



REVUE DE L'U.KA

Volume 12, n. 24 (décembre 2024)

Des questions de droit mises en contexte

**Université Notre-Dame du Kasayi
KANANGA**

L'évolution du régime juridique de l'immunité d'exécution en droit OHADA Postulats comparatifs de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution

*Charles Daniel TSHIBUABUA TSHIBOBA
Assistant à l'Université Notre-Dame du Kasayi (U.KA.)*

Résumé

La question de l'immunité d'exécution en droit OHADA était devenue, au regard de l'évolution doctrinale et jurisprudentielle, très controversée tant le flou qu'entretenait l'article 30 de l'AUPSRVE sur ses bénéficiaires, Entreprises Publiques, était incontournable et semait l'insécurité juridique dans le processus de recouvrement des créances. La révision de cette disposition s'est imposée avec acuité et la présente étude tend à en expliciter la nouvelle compréhension.

Mots clés : Immunité d'exécution, personne morale de droit public, révision, jurisprudence, OHADA, AUPSRVE.

Summary

The issue of immunity from execution in OHADA law had become, in light of doctrinal and jurisprudential developments, very controversial, as the vagueness maintained by Article 30 of the Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Enforcement Means on its beneficiaries, Public Enterprises, was unavoidable and sowed legal uncertainty in the debt recovery process. The revision of this provision was urgently required and this study aims to explain its new understanding.

Keywords: Immunity from execution, legal entity under public law, revision, jurisprudence, OHADA, AUPSRVE.

Introduction

Le droit des affaires vise la protection des intérêts financiers et commerciaux des entités économiques de manière à créer un environnement juridique favorable au développement économique des Etats.

Devant l'impératif de la mondialisation des économies ainsi que la globalisation financière auquel nul Etat ne peut échapper¹, il est impératif que les règles du droit devant encadrer les affaires soient propices à cet objectif.

C'est à ce crédo que tient l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) pour avoir élaboré des règles juridiques beaucoup plus assouplies et adaptées aux réalités africaines. Ainsi, les normes édictées par l'OHADA, depuis sa création, dénotent la nécessité exprimée par les opérateurs économiques africains qui clamaient à cœur joie et tenaient mordicus à l'amélioration du climat des affaires jugé insécurisant, parce que trop variable d'un territoire à un autre².

A n'en point douter, c'est dans le souci de résorber ces disparités qu'est intervenue le 17 octobre 1993, la signature du Traité de Port-Louis (OHADA)³ en vue d'harmoniser le droit des affaires dans les Etats parties par l'adoption des règles communes, simples et modernes et par la mise en œuvre des procédures judiciaires appropriées⁴.

Commentant ce Traité, les Professeurs Babacar Gueye, Saïdou Nuriu Tall et Maurice Kamto affirment, humblement et non sans raison, qu'il s'agit d'un Accord international conclu par les africains et pour les Etats africains, dans le dessein d'une harmonisation du droit des affaires⁵.

1 D. LUABA NKUNA, *Traité de droit financier congolais : postulats comparatifs et axiologique de la gestion des instruments financiers dématérialisés à la lumière du droit OHADA*, Kinshasa, Mediaspaul, 2019, p. 23.

2 En RDC par exemple, le droit commercial applicable était constitué du Décret du 2 août 1913 relatif aux commerçants et à la preuve des engagements commerciaux ; un texte colonial hérité de la Belgique devenu presque obsolète eu égard aux mutations sociales congolaises, mais qui fut appliqué pendant un siècle jusqu'à l'adhésion du pays au Traité de l'OHADA le 13 juillet 2012.

3 Le Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est entré en vigueur le 18 septembre 1995 et a été révisé au Québec le 17 octobre 2008. En ligne sur www.ohada.com, consulté le 15 mai 2024.

4 Article 1er du Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires du 18 septembre 1995 tel que révisé par le Traité de Québec le 17 octobre 2008.

5 ISSA SAYEGH *et al.*, *OHADA : Traités et Actes Uniformes commentés et annotés*, Paris, éd. Juriscop, 2016, p. 27.

Parmi les 10 Actes Uniformes adoptés depuis l'existence de l'OHADA, se trouve le très controversé Acte Uniforme portant Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution (AUPSRVE) du 10 avril 1998 dont l'article 30⁶ relatif à l'immunité d'exécution était devenu une pilule amère pour les praticiens du droit. Déjà, le Professeur Désiré Cashmir Kolongele Eberande, parlant d'obstacles aux voies d'exécution, qualifiait de complexe la question de l'immunité d'exécution⁷. De même, souligne le Professeur Ndiaw Diouf, le flou entretenu par le législateur communautaire quant à cette question traduisait la volonté implicite de renvoyer à la loi nationale la détermination des bénéficiaires de l'immunité d'exécution⁸ ; même si l'alinéa 2 précisait qu'il s'agit des personnes morales publiques et entreprises publiques sans moindres détails.

Faisant le bilan de cet Acte uniforme, l'on considère que 25 ans après son adoption, l'OHADA fait face à des difficultés en matière de recouvrement des créances, notamment en ce qui concerne l'appréciation du caractère certain de la créance, la nature juridique de l'acte constatant la non-conciliation, l'identification du juge en charge du contentieux de l'exécution, le régime des nullités instituées par l'AUPSRVE, et d'autres questions liées aux procédures d'injonction de payer, à l'immunité d'exécution, et aux saisies en matière de saisie attribution⁹.

