

# L'IMMUNITÉ D'EXECUTION A LA LUMIERE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA

Par

**Bira Lo NIANG,**

*Docteur en droit privé,*

*Enseignant chercheur à la FSJP – UCAD*

## Introduction

L'obligation, en tant que lien de droit, confère au créancier la prérogative d'exiger quelque chose du débiteur<sup>1</sup>. Elle peut, alors, s'entendre d'un lien qui fait subir aux individus une certaine contrainte<sup>2</sup>. Nul ne pouvant se faire justice soi-même, ce pouvoir de contrainte ne s'exerce pas seul à seul. Il est organisé par la loi qui attribue à l'obligation une force contraignante<sup>3</sup> se manifestant, essentiellement<sup>4</sup>, à travers une série de pouvoirs<sup>5</sup> reconnus au créancier sur

le patrimoine de son débiteur<sup>6</sup>. Ces pouvoirs sont à intensité variable. Mais l'exécution forcée<sup>7</sup> en est le plus important puisqu'elle confère à la créance son utilité finale<sup>8</sup>. Elle s'accomplit par des saisies<sup>9</sup>. Cette manière de contraindre le débiteur est prévue par le législateur OHADA à l'article 28 de l'AUPSRVE. Ce texte donne, en effet, pouvoir à tout créancier quelle que soit la nature de sa créance, de contraindre, le cas échéant, son débiteur défaillant à exécuter, ses obligations, à son égard<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> L'article 2 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) dispose : « L'obligation lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention. »

<sup>2</sup> J-L. GAZZANICA, *introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1<sup>ère</sup> éd. 1992, n°6, p.17. Voir également A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, *La force contraignante du rapport d'obligation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p.19. « L'obligation juridique se caractérise par un aspect dualiste : un rapport d'obligation assorti d'un pouvoir de contrainte. Le Doyen Carbonnier use des termes « rapport d'obligation » et « pouvoir de contrainte » qui semblent convenir parfaitement à la notion d'obligation conçue comme un lien entre deux personnes tenues l'une comme l'autre d'exécuter leurs engagements sous peine d'y être contraintes en justice alors que l'exercice du pouvoir de contrainte fait basculer l'obligation dans une phase d'exécution forcée ».

<sup>3</sup> L'Etat doit, le cas échéant, prêter mains fortes au créancier. Voir article 29 AUPSRVE de l'OHADA qui dispose : « L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires. La formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique.

*La carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité. »* Voir également Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, thèse UCAD 2012, p. 192 et s.

<sup>4</sup> Aujourd'hui, la contrainte s'exerce plus sur les biens du débiteur que sur sa personne. Voir J. CARBONNIER, *Droit civil-Les obligations*, Paris PUF, tome 4, n°365, p. 635.

<sup>5</sup> Les mesures conservatoires : l'action oblique, l'action paulienne et les saisies conservatoires. Voir J. CORBONNIER, op.cit. n°366, p.639.

<sup>6</sup> Ph. THIERRY, « Saisissabilité et limites », in Acte du Colloque du 9 juillet 2001 sur le "10e anniversaire de la loi du 9 juillet 1991 sur la réforme des procédures civiles d'exécution", Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2002, pp. 61-69.

<sup>7</sup> Le terme « exécution » vient du latin « *executio* » qui est le substantif du verbe « *exsequi* » lequel signifie « suivre jusqu'au bout ».

<sup>8</sup> Sur la satisfaction du créancier, voir J. CORBONNIER, op.cit. n°365, p.635 et s.

<sup>9</sup> Sur les saisies conservatoires, voir les articles 54 à 87 de l'AUPSRVE et sur la saisies-vente, voir les articles 91 à 128 du même AU.

<sup>10</sup> De même, il consacre, en substance, un principe fondamental de droit civil. En effet, le droit à l'exécution reconnu au créancier est un élément d'appréciation d'un procès équitable. Voir l'arrêt de principe de la Cour européenne, 19 mars 1997, Hornsby contre Grèce, req. n°18357/91 ; RTD civ. 1997, p. 1009, obs. J.-P. MARGUENAUD ; La Cour insistait sur le caractère fondamental du droit à l'exécution en précisant que le droit d'accès à un tribunal « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 paragraphe 1 décrive en détail les garanties de procédure – équité, publicité et célérité – accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article [...] devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations

En usant de voies de droit pour contraindre son débiteur à s'exécuter, le créancier peut tout de même être confronté à deux séries d'obstacles : les uns temporaires et les autres permanents. Les obstacles temporaires renvoient, notamment, au droit des procédures collectives. En cette matière, le débiteur, en proie à des difficultés économiques et justiciable de la procédure collective, bénéficie, le cas échéant, de la mesure de suspension des poursuites individuelles<sup>11</sup>. Les différents acteurs de la procédure collective sont, alors, soumis à une discipline collective pendant un temps déterminé. Cela se traduit naturellement par la suspension et l'interdiction des procédures civiles d'exécution<sup>12</sup>. Quant aux obstacles permanents, ils renvoient à des interdictions de poursuite du débiteur compte tenu de sa qualité. Ces interdictions profitent au débiteur bénéficiaire d'une immunité d'exécution c'est-à-dire d'un privilège personnel que la loi lui accorde en le mettant à l'abri de toute mesure d'exécution forcée ou conservatoire sur ses biens. Sous l'effet de la loi, ces biens sont donc soustraits au gage général des créanciers. Ainsi, ces derniers n'auront pas la possibilité d'user des voies d'exécution. Il s'agit, en l'occurrence, de mesures de restriction apportées à l'exercice de leur droit fondamental. C'est pourquoi, elles

doivent être strictement encadrées par le législateur. Tel est, a priori, l'objet de l'article 30 de l'AUPSRVE. Ce texte prévoit : « L'exécution 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, quelle qu'en soit la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également 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 elle de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes et entreprises. »

Ces dispositions posent le principe général de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Précisément, l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte consacre, à travers les immunités, une interdiction faite aux créanciers d'user du droit de recourir à des mesures d'exécution

---

*incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention [...]. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 ; la Cour l'a du reste déjà reconnu dans les affaires concernant la durée de la procédure » (G. PAYAN 1<sup>er</sup> Forum mondial sur l'exécution – 1<sup>st</sup> Global Forum on Enforcement - Strasbourg – 10 décembre. 2014, p.2).*

<sup>11</sup> Voir article 75 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUPC : « La décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers composant la masse qui tend :

1° à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. »

<sup>12</sup> Voir article 75 alinéa 2 de l'AUPC « La décision d'ouverture arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la décision d'ouverture. ». R. PERROT. Ph. THIERY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2005, n° 194, p. 194 ; Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution – Procédures de distribution*, Orléans, Editions Paradigme, 2010, n° 47, p. 23.

forcée à l'encontre de leurs débiteurs<sup>13</sup>. Ainsi, les immunités, en tant qu'obstacle à l'exécution forcée, doivent être consacrées légalement, et à titre exceptionnel, afin d'éviter qu'elles ne menacent la sécurité juridique<sup>14</sup>. Or, une lecture des alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 30 de l'AU susvisé ne permet guère une découverte de tous les contours de l'immunité d'exécution. L'intervention de l'interprète devient, dès lors, nécessaire. Dans l'espace OHADA, cette tâche est principalement assignée à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA)<sup>15</sup>. Et elle ne s'en est point dérobée. Le bilan de l'interprétation des actes uniformes, à ce propos, est très parlant<sup>16</sup>. De manière générale, la CCJA a constamment rappelé la règle de supranationalité de l'article 10 du traité de l'OHADA ainsi que sa portée abrogatoire des dispositions de droit interne des Etats parties. En vertu de l'article 336 de l'AUPSRVE, cette position serait exprimée avec plus de fermeté en matière d'immunité d'exécution. C'est ce qui conduit à l'analyse de sa jurisprudence sur l'immunité d'exécution.

La notion d'immunité n'est pas monosémique. Elle peut renvoyer à une immunité personnelle qui profite au débiteur en raison de sa personne. Celle-ci peut se décliner en immunité de juridiction c'est-à-dire le privilège reconnu à un Etat de ne pas être jugé par une juridiction d'Etat

étranger<sup>17</sup>. Il peut aussi se décliner en immunité d'exécution. En ce cas, le débiteur bénéficie d'une immunité réelle lui assurant une insaisissabilité de ses biens. En droit des voies d'exécution, la notion d'immunité est utilisée lorsqu'il est question de protéger les biens des personnes publiques. A cet égard, elle s'apparente à la notion d'insaisissabilité<sup>18</sup> d'où la nécessité de les distinguer. En effet, l'immunité d'exécution, en plus de profiter aux seules personnes publiques, est une cause d'insaisissabilité en ce qu'elle permet de rendre insaisissables tous les biens de ces personnes publiques<sup>19</sup>. C'est cette hypothèse qui se dévoile de la lecture de l'article 30 susvisé et dont la teneur de ses deux premiers alinéas est susceptible d'interprétation.

Quant à la jurisprudence elle est susceptible de plusieurs acceptions. Elle peut désigner l'ensemble des décisions rendues sur une question de droit. Elle peut aussi être définie comme l'ensemble des décisions concordantes rendues sur une question de droit litigieux. Mais dans un sens technique, elle s'entend de l'ensemble des décisions rendues, dans le même sens, sur une question de droit litigieux par les juridictions supérieures. Et c'est cette dernière acception du mot jurisprudence qui permet de center l'analyse de l'application des dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE sur la CCJA. En tant que

<sup>13</sup> Cette disposition est le pendant de l'article 1er, alinéa 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

<sup>14</sup> A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.) « Rapport introductif », Acte du Colloque sur "Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et Evolutions", Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2009, p 5, n°4.

<sup>15</sup> Voir le traité de l'OHADA à son article 14 alinéa 3 : « La Cour commune de justice et d'arbitrage assure l'interprétation et l'application commune du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions de justice. ».

<sup>16</sup> K. M. BROU, « Bilan de l'interprétation des actes uniformes par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », Ohadata D-04-04. Voir également ND. DIOUF, « La Cour commune de justice et d'arbitrage : bilan et perspectives », in « OHADA 20 ans déjà : bilan et perspectives » actes du colloque sur le 20<sup>e</sup> anniversaire de l'OHADA, Ouagadougou 10-11 octobre 2013, pp.69-94.

<sup>17</sup> Cette immunité renvoie au droit international public. Voir F. M. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 312.

<sup>18</sup> L'immunité et l'insaisissabilité ont le même effet : empêcher la saisie des biens de la personne protégée.

<sup>19</sup> Y. BODIAN, *op.cit.*, thèse UCAD 2012, p. 118 et s.

juridiction suprême, elle est saisie du contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des Actes uniformes<sup>20</sup>. A ce titre, on lui reconnaît l'autorité de construire, le cas échéant, une jurisprudence sur toute question de droit litigieux se rapportant à son champ de compétences. Mais, faut-il le rappeler, cette autorité devra s'exercer en toute efficacité car les juridictions suprêmes nationales ont été délestées d'une partie de leurs compétences au profit de la CCJA pour un besoin d'harmonisation du droit des affaires dans l'espace OHADA.

Pour parvenir à cette fin, devra-t-on compter sur le rôle d'unificateur du droit OHADA reconnu à cette haute juridiction ? Une telle question semble trouver toute sa pertinence en matière d'immunité d'exécution. En effet, les alinéas 1 et 2 de l'article 30, tels que libellés, ne permettent pas une identification aisée des entités devant bénéficier de l'immunité d'exécution. Si l'immunité des personnes publiques confinées à des missions régaliennes ne fait l'ombre d'aucun doute, il n'en est pas ainsi de l'immunité de celles qui interviennent dans les sphères de droit privé. La CCJA était, alors, invitée à faire une lecture édifiante de ces dispositions. Cet exercice aurait connu, au fil du temps, des fortunes diverses. Précisément, la CCJA, faisant l'écho d'une position

doctrinale<sup>21</sup>, avait reconnu l'immunité d'exécution aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques en 2007 dans l'affaire dite Togo Télécom<sup>22</sup>. Sous l'effet de l'article 10 du traité de l'OHADA, la Cour avait écarté en l'espèce toutes dispositions nationales contraires. Cette solution fut confirmée en 2014 par l'arrêt rendu dans l'affaire dite Port autonome de Lomé<sup>23</sup>. Deux années plus tard, des critères d'identification des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution furent dégagés par la Cour dans l'affaire dite Fonds d'Entretien Routier (FER) pour réitérer sa position sur l'immunité d'exécution des personnes publiques<sup>24</sup>. Et récemment, dans l'affaire des Grands Hôtels du Congo, la CCJA, par un arrêt du 28 avril 2018<sup>25</sup>, a soumis une société d'économie mixte aux voies d'exécution. En faisant l'économie de ces décisions, on relève une instabilité de la jurisprudence de la CCJA sur la détermination des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Pour cette raison, son inventaire devient nécessaire. Il impose que l'on interroge, aujourd'hui, l'impact de cette jurisprudence sur la détermination des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution. En d'autres mots, quel est l'apport de la CCJA dans la détermination de ces entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution ?

