne vendra pas à son insu l'objet qui pourrait alors servir à rembourser le crédit octroyé par voie forcée.

Cette même objection avait déjà été émise à la suite de l'interprétation de l'article 56 du décret du 6 février 1920 sur la transmission de la propriété immobilière. L'article disposait : « Par requête présentée au Conservateur, le **créancier gagiste** du certificat d'enregistrement, le créancier muni d'un titre exécutoire, le précédent propriétaire ayant un droit à rétrocession dérivant d'une cause de résolution ou de nullité du contrat par lequel il a aliéné l'immeuble, le curateur de la faillite, peuvent former opposition à l'exercice du droit de disposer par le propriétaire inscrit au livre d'enregistrement. Le requérant doit justifier de la qualité qui lui donne le droit d'agir en opposition. Le Conservateur fait annotation de l'opposition dans la forme indiquée à l'article 43, sur le certificat inscrit au livre d'enregistrement ».

Après lecture de cet article, l'on pourrait croire que les mots « créancier gagiste du certificat d'enregistrement » font admettre un gage sur le certificat d'enregistrement. Cependant, nous lisons dans les commentaires de cet article que l'établissement d'un gage sur un titre de propriété foncière est légalement impossible en raison du caractère immobilier du droit constaté par le titre. Le

---

<sup>43</sup> Article 219 de la loi dite foncière.

<sup>44</sup> Article 227 de la loi dite foncière.

<sup>45</sup> *Comp.* Article 284 CCCLIII : « La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur ».

fait pour un débiteur de remettre la garde du titre de propriété de son immeuble entre les mains de son créancier, auquel d'autre part il donne mandat pour disposer de cet immeuble, ne constitue pas ce tiers, créancier gagiste du certificat d'enregistrement, tel que prévu par l'article 56 du Décret du 6 février 1920<sup>46</sup>.

Par ailleurs, le commentateur poursuit, en ce qui concerne le droit de rétention qu'exercerait le créancier sur un certificat d'enregistrement que pour que le droit de rétention puisse être étendu à d'autres cas que ceux expressément prévus par la loi, il faut que la créance du rétenteur soit née de la chose retenue, et ne résulte pas d'une convention accessoire, d'un fait juridique distinct, consistant dans la dation de la sûreté de par la seule volonté des parties, telle l'obligation assumée par les débiteurs de respecter la rétention d'un certificat de propriété, par eux remis pour sûreté du paiement du solde d'une ouverture de crédit, auquel cas le droit de rétention ne peut être opposé aux créanciers du débiteur<sup>47</sup>.

Il demeure certains points de réflexion à soulever. Si l'emprunteur ne paye pas, qu'est-ce qui fera l'objet des voies d'exécution forcée ? Dans le cas où un CE existe, l'immeuble pourra soit être vendu, généralement les parties procèdent par la voie parée. Si l'emprunteur n'a confié que le contrat de location, le créancier pourra se payer sur la cession à titre onéreux du droit de jouissance sur le fonds occupé. Dans tous les cas, privé de ses titres, l'emprunteur sera en difficulté d'aliéner ses droits sur le fonds ou sur les immeubles par incorporation.

Le terme *gage* n'est pas vraiment adapté. Ainsi, avons-nous parlé de *pseudo gage*. Toutefois, faute de mieux, le concept *gage* est employé pour qualifier l'opération. La qualification est imparfaite car le bien sur lequel il porte c'est-à-dire le certificat d'enregistrement ou un autre titre foncier manque de valeur économique propre contrairement à la situation d'un effet de commerce. Si nous l'adaptions, nous ne heurtons pas trop le langage

---

<sup>46</sup> Elis., 17 juillet 1937 (R.J.C.B., 1938) ; 1<sup>er</sup> Inst. Elis., 27 juillet 1948 (R.J.C.B., p.198, *Bel. Col.*, 1949, p.368) in DEVOS, J. et PIRON, P., *Codes et lois du Congo-Belge*, Larcier, Bruxelles, 1954, p.94, col. B, sub art. 56.

<sup>47</sup> Léo., 26 nov. 1929 (*Jur. Col.* 1930-1931, p.187, av. notes)

juridique car le législateur aura été le premier à nous égarer tous. En effet, parfois, il emploie le mot gage pour désigner la notion même de sûreté ou pour désigner quelque chose qui n'a rien de sûreté au sens technique<sup>48</sup> ou encore elle emploi d'autres sûretés pour désigner le gage<sup>49</sup>. Qu'on nous permette d'employer ce concept, momentanément, qui pourrait dégager quelques conséquences proches du véritable gage.