Il en va que les réformes de ces règles de procédures communautaires se conçoivent dans le cadre de l'assainissement du climat des af-

6 Cet article disposait : « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donne lieu à compensation avec les dettes certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité. Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes et entreprises ».

7 D-C. KOLONGELE EBERANDE, *Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les Entreprises publiques*, dans *Revue juridique et politique des Etats francophones*, 2014, p. 30, En ligne sur www.ohada.com, consulté le 17 mai 2024.

8 NDIAW DIOUF, *Code vert OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Paris, éd. Juriscop, 2018, p. 1002-1003.

9 YAV ASSOCIATES, *La révision des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution : une nécessité pour la sécurité juridique et des affaires*. En ligne sur www.legavox.fr, consulté le 19 mai 2024.

fares quant à l'application de l'immunité d'exécution par les juridictions des Etats membres de l'OHADA et dans le but de renforcer la sécurité juridique en simplifiant les procédures de recouvrement des créances commerciales au sein de cet espace. D'où la question principale de cette analyse.

Cette dernière porte sur *L'évolution du régime juridique de l'immunité d'exécution en droit OHADA : postulats comparatifs de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution*.

L'intérêt de cette étude, à notre sens, réside dans l'objectif ultime de vulgariser la nouvelle compréhension de la notion de l'immunité d'exécution, fruit de l'évolution jurisprudentielle innovante avec l'adoption de la version révisée de cet Acte Uniforme le 17 novembre 2023 et entré en vigueur depuis le 16 février 2024.

C'est dire en filigrane que le régime juridique de l'immunité d'exécution, au regard du nouvel Acte Uniforme sous examen, revêt un caractère restrictif tant il ne bénéficie qu'aux seules personnes morales de droit public, qui ont d'ailleurs la possibilité d'y renoncer et non aux personnes morales publiques à activités privées (c'est-à-dire les sociétés commerciales de l'Etat). Nous détaillerons amplement ces précisions dans le deuxième point de ce travail. Ceci dit, nous aborderons, dans un premier point, le cadre général et conceptuel des voies d'exécution et du régime juridique de l'immunité d'exécution en droit OHADA, puis nous poserons, dans le deuxième point, les postulats comparatifs de la compréhension de l'immunité d'exécution au regard de l'AUPSRVE révisé.

1. Cadre général et conceptuel des voies d'exécution et du régime juridique de l'immunité d'exécution en droit OHADA

L'on ne peut parler aisément de l'immunité d'exécution sans imaginer, au préalable, les voies d'exécution qui viennent en amont. La première, venant en aval, fait donc suite à une voie d'exécution forcée et en constitue l'obstacle.

Nous présenterons un aperçu liminaire des voies d'exécution avant de poser le fondement juridique de l'immunité d'exécution et sa démarcation de l'insaisissabilité.

1.1. Aperçu liminaire des voies d'exécution de l'OHADA¹⁰

Le droit des voies d'exécution forcée est un mécanisme juridique sous-tendu par des liens de droit existants entre le débiteur et le créancier¹¹. Le principe catalyseur des voies d'exécution est le refus du débiteur de s'exécuter volontairement. Il s'en déduit que ces voies d'exécution ne peuvent être mises en mouvement que s'il existe une obligation civile¹².

Les créanciers, même munis d'un titre exécutoire¹³, peuvent toujours se heurter au refus délibéré du débiteur de s'exécuter.

Face aux situations suscitées, le créancier, qui veut se voir payer, doit contraindre son débiteur à lui payer. Il pourra, pour sauvegarder ses droits et peu importe la nature de sa créance, passer tout d'abord par une mesure conservatoire¹⁴.

Il sied tout de même de souligner que l'exécution forcée n'est possible que lorsque la créance est certaine, liquide et exigible au regard de l'article 2 de l'AUPSRVE.

10 Articles 2, 3 et suivants de l'AUPSRVE révisé, dans le JO de l'OHADA, numéro spécial (15 novembre 2023).

11 SOLOMANE COULIBALY, *L'immunité d'exécution dans l'espace OHADA : sous l'angle de l'évolution de la détermination des bénéficiaires de l'obstacle à l'exécution forcée*. En ligne sur www.village-justice.com, consulté le 29 avril 2024.

12 M. DONNIER et J-B. DONNIER., *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, éd. Litec, 8^e éd., 2008, p. 1.

13 Constituent des titres exécutoires au sens de l'article 33 de l'AUPSRVE : les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ; les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'État dans lequel ce titre est invoqué ; les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; les décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire.

14 La saisie à fin conservatoire diffère de celle à fin d'exécution, en ce que la saisie conservatoire est considérée comme une procédure permettant au créancier prévoyant de préserver le gage mobilier de son débiteur en le frappant temporairement d'indisponibilité. Par contre la saisie exécution vise la réalisation.

L'exécution est poursuivie avant tout sur les biens meubles et par après sur les biens immeubles¹⁵ et ce, en cas d'insuffisance ; excepté les créances hypothécaires ou privilégiées.

L'AUPSRVE révisé organise deux catégories principales de saisies notamment *les saisies à fin conservatoire (A)* et *les saisies à fin d'exécution (B)*.

1.1.1. Les saisies à fin conservatoire

D'emblée, il importe de préciser que les saisies conservatoires visent juste à rendre indisponibles¹⁶ certains biens mobiliers du débiteur lorsque les circonstances en face sont de nature à menacer le recouvrement de ladite créance. Ces saisies portent exclusivement sur les biens mobiliers corporels ou incorporels et ne poursuit pas l'exécution et la réalisation de la vente des biens saisis¹⁷.