<sup>20</sup> Précisément, elle connaît des pourvois contre les décisions des juridictions nationales rendues en dernier ressort et, en cas de cassation, elle peut juger au fond (en vertu de son pouvoir d'évocation). Elle connaît également des avis sur l'interprétation et l'application commune du traité, des règlements, pris pour son application et des Actes uniformes.

<sup>21</sup> W. D. KABRE, « L'immunité d'exécution des entreprises publiques en droit OHADA : la CCJA apporte une pierre à l'édifice de son régime », Revue l'essentiel n°1, janvier 2017, p.2.

<sup>22</sup> CCJA, n° 043/2005, 7-7-2005 : Aziablévi YOVO et autres c/ Sté TOGO TELECOM, recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 25.- Le Juris-

Ohada n° 1/2006, p. 8. Voir obs. F. M. SAWADOGO in Ohadata D-07-16 ; [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-06-32.

<sup>23</sup> CCJA, 3e ch., n° 024, 13-3-2014 ; P n° 022/2008/PC du 21-4-2008 : KOUTOUATI A. AKAKPO Danwodina et 18 autres c/ Société TOGO-PORT dite Port Autonome de Lomé, [Ohadata J-15-115](http://www.ohada.com).

<sup>24</sup> Arrêt n° 044/2016 - GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER » ; Société ECOBANK Côte d'Ivoire / CCJA (Abidjan, Côte d'Ivoire). Arrêt disponible sur le site : <https://www.ohada.org>.

<sup>25</sup> CCJA, 3ème ch., n° 103/2018, 26-4-2018 : X. c/ La Société des Grands Hôtels du Congo SA et 10 autres. Arrêt disponible sur le site : [www.institut-idef.org](http://www.institut-idef.org).

Cette interrogation ravivera le débat sur la forme juridique de ces entités<sup>26</sup> ; étant entendu que le législateur OHADA<sup>27</sup>, tout comme la CCJA<sup>28</sup>, semble utiliser, sans grande précaution, les notions de personnes morales de droit public et d'entreprises publiques<sup>29</sup>. Ces imprécisions notionnelles posent, en outre, le problème de la mise en cohérence du droit OHADA avec d'autres ordres juridiques communautaires<sup>30</sup>. Elles peuvent même être à l'origine de conflits entre juridictions suprêmes<sup>31</sup>.

Au-delà de ces considérations d'ordre sémantique, une réflexion autour de la détermination des personnes bénéficiaire de l'immunité d'exécution aura des implications sur la mise en œuvre de politiques économiques dans l'espace OHADA. Pour rendre compétitives leurs entreprises, les Etats membres de cet espace légifèrent très souvent dans le sens d'une soumission de celles-ci aux règles de droit privé. Cette tendance serait-elle irréversible au point d'effacer les arguments justificatifs de l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements tels que la continuité du service public, la soumission des deniers

publics aux règles de la comptabilité publique ou la souveraineté, l'indépendance et l'égalité des Etats ? Doit-on, au contraire, renoncer au besoin d'adaptation des économies nationales ou sous régionales au contexte de l'économie mondiale à l'effet d'éviter, en cette matière, de probables variétés de règles nationales? La CCJA aurait protégé les entreprises publiques plus que les Etats eux-mêmes. En tout cas, les décisions susvisées, révèlent une option claire et constante de la haute juridiction pour une protection des personnes publiques contre les voies d'exécution.

Et pourtant cette orientation jurisprudentielle s'observe singulièrement en matière de voies d'exécution. En effet, dans les actes uniformes relatifs au droit des sociétés<sup>32</sup>, au droit des entreprises en difficultés<sup>33</sup> et au droit de l'arbitrage<sup>34</sup>, l'intervention des entreprises publiques dans les sphères de droit privé et leur soumission corrélatrice aux règles de droit privé sont consacrées.

Il est vrai que les possibilités d'interprétation de ces Actes uniformes, par la CCJA, sont minorées par l'absence

<sup>26</sup> F. M. SAWADOGO, *Le régime juridique des sociétés mixtes en Haute Volta*, thèse Paris 1981, p. 137 à 146. Cité par le même auteur dans son article précité, *Penant*, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 330.

<sup>27</sup> Voir l'arrêt CCJA n° 044/2016 du 18 mars 2016 « *Mais attendu que l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé n'ayant pas défini la notion d'entreprise publique, c'est après avoir analysé le Décret n°2001-593 du 19 septembre 2001 portant création et organisation de la Société d'Etat dénommée Fonds d'Entretien Routier que la Cour d'appel en a déduit que celle-ci est en réalité une entreprise publique, justifiant ainsi sa décision*, » (supra note n°24).

<sup>28</sup> J. M. TCHAKOUA, « Entre dogmes et recherche d'efficacité : réflexion sur l'exécution des décisions de justice en droit OHADA », in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ, 2018, p.241.

<sup>29</sup> F. M. SAWADOGO, *op.cit.* *Penant*, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 327. « *Au premier abord, on peut penser, mais cela est en grande partie inexacte qu'une entreprise publique est une personne morale de droit public. Cela n'est exact que pour les entreprises publiques qui revêtent la forme de l'établissement public, en l'occurrence l'établissement public à caractère industriel et*

*commercial (EPIC). Les autres catégories d'établissements publics, notamment les établissements publics à caractère administratif ne sont pas des entreprises. Si une entreprise publique revêt la forme d'un établissement public, la qualité ou la forme de personne morale de droit public, comme on l'a vu plus haut, l'emporte sur les activités industrielles et commerciales, au moins concernant la question en examen, avec pour corollaire le bénéfice de l'immunité d'exécution...* »

<sup>30</sup> F. M. SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs » in *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Actes du colloque du 28 septembre 2009, Universités Montesquieu- Bordeaux IV et Cheikh Anta DIOP de Dakar, Bordeaux, 2009, pp. 8-12.

<sup>31</sup> D. COSSI COSSA, « Les concurrences de compétences entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'Ouest : réalités et approches de solutions », *De l'esprit du droit africain in mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, CREDIJ, avril 2014, p. 685 et s.

<sup>32</sup> Voir article 1<sup>er</sup> AUSCGIE.

<sup>33</sup> Voir article 1<sup>er</sup> -1 AUPCAP.

<sup>34</sup> Voir article 2 AUA.

d'ambiguïtés assimilables à celles entourant la rédaction de l'article 30 de l'AUPSRVE. Mais ils traduisent, à l'évidence, la volonté du législateur OHADA de soumettre ces entreprises publiques aux règles de droit privé<sup>35</sup>. C'est de ce point de vue que la jurisprudence de la CCJA sur la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution peut, justement, susciter un débat autour même de l'objectif de communautarisation du droit des affaires dans l'espace OHADA.

Aussi, cette interrogation sera-telle le prétexte pour renseigner, en droit interne, sur la sécurité juridique des créanciers avec le recul des fondements de l'immunité d'exécution des personnes publiques précédemment évoqués<sup>36</sup>. En effet, l'immunité d'exécution est un obstacle à l'exercice, par le créancier, d'un droit fondamental<sup>37</sup>. Elle doit, par conséquent, être bien circonscrite dans son domaine afin d'éviter qu'elle n'engendre une insécurité juridique<sup>38</sup> de nature à rendre le droit OHADA moins attractif pour les investissements étrangers<sup>39</sup>.

Curieusement, la CCJA était restée, de manière générale, sur une jurisprudence réfractaire à une différenciation des personnes publiques devant bénéficier de

l'immunité d'exécution. Indistinctement, elle extirpait ces personnes des voies d'exécution. Cet absolutisme avait suscité de vives critiques au sein de la doctrine<sup>40</sup>. C'est certainement pour cette raison qu'elle a, récemment, opéré un revirement dans sa jurisprudence avec la soumission des sociétés d'économie mixtes aux voies d'exécution<sup>41</sup>.

Toutefois, la CCJA ne s'étant pas délestée de ses compétences concernant la détermination des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution<sup>42</sup>devra, encore, faire face aux difficultés d'interprétation de l'article 30 de l'AUPSRVE afin d'en assurer la cohérence avec d'autres textes en vigueur dans l'espace OHADA. En effet, ce rétrécissement du domaine des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution n'a pas permis de lever toutes les incertitudes sur la détermination des personnes devant bénéficier de l'immunité d'exécution.

Ce constat autorise, dès lors, une réflexion autour de deux points. D'une part, il s'agira d'analyser le rétrécissement du domaine des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution (I) et d'autre part, de faire état de la subsistance de quelques incertitudes sur la détermination de ces entités (II).

<sup>35</sup> J. ISSA SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc », Penant, 1998, p.218.

<sup>36</sup> J. M. TCHAKOUA, *op.cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ, 2018, pp.252 à 254. Il a d'abord été soutenu l'idée selon laquelle, en droit interne, les biens appartenant à une collectivité publique ont une affectation bien précise. Ils sont destinés au bon fonctionnement du service public (A. M. ASSI ESSO, Nd. DIOUF, Ohada, *Recouvrement des créances*, Bruylant, Bruxelles, collection droit uniforme africain, 2002, n°65) et non à un simple particulier (R. PERROT, *Institution judiciaires*, 3<sup>e</sup> édition, Paris Montchrestien, n°51). Ensuite, l'administration s'identifie au pouvoir exécutif qui est dépositaire de la force publique. A ce titre, elle peut prêter son concours pour l'exécution des décisions de justice. On s'est alors demandé comment pourrait-elle se contraindre elle-même (V. D. MOCKEL, *l'immunité d'exécution*, commission de réforme du droit du Canada, Montréal, 1987, pp. 9 et 10). Enfin, il a été soutenu l'idée

d'incompatibilité des règles de la comptabilité publique aux voies d'exécution du droit privé.

<sup>37</sup> Nd. C. M. NDIAYE, « L'intérêt des parties dans l'abus d'exercice des voies de droit », *Annales africaines*, vol. 1, avril 2015, pp.147 et s. voir G. NAHM-TCHOUGLI, « l'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », *revue africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n°6, 2005, p.575. Voir Y. BODIAN, *op.cit.*, thèse UCAD 2012, p. 113 et s.

<sup>38</sup> Voir une instabilité juridique car la jurisprudence est une source instable.

<sup>39</sup> Voir le préambule du traité de l'OHADA.

<sup>40</sup> Voir J. M. TCHAKOUA, *op.cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ, 2018, p. 256 et s.

<sup>41</sup> CCJA, 3<sup>ème</sup> ch., n° 103/2018, 26-4-2018 : X. c/ La Société des Grands Hôtels du Congo SA et 10 autres. Inédit.

<sup>42</sup> *Idem*.

## I. Le rétrécissement du domaine des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

Certaines personnes publiques ne peuvent pas faire l'objet de procédure d'exécution forcée compte tenu de la mission de service public dont elles sont investies et, corrélativement, des prérogatives de puissance publique qui leur sont reconnues. S'il est clair que ces entités ne sont pas soumises aux voies d'exécution tel n'est pas le cas pour celles intervenant dans les sphères de droit privé. En application des dispositions de l'AUPSRVE, la CCJA, dans sa jurisprudence, a soumis les sociétés d'économie mixte aux voies d'exécution (B) suite à une longue période marquée par un absolutisme de l'immunité d'exécution des personnes publiques (A).

### A. De l'absolutisme de l'immunité d'exécution des personnes publiques...

L'arrêt rendu par la CCJA dans l'affaire dite Togo Télécom<sup>43</sup> renseignait, à suffisance, sur la position de la CCJA. Par une interprétation extensive des alinéas 1 et 2 de l'article 30 de l'AUPSRVE, la haute juridiction assurait l'immunité d'exécution à toutes les entreprises publiques quelle qu'en soit la forme ou la mission (1). Mais cette interprétation était très contestable (2).

