

RÉFLEXION SOMMAIRE SUR LA PROMESSE D'HYPOTHÈQUE ET LA DATATION EN PAIEMENT EN DROIT OHADA ET EN DROIT BÉNINOIS

Me Ayodélé AHOUNOU
Avocat-Associé
SCPA GAMA & Associés

Aux termes des dispositions de l'article 190 al. 1^{er} de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés -AUS-, « **L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables** ». Que peut-on alors entendre par **promesse d'hypothèque**, terme que l'on rencontre le plus souvent dans les contrats de prêt bancaire lorsque l'immeuble proposé en garantie du remboursement du prêt envisagé n'est pas encore immatriculé ? Etant bien entendu que la promesse d'hypothèque peut également se rapporter à un immeuble déjà immatriculé.

Tout d'abord, bien qu'elle soit connue en doctrine¹ et en jurisprudence², la notion de « promesse d'hypothèque » ne se retrouve pas, nous semble-t-il, formulée comme telle en droit OHADA et en droit béninois. Mais en vue de la cerner, l'on peut déjà la saisir de façon négative en l'isolant de ce qu'elle n'est pas. En effet, littéralement, la « promesse d'hypothèque » n'est pas encore le contrat d'hypothèque lui-même ; comme son nom l'indique, il ne s'agit que d'une « promesse » d'hypothèque. **L'on peut alors l'appréhender comme l'accord par lequel un individu, le promettant, s'engage envers un autre qui l'accepte, le bénéficiaire, à conclure un contrat d'hypothèque en cas de survenance d'un événement**³.

La dation en paiement quant-à elle peut être définie comme « **le fait de donner en paiement au créancier autre chose que ce qui lui est dû** »⁴ : une somme d'argent à la place d'un bien, ou plus souvent, l'inverse, un bien, un service à la place d'une somme d'argent.

La promesse d'hypothèque et la dation en paiement se côtoient le plus souvent dans les conventions de prêt bancaire. D'où l'intérêt de les étudier ensemble.

La nature juridique de ces deux phénomènes **(A)** nous permettra d'en cerner le régime **(B)**.

¹- Cf. par ex., Stéphane PIEDELIEVRE, Droit des sûretés, 2^{ème} éd., ellipses, 2015, p.330.

²- Cf ; par ex., en jurisprudence française, Cass. 3^e civ., 7 janvier 1987, Gaz. Pal., 1987 I 219, note A. PIEDELIEVRE ; Cass. 3^e civ., 8 juin 1994, Bull. joly sociétés, 1994 1240, note Le CANNU ; Cass. civ. 3^e, 29 mai 2002, n° 99-21018, www.labase-lextenso.fr/petites-affiches

³- Cf. pour une analogie avec la « promesse unilatérale de contracter », TERRE fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, éd. Dalloz, 2013.

⁴- BÉNABENT Alain, *Droit civil, Les obligations*, éd. Montchrestien, 2007, p. 597 et s.

A- La nature juridique de la promesse d'hypothèque et de la dation en paiement

1/La promesse d'hypothèque

La promesse d'hypothèque peut être assimilée à la « promesse unilatérale de contracter »⁵ qu'on rencontre en Droit civil des obligations, en ce que, d'une part, une seule personne est engagée, le promettant, celui qui dispose du droit de disposer du droit à hypothéquer ; d'autre part, les principaux termes du futur contrat d'hypothèque sont généralement connus au moment de la conclusion de la promesse : désignation du bien, montant total à couvrir par l'hypothèque ou éléments permettant de déterminer ce montant, etc. Mais la « promesse d'hypothèque » semble s'éloigner de la « promesse unilatérale de contracter » en ce que la conclusion de l'hypothèque envisagée n'est pas subordonnée à la volonté du bénéficiaire (à qui il revient, dans la promesse unilatérale de contracter, de lever seulement l'option pour nouer le contrat), mais le plus souvent, à un événement extérieur à ce dernier ou aux parties, par exemple l'immatriculation de l'immeuble ou la libération des charges grevant ce dernier.

Par ailleurs, peut-on rapprocher la « promesse d'hypothèque » de l'« **hypothèque provisoire** » ?

L'article 192 AUS dispose que : « **Sauf disposition contraire**, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque.