*iii) Ce qu'il en résulte*

Pour l'Etablissement de crédit, un certain nombre d'obligations découlent de la présence d'un contrat accessoire relatif aux sûretés. En effet, le gage dont nous avons parlé produit une première obligation, celle d'observer les règles en matière de dépôt. C'est-à-dire garder, conserver et restituer la chose objet de gage. Ce triptyque doit être expliqué compte tenu de l'objet de ce gage, curieux du reste. En fait, la garde et la conservation font allusion au fait que l'Etablissement de crédit doit veiller au maintien de la substance des titres. Ce sont les titres qui sont visés en premier. Ceci paraît absurde puisque les titres en soi n'ont de valeur que si leur objet existe. Donc c'est la jouissance du fonds ou la propriété des immeubles qui sont en vue, ce sont elles qui ont une valeur marchande. On pourrait alors déduire que c'est la substance du droit de jouissance des fonds ou du droit de propriété ou encore du droit à devenir propriétaire des immeubles par incorporation ou concessionnaire (et pourquoi pas droit d'occupation) qui ne devrait pas être entamée. L'Etablissement de crédit ne profiterait donc pas de la garde des titres pour en faire un usage outre mesure ayant pour conséquence de gêner l'emprunteur dans l'exercice de ses droits. L'Etablissement de crédit ne peut détourner les titres à un autre usage. Il ne peut occuper ou faire occuper par un tiers le terrain objet du titre qui lui est remis<sup>50</sup> et devra donc rester dans la ligne droite du contrat de dépôt et supporter les effets de ce gage qui est, à notre avis, plus avantageux pour le demandeur de crédit que pour lui.

---

<sup>48</sup> Article 244 loi dite foncière.

<sup>49</sup> Article 187 du Code de la famille, article 21 du Code de procédure civile sur l'octroi, même sans *cautionnement* de l'exécution nonobstant tout recours.

<sup>50</sup> N'y a-t-il pas lieu à penser à l'abus de confiance ? (V. article 95 du Code pénal congolais).

A l'échéance, si l'emprunteur ne paye pas, l'Etablissement de crédit pourra-t-il vendre le droit de jouissance sur le fonds ou l'immeuble dont il garde le Certificat ? Nous devons considérer la réponse à cette question comme une conséquence du fameux gage sur parcelles faisant l'objet de nos présentes réflexions. A première vue, cette vente ne serait pas licite car elle ressemblerait à une justice privée. L'on s'inspire ici de la solution prévue par l'article 605 CCCLIII repris à l'article 329 de la loi dite foncière selon lequel la vente d'un bien donné en gage ne peut être aliéné que sur autorisation du Président du Tribunal. Nous préconisons cette solution par analogie bien que le gage des titres parcellaires est faux et qu'il n'y ait pas de dispositions légales particulières, le bon sens ferait triompher pareil raisonnement. Cependant, détenteur d'un certificat d'enregistrement, l'Etablissement de crédit a la faculté de faire inscrire une hypothèque bien qu'il puisse se trouver en mauvais rang. Il ne peut pas vendre le certificat ! Et déjà la jurisprudence de Lubumbashi a déjà considéré comme inopérant ce qui est appelé gage des titres parcellaires, ces derniers n'étant pas susceptibles de possession d'après le prescrit de l'article 321 de la loi dite foncière. Constatons qu'il y a donc un écart manifeste entre la loi et la pratique en matière de sûreté réelle. Que nous apporte la compréhension du Droit OHADA ?

### **En droit OHADA**

A la lecture des dispositions particulières concernant le gage, l'on s'interroge s'il n'est pas plus aisé de considérer ce que nous appelons faussement « gage des titres » un gage sur créance telle qu'organisé dans l'ancien AUOS. En effet, le gage sur créance nécessitait la remise d'un titre au créancier gagiste ou à un tiers convenu. Or dans notre cas, des titres sont remis à un Etablissement de crédit. Ces titres constatent-ils un droit ? Oui ! Il s'agit du droit du titulaire pour l'occupation et la jouissance, d'après la nature du titre, sur un fonds appartenant à l'Etat. Dans la mesure où, ce n'est pas un certificat qui est remis, l'on doit nécessairement considérer que l'emprunteur, n'étant pas propriétaire de l'immeuble, a un droit de créance tendant à acquérir un immeuble au sens de l'article 3 de la loi dite foncière. Or, c'est l'Etat qui est débiteur, dans le cas où ce sont des titres fonciers qui sont remis. L'obligation de l'Etat consistant à fournir une jouissance de la terre

moyennant paiement d'un certain prix.<sup>51</sup> C'est donc cette créance sur l'Etat, dans notre hypothèse, qui serait mise en gage au sens du droit OHADA.