<sup>43</sup> Voir *supra* note n°23.

<sup>44</sup> Voir *supra* note n°13.

<sup>45</sup> A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *op.cit.*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2009, p 5, n°4.

<sup>46</sup> Ce texte dispose : « *Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public*

## 1. Une interprétation extensive de l'article 30 de l'AUPSRVE

Il a été noté que le législateur OHADA pose, à travers les dispositions de l'article 30 de l'AU susvisé, le principe général de l'interdiction des voies d'exécution et des mesures conservatoires contre les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution<sup>44</sup>. Une telle restriction remet en cause le droit fondamental du créancier de recourir, le cas échéant, à l'exécution forcée. C'est pourquoi, il a été souligné que cette restriction doit être exceptionnellement consacrée par le législateur afin d'éviter qu'elle ne constitue une atteinte à la sécurité juridique<sup>45</sup>.

Malheureusement, le législateur OHADA ne semble pas prendre la dimension de cette question à sa juste mesure. Une lecture des dispositions de l'article 30 alinéa 1<sup>er</sup> susvisées ne permet pas une identification des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Et l'alinéa 2 du même article ne renseigne pas non plus, avec netteté, sur la liste des personnes pouvant légalement exciper de l'immunité d'exécution<sup>46</sup>.

Devant cette ambiguïté textuelle la jurisprudence devait, alors, préciser le domaine de l'immunité d'exécution à l'effet d'en spécifier les bénéficiaires. Rappelons-le, dans l'espace OHADA, la légitimité et l'autorité d'investir ce chantier reviennent, naturellement, à la CCJA. A cet égard, la formulation des textes rend possibles deux manières d'interpréter. D'une part, procéder à une lecture séparée des alinéas 1 et 2 de l'article 30 pour en déduire un renvoi

*ou des entreprises publiques, qu'elles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité. »*

implicite au niveau du premier alinéa ; étant entendu que cette disposition se limite à poser le principe général de l'immunité d'exécution. Une telle interprétation accorderait la primeur au législateur national<sup>47</sup> de décliner la liste des bénéficiaires de l'immunité d'exécution. D'autre part, faire une analyse combinée de ces alinéas, en considérant que l'alinéa 2 est la suite de l'alinéa 1<sup>er</sup> ; ce qui permettrait d'inclure dans la liste des bénéficiaires de l'immunité « des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques quelle qu'en soit la forme et la mission... »<sup>48</sup>.

Pendant longtemps, la juridiction communautaire OHADA avait fait sienne cette interprétation extensive de l'article 30 de l'AUPSRVE. L'on se souvient encore de son célèbre arrêt n°043/2005 du 07 juillet 2007. Dans cet arrêt rendu dans l'affaire dite « Togo Télécom »<sup>49</sup> la CCJA avait, à travers les alinéas 1 et 2 de l'article susvisé, respectivement retenu le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et une atténuation des effets de cette immunité par le procédé de la compensation. Précisément, cette compensation doit être appréhendée comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et aux entreprises publiques<sup>50</sup>. Dans l'arrêt sus-évoqué, la CCJA avait écarté l'application des dispositions de l'article 2

de la loi togolaise n°90/26 du 04 décembre 1990 ainsi que de son décret d'application 91-197 du 16 août 1991 invoqués par les demandeurs au pourvoi. Elle s'était appuyée sur la portée abrogatoire des normes communautaires, notamment les articles 10 du traité de l'OHADA et 336 de l'AUPSRVE<sup>51</sup>. Pour rappel, ces dispositions de droit togolais soustraient les entreprises publiques au régime de droit public pour les soumettre au droit privé<sup>52</sup>. Selon la Cour, leur application à l'entreprise publique « Togo Télécom » constitue une violation de l'article 30 de l'AU susvisé qui consacre désormais l'immunité au profit de toutes les entreprises publiques.

Cette position fut réaffirmée, plus explicitement, dans l'affaire dite Port Autonome de Lomé. En effet, dans un arrêt du 13 mars 2014<sup>53</sup>, la CCJA avait estimé que les entreprises publiques, dont le Port Autonome de Lomé, bénéficient de l'immunité d'exécution en vertu de l'article 30 alinéa 1 de l'AUPSRVE même si des dispositions nationales les soumettaient aux règles de droit privé. En réalité, cet arrêt avait fini de dévoiler toute la véhémence de la CCJA dans sa volonté de soustraire les entreprises publiques au régime de droit privé. En l'espèce, elle avait reconnu l'immunité d'exécution à l'entreprise togolaise alors même que la décision frappée d'appel l'avait seulement condamnée à payer diverses sommes

<sup>47</sup> Voir en droit sénégalais, l'article 194 du COCC dans sa rédaction issue de la loi n°2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du code des obligations civiles et commerciales relatif à l'immunité d'exécution (JO n°6047 du 18 mi 2002). Ce texte prévoit le bénéfice d'immunité d'exécution à l'Etat, aux collectivités locales et aux établissements publics.

<sup>48</sup> Dans le même sens, voir F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 317 et s

<sup>49</sup> Voir *supra* note n°22.

<sup>50</sup> A. A. D. KEBE « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », revue Afrilex, mai 2015, p.15 et s

<sup>51</sup> L'article 336 de l'AUPSRVE dispose « *Le présent acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties.* ».

<sup>52</sup> Ce texte prévoit : « *Les règles du droit privé, notamment celles du droit civil, du droit du travail et du droit commercial, y compris les règles relatives aux contrats et à la faillite, sont applicables aux entreprises publiques, dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente loi. Les entreprises publiques sont soumises aux règles du plan comptable national. La réglementation générale sur la comptabilité publique ne leur est pas applicable* »

<sup>53</sup> Voir *supra* note n°22.

assortie d'une exécution provisoire. Les créanciers n'étaient pas encore en possession de titre exécutoire. Seule une ordonnance de sursis à exécution était sollicitée parallèlement à l'instance d'appel devant le président de la juridiction du second degré. Donc, le fait pour les conseils de la société Togo Port d'avoir excipé prématurément de l'immunité d'exécuté n'avait pas empêché la CCJA de réitérer, a tort, sa position en faveur d'une interprétation extensive de l'article 30 de l'AU susvisé.

Cette position résulte aussi de l'arrêt de la CCJA du 18 mars 2016 rendu dans l'affaire dite fonds d'Entretien Routier (FER). En l'espèce, la Cour, après avoir écarté les dispositions de la loi ivoirienne favorables à une application des règles de droit privé, relève que le FER est une société d'État poursuivant des activités commerciales et économiques d'intérêt général, que son capital est entièrement détenu par l'État et que ses ressources sont constituées par des redevances, des droits de péage sur le réseau routier et des allocations budgétaires éventuelles de l'État. Par conséquent, il ne pouvait être soumis aux voies

d'exécution<sup>54</sup>. De manière synthétique, la CCJA avait retenu le but d'intérêt général, le caractère public du capital et des ressources comme critères définitoires de la notion d'entreprise publique. Mais, pour autant, cette démarche ne remettait guère en cause sa lecture contestable de l'article 30 de l'AUPSRVE.

## 2. Une interprétation contestable de l'article 30 de l'AUPSRVE

La jurisprudence de la CCJA était favorable à une immunité des personnes morales de droit public et de celles constituées sous les formes de droit privé. Cette position rigoureuse du juge OHADA a été inspirée par une solution de la jurisprudence française. Celle-ci avait, certes, admis, sans difficulté, l'immunité des établissements public de type classique autrement appelés établissements publics administratifs mais il n'en était pas ainsi de l'immunité des établissements publics à caractère industriel

<sup>54</sup> « Mais attendu que l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme susvisé dispose : « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution » ; que l'alinéa 2 de ce même article pose le principe général de l'immunité d'exécution au profit des personnes morales de droit public et des entreprises publiques ; qu'en l'espèce, il est constant comme résultant des productions aux dossiers de la procédure et notamment de la loi n°97-519 du 4 septembre 1997 portant définition et organisation des Sociétés d'Etat en ses articles 1 et 4, que les Sociétés d'Etat sont créées dans le but de promouvoir certaines activités industrielles et commerciales d'intérêt général permettant de soutenir et d'accélérer le développement économique de la nation , et qu'elles constituent des personnes morales de droit privé commerciales par leur forme ; que tel est le cas du FER qui est une société d'Etat créée par décret n°200-593 du 19 septembre 2001 dont les statuts précisent en leurs articles 3 et 6 qu'elle a pour objet d'assurer le financement des prestations relatives : aux études et aux travaux d'entretien courant et périodique du réseau routier, à la maîtrise d'œuvre des études des travaux d'entretien routier, et que son capital est

entièrement détenu par l'Etat et pourrait être ouvert à des personnes de droit public ivoirien ; qu'aussi, l'ordonnance n°2001-591 du 19 septembre 2001 portant institution du FER dispose en son article 1er que ses ressources sont constituées par les redevances prélevées sur la vente des produits pétroliers, les droits de péage sur le réseau routier, et des allocations budgétaires éventuelles de l'Etat ;

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le FER réunit les attributs d'une entreprise publique lui permettant de se prévaloir de l'immunité d'exécution prévue par l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, et que ce faisant, la loi n°97-519 du 04 septembre 1997 portant définition et organisation des sociétés d'Etat qui le soumet aux règles de droit privé est inopérante à cet égard en vertu de l'article 10 du Traité OHADA ; qu'ainsi, en confirmant l'ordonnance n° 2300 du 15 mai 2012 ayant ordonné la mainlevée de la saisie attribution pratiquée sur ses avoirs dans les livres de la société ECOBANK CI, la Cour d'appel d'Abidjan n'a en rien violé l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme susmentionné ; qu'il échet de rejeter le moyen ; ».

et commercial<sup>55</sup> en raison de la diversité de cette catégorie d'établissement public. A la faveur d'un arrêt du 21 décembre 1987<sup>56</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation française avait, en effet, reconnu aux entreprises publiques à caractère industriel et commercial, sans distinction, le bénéfice de l'immunité d'exécution. Cette solution était très mal accueillie<sup>57</sup>.

Dans l'espace OHADA, cet absolutisme de l'immunité d'exécution des entreprises publiques n'avait pas fait écho auprès des juridictions nationales. Celles-ci n'avaient pas, en effet, adhéré à cette interprétation extensive des dispositions de l'article 30 susvisées. Elles continuaient à faire application des lois nationales sur la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution. A ce propos, le tribunal hors classe de Dakar avait jugé qu'on ne peut saisir les comptes d'un démembrement de l'Etat tel que l'Agence Autonome des Travaux Routiers dite A.A.T.R dans un litige l'opposant à l'Entreprise Jean LEFEVRE<sup>58</sup>. Inversement, les établissements publics transformés en sociétés anonymes à participation publique majoritaire perdent,

le cas échéant, le bénéfice des dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE<sup>59</sup>.

Cette résistance des juridictions nationales n'est pas sans explication. En effet, la plupart des Etats membres de l'OHADA disposent de législations nationales qui organisent la question des immunités avec plus de clarté. Ces législations apportent, très souvent, des réponses précises à des questions fort controversées dans le contexte communautaire. A titre illustratif, on peut citer la loi togolaise n°90-26 du 4 décembre 1990 qui donne un contenu à la notion d'entreprise publique. Ce texte prévoit à son article 1<sup>er</sup> « L'Etat exerce des activités économiques, industrielles et commerciales à titre principal par l'intermédiaire de sociétés d'Etat ou de sociétés d'économie mixte désignées sous le terme générique d'entreprises publiques. La présente loi définit le cadre institutionnel de ces entreprises ». Dans le même sillage, on peut citer la loi sénégalaise n° 2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations civiles et commerciales relatif à l'immunité d'exécution qui consacre clairement une protection immunitaire à l'Etat, aux

<sup>55</sup> R. NEMEDEU, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques », RTD 2014, p.231.

<sup>56</sup> Cass. civ. 1re, 21 déc. 1987, Bureau de recherches géologiques et minières c/ Sté Lloyd Continental, Bull. civ. I, n° 348 ; JCP éd. G, 1989, I, n° 21183. Voir F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.320. La même solution a été appliquée en matière de procédures collectives. Voir à ce propos B. SOINNE avec la collaboration de E. KERCKHOV, *Traité des procédures collectives, commentaire des textes, formules*, Paris, Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995.