Peuvent faire l'objet d'une hypothèque :

1°) *les fonds bâtis ou non bâtis et leurs améliorations ou constructions survenues, à l'exclusion des meubles qui en constituent l'accessoire.*

2°) *les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles de l'Etat partie ».*

Ce texte vient circonscrire le champ des immeubles et droits immobiliers susceptibles d'être hypothéqués. Mais le législateur OHADA indique qu'il en est ainsi « *sauf disposition contraire* ». Le Professeur Joseph ISSA-SAYEG, dans son commentaire de ce texte, a pu écrire qu'« *il est possible de prendre hypothèque sur un droit réel en cours d'immatriculation si les textes nationaux permettent de prendre une telle inscription provisoire à condition de prendre une inscription définitive lorsque le titre foncier aura été créé* »⁶. L'auteur, en rappelant cette possibilité de recourir aux droits internes des Etats parties pour élargir le champ des biens et droits hypothécables, entend par là sans doute interpréter l'expression « *sauf disposition contraire* » contenue dans l'article⁷.

⁵- Sur cette notion, cf., GHESTIN J. (Sous la direction de), *Traité de droit civil, Les obligations*, éd. L.G.D.J, 1979p. 179 et s. ; TERRE fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, op.cit., ibidem.

⁶- Joseph ISSA-SAYEG, in Code Vert OHADA, éd. 2018, JURISCOPE, comm. sous article 192, p. 952.

⁷- Mais on aurait pu penser que cette possibilité de cas exceptionnels induite par cette expression, se produit dans le même ordre juridique que celui du Droit OHADA, en ce qu'il s'agirait d'un renvoi aux dispositions contraires contenues dans l'AUS lui-même, ou tout au plus, dans le Droit OHADA en général. Ce, d'autant que le législateur communautaire, dans les cas de renvoi aux droits internes des Etats parties, y procède de manière expresse. Dans sa version du 17 avril 1997, l'AUS en son article 119, avant la modification du 15 décembre 2010, a utilisé l'expression « *sous réserve des textes particuliers* ». Le Professeur ISSA-SAYEG en a, il est vrai, fait le même commentaire que sous le texte du 15 décembre

Après donc avoir repris la règle communautaire selon laquelle seuls les immeubles immatriculés peuvent faire l'objet d'hypothèque⁸, l'**article 56 du Code Foncier et Domanial béninois** prescrit que **l'inscription provisoire d'une hypothèque est toutefois admise au cours de la procédure de confirmation de droits fonciers, à charge d'en opérer l'inscription définitive après l'établissement du Certificat de propriété foncière.**

Mais bien qu'elle évoque l'idée de « l'hypothèque provisoire », il nous semble pour l'instant, que la « promesse d'hypothèque » s'en distingue en réalité. En effet, l'hypothèque provisoire est une variante de l'hypothèque qui, en tant que telle, est susceptible d'inscription aux registres fonciers. Or, la promesse d'hypothèque, nous l'avons indiqué, semble resté une promesse d'hypothèque, en d'autres termes, un engagement à consentir l'hypothèque, ledit engagement n'ayant naturellement pas vocation à faire exister son objet au moment où il est conclu.

2/ La dation en paiement

Le mécanisme de la dation en paiement n'est expressément organisé ni par le droit OHADA, ni par le Code civil en vigueur au Bénin, ni par le Code civil français. Ces deux derniers textes n'y ont consacré que quelques allusions en leurs articles 1581 et 2038. Ce qui expliquerait que sa **nature juridique ne soit pas non plus, à l'instar de la promesse d'hypothèque, exempte de tout point d'ombre.**

Cette nature juridique a été en effet abondamment discutée :

D'une part, certains auteurs ont voulu voir dans la dation en paiement une forme de **vente** dont le prix serait payé par compensation avec la dette du "vendeur" envers "l'acheteur". *« Divers effets de l'opération accrédièraient cette thèse : capacité requise,*

2010. Mais tel qu'il est rédigé à l'AUS du 15 décembre 2010, l'article 192 peut prêter à confusion, car l'expression « sous réserve des textes particuliers » et celle « sauf disposition contraire » ne semblent pas absolument désigner la même réalité.