Cependant, il sied de dire que le gage sur créance exige, comme dit plus haut, la signification de ce transfert de créance à titre pignoratif au débiteur, c'est-à-dire ici, à l'Etat. De sorte que si le débiteur originaire ne parvient pas à payer, l'Etat devra payer sa créance à l'Etablissement de crédit. Cela suppose que l'Etablissement de crédit sera mis en jouissance de la parcelle qui devait être concédée au débiteur originaire en considération des titres qu'il détenait.

Faut-il attendre le droit OHADA pour réfléchir ainsi ? En outre, cette réflexion est-elle suffisante ? En effet, la nouvelle législation en matière des sûretés en droit OHADA a modifié la donne en remplaçant ce que nous venons d'appeler gage sur créance par une sorte de nantissement de créance ouvert seulement aux Etablissements de crédit. Cette autre forme de sûreté se prête mal à la pratique en RDC parce qu'elle fait plutôt allusion à une créance véritable et non celle que nous avons tenté de générer à partir des titres dits parcellaires. Somme toutes, les sûretés en droit OHADA ne semblent pas jouer au bénéfice de la pratique des emprunteurs et établissements de crédit en microfinance et dans l'exemple donné à Goma. Dans cette incertitude, ne peut-on pas penser que, dans la visée de remise des titres, les parties cherchent à créer une sûreté de leur convenance ? Sera-t-elle valable ?

## **2.2. Création d'une autre sûreté : discussion**

La discussion part de deux questions : qui peut créer une sûreté ? y a-t-il vraiment une nécessité ?

Il y a lieu de préciser que les sûretés réelles retiendront principalement notre attention.

---

<sup>51</sup> A lire les définitions des contrats de concession (art.61, 80, 109, 110, 123, 132, 141, 144 de la loi dite foncière).



### A) *Du principe de la légalité des sûretés*

Un tel principe suggérerait que les sûretés ne soient créées et organisées que par la loi. En effet, ce système nous semble sécurisant dans la mesure où la loi peut résoudre de manière beaucoup plus sûre les différentes facultés pouvant naître de la mise en œuvre d'une sûreté ainsi créée. Il faut tout d'abord répondre à la question de savoir s'il peut exister un pareil principe en droit congolais et ensuite donner sa portée. En droit français, la question n'a pas moins soulevé de controverses. Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE nous en rapportent les éléments<sup>52</sup>.

Deux approches s'opposent. Selon une thèse dite classique, les sûretés sont des procédés spécifiques de garantie du paiement des dettes. Elles constituent une catégorie finie, répondant à des critères techniques précis. Cette analyse obligerait à admettre qu'il existe, d'une part, des sûretés stricto sensu et, d'autre part, des mécanismes remplissant la même fonction, sans répondre aux critères du concept de sûreté.

Ainsi, dans l'ordre des sûretés personnelles, cette qualification ne pourrait être appliquée qu'à l'engagement d'un tiers de payer la dette du débiteur, caractéristique que remplit seul le cautionnement avec pour effet d'exclure la solidarité ou la délégation tout en se heurtant à la difficulté de nier la qualification de sûreté personnelle aux garanties autonomes telles que les lettres d'intention ou encore, à titre d'hypothèse, la promesse de porte-fort ayant pour effet l'exécution d'une obligation.

De la même manière, ne seraient sûretés réelles que les droits réels accessoires, assortis du droit de préférence et du droit de suite. Conjuguée avec la thèse selon laquelle les droits réels sont en nombre limité ; cette définition fait dire « qu'il n'existe pas d'autres sûretés réelles que celles qui sont énumérées par la loi » telle que la cession fiduciaire ou la rétention de la propriété à titre de garantie. Selon une approche qui se veut plus pragmatique, sont des sûretés tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans

---

<sup>52</sup> SIMLER, P. DELEBECQUE, P., Doit civil, les sûretés, la publicité foncière, Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1995 p.25, n°20

des circonstances différentes, d'autres fonctions. C'est cette définition extensive qui paraît bien être celle, aussi, du droit positif français. En droit congolais, la question ne manque pas d'intérêt.