<sup>57</sup> G. NAHM-TCHOUGLI, « l'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », revue africaine de Droit, d'Economie et de Développement, vol. 1, n°6, 2005, p.576 et s.

<sup>58</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance n° 4513 du 05.05.08, Société Agence Autonome des Travaux Routiers dite A.A.T.R / Entreprise Jean Lefevre, inédit. Cité par A. A. D. KEBE : « Le déclin de l'exorbitance du

droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op. cit.* p14.

Voir dans le même sens, TPI Douala, ord. réf. n° 339, 13-11-1998 : ONPC c/ SFIC, Revue camerounaise de l'arbitrage, n° 18, juillet-août-septembre 2002, p.14, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-02-179. Voir également TR Niamey, ord. réf. n° 164, 7-8-2001 : CMB c/ Ibrahima Bara Amadou, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata. J-02-37.

<sup>59</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance n° 5290 du 02/10/2009, COUD C/PAMECAS, inédit.

Pour le cas d'une société à participation financière publique, investie d'une mission de service public et constituée en la forme de société anonyme, le juge ivoirien estime qu'elle a le statut d'une société privée et ne peut bénéficier de l'immunité d'exécution CA Abidjan, n°762, 10-6-2003 : Sté AFFE – CI SECURITE c/ CNRA, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-03-238. Même solution pour une société d'économie mixte CA Abidjan, n°283, 1-3-2002 : Sté GESTOCI, S.A c/ DIARRA Abdoulaye, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-03-314.

collectivité locales et aux établissements publics<sup>60</sup>. Une autre catégorie de bénéficiaires de l'immunité d'exécution est déclinée dans la loi n°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. Ce texte reconnaît, à son article 25, l'immunité d'exécution aux établissements publics, aux sociétés nationales et aux sociétés anonymes à participation publique majoritaire ayant pour objet exclusif l'exploitation d'une concession de service public<sup>61</sup>.

La doctrine n'était pas en reste dans cet élan de contestations. Un auteur comme Filiga Michel SAWADOGO a semblé souscrire à la démarche des juridictions nationales<sup>62</sup>. En effet, s'il est possible de reconnaître à la CCJA son pouvoir d'interprétation des dispositions ambiguës de l'article 30 de l'AUPSRVE, la justification de sa position dans le contexte communautaire ne pouvait résister à l'analyse. Telle est la position de Jean-Marie TCHAKOUA qui suggère même une relecture des règles sur l'immunité d'exécution dans le sens du rétrécissement de leur portée<sup>63</sup>. Cet appel retentissant de la doctrine a, apparemment, eu un écho favorable auprès de la CCJA qui vient de soumettre une société d'économie mixte aux voies d'exécution<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> JO n°6047 du 18 mai 2002. Extrait de l'exposé des motifs de la loi « Désormais seuls l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics bénéficient de l'immunité d'exécution, celle-ci ne pouvant cependant, en aucune manière, tempérer l'obligation, générale et absolue, qu'ont ces personnes d'exécuter les décisions de justice.

*A l'égard des organismes débiteurs, exerçant une mission de service public sans bénéficier de l'immunité d'exécution, le juge pourra prévenir ou mettre fin au*

## **B. ...à la soumission des sociétés d'économie mixte aux voies d'exécution**

Le spectre des entités susceptibles de bénéficier de l'immunité d'exécution a été réduit par la CCJA lors du dernier revirement opéré dans sa jurisprudence. Ce faisant, la haute juridiction vient de modifier, de manière considérable, le régime de l'immunité d'exécution dans l'espace OHADA dans le sens d'un assouplissement de sa position, réputée rigide, en matière d'immunité des personnes publiques. Deux critères auraient permis à la CCJA d'assouplir cette position : un critère organique qui se dévoile clairement de sa solution dans l'arrêt du 26 avril 2018 (1) et un critère matériel qui pourrait se déduire de cette solution (2).

### **1. Un critère explicite : la forme privée de l'entreprise sociétaire**

Par son arrêt n°103/2018 du 26 avril 2018, la CCJA a opéré un revirement de sa jurisprudence en matière d'immunité d'exécution. Au regard de toutes les critiques articulées par la doctrine dans l'affaire « Togo Télécom », cet arrêt était, sans nul doute, le prétexte longtemps attendu par la juridiction supranationale. Il lui a, en effet, offert l'occasion de revenir sur l'importante question de la détermination des personnes bénéficiaires

*trouble lié à une atteinte grave au fonctionnement du service public par un cantonnement de l'exécution. »*

<sup>61</sup> JO du 07 juillet 1990.

<sup>62</sup> F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 317 et s.

<sup>63</sup> J.M. TCHAKOUA, *op.cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ 2018, p.p.252-261.

<sup>64</sup> Voir *supra* note n°25.

de l'immunité d'exécution conformément aux dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE<sup>65</sup>. Ce faisant, la Cour venait de procéder à une nouvelle lecture de ces dispositions en ces termes : « ...qu'en l'espèce, il est établi que le débiteur poursuivi est une société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements; qu'une telle société étant d'économie mixte, et demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres ; qu'en lui accordant l'immunité d'exécution prescrite à l'article 30 susmentionné, la Cour de Kinshasa/Gombe a fait une mauvaise application de la loi et expose sa décision à la cassation; qu'il échet de casser l'arrêt déféré et d'évoquer ».

A travers cette solution, la CCJA s'est référée, de manière univoque, à la forme privée de l'entreprise pour l'application des voies d'exécution. Elle venait, ainsi, de tenir compte de cette réalité de l'entrepreneuriat public : la société d'économie mixte. En effet, l'immixtion de l'Etat dans les sphères de droit privé a, aujourd'hui, perturbé la logique de la distributivité des règles de droit public et de droit privé entre établissements à caractère administratif et établissements à caractère industriel et commercial. Des dénominations telles que les sociétés à capitaux publics et les sociétés

d'économie mixte se sont ajoutées aux entreprises publiques soumises aux règles de droit privé<sup>66</sup>. Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUSCGIE en attestent<sup>67</sup>. Ce texte prévoit : « Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (...) est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme ». Le législateur vise, à travers ces dispositions, les sociétés commerciales et, par extension, les sociétés d'économie mixte. A ce propos, il y a lieu de relever que l'AUSCGIE ne fait pas du niveau de participation de l'Etat au capital social un critère de qualification de la société d'économie mixte. En l'occurrence, la simple qualité d'associé de l'Etat semble suffire pour attester de la forme privée de l'entité sociétaire et une application subséquente des règles de droit privé en général et de celles relatives au droit des sociétés commerciales en particulier<sup>68</sup>.

Ainsi, une analyse au premier degré de la solution rendue dans l'arrêt du 26 avril 2018 permet de conclure à un alignement de la position de la CCJA au contexte normatif de l'espace OHADA. Bien entendu, la plupart des Etats membres de ladite organisation avaient déjà consacré dans leurs législations

<sup>65</sup> Les faits et la procédure de l'espèce sont apparemment clairs. Il résulte de l'arrêt de la CCJA sus évoqué que le sieur MBULU MUSESO pratiquait, au préjudice de la société Grands Hôtels du Congo, des saisies-attributions de créances auprès des différents établissements bancaires de la place, pour avoir paiement de la somme de 59.696, 7 \$USD sur la base d'une condamnation de ladite société prononcée par le tribunal du travail de Kinshasa/Gombe suivant jugement n° RAT 16.367 du 21 février 2013 confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Kinshasa/Gombe n° R.T.A.7281 rendu le 28 mai 2015. Ces saisies étaient régulièrement dénoncées au débiteur qui élevait contestation le 12 août 2015. Par ordonnance n° M.U.095 du 02 septembre 2015, la juridiction présidentielle du tribunal de Travail de Kinshasa/Gombe

annulait les dites saisies et en ordonnait la main levée. Sur appel du sieur MBULU MUSESO, la Cour de Kinshasa/Gombe rendait, en date du 05 novembre 2015, l'arrêt confirmatif sus énoncé, objet du présent pourvoi;

<sup>66</sup> J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ 2018, p.257.

<sup>67</sup> AUDSC GIE du 30 janvier 2014. JO OHADA n° spécial du 4 février 2014, p.1 et s.

<sup>68</sup> Pour l'application des dispositions de l'AUSC GIE en matière d'expertise de gestion sans tenir compte du niveau de participation de l'Etat au capital social, voir CA Cotonou, arrêt n°256/2000 du 17 août 2000, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, JURICOPE 2016, p.381.

la société d'économie mixte. C'est le cas du Togo<sup>69</sup>, de la République Démocratique du Congo<sup>70</sup>, du Sénégal<sup>71</sup>.

Néanmoins la portée de la solution de la CCJA au niveau des Etats membres de l'OHADA peut susciter quelques interrogations. Cette solution, quoique salubre pour les créanciers, n'est pas entièrement édifiante sur la forme même de l'entreprise à participation publique. En effet, les entreprises publiques ayant la forme de personne morale de droit privé peuvent être désignées sous l'appellation générique : « entreprises à capitaux publics ». Il peut s'agir de sociétés d'Etat ou de sociétés d'économie mixte<sup>72</sup>. Pour les sociétés d'Etat la question du niveau de participation de l'Etat ne se pose pas puisqu'il doit nécessairement détenir la totalité du capital social. Cependant pour les sociétés d'économie mixte, dont le capital est en partie détenu par l'Etat ou ses démembrés, l'on peut s'interroger sur l'exigence d'une participation majoritaire de l'Etat au capital.

Sans doute, la CCJA, dans son arrêt du 26 avril 2018, a mis en avant le critère organique pour soumettre la société des Grands Hôtels du Congo aux voies d'exécution. Elle s'est essentiellement appuyée sur sa forme sociale : une société d'économie mixte dont la moitié du capital est détenue par la République Démocratique du Congo et d'autres entités publiques. En vérité, la réception de cette

solution pourrait poser quelques difficultés au niveau interne. Des législateurs nationaux ont de manière précise déterminé des critères de soumission de la société mixte aux voies d'exécution. Ce sont ces critères qui sont appliqués par les juridictions nationales<sup>73</sup>.

A cet égard, le législateur sénégalais a énuméré les entités devant bénéficier de l'immunité d'exécution à l'article 25 de la loi n°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique susvisé. Sans utiliser la dénomination de société d'économie mixte, il vise les sociétés anonymes à participation publique majoritaire parmi les entités bénéficiaires de l'immunité. En plus de la forme sociale de « société anonyme », il faut que l'Etat détienne la majorité des titres sociaux. A contrario, la participation de l'Etat au capital d'une société anonyme dans laquelle il n'est pas actionnaire majoritaire ne donne pas droit à une immunité d'exécution.

Qu'en est-il de l'Etat détenteur de la moitié du capital social ? La CCJA a répondu à cette question, dans l'arrêt du 26 avril 2018, en soumettant la société des Grands Hôtels du Congo aux voies d'exécution alors que dans celle-ci l'Etat congolais et ses démembrés ne détiennent que la moitié du capital social. Sur ce point, on pourrait,

<sup>69</sup> Voir la loi n°90-26 du 4 décembre 1990. Ce texte prévoit, à son article 4 alinéa 2, que : « la société d'économie mixte est une entreprise publique lorsque son capital est détenu à plus de 50% par l'Etat, par une ou des personnes de droit public ou par l'Etat et des personnes morales de droit public »

<sup>70</sup> Voir la loi n°18/10 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et la gestion du portefeuille de l'Etat. Cette loi vise les sociétés d'économie mixtes dans le sens qu'elle donne de la notion d'entreprise publique. En effet, ce texte définit l'entreprise publique comme « toute entreprise du portefeuille de l'Etat dans

laquelle l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue du capital social. »

<sup>71</sup> Voir la loi sénégalaise 90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. Cette loi vise les sociétés anonymes à participation publique majoritaire.

<sup>72</sup> F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, pp.326-330.

<sup>73</sup> Voir *supra* note n°59.

tout de même, admettre que la solution de la haute juridiction ne remet pas en cause le critère de la participation majoritaire de l'Etat au capital de la société mixte. Dans l'arrêt du 26 avril 2018, la République Démocratique du Congo SA et ses démembrements qui détiennent la moitié du capital de la société des Grands Hôtels du Congo SA n'ont pas pour autant satisfait à ce critère. Cette solution pourrait, dès lors, être bien accueillie par les juridictions nationales même si, en pratique, dans les sociétés d'économie mixte l'Etat ne se contente pas de détenir la moitié du capital social<sup>74</sup>.