⁸- Article 192 AUS : « *Sauf disposition contraire, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque. Peuvent faire l'objet d'une hypothèque : 1°) les fonds bâtis ou non bâtis et leur et leur améliorations ou construction survenues, l'exclusion des meubles qui en constituent l'accessoire. 2°) les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles de l'Etat partie* ». Ce texte vient circonscrire le champ des immeubles et droits immobiliers susceptibles d'être hypothéqués. Mais le législateur OHADA, indique qu'il en est ainsi « sauf disposition contraire ». Le Professeur Joseph ISSA-SAYEG, dans son commentaire de cet article, a pu écrire qu'« *il est possible de prendre hypothèque sur un droit réel en cours d'immatriculation si les textes nationaux permettent de prendre une telle inscription provisoire à condition de prendre une inscription définitive lorsque le titre foncier aura été créé* » (Joseph ISSA-SAYEG, in Code Vert OHADA, éd. 2018, JURISCOPE, comm. sous article 192, p. 952). L'auteur, en rappelant cette possibilité de recourir aux droits internes des Etats parties pour élargir le champ des biens et droits hypothécables, entend par là sans doute interpréter l'expression « *sauf disposition contraire* » contenue dans le texte. Mais on aurait pu penser que cette possibilité de cas exceptionnels induite par cette expression, se produit dans le même ordre juridique que celui du Droit OHADA, en ce qu'il s'agirait d'un renvoi aux dispositions contraires contenues dans l'AUS lui-même, ou tout au plus, dans le Droit OHADA en général. Ce, d'autant que le législateur communautaire, dans les cas de renvoi aux droits internes des Etats parties, y procède de manière expresse. Dans sa version du 17 avril 1997, l'AUS en son article 119, avant la modification du 15 décembre 2010, a utilisé l'expression « *sous réserve des textes particuliers* ». Le Professeur ISSA-SAYEG en a, il est vrai, fait le même commentaire que sous le texte du 15 décembre 2010. Mais tel qu'il est rédigé à l'AUS du 15 décembre 2010, l'article 192 peut prêter à confusion, car l'expression « sous réserve des textes particuliers » et celle « sauf disposition contraire » ne semblent pas absolument désigner la même réalité.

effet translatif immédiat de la propriété⁹, possibilité d'agir, le cas échéant, en rescision pour lésion, garantie due par le vendeur... »¹⁰. Mais **d'autres effets de la vente**, précisent ces derniers auteurs, **« ne se vérifient pas : l'inexistence de la dette ainsi acquittée donne lieu à la restitution du bien donné en paiement, alors que la qualification de vente aurait postulé, dans cette hypothèse, le paiement du prix de la chose donnée en paiement ; l'éviction, inversement, n'a sans doute d'autre effet que de faire revivre la créance originelle »**.

D'autre part, la dation en paiement a été parfois assimilée à **une novation** par changement d'objet¹¹. Dans cette veine, l'on a pu écrire que la dation en paiement **« constitue une contraction en un seul moment d'une novation et du paiement de l'obligation nouvelle : il y a novation en ce que les parties substituent à l'obligation initiale une obligation nouvelle ayant un objet différent (...) il y a paiement en ce que cette obligation nouvelle est immédiatement exécutée et donc éteinte »**¹² ; un autre auteur, dans le même sens, a proposé de voir dans la dation en paiement une simple modification de l'obligation aux fins de paiement¹³. Pourtant, relèvent d'autres, **« la novation se définit comme la création d'une obligation nouvelle, substituée à une obligation préexistante qui est corrélativement éteinte. En l'occurrence, aucune obligation nouvelle n'apparaît, à moins d'admettre, non sans artifice, que cette obligation nouvelle est éteinte par son exécution à l'instant même où elle est créée. Pour la même raison, la dation en paiement ne serait pas une simple modification de l'obligation »**¹⁴.

Face à ces controverses, il a été écrit en guise de conclusion que **« rien ne justifie que l'on contraigne ainsi la dation en paiement dans le moule d'un autre mécanisme ou que l'on conclue à une hypothétique qualification mixte »**¹⁵. La dation en paiement serait en effet un **mode particulier de paiement, mode inhabituel et même « anormal », mais licite, qui trouve son fondement suffisant dans la liberté contractuelle, puisqu'il repose nécessairement sur un accord des volontés des parties au paiement**¹⁶.