Les points communs à toutes les saisies conservatoires sont qu'elles rendent certains biens indisponibles en attendant qu'elles puissent être converties en une mesure d'exécution forcée¹⁸.

Le rédacteur communautaire pose, à l'article 54 de l'AUPSRVE, deux conditions cumulatives pour mettre en mouvement une saisie conservatoire, à savoir : l'existence d'une créance qui paraît fondée en son principe (c'est-à-dire une créance dont l'existence est vraisemblable sans que le juge ne cherche l'existence du caractère certain, liquide et exigible de cette créance.) et l'existence des circonstances de nature à menacer le recouvrement (la saisie conservatoire ne peut être autorisée que lorsque les circonstances sont de nature à compromettre le recouvrement ; Il y a donc crainte que le débiteur n'organise son insolvabilité)¹⁹.

15 Les Articles 3 et 4 de la Loi n° 73-021 du 20 juillet 1973, portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés telle que modifiée et complétée par la loi n° 80-008 du 18 juillet 1980 ; catégorisent les biens comme suit : *Sont immobiliers* tous les droits réels qui ont pour objet des immeubles, ainsi que les droits de créance tendant à acquérir ou à recouvrer un droit réel sur un immeuble et *Sont mobiliers* tous les autres droits patrimoniaux et notamment les actions et intérêts dans les sociétés, associations et communautés qui jouissent de la personnalité civile encore que des immeubles appartiennent à l'être moral.

16 Article 56 de l'AUPSRVE.

17 Il ressort de l'article 54 de l'AUPSRVE que le créancier qui craint que le débiteur puisse distraire une partie de son patrimoine peut solliciter, par requête, adressée à la juridiction compétente du domicile ou de la résidence du débiteur, l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire.

18 B. STARCK *et al.*, *Obligations, régime général*, Paris, éd. Litec, 4^e éd., 1992, p. 82.

19 D. LUABA NKUNA, *Analyse des risques juridiques à l'épreuve de la jurisprudence*

a) Les saisies conservatoires des biens meubles corporels

Lorsqu'elle porte sur les biens meubles corporels, la saisie conservatoire est soit de droit commun (appelée saisie conservatoire générale) soit spéciale, c'est-à-dire, celle qui porte non pas sur tous les biens mobiliers corporels du débiteur, mais sur certains biens spécifiques²⁰.

- *Saisies conservatoire générales*

La procédure de cette saisie est différente selon qu'il s'agit d'une saisie pratiquée entre les mains du débiteur lui-même ou entre les mains d'un tiers détenteur.

Sur base des éléments fournis par le créancier, le juge peut ou ne pas autoriser la saisie conservatoire. S'il la trouve fondée, le juge ordonnera la saisie conservatoire, et précisera, dans sa décision, le montant des sommes pour la garantie desquelles la mesure conservatoire a été sollicitée et précisera la nature des biens sur lesquels elle portera (Article 59 AUPSRVE).

- *Saisies conservatoires spécifiques*

En outre, les saisies qui frappent tous les biens du débiteur, il existe celles qui ne s'appliquent qu'à certains biens. C'est dans ce cadre que l'AUPSRVE organise:

- ✓ *La saisie foraine*²¹ (lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe ou lorsque son domicile ou son établissement se trouve dans un pays étranger) ;
- ✓ *La saisie revendication*²² : c'est une procédure par laquelle s'exerce le droit de suite en matière mobilière.

b) Les saisies conservatoires des biens meubles incorporels

Elles s'appliquent aux saisies conservatoires des créances et aux saisies des droits d'associés et des valeurs mobilières. Parmi lesquelles citons entre autres:

bancaire : cas des contentieux des voies d'exécution, dans *Revue de l'UKA*, vol. 12, n. 23 (juin 2024), p. 26.

20 A. M. HASSI-ESSO et NDI AW DIOUF, *OHADA, Recouvrement des créances* (Coll. Droit uniforme africain), Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, p. 83.

21 Article 73 de l'AUPSRVE.

22 Articles 227 à 235 de l'AUPSRVE.

- *La saisie conservatoire des créances*

Signalons que la saisie des créances est une procédure qui rend indisponible des sommes d'argent du débiteur se trouvant entre les mains d'un tiers. Elle a pour finalité, une saisie-attribution. Cette procédure est tripartite en ce qu'elle met en présence le débiteur saisi, le créancier saisissant et le tiers saisi (débiteur du débiteur saisi) et prend fin par la mainlevée ou le paiement du créancier par le tiers saisi. Ce paiement intervient après la conversion de ladite saisie en saisie-attribution.

- *La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières*

L'Acte Uniforme du 30 janvier 2014 relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique dispose en son article 51 que la « *La société émet des titres sociaux en contrepartie des apports faits par les associés. Ils représentent les droits des associés et sont dénommés actions dans les sociétés par actions et parts sociales dans les autres sociétés* ».

Les valeurs mobilières par contre, sont des titres émis par les sociétés anonymes et qui confèrent des droits identiques par catégorie, et qui donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital, mais aussi des titres de créances²³.

Le législateur OHADA a jugé nécessaire de règlementer dans l'AUPSRVE la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières en ses articles 85 et suivants et 236 et suivants.