Ce dernier constat permet d'orienter l'analyse vers les préoccupations du législateur national à travers les règles sur l'immunité des entités publiques. En effet, une lecture des dispositions de l'article 25 de la loi sénégalaise susvisée dévoile une option du législateur d'accorder l'immunité d'exécution aux entités relevant entièrement de l'Etat et à celles permettant une participation majoritaire de l'Etat au capital social. Pour ce faire, il énumère limitativement ces entités. Il s'agit des établissements publics, des sociétés nationales et des sociétés anonymes à participation publique majoritaire.

De façon générale, si par la soumission des entités relevant entièrement de l'Etat aux règles de droit privé, le législateur chercherait à rendre celles-ci compétitives, l'on pourrait, néanmoins, admettre une volonté de permettre à l'Etat d'avoir le contrôle des sociétés anonymes à participation publique majoritaire ou sociétés mixtes.

Mais en matière d'immunité d'exécution des législateurs nationaux ont utilisé le critère du niveau de participation de l'Etat au capital social en vue de soustraire ces entités aux voies d'exécution<sup>75</sup>.

Par ailleurs, il ne serait pas superflu de rappeler les différents points de vue qui ont été soutenus sur la question sans que l'on soit en mesure, encore aujourd'hui, de trancher de façon radicale dans l'un ou l'autre sens. Précisément, l'arrêt du 26 avril 2018 réactualise la controverse doctrinale sur la nature juridique des sociétés publiques y compris les sociétés d'économie mixte. A ce propos, deux thèses se sont affrontées. Un auteur comme Pierre DELVOLVE, de manière catégorique, dénie à la société d'économie mixte la forme privée. Ce dernier soutient que « La société d'économie mixte est bien sinon dans tous les cas du moins dans la plupart, de nature profondément publique. Sa forme juridique son statut de droit privé ne doivent pas faite illusion. Ils expriment, non point une substitution de l'entreprise privée à l'administration publique, mais bien le plus souvent une modalité particulière de la gestion publique. L'administration, qui ne change pas de nature lorsqu'elle utilise dans sa gestion les techniques du droit privé, demeure fondamentalement la même lorsqu'elle applique à ses structures une forme de droit privé »<sup>76</sup>. A l'opposé, des auteurs comme André De LAUBADERE et Roger HOUIN admettent la forme privée de la société d'économie mixte. Ils font du droit des sociétés le « droit commun » applicable à cette forme sociale. Ces auteurs

<sup>74</sup> F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.328.

<sup>75</sup> Voir article 25 de la loi sénégalaise 90-07 du 26 juin 1990 (supra note 61) même si le niveau de participation de l'Etat n'est pas le seul critère requis. Il y a aussi l'objet

social qui doit porter sur une exploitation 'une concession de service public.

<sup>76</sup> P. DEVOLVE, « De la nature juridique des sociétés d'économie mixte et de leurs marchés », RDP, 1973, p.361. Cité par F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.328.

ont défendu l'idée selon laquelle : « Dans toute la mesure où il n'y est pas dérogé par un texte, c'est la législation et le droit des sociétés qui régissent la société d'économie mixte et son fonctionnement ». Cette thèse postule, en substance, une application des règles de droit privé à la société d'économie mixte eu égard à sa forme privée<sup>77</sup>.

Et au titre des règles de droit privé, on retrouve naturellement celles relatives aux voies d'exécution et dont l'application à la société d'économie a été admise par d'autres auteurs comme Serge GUINCHARD et Tony MOUSSA en ces termes : « une société d'économie mixte est une entreprise de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution ». Peu importe qu'elle soit investie d'une mission de service public ou qu'elle travaille pour le compte d'une collectivité locale<sup>78</sup>. Cette position tranchée de ces auteurs met en exergue le seul critère organique pour la soumission des entreprises publiques ou para publiques aux voies d'exécution. La CCJA serait-elle inspirée par cette thèse ? En tout cas, la référence à la nature privée de l'activité de la société ne résulte pas d'une première lecture de sa solution dans l'affaire dite de la société des Grands Hôtels du Congo SA.

## 2. Un critère implicite : la nature privée de l'activité

D'emblée, il importe de rappeler le nouveau périmètre de l'immunité venant d'être tracé

par la CCJA dans son arrêt du 26 avril 2018. Il est vrai que la haute juridiction a réduit le champ de l'immunité d'exécution mais cette réduction serait limitée aux sociétés mixtes ou entreprises à participation publique. Pour rester prudent, l'on se gardera donc de conclure à une perte du bénéfice de l'immunité d'exécution par les entreprises publiques sous la forme sociale. Sous réserve de cette précision, la portée de l'arrêt susvisé pourrait d'abord se mesurer à l'aune des dispositions de l'AUSC GIE. L'article 1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> dudit AU prévoit : « Tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un Etat ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des « Etats parties » est soumis aux dispositions du présent acte uniforme ». Ce texte postule une application des règles de droit privé, notamment celles de l'AUSC GIE, à la société dans laquelle l'Etat ou une entité publique est associée.

Mais faut-il que cette société exerce une activité commerciale. Elle sera considérée, le cas échéant, comme commerçante<sup>79</sup>. L'on fait référence au critère matériel dans l'application du droit communautaire OHADA<sup>80</sup>. En effet, les sociétés d'économie mixte, en tant qu'entreprises à participation publique appelées à se mouvoir à l'intérieur d'une société commerciale lui servant d'enveloppe

<sup>77</sup> R. HOUIN, « La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial », in « La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique », Archives de philosophie du droit, Recueil Sirey, 1952, p.79-107. Voir également André De LAUBADAIRE, *Traité de droit administratif*, LGDJ, tome 4, 1977, p.226. Cité par F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.330.

<sup>78</sup> F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.331 et s.

<sup>79</sup> Voir art 2 AUDCG. Voir OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, juriscopes 2016, p. 381.

<sup>80</sup> Voir à ce propos, A. A. D. KEBE, *op. cit.*, revue Afrilex, mai 2015, p.10. Mais le critère organique est mis en avant, par le juge sénégalais, pour la recherche du droit applicable au service public selon le doyen Demba SY. Voir D. SY, *Droit administratif*, CREDILA-L'Harmattan, 2<sup>e</sup> éd. revue, corrigée et augmentée, 2014, p. 96.

juridique, ont vocation à exercer des activités industrielles et commerciales. De par la nature de leurs activités, elles restent alors soumises aux règles de droit privé. Cette soumission des entreprises sociétaires à participation publique est également consacrée par certaines législations nationales<sup>81</sup>.

En matière de voies d'exécution, on peut admettre que la qualité d'associé de l'Etat ou d'une entité publique dans une société de forme privée, telle qu'une société anonyme, puisse impliquer la poursuite d'une activité commerciale, d'un but lucratif. En plus de la forme sociale, la nature commerciale de l'activité et le but d'intérêt général poursuivi permettent de caractériser la société d'économie mixte.

Certes les énonciations de l'arrêt du 26 avril 2018 ne révèlent pas la nature commerciale de l'objet social ou de l'activité exercée par la société des Grands Hôtels du Congo mais la participation de personnes privées à son capital social autorise à en attester<sup>82</sup>. La présence de ces personnes dans une société d'économie mixte témoigne du caractère marchand de celle-ci même si, en l'occurrence, le critère décisif de commercialité de la société reste sa forme sociale : une société anonyme. A cet égard, l'article 6 de l'AUSC GIE dispose : « Le

caractère commercial de la société est déterminé par sa forme ou par son objet.

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ». Dans l'Acte uniforme susvisé, la commercialité est la conséquence de l'applicabilité des règles du droit commercial telles que la courte prescription et la liberté de la preuve.

Quid de l'applicabilité des dispositions de l'AUPSRVE notamment en matière d'immunité ? La CCJA, en faisant référence à la forme privée de la société des Grands Hôtels du Congo, aurait répondu à cette question par la soumission de cette société aux voies d'exécution.

Ainsi, cette solution se démarque-t-elle de la jurisprudence française du 21 décembre 1987<sup>83</sup> accordant le bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises à caractère industrielle et commerciale ? En l'état actuel de la jurisprudence de la CCJA, il serait hasardeux de répondre, avec netteté, à cette question. Pour l'heure, le principal enseignement que l'on pourrait tirer de l'évolution de la jurisprudence de la CCJA reste l'exclusion des sociétés anonymes d'économie mixte des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

<sup>81</sup> C'est le cas de la République Démocratique du Congo à travers l'exposé des motifs de la loi n°18/10 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et la gestion du portefeuille de l'Etat. Extrait de l'exposé des motifs de cette loi : « Cette Loi définit le contenu et l'organisation dudit portefeuille, fixe les statuts de l'entreprise du portefeuille de l'Etat, de la nouvelle entreprise publique et détermine la représentation de l'Etat-actionnaire ainsi que la prise, le maintien ou l'augmentation des participations de l'Etat.

*A ce titre, les entreprises du portefeuille de l'Etat sont régies par le droit commun et prennent l'une des formes prévues par le Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales.*

*Toutefois, les actions, parts sociales et autres titres revenant à l'Etat sont toujours nominatifs, dans le but d'en éviter la dissimulation.*

*Les représentants de l'Etat dans les entreprises du portefeuille sont des mandataires publics. Leur mandat s'exerce conformément à la législation sur les sociétés commerciales et aux statuts propres de chaque société au titre de mandataire actif ou non actif.*

*La dissolution d'une entreprise du portefeuille de l'Etat se fait conformément à la législation sur les sociétés commerciales et à ses statuts ». Texte disponible sur le site : [www.droit-afrique.com](http://www.droit-afrique.com).*

<sup>82</sup> La société des Grands hôtels du Congo SA ; une société créée à la faveur de l'ordonnance n°68/377 du 13 août 1968. Elle regroupe plusieurs complexes hôteliers dont le Grand Hôtel de Kinshasa (GHK).

<sup>83</sup> Voir *supra* note n°56.

Dans le contexte de l'OHADA, cette évolution jurisprudentielle est, au demeurant, fort louable. Elle est l'écho d'une critique formulée par la doctrine dans l'affaire Togo Télécom<sup>84</sup>. Celle-ci avait, ainsi, qualifié de choquant le fait, pour la CCJA, de reconnaître le bénéfice de l'immunité d'exécution à une entreprise publique telle qu'une société à capital public, un établissement public industriel et commercial ou une société d'économie mixte<sup>85</sup>. Qu'un tel traitement était de nature à troubler le libre jeu de la concurrence et était contraire à l'éthique des affaires ; étant entendu que ce qui devrait compter, en la matière, c'est moins la forme juridique de l'entreprise que les conditions dans lesquelles son activité est menée<sup>86</sup>.

Toutefois, il faut convenir qu'au-delà d'une vive discussion qui semble, aujourd'hui, perdre de sa pertinence sur la nature juridique des sociétés publiques en général et celles d'économie mixte en particulier<sup>87</sup>, la portée de la solution de la CCJA dans son arrêt du 26 avril 2018 suscite bien des interrogations. Cette solution ne serait-elle pas parcellaire en ce qu'elle n'aurait pas couvert toutes les catégories d'entreprises publiques ? En réalité, elle ne permet pas de se démarquer carrément de la solution rendue dans l'affaire dite Fonds d'Entretien Routier ou, à tout le moins, de lever l'équivoque autour de celle-ci. En l'espèce, la CCJA, tout en reconnaissant le FER comme personne morale de droit privé commerciale par la forme ne l'avait pas soumis aux voies d'exécution. Pour rappel, dans cette affaire, la poursuite d'un intérêt

général ainsi que le caractère public du capital et des ressources sont les critères que la Cour avait utilisés pour soustraire le FER aux voies d'exécution. Certes cette entité n'est pas une société d'économie mixte mais une société d'Etat soumise au droit privé.

Et, pourtant, la CCJA avait estimé qu'elle devait bénéficier de l'immunité d'exécution. Une analyse, par comparaison, des solutions rendues dans ces deux affaires pourrait permettre de retrouver l'importance du critère tenant à la nature de l'activité si tant est que celui-ci ne résulte pas expressément de la jurisprudence de 2018. Au regard du raisonnement élaboré dans cette seconde affaire, la haute juridiction a, en effet, commencé par préciser sa lecture des dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE en ces termes : « (...) l'article 30 de l'[AUPSRVE] pose, en son alinéa 1er, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à l'alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques ». Ce faisant, la Cour a visé, parmi les entités dont le bénéfice de l'immunité d'exécution est atténué sous l'effet de l'alinéa 2 susvisé, les entreprises publiques.