Ces précisions nous permettent nous conduisent aux régimes juridiques de la promesse d'hypothèque et de la dation en paiement.

⁹- V. Ccass. fr., Civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 39, JCP N 1993, II, 256, note LEVENEUR, ET G 1994, II, 22195, note PETÉL-TEYSSIÉ.

¹⁰- TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., pp. 1375 et s.

¹¹- En ce sens, v. J. FRANCOIS, n° 119 ; ZENATI-CASTAING et REVET, n° 47 et 49, cités par TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., ibidem.

¹²- BÉNABENT Alain, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 597.

¹³- HIEZ, La nature juridique de la dation en paiement, RTD civ., 2004.199.

¹⁴- TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., ibidem. Il a été ainsi jugé, dans le cadre de la vente d'immeuble à construire, la substitution d'un appartement à un autre, après paiement du prix, est une dation en paiement et non une novation (Ass. plén. fr., 22 avr. 1974, D. 1974, p. 613, note DERRIDA, JCP 1974, II, 17876, note BENADENT).

¹⁵- V. en ce sens PLANIOL et RIPERT, t. VII par RADOUANT, n° 1255 ; MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, n° 1181 ; MARTY, RENAUD et JESTAZ, t. 2, n° 244, cités par TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., ibidem.

¹⁶- TERRE (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, op. cit., ibidem.

B- Le régime juridique de la promesse d'hypothèque et de la dation en paiement

1/ La promesse d'hypothèque

L'on pourrait soutenir, ainsi que cela semble se dégager de sa nature même, que la promesse d'hypothèque consistant dans l'engagement d'une personne de consentir ou de conclure une hypothèque sur un bien immobilier en cas, par exemple, d'immatriculation de celui-ci, **il ne s'agirait simplement que d'une promesse d'accomplir une obligation de faire**, sous la condition de l'immatriculation de l'immeuble. **Alors, cet engagement n'obligerait le promettant qu'à conclure l'hypothèque en cas de réalisation de la condition, obligation de faire. La réalisation de la condition de conclusion de l'hypothèque n'habiliterait donc pas, à elle seule, le créancier à requérir l'inscription de l'hypothèque au registre foncier.** La résistance du débiteur ou le défaut pour lui de conclure la convention d'hypothèque le moment opportun, ne devrait donc ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts¹⁷. Aussi, la loi prescrit-elle que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »¹⁸.

Mais les choses semblent se présenter autrement.

En effet, après avoir rappelé la règle selon laquelle seuls les immeubles immatriculés peuvent faire l'objet d'hypothèque¹⁹, l'**article 56 CFD** prescrit, nous l'avons indiqué, que **l'inscription provisoire d'une hypothèque est toutefois admise au cours de la procédure de confirmation de droits fonciers à charge d'en opérer l'inscription définitive après l'établissement du Certificat de propriété foncière.** En d'autres termes, ce texte indique que l'inscription provisoire d'une hypothèque est admise au cours de la procédure d'immatriculation de l'immeuble à charge d'en opérer l'inscription définitive une fois le titre foncier établi.

Dans ces conditions, l'on pourrait se demander si la convention portant promesse d'hypothèque, pour autant qu'elle consacre la volonté du promettant de consentir

¹⁷- Cf. par exemple, Stéphane PIEDELIÈVRE, Droit des sûretés, 2^e éd., ELLIPSES, 2015, pp. 330-331.

¹⁸- Article 1142 du Code civil.