1.1.2. Les saisies à fin d'exécution

Après avoir, dans une première démarche, assuré la conservation du gage, la procédure de saisie poursuit, en deuxième lieu, la réalisation des biens objet de la saisie. Dans cette deuxième phase, le créancier dispose d'un titre exécutoire au sens de l'article 33 de l'AUPSRVE.

Les saisies à des fins d'exécution prévues par l'AUPSRVE sont la saisie-vente, la saisie-attribution des créances, la saisies-appréhension, la saisie des récoltes sur pied et la saisie immobilière.

En effet, il est important de préciser que toutes ces voies d'exécution se retrouvent confrontées à l'obstacle de l'immunité d'exécution lorsqu'on est en face d'une exécution forcée contre certaines personnes morales de droit public. D'où l'urgence d'analyser le régime juridique de cette immunité à la lumière du nouvel acte uniforme.

23 A. M. H ASSI-ESSO et NDIOW DIOUF, *op.cit.*, p. 639.

1.2. Le régime juridique de l'immunité d'exécution et sa démarcation de l'insaisissabilité

La consécration de l'immunité d'exécution fait partie de l'idée de sauvegarder l'intérêt général qu'est l'Administration publique. Il en va de même de l'insaisissabilité que nous traiterons dans ce point.

1.2.1. Régime juridique de l'immunité d'exécution

a) Bref aperçu conceptuel

L'immunité d'exécution pourrait être définie comme une faveur accordée à un débiteur en raison de sa qualité et il ne peut se voir contraint à s'exécuter par la force en dépit de la détention du titre exécutoire par le créancier²⁴. C'est le privilège qui protège les Etats et les organismes qui en sont l'émanation directe contre toutes les mesures conservatoires ou d'exécution forcée portant sur leurs biens²⁵.

b) Base légale

Le fondement juridique de l'immunité d'exécution repose à l'article 30 de l'AUPSRVE révisé qui dispose :

« Sauf renonciation expresse, il n'y a pas d'exécution forcée ni des mesures conservatoires contre les personnes morales de droit public, notamment l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics.

Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public, donnent lieu à compensation avec les dettes certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité.

Les dettes des personnes visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes ».

24 A. MPOYI WEMBO, *Du caractère suranné de l'immunité d'exécution vis-à-vis des personnes publiques à activités privées en droit OHADA*, dans *Revue de l'UKA*, vol. 11, n. 21-22 (juin-décembre 2023), p. 116.

25 S. GUINCHARD et TH. DEBART (dir.), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Paris, éd. Dalloz, 2018, p. 217.

Cette disposition est un peu plus claire et prouve que le législateur communautaire s'est montré attentif aux défis qu'elle soulevait avant sa modification.

En effet, comme nous l'avons dit, le rédacteur OHADA a précisé le régime juridique de l'immunité d'exécution et déterminé ses bénéficiaires. Toutefois, l'immunité diffère de l'insaisissabilité.

1.2.2. Distinction entre l'immunité d'exécution et l'insaisissabilité

Sommairement ces deux notions sont étroitement liées et différentes tant sur leur nature que leur caractère.

a) Quant à leur nature

De par leur nature, les immunités d'exécution se rattachent à la personne du débiteur concerné. Par conséquent protègent ses biens contre les mesures d'exécution forcée.

Elles se distinguent de l'insaisissabilité qui n'est que le corolaire et qui, par ailleurs ne peut porter que sur certains biens du débiteur suivant les règles nationales²⁶. Aussi, elles profitent aux personnes morales de droit Public et font obstacle qu'une mesure d'exécution soit mise en œuvre à leur égard.

b) Quant à leur caractère

- L'immunité d'exécution est orientée vers les personnes non pas vers les biens comme l'insaisissabilité qui est attachée à certains biens.

Ce qui est confirmé par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) dans son arrêt 368/2020 du 26 Novembre 2020, où la haute Cour estime d'une part que l'immunité d'exécution est attachée à la personnalité juridique alors que l'insaisissabilité protège les deniers.

- L'immunité d'exécution a un caractère d'ordre privé donc un moyen qu'on peut ne pas soulever alors que l'insaisissabilité est de caractère public, on ne peut pas y déroger.

²⁶ L. PONGO WON YA, *Les immunités d'exécution à la lumière de la jurisprudence de la CCJA*, dans *Actes du Colloque international sur les 10 ans de l'OHADA en RDC*, Kinshasa, éd. Hans-Kelsen, 2022, p. 371.

Une partie au procès peut renoncer à l'immunité d'exécution ; par contre aucune partie au procès, pas même le juge ne peut déroger à l'insaisissabilité qui est d'ordre public. Ceci avait amené la CCJA à intervenir assez éloquemment sur la question de l'immunité en forgeant ainsi une jurisprudence assez controversée.

De ce qui précède, les immunités d'exécution telles qu'analysée ce jour, ont connu une profonde et irréversible mutation jurisprudentielle.

2. Postulats comparatifs de la compréhension du régime juridique de l'immunité d'exécution au regard de l'AUPSRVE révisé

L'article 30 de l'AUPSRVE avait brillé par son imprécision et son manque de clarté que sa révision s'était imposée. Dans cette partie, nous allons démontrer l'évolution de la jurisprudence de la CCJA sur l'immunité d'exécution, puis nous exposerons la nouvelle acception de la question de l'immunité d'exécution par l'AUPSRVE révisé.