Il en résulte la prise en compte d'une notion essentiellement économique : l'entreprise. Celle-ci renvoie moins à la forme de l'entité bénéficiaire de l'immunité qu'à l'activité qu'elle exerce. Et la nature de cette activité est explicative du type de règles applicable.

<sup>84</sup> Voir *supra* note n°23.

<sup>85</sup> Pour les biens saisissables, on retrouve la solution sur la soumission des sociétés d'économie mixtes aux voies d'exécution. Voir A. M. ASSI ESSO et Nd. DIOUF, *op. cit.*, n°65. En interprétant l'alinéa 2 de l'article 30 de l'AUPSRVE précisent : « Il résulte d'une interprétation restrictive de l'article 30, alinéa2, que les entreprises semi-publiques de nature mixte constituées sous forme de droit

privé avec certaines prérogatives de puissance publiques sont soumises aux voies d'exécution ».

<sup>86</sup> J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ 2018, p.258.

<sup>87</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.330.

La Cour poursuit en faisant référence à la forme privée de l'entité voulant bénéficier de l'immunité d'exécution : la société des Grands Hôtels du Congo SA. Elle lui a refusé le bénéfice de l'immunité en énonçant ce qui suit : «, il est établi que le débiteur poursuivi est une société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements ; qu'une telle société étant d'économie mixte, [...] demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres ».

Sur la base du raisonnement de la CCJA dans l'affaire dite des Grands Hôtels du Congo, on peut admettre que la seule présence de l'Etat ou de ses démembrements dans l'actionnariat d'une personne morale ne suffit pas pour que celle-ci puisse bénéficier de l'immunité d'exécution conformément aux dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE. Il faudra s'intéresser à la forme sociale adoptée. Celle-ci devrait renseigner sur la nature de l'activité exercée. En l'espèce, la Cour aurait déduit de la forme sociale de la société des Grands Hôtels du Congo la nature privée de l'activité pour l'application des dispositions sur les voies d'exécution. Pour rappel cette société est une société d'économie mixte constituée sous la forme de société anonyme. A la lumière de la jurisprudence du 26 avril 2018, l'on pourrait désormais convenir de la nécessaire prise en compte de la nature de l'activité pour bénéficier ou non de l'immunité d'exécution.

Il s'y ajoute qu'en droit interne ce critère pourrait bien se révéler pertinent. En effet, l'article 25 de la loi sénégalaise n°90-07 du 26 juin 1990 susvisée exige, pour les entreprises à participation publique majoritaire, la poursuite d'un intérêt général

puisque ce texte exige comme seul objet : l'exploitation d'une concession de service public.

Sous le bénéfice de ces observations, l'on peut convenir que la CCJA n'est pas parvenue à lever toutes les incertitudes sur la détermination des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

## **II. La subsistance d'incertitudes sur la détermination des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution**

Il est vrai que la CCJA, en soumettant la société d'économie mixte aux voies d'exécution dans son arrêt du 26 avril 2018, a remarquablement modifié le régime de l'immunité d'exécution. Désormais, le bénéfice de l'immunité d'exécution n'est pas acquis par la simple présence de l'Etat ou d'entités publiques dans l'actionnariat social. Mais, dans la foulée, la haute juridiction n'a pas manqué de réaffirmer sa compétence, en la matière, au motif que l'AUPSRVE n'a nullement opéré un renvoi au droit national alors que la formule rédactionnelle des dispositions dudit Acte uniforme peut bien prêter à équivoque. En d'autres termes, la jurisprudence de la CCJA n'est pas édifiante sur la question du droit applicable à l'immunité d'exécution des personnes publiques nonobstant son dernier revirement. Or, cette question devrait être clairement tranchée afin de mettre en cohérence les dispositions de l'AUPSVE avec d'autres normes applicables au contentieux sur les immunités.

Ainsi, on relève des incertitudes fondées sur le droit applicable en matière d'immunité d'exécution (A) susceptibles de constituer un obstacle au processus de

communautarisation du droit dans l'espace OHADA (B).

### A. Des incertitudes fondées sur le droit applicable

Ces incertitudes sont appréhendées sur la base du refus discutable de la CCJA de renvoyer le contentieux de l'immunité d'exécution aux dispositions claires de droit interne des Etats parties. En s'appuyant sur l'absence d'une disposition, en droit uniforme, opérant le renvoi au droit national, la CCJA a estimé devoir se référer au texte de l'article 30 de l'AUPSRVE alors que celui-ci est ambigu (1). Dès lors, une applicabilité du droit interne pourrait, en l'occurrence, constituer une alternative à cette ambiguïté (2).

#### 1. Une application intransigeante des dispositions ambiguës de l'article 30 de l'AUPSRVE

Il résulte clairement de l'article 2 du traité de l'OHADA une vocation des pères fondateurs de cette organisation à harmoniser toute la vie des affaires dans cet espace. Cela passe par l'élaboration et l'adoption de règles communes propres à favoriser le développement économique des Etats membres. Ces règles relèvent-elles uniquement du droit substantiel harmonisé, exclusion faite des règles de procédure ? Selon Ndiaw DIOUF, le silence du traité sur ce point ainsi que l'absence d'Acte uniforme dédié au droit du procès, et

comportant des règles de procédure, autorisent à répondre, à cette question, par la négative<sup>88</sup>. L'auteur poursuit en précisant, en substance, que l'AUPSRVE comporte certes des règles de procédure mais leur portée doit être relativisée<sup>89</sup> car l'essentiel des règles qui la composent relève du droit substantiel. Il s'y ajoute que les règles de procédure dont s'agit s'appliquent en cas d'exécution forcée.

Sous le bénéfice de cette réserve, il est possible de saisir tout le particularisme des voies d'exécution. En effet, l'ambiguïté des règles en matière d'immunité d'exécution a amené la CCJA à dégager des positions à la fois tranchées et controversées.

A la faveur des dispositions de l'article 10 du traité de l'OHADA et de l'article 336 de l'AUPSRVE, la CCJA ne reconnaît aucun effet aux normes législatives et réglementaires internes contraires à celles-ci. Son avis du 30 avril 2001 en atteste<sup>90</sup>. Elle y précise, en vertu de l'article 336 susvisé, que l'AUPRSVE est un ensemble de règles de forme et de fond qui se suffisent à elles-mêmes. Cette disposition à laquelle la CCJA aurait exagérément<sup>91</sup> reconnu une portée abrogatoire des normes de droit interne des Etats membres de l'OHADA semble inspirer sa jurisprudence en matière d'immunité d'exécution. En effet la CCJA, dans l'arrêt du 26 avril 2018, a statué sur la question relative à sa compétence pour la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution. La défenderesse au pourvoi avait soulevé l'incompétence de la Cour. Celle-ci soutenait que le recours

<sup>88</sup> Nd. DIOUF, « Le droit du procès dans les litiges mettant en cause l'application des règles uniformes de l'OHADA : quelle place pour les lois nationales ? », in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, CREDIJ 2018, p.258.

<sup>89</sup> De même que l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dont les règles ne s'appliquent que lorsque l'arbitrage se déroule sous l'égide de la CCJA.

<sup>90</sup> Avis n°001/2001/EP, sur demande de la République de Côte d'Ivoire, enregistré au greffe sous le n°002/2000/EP du 19 octobre 2000.

<sup>91</sup> L'article 336 de l'AUPSRVE vise toutes les matières que ledit AU organise c'est-à-dire les procédures simplifiées de recouvrement de créances et les voies d'exécution. Ainsi, le renvoi implicite n'est pas admis selon la CCJA. Il s'agit là d'une particularité du contentieux des voies d'exécution.

était intenté pour violation des dispositions du droit de la République Démocratique du Congo sur la détermination des entreprises bénéficiaires de l'immunité d'exécution ; étant entendu que cette question fait l'objet de renvoi au droit interne de chaque Etat partie de l'OHADA.

La haute juridiction de l'OHADA s'est, toutefois, déclarée compétente en estimant que « l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées et des voies d'exécution n'ayant nullement renvoyé au droit national la question de la détermination des bénéficiaires de l'immunité, comme il l'a fait pour les biens insaisissables, celle-ci entre dans la compétence de la Cour de céans ; qu'il s'en suit que cette exception ne peut être accueillie ». C'est en ces termes que la CCJA vient de réitérer sa position sur la lecture que l'on devrait avoir de l'article 30 de l'AU susvisé. En effet dans l'affaire dite « Togo Télécom » du 07 juillet 2007, rappelons-le, elle avait déjà refusé l'application de dispositions de droit togolais au motif que celles-ci étaient abrogées à la faveur des articles 10 du traité de l'OHADA<sup>92</sup> et 336 de l'AUPSRVE<sup>93</sup>.

Mais, au demeurant, il y a lieu de relever que dans cette affaire l'inapplication des dispositions du droit togolais faisait suite à une lecture combinée des alinéas 1 et 2 de l'article 30 sus évoqué. Précisément, la Cour semblait faire de l'alinéa 2 le prolongement de l'alinéa 1<sup>er</sup> pour en déduire que « les personnes morales de droit public, les entreprises publiques quelles qu'en

soient la forme et la mission... » (alinéa 2) bénéficiaient, en principe, de l'immunité d'exécution (alinéa 1)<sup>94</sup>.

Or, à la lumière du raisonnement venant d'être élaboré dans son arrêt du 26 avril 2018, la CCJA aurait une lecture, autre, de l'article 30 de l'AUPSRVE. D'une part, elle semble, désormais, dévoiler de son l'alinéa 1<sup>er</sup> une liste des bénéficiaires du principe général de l'immunité d'exécution limitée aux seules personnes morales de droit public<sup>95</sup>. D'autre part, elle aurait exclu les entreprises publiques de droit privé de la liste des personnes dont les effets de l'immunité d'exécution seraient atténués par le procédé de la compensation<sup>96</sup>. Dans l'une et l'autre hypothèse, la Cour s'est employée à interpréter le texte de l'article 30 de l'AUPSRVE concernant les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

A cet égard, nous relevons même une dénaturation du texte dont s'agit puisque l'alinéa 2 vise, expressément, toutes les entreprises publiques y compris celles ayant la forme privée ou une activité soumise aux règles de droit privé. En faisant une lecture combinée des deux alinéas de l'article 30 de l'AUPSRVE, la Cour semble admettre, de manière paradoxale, une atténuation au principe général de l'immunité conformément à l'alinéa 2, par le procédé de la compensation, à des entités qui n'en bénéficient pas, à titre principal, à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Il s'y ajoute, de manière décisive, que l'article 51 de l'AUPSRVE<sup>97</sup> dont la

<sup>92</sup> L'article 10 du traité prévoit : « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.* »

<sup>93</sup> L'article 336 de l'AUPSRVE dispose : « *Le présent acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties.* »

<sup>94</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.320.

<sup>95</sup> « *Attendu que l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, en son alinéa 1er, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public...* »

<sup>96</sup> « *...et en atténue les conséquences à l'alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques...* »

<sup>97</sup> Article 51 de l'AUPSRVE : « *Les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties.* »

substance est rappelée par la CCJA pour justifier sa compétence ne renferme, à priori, aucune ambiguïté assimilable à celle entourant les dispositions de l'article 30 du même AU. Et l'article 50 alinéa 1<sup>er</sup> <sup>98</sup> qu'il complète opère, expressément, le renvoi à la loi nationale de chaque Etat partie concernant la nature des biens susceptibles de saisie. La CCJA devrait, dès lors, se résoudre à tirer toutes les conséquences des imprécisions de ce texte. Pour ce faire, elle devrait s'approprier la thèse du renvoi implicite<sup>99</sup> en attendant une réécriture de l'article 30 <sup>100</sup>.