¹⁹- Article 192 AUS : « *Sauf disposition contraire, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque. Peuvent faire l'objet d'une hypothèque : 1°) les fonds bâtis ou non bâtis et leur et leur améliorations ou construction survenues, l'exclusion des meubles qui en constituent l'accessoire. 2°) les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles de l'Etat partie* ». Ce texte vient circonscrire le champ des immeubles et droits immobiliers susceptibles d'être hypothéqués. Mais le législateur OHADA, indique qu'il en est ainsi « *sauf disposition contraire* ». Le Professeur Joseph ISSA-SAYEG, dans son commentaire de cet article, a pu écrire qu'« *il est possible de prendre hypothèque sur un droit réel en cours d'immatriculation si les textes nationaux permettent de prendre une telle inscription provisoire à condition de prendre une inscription définitive lorsque le titre foncier aura été créé* » (Joseph ISSA-SAYEG, in Code Vert OHADA, éd. 2018, JURISCOPE, comm. sous article 192, p. 952). L'auteur, en rappelant cette possibilité de recourir aux droits internes des Etats parties pour élargir le champ des biens et droits hypothécables, entend par là sans doute interpréter l'expression « *sauf disposition contraire* » contenue dans le texte. Mais on aurait pu penser que cette possibilité de cas exceptionnels induite par cette expression, se produit dans le même ordre juridique que celui du Droit OHADA, en ce qu'il s'agirait d'un renvoi aux dispositions contraires contenues dans l'AUS lui-même, ou tout au plus, dans le Droit OHADA en général. Ce, d'autant que le législateur communautaire, dans les cas de renvoi aux droits internes des Etats parties, y procède de manière expresse. Dans sa version du 17 avril 1997, l'AUS en son article 119, avant la modification du 15 décembre 2010, a utilisé l'expression « *sous réserve des textes particuliers* ». Le Professeur ISSA-SAYEG en a, il est vrai, fait le même commentaire que sous le texte du 15 décembre 2010. Mais tel qu'il est rédigé à l'AUS du 15 décembre 2010, l'article 192 peut prêter à confusion, car l'expression « *sous réserve des textes particuliers* » et celle « *sauf disposition contraire* » ne semblent pas absolument désigner la même réalité.

l'hypothèque en cas de survenance de l'évènement identifié par les parties, ne peut-elle pas valoir ou être regardée comme un acte sur le fondement duquel une inscription provisoire d'hypothèque peut-elle être sollicitée ?

Ce d'autant que, dans le cadre par exemple d'un contrat de prêt, une des causes de l'obligation du prêteur de mettre les fonds à disposition de l'emprunteur, peut se trouver être la conclusion de la garantie hypothécaire projetée. Dès lors, de deux choses l'une : soit le débiteur s'abstient de conclure la convention d'hypothèque le moment opportun, et dans ce cas, le contrat de prêt lui-même se trouve privé partiellement de cause et donc annulable, soit l'on retient que le contrat de prêt est valable, et dans ce cas, la promesse d'hypothèque doit pouvoir produire ses effets pour nourrir la cause de l'engagement du prêteur. Dans ce second cas, il va falloir faire sortir à la promesse d'hypothèque ses plein et entier effets. Certes, on est en présence d'une promesse d'accomplir une obligation de faire. Et le Code civil nous indique que, dans le cadre de l'exécution forcée, cette obligation ne se résout, en principe, qu'en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Mais ici, il s'agit d'une « obligation de faire » toute particulière dont la cause est le prêt obtenu par le débiteur. **Il s'agit donc d'une obligation qui a consommée sa cause. Pour cela, il ne serait pas artificiel de la confondre à l'hypothèque provisoire afin que le contrat de prêt puisse « survivre ».** Ainsi, la promesse d'hypothèque équivaldrait-elle à une convention d'hypothèque provisoire. Elle apparaîtrait alors comme l'acte sur le fondement duquel l'inscription provisoire d'hypothèque pourrait être requise.

Mais c'est peut-être ici le lieu de rappeler qu'il conviendrait d'attacher une stricte rigueur à la rédaction des clauses au moyen desquelles les parties expriment leur intention relativement aux promesses d'hypothèque. Sous l'intitulé « *Promesse d'hypothèque* », l'on rencontre une variété de stipulations : « **le constituant s'engage à conclure une hypothèque de façon ferme et irrévocable au profit du créancier à hauteur de (...) sur son immeuble formant la parcelle...** » ; « **le constituant s'engage à affecter en hypothèque de façon ferme et irrévocable à hauteur de (...), son immeuble formant la parcelle...** » ; « **le constituant s'engage expressément et irrévocablement à procéder à ses frais à l'immatriculation de la parcelle ci-après désignée et à affecter le titre foncier ainsi obtenu en garantie du remboursement du présent concours...** ».