2.1. De l'évolution jurisprudentielle de la CCJA sur l'immunité d'exécution

L'une des questions sur lesquelles la CCJA a fait preuve d'un constructivisme édifiant et innovant est la notion de l'immunité d'exécution. Celle-ci n'avait laissé la doctrine indifférente qu'il nous faut en établir les divergents arguments des auteurs ayant abordé ce débat (1) et enfin en démontrer l'évolution jurisprudentielle (2).

2.1.1. Des prises de position de la doctrine ayant milité pour la nouvelle réécriture de l'AUPSRVE

L'article 30 de l'AUPSRVE de 1998 avait démontré ses lacunes au point que le Professeur Filiga Michel Sawadogo affirmait à ce propos avec raison, que « l'interprétation aurait été simple si l'alinéa 1 indiquait en même temps les personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution et que l'alinéa 2 à se contentait de prévoir que les créances et les dettes vis-à-vis des personnes énumérées à l'alinéa 1 peuvent faire l'objet de compensation²⁷.

²⁷ F.-M. SAWADOGO, *La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA*, cité par L. PONGO WONYA, *op. cit.*, p. 368 .

L'ambiguïté entretenue par cette disposition était abordée dans tous les sens par les doctrinaires :

- Pour certains, les personnes morales de Droit Public et des entreprises publiques auxquelles renvoient l'article 30 précité sont celles dans lesquelles l'Etat est actionnaire unique ou est copropriétaire et ce sans tenir de leurs formes ou de leurs missions ;
- D'autres par contre estiment que les personnes morales, mêmes celles dans lesquelles l'Etat est actionnaire unique sont régies par le Droit privé et ne sont pas couvertes par l'immunité d'exécution, dès lors qu'elles ont adopté l'une des formes de l'OHADA²⁸.

Ceux-ci se réfèrent à l'article 1 de l'AUSCGIE qui dit *in extenso* que toute société ayant pris l'une des formes prévues par cet Acte Uniforme est régie par ce dernier. Pour ces auteurs, l'incise « y compris celle dans laquelle l'Etat ou une personne morale de droit public est associée, le législateur a entendu soumettre toute société, même celle dans laquelle l'Etat a une participation majoritaire est soumise au Droit Privé, les privant ainsi des immunités d'exécution.

Face à ces thèses contradictoires, le recours à l'instance suprême des textes de l'OHADA, la CCJA, était impératif afin d'obtenir la clarification.

Et la CCJA a marqué l'histoire en produisant une jurisprudence rationnelle de l'immunité d'exécution qui vient d'être prise en compte et adoptée par le législateur communautaire de 2023 avec l'AUPSRVE.

2.1.2. De l'évolution jurisprudentielle de la CCJA : une jurisprudence clairvoyante sur l'immunité d'exécution

Chaque Etat tentait de comprendre à sa manière l'immunité d'exécution qui devenait ainsi la pomme de discorde entre les Etats ou ses organismes et leurs partenaires d'affaires. Il eut donc fallu un effort interprétatif édifiant de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) sur cette question se rapportant aux bénéficiaires des immunités d'exécutions.

Cependant, depuis l'installation des juges de cette Cour le 22 juillet 1996 jusqu'au 30 Juin 2022, cette haute Juridiction a reçu 4307 pourvois en cassation et rendu 2797 arrêts dont 142 pour la RDC²⁹.

28 L. PONGO WONNYA, *op. cit.*, p. 370.

29 A. NGWANZA, *Le marché congolais du droit et l'OHADA : relation dialectique*, dans

Nous ne saurons analyser tous ces arrêts compte tenu de leur volume excessif, mais nous n'en analyserons que 4 considérés comme ayant marqué le tournant de l'évolution des immunités d'exécution.

- a) *Arrêt CCJA 1^{ère} chambre, n°43/2005, 7 juillet 2005 dit : Affaire Togo Télécom ; attribution indistincte des immunités d'exécutions tant aux entreprises publiques qu'aux sociétés d'Etats. Cet arrêt marque le début de l'ébullition des immunités d'exécutions*

En résumé, les agents Aziablevi Yovo, Kodekouto Lawson et consort avaient pratiqué une saisie attribution des créances de la société Togo Télécom qui se trouvaient dans l'une des banques Togolaises.

La société Togo Télécom a évoqué qu'étant une société de de l'Etat, elle jouissait de l'immunité d'exécution en vertu de l'article 30 AUPSRVE, la CCJA a donc entériné cette position en cristallisant ainsi qu'une entreprise publique (société de l'Etat) ne peut subir une exécution forcée.

- b) *Arrêt CCJA, 1^{ère} chambre, numéro 103/2018 du 26 avril 2018 dit société grand hôtel du Congo (GHC) 1 : Soumission des sociétés mixtes dont l'Etat n'a pas la majorité absolue des parts au droit privé et absence de l'immunité d'exécution*

In globo, dans cette affaire, Monsieur Mbulu Musesu, créancier de la société grand hôtel du Congo (GHC) a fait pratiquer une saisie attribution des créances de cette société se trouvant dans une des banques de Kinshasa pour être payé.

La société GHC saisit le tribunal du travail de Kinshasa/Gombe pour obtenir la main levée au motif qu'elle bénéficie de l'immunité d'exécution étant donné que l'Etat congolais y détient 50% des parts sociales et donc c'est une société de l'Etat. Ce qui fut fait par le tribunal et confirmé par la cour d'appel.