La lecture attentive de l'article 245 de la loi dite foncière peut encadrer le débat. Il y est disposé que : « Tous les biens du débiteur, présents et à venir sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des *causes légales* de préférence ». Le législateur évoque le principe de distribution égalitaire des biens du débiteur entre les créanciers à moins qu'il existe des causes légales de préférence entre eux. Nous pensons que ce dernier groupe de mots répond à notre première préoccupation. En effet, en parlant de causes légales de préférence, le législateur se réserve seul le droit d'en prévoir. Il aurait pu dire « causes légales ou conventionnelles ». Mais on pourrait penser déjà que l'article 63 CCCLIII y répugne ! Si deux parties décident entre elles que l'une d'entre elles sera payée par préférence aux autres, cette obligation n'est pas opposable aux autres contractants du débiteur étant donné qu'elle apparaît à leurs yeux comme une *Res inter alios acta*. Ainsi, il est logique que seule la loi les oblige à respecter le paiement préférentiel s'ils doivent réclamer à plusieurs un droit quelconque d'un seul débiteur.

On peut ainsi dire qu'en droit congolais les causes de préférence qui naissent des sûretés ne peuvent être prévues que par la loi. En tout état de cause, le contraire serait absurde. Si l'on pouvait admettre des causes conventionnelles de préférence, l'on ne voit pas comment elles seraient organisées par les parties elles-mêmes. Le principe de la légalité des sûretés existe bel et bien en droit congolais et, on vient de l'expliquer. C'est notamment pour besoin de cohérence du législateur et de sécurité dans le commerce juridique.

Quid de la portée de ce principe ?

Le principe, à notre entendement refuse aux parties de créer leurs propres sûretés. Cela peut-il se vérifier pour les deux catégories de sûretés que l'on connaît en RDC ? S'il faut considérer les sûretés réelles, on dirait que la question est résolue par l'article 1<sup>er</sup>, al. 2 de la loi dite foncière. Cette disposition ne prévoit-elle pas que « les seuls droits réels sont ... ». Ceux qui y

sont mentionnés. Et, parmi les sûretés réels connues en RDC : l'hypothèque, le gage et le privilège. L'article interdit aux parties de créer d'autres droits réels mais la loi peut toujours en créer d'autres. C'est la confirmation du principe de légalité. Seul le législateur peut en créer ! S'il faut, ensuite, analyser la question des sûretés personnelles, les choses semblent moins sûres. En fait, ces sûretés portent moins sur un bien précis du débiteur que sur tout le patrimoine de celui qui se porte garant pour un autre.

Nous constatons qu'elles ne semblent pas entraîner de véritable préférence. Prenons l'exemple d'une caution, le créancier se fera payer par une autre personne si le débiteur principal ne paye pas, mais rien ne dit qu'il sera payé par préférence aux autres créanciers de la caution sauf bien sûr s'il y a caution réelle ! Bien que les sûretés personnelles reposent, dans la plupart des cas sur des conventions, il convient néanmoins de dire que la loi les organise. Le cautionnement est réglementé au titre V de la quatrième partie de la loi dite foncière. Et l'article 368 de la même loi précise : « En ce qui concerne les autres formes de sûreté, *notamment* la solidarité, la convention du du croire, la délégation, l'assurance crédit ou l'assurance de solvabilité, elles restent régies par leur *législation propre*. Pour certaines de celles-ci, des règles propres existent<sup>53</sup>. Mais pour d'autres, on en retrouva pas. L'article 33 CCCLIII semble être écarté par les mots *législation propre* car l'article 368 de la loi dite foncière aurait pu se référer à la convention des parties. Dans tous les cas, l'usage du mot « notamment » dans le libellé de l'article 368 manifeste bien qu'il peut exister d'autres formes de sûretés personnelles à condition, bien entendu, qu'elles soient régies par une législation propre.

La loi a donc un rôle majeur à jouer surtout dans l'organisation de ces sûretés en vue d'éviter un désordre dans ce qui doit sécuriser (sûreté et sécurité sont des termes voisins). Nous considérons donc que si une sûreté doit exister, il faudrait qu'elle soit prise en compte par la loi si nous devons suivre la logique du législateur pour tout droit réel. Les sûretés personnelles peuvent se créer mais doivent être soumises à une législation propre. En droit OHADA, il est reconnu aux Etats membres la possibilité de créer d'autres privilèges spéciaux (d'après la lecture de l'alinéa 2 de l'article 179 de l'AUS). Il y a lieu de s'en servir.