Toutes ces clauses, en dépit des démonstrations qui précèdent, peuvent se révéler pathologiques en ce qu'elles peuvent sembler plus porter un engagement à conclure un contrat ultérieur qu'exprimer la volonté présente de consentir une hypothèque provisoire. Les parties risquent ici alors de se retrouver dans une parfaite situation d'engagement à accomplir une obligation de faire, plutôt que dans un cas de convention d'hypothèque provisoire. Car, rien ne doit être interprété ou déduit en dehors de la commune volonté des parties au contrat. Et comme le proclame si bien le Code civil, l' « **on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes** »²⁰.

Dans ces conditions, **la rédaction des clauses qui met les parties à l'abri du contentieux d'interprétation, est celle qui permet d'indiquer clairement que les contractants concluent une hypothèque provisoire, lorsque l'immeuble est en cours d'immatriculation, ou une hypothèque définitive lorsque les parties se retrouvent dans l'un des cas visés à l'article 203 de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés.**

²⁰- Article 1156 du Code civil

Mais il arrive, le plus souvent, qu'outre l'engagement de conclure une hypothèque, la personne qui s'engage donne, dans la même convention, mandat (irrévocable) à un notaire (désigné par le créancier) d'opérer l'inscription une fois le titre foncier établi. Cette parade est de nature à éviter la nécessité de toute nouvelle convention d'hypothèque.

Par ailleurs, si l'inscription provisoire d'hypothèque n'a pas été opérée (du fait par exemple de l'absence d'un registre à cette fin), le créancier peut-il requérir l'inscription de l'hypothèque définitive, sur le fondement de la convention de promesse d'hypothèque ou de la convention d'hypothèque provisoire ? En d'autres termes, la « **convention de promesse d'hypothèque** » ou la « **convention d'hypothèque provisoire** » valent-elles convention d'hypothèque ?

L' on peut répondre par l'affirmative.

En effet, d'une part, il doit en être ainsi dans les cas où ladite promesse d'hypothèque est assortie en même d'un mandat donné au notaire par le constituant de procéder à l'inscription en cas d'immatriculation ; d'autre part, Il devrait en être également ainsi en raison de ce que la mutation de l'hypothèque provisoire en hypothèque définitive, nous semble-t-il, trouve sa cause dans la loi elle-même. L'article 56 du Code Foncier et Domanial béninois prescrit en effet que l'inscription provisoire d'une hypothèque est admise au cours de la procédure de confirmation de droits fonciers, **à charge d'en opérer l'inscription définitive après l'établissement du Certificat de propriété foncière** ; ce texte fait de l'inscription définitive une simple formalité administrative ; enfin, dans le cas où les parties ont expressément conclu une « convention d'hypothèque provisoire », le créancier pourra requérir unilatéralement l'inscription d'une hypothèque définitive, même si, auparavant, l'inscription provisoire n'avait pas été sollicitée ou opérée. Aussi, l'**article 206 AUS**, abordant la question de l'hypothèque (définitive), dispose-t-il que « **Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité** ». Ce article qui rappelle ainsi les conditions d'opposabilité des actes contractuels aux tiers, a particulièrement le mérite d'indiquer, en même temps, la valeur juridique de la convention d'hypothèque en cas de défaut d'inscription de l'hypothèque. Il assimile en effet la convention d'hypothèque, en cas de défaut d'inscription de cette dernière, à une promesse d'hypothèque. Le professeur Joseph ISSA-SAYEG, commentant l'article 206 AUS, a mentionné que la « *promesse synallagmatique ainsi constituée peut être inscrite à l'initiative du créancier. En cas de résistance du débiteur ou de résistance du conservateur, elle peut donner lieu à un jugement autorisant l'inscription* »²¹. Il est vrai que ce n'est pas la « promesse d'hypothèque » qui sera inscrite, mais plutôt l'hypothèque elle-même. Ce qui n'enlève rien à la pertinence de l'analyse de l'auteur. **Cette analyse nous semble par ailleurs déduite simplement du principe de la force obligatoire des contrats**. Ce n'est pas en effet la convention d'hypothèque, qui intervient lorsque l'immeuble est déjà immatriculé, qui constitue l'hypothèque. Elle est plutôt l'acte contractuel en vertu de la force duquel l'inscription de l'hypothèque au registre foncier sera requise. En raisonnant donc par analogie, **une convention d'« hypothèque provisoire » qui intervient sur un immeuble non immatriculé et en cours d'immatriculation, suffira au créancier pour requérir unilatéralement et efficacement l'inscription de l'hypothèque définitive en cas d'immatriculation de l'immeuble en cause, même si, auparavant, l'inscription provisoire n'a pas été opérée.**

²¹- Joseph ISSA-SAYEG, in Code Vert OHADA, éd. 2018, JURISCOPE, comm. sous article 206, p. 958.