Se pourvoyant en cassation, la CCJA cassa cet arrêt en disposant que la société GHC étant une société mixte et ayant pris une des formes prévues par l'AUSCGIE ne peut prétendre jouir de l'immunité d'exécution car soumise aux règles de droit privé.

c) Arrêt CCJA, 2^{ème} chambre, numéro 259/2018 du 13 décembre 2018

Cet arrêt marque l'élan brisé d'une jurisprudence en évolution sur les immunités d'exécution. Alors que l'arrêt analysé plus haut avait marqué une petite évolution sur les immunités d'exécution en retenant que les sociétés commerciales même celles dans lesquelles l'Etat a 50% des parts sociales sont régies par le droit privé et ne peuvent bénéficier de l'immunité d'exécution ; la CCJA fait marche rétrograde sur cet arrêt dont les faits : La société IAD SARL avait fait pratiquer la saisie des créances sur les avoirs de la société CMDT SAEM, une société malienne ; cette saisie fut annulée à la demande de cette dernière par la cour d'appel de Bamako en évoquant l'article 30 de l'AUPSRVE de 1998.

La CCJA se rétractera en arrêtant, se basant sur la définition retenue par la loi malienne de décembre 2016 en considérant la société malienne comme une société étatique, c'est-à-dire, celle dont les autorités exercent directement ou indirectement une influence et dont les animateurs sont nommés par décret délibéré en conseil de ministre et que donc, joui de l'immunité d'exécution.

Cet arrêt, comme le premier de 2005, confirme le bénéfice des immunités d'exécution par les sociétés d'Etat ou des entreprises publiques.

d) Arrêt 267/2019 du 28 novembre 2019 dit Grand Hôtel Congo II ou Arrêt Bakandeja

Par sa clarté et les positions y contenues, cet arrêt constitue une première révolution scientifique de la CCJA ayant déterminé que l'adoption de l'une des formes prévues par l'Acte Uniforme portant Sociétés Commerciales et Groupements d'Intérêts Economiques (AUSC-GIE) fait de la société une personne soumise au droit privé et non une entreprise publique.

En gros mots, cette affaire est celle de Maître Grégoire Bakandeja, Avocat congolais confronté au non-paiement de ses honoraires, qui a fait opérer une saisie attribution des créances des avoirs de la société GHC se trouvant dans l'une des banques de la capitale congolaise.

La société GHC saisit donc en contestation de cette saisie le tribunal de commerce de Kinshasa/Gombe qui annula cette décision de saisie, ce que confirma la cour d'appel de Gombe au motif que l'Etat congolais détient 50% du capital de cette société et que de ce fait, celle-ci constitue

une entreprise publique du portefeuille de l'Etat, bénéficiant ainsi de l'immunité d'exécution.

Se voyant débouté par la cour d'appel, Monsieur Bakandeja se pourvoira en cassation devant la CCJA qui lui accordera gain de cause en cassant la décision de la cour d'appel en ceci que l'article 30 de l'AUPSRVE évoqué ne concerne que les personnes morales de droit public et non de droit privé et que la société GHC est une société de droit privé car ayant modifié et harmonisé ses statuts pour les conformer à l'AUSC-GIE ; elle est donc soumise aux règles de droit privé, c'est-à-dire personne morale de droit privé.

Cet arrêt très important confirme que, pour la CCJA, le fait pour l'Etat d'être actionnaire au sein d'une société ne remet nullement en cause le statut d'une personne morale de droit privé car conforme à l'article 1 de l'AUSC-GIE. Ainsi, tant dans cet arrêt Bakandeja que dans les autres arrêts tels que l'arrêt BMS Banque malienne du 26 Novembre 2020 et l'arrêt dit ENERCA SA de Bangui du 29 avril 2021, la CCJA a évolué dans sa jurisprudence.

Désormais, toute entreprise publique ayant pris l'une des formes prévues par l'AUSC-GIE de l'OHADA, ne peut se prévaloir de l'immunité d'exécution même si l'Etat est actionnaire unique.

Il va sans dire que ces prouesses jurisprudentielles ont produit des résultats escomptés dans la mesure où la révision de l'article 30 de l'AUPSRVE a suivi cette tendance donnant ainsi une nouvelle compréhension de l'immunité d'exécution.

2.2. Nouvelle acception du régime juridique de l'immunité d'exécution au regard de l'AUPSRVE de 2023

Après des années d'attente durant lesquelles les praticiens du droit et des affaires ont dû partager leurs expériences et observations, le Conseil des Ministres de l'OHADA a finalement adopté, à Kinshasa, le nouvel Acte Uniforme portant Procédures Simplifiées et Voies d'Exécution, lequel est entré en vigueur le 16 février 2024.

Ce nouvel instrument juridique apporte d'innombrables innovations notamment la clarification du régime de l'immunité d'exécution. Dans cette partie, nous en préciserons les restrictions au regard de l'article 30 de cet Acte Uniforme et la possibilité qu'ont les personnes morales publiques d'y renoncer, tout en faisant un bref commentaire sur le dé-

cret du 21 aout 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques, établissements publics et services publics.

2.2.1. Restriction de l'immunité d'exécution aux personnes morales de droit public

L'Acte Uniforme révisé apporte d'abord une clarification concernant les bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Il s'agit des personnes morales de droit public, définies comme « notamment l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics »³⁰. En effet, l'ancien AUPSRVE ne précisait pas l'identité des bénéficiaires potentiels de l'immunité d'exécution, ce qui a généré de l'ambiguïté pour de nombreux investisseurs. Nous saluons donc la nouvelle formulation de l'acte qui limite l'immunité aux personnes morales de droit.