---

<sup>53</sup> C'est le cas de la solidarité : v. art. 95 et ss. du CCCLIII

### *B) Nécessité d'une réforme légale*

Il a été constaté la difficulté de retenir la qualification « gage sur titres parcellaires » dans sa pure forme, en droit positif congolais. Et, même si l'on devait prendre en compte la dimension d'une créance sous-entendue par lesdits titres, il y aurait des difficultés législatives certaines en droit congolais. Le Droit OHADA, dans ses développements ci-haut expliqués, ne semble pas résoudre de manière satisfaisante la question.

S'il fallait se rabattre au gage sur créance, la nécessité d'une signification du transfert de créance à l'Etat<sup>54</sup> aurait du mal à être prise en compte en pratique tant il est vrai que nous avons constaté que les parties, non seulement s'accrochent à des « documents » quelconques sans valeur foncière spécifique mais aussi elles sont prêtes à se faire enregistrer même auprès d'un bourgmestre de commune, autorité incompétente.

Par ailleurs, le gage de la créance qu'a un locataire ou un concessionnaire sur l'Etat aurait comme finalité qu'en cas de non paiement, l'Etablissement de crédit retire de cette créance le montant du crédit octroyé. Dans la situation envisagée en Droit OHADA, cela supposerait que l'Etat, au lieu de payer, l'emprunteur son créancier, devra payer l'Etablissement de crédit, créancier gagiste. Or, l'Etat est débiteur de la fourniture d'une jouissance paisible des sols. Ce droit est-il évaluable en argent ? Les parties cherchent une souplesse dans la garantie des micro-crédits ; les Etablissements de crédit du secteur prennent en compte n'importe quel titre susceptible d'établir même une occupation sur un terrain et donnent un crédit en considération de ces documents dont certains n'ont pas<sup>55</sup> ou n'ont plus<sup>56</sup> de valeur et sont d'accord à s'adresser à n'importe quelle autorité. Ceci, probablement dans le souci de permettre l'accès au crédit aux plus démunis.

---

<sup>54</sup> Par l'entremise d'une autorité compétente en vertu de l'article 184 de la loi dite foncière.

<sup>55</sup> A l'instar d'une fiche d'occupation parcellaire

<sup>56</sup> Le cas d'un contrat de location expiré

La réglementation des modes de sûretés a la nécessité de sécuriser toutes les parties : créancier comme débiteur. Or, d'après nos postulats précédents, seule la loi peut créer une sûreté, tout au moins réelle. En outre, la sûreté réelle comporte l'avantage des droits de préférence et, dans une certaine mesure, le droit de suite. Et, du fait que le débiteur ne doit pas non plus être dépouillé légèrement, des règles d'organisation des sûretés s'avèrent utiles. Notre proposition pencherait plus dans le sens d'un privilège spécial de l'établissement de crédit prêteur sur le prix de la saisie opérée sur les biens dont titres ont été remis.

## CONCLUSION

La présente réflexion a porté sur l'Apport du droit de l'OHADA dans la pratique des sûretés par les emprunteurs et Etablissements de crédit en République Démocratique du Congo.

Après avoir posé le problème lié aux créations de la pratique, nous avons annoncé que nous tenterions d'observer ce que nous offre la pratique du secteur de la Microfinance relativement aux sûretés. Nous avons pu constater à cette occasion que bien de problèmes se posaient et qui n'étaient pas liés seulement à l'existence d'une sûreté ou non mais encore à la protection de l'emprunteur. La protection de l'emprunteur passe certes par l'organisation des modes de garantie qui instaurent une certaine confiance à l'égard de l'Etablissement de crédit sans écraser l'emprunteur au risque de lui priver de crédit. Et, c'est au tour de la recherche de cette protection que nous avons analysé les dispositions du droit congolais vues du côté de l'emprunteur et même de ceux qui interviennent pour le garantir comme leurs enfants, dans certaines conditions que nous avons éclairées à notre manière.

Nous devons dire que le droit congolais en matière de sûreté est contrebalancé par la pratique de différents acteurs qui cherchent déjà à accommoder à leur guise les formes de garantie prévues par le droit positif congolais. Le droit de l'OHADA a quelque chose de plus à apporter pour la protection de l'emprunteur.