En cas donc de résistance du Conservateur de la Propriété foncière à faire droit à la demande d'inscription d'hypothèque définitive sur le fondement d'une convention d'hypothèque provisoire, le requérant pourra saisir le juge des référés compétent afin de le voir ordonner ladite inscription.

2/ La dation en paiement

Il convient ici de se poser la question de la pertinence de la dation en paiement lorsqu'elle intervient en dehors de toute hypothèque, ou lorsqu'elle porte sur un immeuble non immatriculé.

Reposant ainsi que nous l'avons rappelé sur la volonté des parties, ce mécanisme n'aurait-il de limite que celle de ladite volonté ? **Il semble que oui.**

Cette limite réside, d'une façon générale, dans les dispositions impératives ou d'ordre public de la loi. L'article 6 du Code civil indique à cet effet que l' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Sous ce rapport, s'agissant des transactions portant sur des biens immobiliers, **l'article 17 du Code Foncier et Domanial** béninois dispose que : « **Toute vente d'un fonds de terre ou d'un immeuble doit être précédée de la confirmation de droits fonciers détenus sur ledit immeuble. A défaut de confirmation des droits, le vendeur devra, préalablement à la transaction, obtenir auprès de l'Agence nationale du domaine foncier, un certificat d'appartenance dont le délai de validité mentionné au bas dudit document est d'un (01) an non renouvelable** ».

C'est donc sous les conditions ainsi posées et qui sont relatives au transfert du droit de propriété immobilière au moyen de la vente, que toute dation en paiement devrait être conclue. Il est vrai que ce texte n'a visé que la vente. Mais l'on devrait l'étendre à toute transaction portant sur un immeuble et ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre le droit de propriété y relatif. **L'article 18 du Code Foncier et Domanial** prescrit en effet que « *Tous faits ou toutes conventions portant sur un immeuble dont les droits ont été confirmés, ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, doivent être constatés par acte notarié ou par acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire ...* ». Ce texte qui indique les formes que doivent revêtir ces faits et actes relatifs aux immeubles immatriculés, interprété en synergie avec l'article 17 qui le précède, semble bien insinuer que ces faits et actes doivent intervenir relativement à un immeuble immatriculé. Cette analyse est en outre confortée par **l'article 516 CFD** édicté sous le Chapitre des dispositions transitoires, qui prescrit que : « *Dans un délai de dix (10) ans à compter de la promulgation du présent code, tous faits ou toutes conventions portant sur un immeuble dont les droits n'ont pas été confirmés, ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, pourront être constatés par acte notarié ou par acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire ou par acte affirmé par l'autorité administrative du lieu de situation de l'immeuble. **Passé ce délai, les dispositions de l'article 17 du présent code sont applicables*** ».

Si les dispositions de l'article 17 du Code Foncier et Domanial doivent s'appliquer passé ce délai, les faits et actes visés par ce texte doivent être au même régime que celui de la vente issu de l'article 17 Code Foncier et Domanial. Sauf que ce dernier texte reporte l'application de l'article 17 à dix (10) ans après l'entrée en vigueur, dit-il, du Code. La question

se pose alors de savoir à quand le terme du délai de dix (10) ans ou à partir de quand court ce délai, depuis 2013 ou à partir de 2017. A ce propos, rappelons que le Code Foncier et Domanial, dans sa version de 2013²², avait prescrit à cet article 516 plutôt un délai de cinq (05) ans. C'est la modification intervenue en 2017²³ qui a porté le délai à 10 ans, tout en maintenant la mention « à compter de la promulgation du présent code ». L'interrogation formulée ci-dessus évoque la question générale de l'application de la loi dans le temps résolue en droit, suivant la règle de la non-rétroactivité de la loi nouvelle²⁴ et celle de l'effet immédiat de ladite loi. Suivant une application synergique de ces principes, il convient de retenir que le délai écoulé avant l'entrée en vigueur de la loi modificatrice du 10 août 2017 doit être pris en compte pour décompter celui de dix (10) ans nouvellement prescrit par cette dernière²⁵. **Ce qui revient à placer la date de déclenchement du cours de ce délai plutôt à la date d'entrée en vigueur de la Loi N° 2013-01 du 14 août 2013.** Cette loi ayant été publiée au Journal officiel le 16 septembre 2013, elle est donc entrée en vigueur le 18 septembre 2013 à zéro heure, soit un jour franc après ladite publication. **L'article 17 du Code Foncier et Domanial sera donc applicable à partir du 18 septembre 2023 à zéro heure.**