## **2. Une applicabilité du droit interne de chaque Etat partie comme palliatif de l'ambiguïté de l'article 30 de l'AUPSRVE**

L'incompétence de la CCJA invoquée dans l'affaire Société des Grands Hôtels est fonction du droit matériel applicable relativement aux entités devant bénéficier de l'immunité d'exécution<sup>101</sup>. En l'occurrence, la Cour était invitée à se déterminer entre deux positions. La première : admettre que les dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE imposent un renvoi au droit interne de la République Démocratique du Congo et se déclarer, en conséquence, incompétente. La seconde : à partir des seules dispositions de l'article susvisé, en déduire une liste de bénéficiaires de l'immunité d'exécution pour retenir sa

compétence. La Cour a, ainsi, adopté cette position telle que cela a été déjà démontré. En l'espèce, la matière litigieuse renvoie à deux types de normes : le droit interne des Etats et le droit uniforme. Certes la supranationalité du droit uniforme induit l'abrogation de dispositions de droit interne<sup>102</sup> mais faut-il que les deux ordres juridiques comportent des règles conflictuelles. Sous ce rapport, il convient de relever que le texte de l'article 30 de l'AU susvisé n'est pas rédigé de façon hermétique au point d'écarter l'application de règles de droit interne des Etats parties sur la détermination des bénéficiaires de l'immunité d'exécution. On noterait plutôt une coexistence pacifique entre ces différentes normes ou, à tout le moins, entre le droit communautaire OHADA et la plupart des législations des Etats parties. En cas de silence des actes uniformes sur certains points, le législateur national conserve la liberté d'y légiférer<sup>103</sup>. Ce faisant, il complète le droit uniforme. En outre, une telle démarche aura certainement l'avantage de lever l'équivoque sur la notion d'entreprise publique qui ne renvoie pas à une figure juridique unique. Elle peut s'entendre d'un organisme doté de la personnalité juridique, sous la forme de personne morale de droit public ou de droit privé, gérant une activité de production de biens ou de services<sup>104</sup>. Et la CCJA semble toujours utiliser, indifféremment, les notions de « personnes

<sup>98</sup> L'article 50 alinéa 1<sup>er</sup> de l'AUPSRVE prévoit : « *Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat partie.* »

<sup>99</sup> Dans ce cas, il sera question d'avoir une autre lecture de l'article 336 de l'AUPSRVE de manière à relativiser sa portée.

<sup>100</sup> OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, p.1002-1003. Commentaires Nd. DIOUF.

<sup>101</sup> Voir article 14 du traité de l'OHADA.

<sup>102</sup> Voir les articles 10 du traité et 336 de l'AUPSRVE de l'OHADA (voir *supra* notes n°90 et 91).

<sup>103</sup> Voir à ce propos, D. ABARCHI « La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), revue burkinabé de droit n°37, 1<sup>er</sup> semestre 2000, p.21 et s.

<sup>104</sup> Voir A. DELION, *Le droit des entreprises et participations publiques*, Paris LGDJ, 2003, p.29.

publiques », d' « établissement public », d' « entreprise publique »<sup>105</sup>.

D'ailleurs, dans l'espace OHADA, la notion d'entreprise publique a beaucoup évolué. Sous l'effet des programmes d'ajustements structurels, la catégorie des établissements industriels et commerciaux que l'on opposait à celle des établissements publics et administratifs a été transformée en catégorie de sociétés de droit privé. Ces sociétés exercent une activité industrielle et commerciale et sont, par conséquent, soumises aux règles de droit privé. A l'inverse, on a assisté à une disparition progressive des établissements industriels et administratifs dans beaucoup d'Etats membres<sup>106</sup>.

Aujourd'hui, la catégorie d'entreprise de droit public ayant presque disparu, la notion d'entreprise publique renvoie à une société sous la forme privée. C'est le cas des sociétés à capitaux publics : les sociétés d'Etat ou les sociétés d'économie mixte.

Au demeurant, l'applicabilité de la loi interne de chaque Etat membre devra, en la matière, dissiper la crainte des effets négatifs d'une variété de règles. Mieux cette crainte est à relativiser pour deux raisons.

D'une part, l'on vient de faire état du contenu quasi identique que les Etats membres, à travers leurs différentes législations, ont donné à la notion d'entreprise publique avec la mise en œuvre des politiques d'ajustement structurel. D'autre part, une application du droit interne de chaque Etat ne serait pas contraire à l'objectif d'harmonisation du droit tel qu'il a été énoncé dans le traité de l'OHADA<sup>107</sup>.

Aussi, aura-t-elle l'avantage de profiter, le cas échéant, aux créanciers à travers des aménagements au principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public ou des établissements publics<sup>108</sup>. Des ménagements que le législateur national pourrait bien prévoir à l'effet d'accélérer le paiement des dettes de l'administration<sup>109</sup>. Il peut s'agir, par exemple, de l'astreinte contre toute administration ou établissement public qui n'exécute pas une décision prononcée à son encontre par une juridiction statuant en matière administrative<sup>110</sup>. Cette mesure peut même être renforcée à travers un pouvoir général d'injonction susceptible d'être assorti d'astreinte reconnu au juge national<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, 2018, p.257 et s. G. NAHM-TCHOUGLI, *op.cit.*, revue africaine de Droit, d'Economie et de Développement, vol. 1, n°6, 2005, p.574 et s.

<sup>106</sup> C'est le cas du Cameroun (loi n° 2017/011, 12 juill. 2017 portant statut général des entreprises publiques) du Burkina Faso ( loi n° 25/99/AN, 16 nov. 1999, portant réglementation générale des sociétés à capitaux public, art. 2), du Togo (loi n° 90/26, 4 déc. 1990, portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques) du Sénégal (loi n°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique. Cette loi vise les sociétés anonymes à participation publique majoritaire.). Voir F.M. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.327.

<sup>107</sup> L'harmonisation est une technique souple de communautarisation du droit. Elle n'exclut pas fondamentalement des disparités entre les législations nationales.

<sup>108</sup> Ce sera pour réparer une injustice subie par les créanciers. L'administration qui fait, très souvent, recours à des mesures draconiennes pour recouvrer ces créanciers ne doit pas être à l'abri de contrainte lorsqu'elle devient débitrice.

<sup>109</sup> Le législateur sénégalais a, d'ailleurs, prévu des aménagements dans les lois de 1990 et 2002 (voir *supra* notes n°60 et 61).

<sup>110</sup> Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. (Disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>)

<sup>111</sup> Loi française du 8 février 1995 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. (Disponible sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>). Voir E. PICARD, « La loi du 8 février 1995, aspects administratifs. », JCP 1995. I.3840. En cas d'inexécution d'une décision de condamnation de l'administration, voir les articles L. 911-4 à L. 911-10 du Code de justice administrative. Voir L. Erstein., O. Simon, *L'exécution des*

Ce besoin de protection constitue, incontestablement, une réponse à la vulnérabilité des créanciers face à l'Etat<sup>112</sup>. A ce propos, l'ordre public impose, même, une prise en charge effective des intérêts de la partie la plus faible. Pourtant, les législations communautaires<sup>113</sup> ont de plus en plus tendance à soumettre l'Etat aux règles de droit privé. Et cette tendance ne s'observe pas encore à l'aune de la jurisprudence de la CCJA sur l'immunité d'exécution. Celle-ci est, plutôt, source d'incertitudes qui se concilient difficilement avec les objectifs d'intégration juridique et économique dans l'espace OHADA<sup>114</sup>.

## **B. Des incertitudes face à l'objectif de communautarisation du droit dans l'espace OHADA.**

Il n'est pas inutile de rappeler que l'OHADA, à travers ses institutions, vise à favoriser l'harmonisation du droit des affaires au sein des Etats membres par l'élaboration de règles communes simples et adaptées à la situation de leur économie. Dans l'espace OHADA, une organisation communautaire telle que l'UEMOA travaille aussi à améliorer la situation économique de ses membres. Elle a entre autres objectifs la réalisation d'un marché commun c'est-à-dire d'un grand marché unique regroupant l'ensemble des marchés nationaux des Etats membres. L'atteinte de cet objectif passe nécessairement par la

disparition progressive de toutes formes d'obstacles de nature à freiner les échanges commerciaux entre Etats membres. Ce processus est utilement complété par l'adoption de règles en matière de concurrence.

Ces règles de droit privé, qui forment le droit matériel de l'OHADA et de l'UEMOA, s'appliquent aux particuliers mais aussi aux entités publiques intervenant dans des sphères privées. Toutefois, il faut noter que la soumission de ces entités aux règles sur les voies d'exécution pose problème. En effet, l'état actuel de la jurisprudence de la CCJA sur l'immunité d'exécution des personnes publiques ne permet pas, à l'évidence, une bonne articulation des dispositions de l'AUPSRVE avec d'une part, celles d'autres Actes uniformes (1) et d'autre part, des dispositions du droit UEMOA (2).

### **1. Des risques d'incohérences avec d'autres Actes uniformes**

Il est vrai qu'à l'aune du dernier revirement noté dans sa jurisprudence, la CCJA semble reculer d'un pas dans sa conception rigide relativement à la détermination des bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Elle a, en effet, admis l'application de mesures d'exécution forcée à une société d'économie mixte<sup>115</sup>. Une telle position pourrait s'expliquer par un recul des fondements de l'immunité des personnes publiques constaté par la doctrine<sup>116</sup>. Mais,

*décisions de la juridiction administrative*, Paris, Berger-Levrault, 2000.

Pour une application de l'astreinte en droit sénégalais : CA Saint- Louis, Arrêt n° 45 du 18 décembre 2012, SENELEC C/ Gora Ndome et Oumar Niasse, inédit. Selon la Cour une astreinte « *en tant que telle, n'est pas une mesure d'exécution forcée, mais une pénalité infligée au débiteur récalcitrant ; qu'en conséquence elle peut être prononcée même si le débiteur est une société nationale ; qu'ainsi, c'est à tort que la SENELEC se prévaut de*

*l'immunité d'exécution prévue par l'article 194 du Code des Obligations Civiles et Commerciales* ». Cité par A. A. D. KEBE, *op. cit.*, revue Afrilex, mai 2015, note n°106.

<sup>112</sup> Y. BODIAN, *op.cit.* thèse UCAD 2012, p. 110 et s.

<sup>113</sup> De même que les législations nationales.

<sup>114</sup> Voir article 1<sup>er</sup> du traité de l'OHADA.

<sup>115</sup> Voir supra note n°25.

<sup>116</sup> J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, 2018, p.253 et s.

pour autant, la Cour n'a pas tiré toutes les conséquences de cette tendance. Au-delà de la société d'économie mixte, le sort d'autres entités publiques ou para publiques reste encore incertain quant au choix du droit applicable. Et rien ne s'opposerait à une soumission de ces autres entités aux voies d'exécution. Cela s'inscrirait dans une orientation du législateur OHADA qui cherche à promouvoir la participation d'entreprises publiques dans les sphères de droit privé avec toutes les contraintes s'y rapportant.

Pourtant, cette orientation se déduit clairement des dispositions de l'Acte uniforme sur les procédures collectives apurement du passif (AUPCAP) de l'OHADA sur le champ d'application des procédures collectives. En effet, il est prévu à l'article 1<sup>er</sup> -1 dudit AU que « Le présent acte uniforme est applicable...à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. ». On observe une quasi omniprésence de l'autorité judiciaire aux différentes étapes de la procédure collective quand bien même cette discipline aurait, à travers le concordat<sup>117</sup>, un soubassement contractuel. Cette omniprésence du juge assurant, ainsi, une soumission effective des différents acteurs à une discipline consacrée par la loi renseigne, à suffisance, sur le caractère contraignant des procédures collectives<sup>118</sup>.

C'est pourquoi, la matière est présentée comme le droit des procédures collectives d'exécution<sup>119</sup>.

Cette orientation du législateur OHADA dans l'AUPCAP devrait apparaître à travers les dispositions sur les voies d'exécution ou, à tout le moins, faire écho auprès de la CCJA dans sa fonction d'interprète du droit communautaire OHADA<sup>120</sup>. A ce titre, on peut s'étonner de constater qu'en matière de procédures collectives, cette haute juridiction communautaire ne s'oppose pas à l'application du droit interne d'un Etat partie alors même qu'aucun renvoi n'est opéré, du moins, expressément par le législateur OHADA dans ce sens. Précisément, en cas de difficultés de l'entreprise publique de nature à compromettre la continuation de son exploitation, l'Etat concerné peut, à la faveur d'une loi nationale, procéder à la nomination d'un administrateur provisoire<sup>121</sup>. Dans le même sillage, l'on peut noter les compétences des législateurs nationaux sur l'encadrement des mandataires judiciaires<sup>122</sup>.