Le terme « *notamment* » suggère que la liste des personnes morales de droit public n'est pas exhaustive. Dans une jurisprudence antérieure à l'Acte uniforme révisé, la Cour commune de justice et d'arbitrage a exclu du bénéfice de l'immunité les sociétés commerciales dont le capital est détenu par une personne morale de droit public³¹.

2.2.2. Possibilité de renonciation expresse par les personnes morales publiques à l'immunité d'exécution et inscription des créances au budget

1°) Possibilité de renonciation expresse par les personnes publiques à l'immunité d'exécution et L'inscription des créances au budget de la personne publique

a) Possibilité de renonciation expresse par les personnes publiques à l'immunité d'exécution

Les récentes modifications apportées à l'alinéa 1 de l'article 30 de l'AUPSRVE ouvrent la voie à l'insertion de clauses de renonciation expresse à l'immunité d'exécution dans les accords conclus avec les entités publiques. Ceci est une avancée significative car susceptible d'attirer les investissements au sein de la zone OHADA, et l'ancien Acte

30 Article 30, al. 1^{er} de l'AUPSRVE révisé.

31 Voir CCJA, 29 avril 2021, n° 076/2021 N° Lexbase : A335143I, entre les membres du collectif ex-personnel de la société ENERCA SA contre la Société Énergie Centrafricaine.

ne prévoyait qu'un seul assouplissement au principe de l'immunité d'exécution, à savoir la compensation des dettes réciproques³².

Par le passé, l'absence d'un cadre légal clair suscitait des incertitudes quant à la validité et à l'efficacité des clauses de renonciation aux immunités en droit OHADA, bien qu'elles aient déjà été acceptées dans la pratique. Par exemple, les banques commerciales incluaient déjà des stipulations écrites de renonciation expresse aux immunités d'exécution de la part de l'État dans leurs documents de financement, tels que les accords directs et les garanties publiques.

Il est cependant important de dire que l'AUPSRVE révisé maintient l'exigence d'une renonciation expresse à l'immunité d'exécution sans préciser ses modalités. En comparaison, la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États requiert que le consentement porte expressément sur une affaire ou une matière déterminée, excluant toute renonciation générale. Bien que ce consentement puisse être exprimé dans un accord international, un contrat écrit, une déclaration devant le tribunal, ou une communication écrite dans une procédure spécifique³³, il est souligné que la simple participation à une procédure judiciaire ne constitue pas une renonciation³⁴.

b) L'inscription des créances au budget de la personne publique

Le premier paragraphe du nouvel article 30-1 de l'AUPSRVE révisé prévoit que les créances contractées par les personnes morales de droit public et constatées par un titre exécutoire ou résultant d'une reconnaissance de dette, peuvent être inscrites dans le budget de la personne concernée. Ainsi, un créancier a la possibilité de mettre en demeure l'organe dirigeant ou l'autorité compétente en vue d'obtenir un remboursement. Si cette mise en demeure reste sans effet après un délai de trois mois, le créancier peut alors demander une inscription d'office dans les comptes de l'exercice et dans le budget de la personne publique débitrice, au titre des dépenses obligatoires.

Cette demande d'inscription devra être adressée au ministre chargé des Finances et se composera des pièces justificatives de la créance

32 C. NTSIBA, *Le nouveau droit OHADA du recouvrement à l'épreuve de l'immunité d'exécution des personnes publiques*. En ligne sur <https://www.lexbase.fr/article-juridique/105185348lepoinsturlenouveaudroitohadadurecouvrementalepreuvedelimmunitedexecutiondespersonne>, consulté le 17 mars 2023.

33 Article 7§ 1 de la Convention des Nations unies sur les immunités d'exécution.

34 CCJA, 11 novembre 2014, n° 136/2014 N° Lexbase : A1248WRN.

(titre exécutoire ou reconnaissance de dette, et preuve de la mise en demeure). Les créances inscrites porteront de plein droit intérêt au taux légal en vigueur à compter de la mise en demeure.

Bien que ces dispositions soient favorables aux créanciers, leur efficacité devra néanmoins être démontrée au regard des contraintes administratives et budgétaires spécifiques à chaque État partie. En RDC, quelques malaises juridiques sont déjà ressentis.

2°) Défis et entrave à l'application effective du nouveau régime de l'immunité d'exécution au regard du décret n°24/04 du 21 août 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques, établissements publics et services publics en RDC

Le tout premier couac de la mise en œuvre du nouvel AUPSRVE dans l'espace OHADA, plus précisément en RDC, c'est la signature du décret susmentionné, 6 mois après l'entrée en vigueur le 16 février 2024 de cet Acte Uniforme.