²²- Loi N°2013-01 du 14 août 2013.

²³- Loi 2017-15 du 10 août 2017.

²⁴- Cette règle est édictée à l'article 2 du Code civil en des termes suivants : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Mais lorsqu'elle se rapporte à des lois civiles, ne s'impose pas, en principe, au législateur. Il en est ainsi en raison de ce que la non-rétroactivité des lois civiles, n'est pas une règle constitutionnelle. Celui-ci peut décider par des termes exprimés dans la loi elle-même, sous certaines conditions, de la rétroactivité de celle-ci. Il ne peut donc y avoir, en principe, de rétroactivité tacite, déduite de l'interprétation de la loi (V. en ce sens, ROUBIER, *Les principes de loi dans le temps*, 1^{re} éd., 1929-1933, p. 78 ; cité par Jacques GHESTIN, Hugo BARBIER, avec le concours de Jean-Sylvestre BERGE, op. cit., p. 513, n° 570. « Il n'est pas cependant nécessaire que le législateur ait qualifié la loi de rétroactive. Il suffit qu'il ait exprimé sa volonté sans ambiguïté ». Toutefois, certaines lois sont rétroactives en l'absence de volonté expresse du législateur. C'est le cas des lois pénales plus douces ou plus favorables. Cf. par exemple, Jacques GHESTIN, Hugo BARBIER, avec le concours de Jean-Sylvestre BERGE, *Traité de droit civil, Introduction générale*, op. cit., p. 514). Cependant, en droit français, il est essentiel de remarquer qu'en dépit du défaut de valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité en matière civile, le Conseil constitutionnel a développé un contrôle désormais particulièrement appuyé lorsqu'une loi est rétroactive, puisque si le Conseil admet la rétroactivité d'une loi, c'est à la condition que soit établi un motif impérieux d'intérêt général qui la justifie. Cf. par exemple, Th. BONNEAU, « La Cour de cassation, la Constitution et l'application de la loi dans le temps en matière non-répressive- Les principes reconnus par le Conseil constitutionnel », in la Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM 1995, n° 129 ; cité par Jacques GHESTIN, Hugo BARBIER, avec le concours de Jean-Sylvestre BERGE, *Traité de droit civil, Introduction générale, Traité de droit civil, Introduction générale*, éd. LGDJ, 2018, p. 506.

²⁵- V. pour une application similaire de la règle de l'effet immédiat de la loi nouvelle, mais en ce qui concerne le délai de prescription, Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit*, 4^e éd. ARMAND COLIN, 1990, pp. 99-100. L'auteur écrit en effet que « si la loi nouvelle fixe un délai plus court, il y a lieu de l'appliquer à toutes les prescriptions en cours en faisant courir le nouveau délai à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (Soc. 1^{er} déc. 1961, Bull. civ. IV, n° 990, p. 787 ; Civ. 2^e, 13 nov. 1963, Bull. civ. II, n° 724, p. 539). Mais il convient, le cas échéant, de le réduire de telle manière que l'addition du délai restant à courir et du temps de prescription antérieurement réalisé ne dépasse pas le délai de prescription antérieur, dont le législateur, précisément, ne veut plus : à défaut de quoi l'on aboutirait à un résultat radicalement contraire aux vœux du législateur (Civ. 1^{re}, 28 nov. 1973, Bull. civ. I, n° 329, p. 290). Si au contraire, le délai nouveau est plus long que l'ancien, il y a lieu ici encore de l'appliquer immédiatement aux situations en cours. Mais il faut alors tenir compte du temps déjà écoulé sous l'empire de la loi ancienne ».