En effet, l'intégration dans notre droit de l'Acte Uniforme relatif à l'organisation des sûretés aura comme avantage d'éclairer, d'après notre humble interprétation, le gage sous-tendu par des titres parcellaires en vogue au sein de plusieurs Etablissements de crédit en RDC, mais il y a nécessité d'un complément législatif dans le sens de permettre une traduction en numéraire du droit qu'a un emprunteur sur les terres de l'Etat qu'il propose en gage. Il s'agirait notamment d'insister sur la signification nécessaire à l'Etat du transfert de créance à titre pignoratif, cela en application indirecte

notamment de l'article 149 de la loi dite foncière qui interdit au preneur<sup>57</sup> toute sous-location ou cession sans autorisation écrite de l'autorité compétente. Il sera-là aussi l'occasion de faire prendre conscience aux Etablissements de crédit sur l'effet que produit dans le chef des emprunteurs, quoique démunis, la prise en compte des titres sans valeur.

Et pourquoi pas une autre forme de complément législatif tendant à instituer un privilège du détenteur à titre de garantie du certificat d'enregistrement sur le prix de vente de l'immeuble tant il est vrai que l'Etablissement de crédit peut ne pas faire inscrire son hypothèque en temps utile et se retrouver dans un concours pour la distribution du prix avec d'autres créanciers, lequel concours paraît défavorable ?

Tout compte fait, la loi est faite pour les hommes et, parfois, ceux-ci la modifient d'après leurs convenances. Mais le législateur, dans une somnolence coupable, doit craindre qu'une autre personne que lui, à l'occurrence le commun de mortel, ne transforme à son insu une erreur en droit !

---

<sup>57</sup> Dans le cas d'un emprunteur qui se propose de donner à titre de garantie son contrat de location.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. TEXTES DE LOI

1. Constitution du 18 février 2006 in *JORDC* du 20 juin 2006, numéro spécial.
1. Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, *J.O.RDC.*, avril 1999, n° spécial.
2. Acte Uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés in *J.O. OHADA*, 01/07/1998.
3. Décret du 30 juillet 1888 portant Code Civil Des contrats ou des obligations conventionnelles tel que modifié à ce jour in *PIRON (P) et DEVOS (J), Codes et lois du Congo Belge*, Bruxelles, Ed. Larcier, 1959.
4. Loi n°73/021 du 20/07/1973 telle que modifiée à ce jour portant régime général des biens, régime immobilier et régime des sûretés in *Les Codes Larcier, Tome I, Droit civil et judiciaire*, De Boeck et Larcier s.a., Bruxelles, 2003
5. Loi n°003/2002 du 02 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des Etablissements de crédit, in [www.leganet.cd](http://www.leganet.cd).
6. Loi n° 002/2002 du 02 février 2002 portant dispositions applicables aux coopératives d'épargne et de crédit in *JORDC*, n° spécial, mai 2002.
7. Loi n°015-2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail in *Les Codes Larcier, Tome IV : « Droit du travail et de la sécurité sociale »*, De Boeck et Larcier s.a, Bruxelles, 2003.
8. Loi n°001/09 du 1à janvier 2009 portant protection de l'enfant in [www.leganet.cd](http://www.leganet.cd)

### II. OUVRAGES

1. BERGEL (JL), *Théorie générale du Droit*, Paris, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 1998.
2. COLLART DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (P), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2000.
3. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, Paris, Quadriga/PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2005.



4. DE THEUX (A) et KOVALOVSKY (I), *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du Droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint - Louis, 1995.
5. DEVOS, J. et PIRON, P., *Codes et lois du Congo-Belge*, Larcier, Bruxelles, 1954.
6. GUILLIEN, R. et VINCENT, J., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2003.
7. KALAMBAY LUMPUNGU (G.), *Droit civil*, Vol III, Régime des sûretés, PUZ, Kinshasa, 1990.
8. KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil, Identification des personnes, Les incapacités, la famille*, inédit.
9. KATUALA KABA KASHALA, *Code pénal congolais annoté*, Editions Batena Ntambua, Kinshasa, 1995.
10. LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil : Les biens*, Kinshasa, Publication des Facultés de Droit des Universités du Congo (PFCUD), 2003.
11. LUWENYEMA LULE, *Précis de droit du travail zairois*, Editions LULE, Kinshasa, 1987.
12. PICOD et Hélène DAVO, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2005, p. 280, n°457.
13. SIMLER, P. DELEBECQUE, P., *Doit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1995.
14. T'KINT (Fr.), *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3<sup>ème</sup> éd., Larcier, Bruxelles, 2000.
15. TERRE, F. et FENOUILLET, D., *Droit civil, les personnes, les incapacités, la famille*, Dalloz, Paris, 1996.