Rappelons qu'au lendemain de la révision de l'Acte Uniforme sous analyse, le Président de la Chambre Nationale des Huissiers de Justice de la RDC avait pris en date du 23 juillet 2024 une Circulaire n°002/CNHJ/2024 portant insaisissabilité de certains avoirs en droit positif congolais notamment : 1) les avoirs appartenant aux personnes morales de droit public bénéficiaires des immunités d'exécution conformément à l'article 30 de l'AUPSRVE ; 2) les fonds issus de la redevance logistique terrestre (RLT) conformément à l'article 12 de l'arrêté interministériel n° 024/CAB/MIN/FINANCES/2022, n° 00020/CAB/MIN/TVCD/2022, et n° 018/CAB/MIN/ECONAT/2022 du 21 Mai 2022 portant nomination de la Logistique Terrestre au profit exclusif de la Société Commerciale des Transports et des Ports (SCTP SA) et de la Société de Chemin de Fer du Congo (SNCC SA) et ses nouvelles modalités de perception, tel que reconduit par l'arrêté interministériel n° 002/CAB/MIN/FINANCES/2024, n° 068/CAB/MIN/TVCD/2024 et n° 014/CAB/MIN/ECONAT/2024 du 17 février 2024, etc.

Cette circulaire avait été prise au fondement de l'article 52, (2 et 10), de l'AUPSRVE qui, au-delà de dresser une liste non exhaustive des biens insaisissables, a laissé les soins à chaque État partie de déclarer les biens insaisissables dans sa juridiction. Aux termes de l'article 52, (2 et 10) de l'AUPSRVE, « Sont insaisissables : ...2) Les biens déclarés indisponibles par la loi nationale des États parties ; 10) les biens et droits

déclarés insaisissables par les États parties »³⁵. C'est dans ce cadre que, prétendument, la Première Ministre va prendre le Décret n°24/04 du 21 aout 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques, établissements publics et services publics, qui décrète, à son article 1^{er}, l'insaisissabilité et l'indisponibilité des biens de ces entités.

A la différence de l'immunité d'exécution consacrée à l'article 30 de l'AUPSRVE, touchant uniquement les personnes morales de droit public notamment l'Etat et ses démembrements et les services publics, le décret ci-dessous va élargir son champ de protection aux biens des Entreprises publiques, et donc des sociétés commerciales étatiques.

Considérant que les entreprises publiques n'existent plus du fait de leur transformation en Sociétés Commerciales au regard des reformes de 2008, ce décret à vocation financière, vient donc, non seulement heurter l'effectivité du régime juridique de l'immunité d'exécution consacrée à l'article 30 de l'AUPSRVE révisé et créer un rebondissement dans le débat lié aux bénéficiaires de l'immunité d'exécution en RDC mais pourrait aussi emporter les risques irréparables qu'aucun investisseur sérieux ou Avocat avéré s'hasardera à s'engager ou conseiller son client à conclure un quelconque contrat d'affaire en ayant en connaissance ce risque de souffrir du carcan d'insaisissabilité des biens des bénéficiaires du décret³⁶. De la sorte, seul le temps permettra d'évaluer la mise en œuvre de ce nouvel AUPSRVE dans l'espace OHADA.

35 Y. YEMBA OLELA, *Le Décret n° 24/04 du 21 aout 2024 portant sauvetage du patrimoine des entreprises publiques, établissements publics et services publics à l'aune de d'un tollé dans l'espace OHADA*. En ligne sur www.leganet.cd, consulté le 30 décembre 2024.

36 Y. YEMBA OLELA, *Ibid.*

Conclusion

Il faudra reconnaître en définitif que la nouvelle compréhension du régime de l'immunité d'exécution est le fruit d'une longue bataille des idées doctrinales, épousées par la jurisprudence et matérialisées par la loi³⁷. Nous avons pu noter sur la nouvelle acception de cette immunité qu'elle ne profite désormais qu'à l'Etat et ses démembrés revêtus des missions de services publics et qui ont la possibilité d'y renoncer.

Cependant, le Décret n°24/04 du 21 août 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques, établissements publics et services publics vient jeter de nouveau le pavé dans la marre sur cette question en élargissant l'insaisissabilité aux entreprises publiques, entendues actuellement comme Sociétés commerciales de l'Etat et créant ainsi l'imbroglio juridique en confondant les effets de l'insaisissabilité à ceux de l'immunité de poursuites. Il est de jurisprudence que le fait qu'une entreprise publique revête une forme juridique de droit privé et soit soumise dans l'exercice de son activité commerciale au droit privé n'a pour conséquence logique de lui enlever son statut d'entreprise publique.

Aussi, outre les défis auxquels le droit OHADA est confronté, il est impérieux d'avouer que ce droit est un partenaire idéal et privilégié pour le développement socioéconomique des Etats de la région, dont la RDC, pour l'assainissement du climat des affaires avec des règles juridiques plus assouplies et adaptées aux réalités sociales africaines et donc congolaises.

Ces réformes de l'AUPSRVE doivent être intégrées en assouplissant nos textes législatifs et réglementaires nationaux pour parvenir à une intégration communautaire réussie. Et comme le dit le professeur Mayatta Ndiaye Mbaye, dans le domaine de l'intégration juridique et économique, s'unir revient non seulement à chercher la force mais à mieux vivre en harmonie³⁸.

37 Les Actes Uniformes de l'OHADA sont des textes législatifs communautaires, et donc des lois applicables immédiatement, après leur promulgation, dans les Etats parties. La loi à laquelle nous faisons référence ici c'est l'AUPSVE révisé.

38 MAYATTA NDIAYE MBAYE, cité par T. LUBANGA MUAMBI, *Nouveaux défis du droit des affaires harmonisé en RDC et dans l'espace OHADA et les grands défis en RDC et en Afrique*, dans *Actes du Colloque International sur les 10 ans de l'OHADA en RDC*, p. 528.