En matière d'arbitrage, l'on serait tenté de dire que le problème se pose avec moins d'acuité. En effet, cette posture de « l'Etat justiciable » apparaît à travers les dispositions de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA)<sup>123</sup>. Ce texte couvre, par une formule assez générale, toutes les personnes morales

<sup>117</sup> Voir les articles 7et 27 de l'AUPCAP de l'OHADA.

<sup>118</sup> Même le besoin de sauvetage de l'entreprise débitrice peut expliquer le caractère contraignant de la procédure collective. Voir à ce propos F. M. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p. 318.

<sup>119</sup> J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, 2018, p.255 et s.

<sup>120</sup> Voir l'article 14 du traité de l'OHADA.

<sup>121</sup> OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, p.1132. Commentaires F.M. SAWADOGO.

<sup>122</sup> Au Sénégal, voir le décret n°2016-570 du 27 avril 2016 relatif au statut des mandataires judiciaires pris en

application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (J.O n° 6931 du jeudi 28 avril 2016). Voir également l'arrêt ministériel n°7934 en date du 31 mai 2016 relatif au barème de rémunération des mandataires judiciaires pris en application du décret n°2016-570 du 27 avril 2016 (J.O n°6937 du jeudi 02 juin 2016).

<sup>123</sup> L'article 2 de l'AUA dispose « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les Etats, les autres collectivités publiques territoriales, les établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat, sans pouvoir invoquer

de droit public à fortiori celles qui sont soumises aux règles de droit privé. Dès lors, la forme juridique ne constitue pas, à priori, un critère de participation de l'Etat à l'arbitrage. De même, le législateur OHADA permet à la CCJA d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage<sup>124</sup> sans recourir au droit interne de l'Etat partie<sup>125</sup>. Il s'agit d'une tendance contemporaine de l'arbitrage international privé, favorisant la participation de l'Etat dans les sphères de droit privé, confirmée en droit OHADA.

Toutefois, cette tendance ne s'observe pas clairement en cas de condamnation de l'Etat par un tribunal arbitral<sup>126</sup>. Il est vrai que la qualité de contractant de l'Etat, en matière d'arbitrage, implique nécessairement une renonciation à une immunité de juridiction<sup>127</sup> mais cette immunité emporte-t-elle renonciation à une immunité d'exécution ? Cette question n'a pas encore trouvé de réponse en droit OHADA<sup>128</sup> nonobstant la proposition de la doctrine pour une levée de l'immunité d'exécution sous l'effet d'une renonciation à une immunité de juridiction<sup>129</sup>. Ainsi, on relève une désarticulation ou, à tout le moins, une désharmonie entre la législation sur les voies d'exécution et le droit de l'arbitrage.

---

*leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage.* »

<sup>124</sup> Cette compétence peut s'expliquer par une garantie du respect de l'Etat de droit.

<sup>125</sup> L'article 4 de l'AUA dispose : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique. Les parties ont toujours la faculté, d'un commun accord, de recourir à l'arbitrage, même lorsqu'une instance a déjà été engagée devant une juridiction étatique.* »

Sur l'abrogation des dispositions de droit internes contraires, voir les arrêts de la CCJA n°103/2015 du 15 octobre 2015 et 105/2015 du 15 octobre 2015. (OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, p.150. Commentaires P. MEYER).

<sup>126</sup> Pour la détermination de la nature des biens saisissables, compte tenu du caractère délicat de la

Concrètement, une sentence arbitrale, même exécutée, portant condamnation d'une personne publique risque de ne pas profiter, de manière efficiente, au créancier lorsque son cocontractant n'est pas soumis aux voies d'exécution. Et pourtant ce risque pouvait être écarté par la CCJA à travers une orientation jurisprudentielle claire dans le sens d'une soumission de toutes les personnes publiques, devenues justiciable par une renonciation à leurs prérogatives exorbitantes du droit commun, aux voies d'exécution.

Enfin, ce risque d'incohérence est susceptible d'impacter négativement les politiques économiques des Etats membres compte tenu de l'attractivité de l'arbitrage pour les investisseurs internationaux. Ce risque est, aussi, perceptible par rapport aux incohérences entre les dispositions sur l'immunité d'exécution et le droit UEMOA.

## 2. Des risques d'incohérences avec le droit communautaire de l'UEMOA

Il a été relevé que la CCJA utilise, sans grande précaution, la notion d'entreprise

question, il y a un renvoi au droit interne de chaque Etat partie. En l'occurrence, il n'est pas question de saisir les biens nécessaires au fonctionnement des services publics. On distingue, ainsi, les immunités réelles des immunités personnelles.

<sup>127</sup> Sur l'immunité de juridiction, voir F. M. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.312 et s.

<sup>128</sup> Mais la jurisprudence française en a déduit une renonciation implicite. Voir Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 6 juill. 2000, Creighton c/ Qatar, JCP 2001, éd. E, 223, note KAPLAN et CUNIBERTI. Dans cet arrêt, la Cour estimait que « *l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 de la Chambre de commerce internationale impliquait la renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution* »

<sup>129</sup> J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, 2018, p.261.

publique<sup>130</sup>. Or les contours de cette notion méritent d'être précisés. S'il est vrai que l'entreprise est une réalité strictement économique échappant<sup>131</sup>, normalement, à l'emprise du droit<sup>132</sup>, il faut, tout de même, convenir qu'elle commande l'applicabilité des normes communautaires<sup>133</sup>. Précisément, l'entreprise présentée sommairement comme une entité créatrice de richesse renvoie à la nature de l'activité exercée qui doit tendre vers la recherche de profit. C'est ce critère matériel qui serait mis en avant par des organes communautaires tels que l'OHADA<sup>134</sup> et l'UEMOA pour la soumission de l'Etat aux règles privées du droit de la concurrence<sup>135</sup>. En cette matière, l'entreprise est définie comme « une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, exerçant une activité économique, à titre onéreux, de manière durable, indépendamment de son statut juridique, public ou privé, et de son mode de financement, et jouissant d'une autonomie de décision. Ainsi, au sens des règles de l'union, les entreprises peuvent être des personnes physiques, des sociétés civiles ou commerciales ou encore des entités juridiques ne revêtant pas la forme

d'une société »<sup>136</sup>. Cette définition en droit communautaire UEMOA postule donc une conception large de la notion d'entreprise<sup>137</sup>.

Cette conception permet de détacher la nature de l'activité d'autres critères tels que le statut ou la forme de l'entité entrepreneuriale<sup>138</sup>. Seule la nature de l'activité doit justifier l'application des règles de droit privé en matière de concurrence<sup>139</sup>. Une telle conception est conforme au besoin de restreindre les prérogatives exorbitantes de droit commun de l'Etat qui entend intervenir dans les sphères de droit privé en tant qu'acteur<sup>140</sup>. En ce cas, il doit se soumettre aux lois du marché<sup>141</sup>. Ce qui constitue une garantie du libre jeu de la concurrence avec comme corollaire le traitement égalitaire de tous les acteurs économiques, y compris l'Etat, et la protection de la propriété privée<sup>142</sup>. Aussi, ce principe du libre jeu de la concurrence est-il le prolongement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie érigé, par la jurisprudence, en principe général du droit<sup>143</sup> et, aujourd'hui, élevé au rang de norme à valeur constitutionnelle par la plupart des Etats membres de l'OHADA<sup>144</sup>. A cet égard, des Etats membres, pour rendre

<sup>130</sup> Même si des critères de définition ont été dégagés dans son arrêt du 18 mars 2016.

<sup>131</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Manuel Droit des sociétés*, 20<sup>e</sup> éd. Paris Litec, p.9.

<sup>132</sup> L'entreprise est une réalité économique qui saisit la science juridique à travers des disciplines telles que le droit du travail, le droit fiscal etc.

<sup>133</sup> J.-M. BELORGEY, « Service public et droit communautaire », op.cit., p. 35.

<sup>134</sup> Dans le préambule du traité de l'OHADA, il est fait référence à l'activité des entreprises.

<sup>135</sup> Même solution en droit communautaire européen. G. ECKERT, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Liber amicorum J. Waline, Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, pp. 216-218.

<sup>136</sup> Voir Annexe n° 1 au Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

<sup>137</sup> Elle est inspirée de la définition dégagée dans l'arrêt Höfner. CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, Rec. I, p. 1979.

<sup>138</sup> A. A. D. KEBE, op. cit, revue Afrilex, mai 2015, p.11.

<sup>139</sup> Règlement n° 2/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

<sup>140</sup> L'entreprise publique est nécessairement sous la forme de personne morale.

<sup>141</sup> Mb. NGOM, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : Le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Thèse, UGB de Saint-Louis, juin 2007, p. 223.

<sup>142</sup> A. A. D. KEBE, op. cit, revue Afrilex, mai 2015, p.11.

<sup>143</sup> CE français, 28 octobre 1960, Martial De LABOULAYE, Lebon, p.570.

<sup>144</sup> A. GADJI, « L'économie dans les nouvelles constitutions des Etats d'Afrique francophone », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice

les entreprises plus compétitives<sup>145</sup>, ont décidé de modifier leurs législations dans ce sens<sup>146</sup>. En effet, la protection immunitaire des entreprises publiques constitue un obstacle à la concurrence et favorise même la mauvaise gestion des entreprises publiques<sup>147</sup>.

Nonobstant la solidité des fondements d'une application des règles de droit privé de l'Etat, la CCJA semble privilégier le critère tenant à la forme de l'entreprise pour sa soumission aux voies d'exécution ; même si, à la lumière des observations précédentes, cette position est moins perceptible dans sa jurisprudence du 26 avril 2018<sup>148</sup>. Pour s'aligner sur la logique du droit communautaire en général, la formulation de l'alinéa 2 de 30 de l'AUPSRVE lui impose pourtant une interprétation dans ce sens ; étant entendu que ce texte semble utiliser, indistinctement, et à tort<sup>149</sup>, les critères organique et matériel définitoires de la personne publique.

Seule une prise en compte effective du critère matériel permettrait à la CCJA de ratisser large par une inclusion de toutes les entreprises publiques exerçant une activité

privée dans le domaine des entités devant être soumises aux voies d'exécution. Ce faisant, la CCJA serait parvenue à mettre en cohérence le droit communautaire de l'UEMOA et les dispositions de l'OHADA en matière d'immunité d'exécution. Et une telle orientation aurait un double avantage. D'une part, elle pourrait bien profiter aux créanciers qui auraient, désormais, la possibilité de contraindre l'Etat. D'autre part, ce pouvoir de contraindre la personne publique serait bien circonscrit. Il ne serait pas absolu. En effet, l'Etat aura toujours la latitude d'indiquer les biens pouvant faire l'objet de saisie conformément à l'article 51 de l'AUPSRVE qui opère, en la matière, un renvoi au droit interne de chaque Etat partie. Au surplus, cette disposition permet aux créanciers de la personne publique bénéficiaire de l'immunité d'exécution d'obtenir paiement par compensation<sup>150</sup>, alors qu'en droit communautaire UEMOA la compensation des dettes publiques est interdite. En effet, le principe de l'universalité budgétaire impose une inscription, au budget des organismes publics, dans leur montant brut, de toutes leurs recettes et dépenses corrélatives<sup>151</sup>.

AHANHNZOGLELE, Editions Harmattan, 2014, p. 772. Cité par A. A. D. KEBE, *op. cit.*, revue Afrilex, mai 2015, p.11.. La liberté d'entreprendre est consacrée par l'article 8 de la Constitution du Sénégal.

<sup>145</sup> Sur le besoin de compétitivité des entreprises publiques, voir Mb. NGOM, « L'esprit du droit économique africain », *Annales africaines*, (FSJP-UCAD) décembre 2015, volume 2, n°5, p.47 à 49.

<sup>146</sup> Avec les mesures d'ajustement structurel, des Etats s'étaient engagés à transformer leurs sociétés en entités de droit privé. Voir à ce propos, F. M. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.329 et s. La société Togo Télécom est une société de droit togolais « issue de la scission de l'Office des postes et télécommunications en deux sociétés d'Etat opérée par le décret 96-22/PR du 28 février 1996, régies par la loi portant cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques. Si les statuts de Togo Télécom font simplement état de société d'Etat, ceux de 2001, qui ont été mis en harmonie avec les dispositions de l'OHADA, en l'occurrence l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC GE), font état de société anonyme d'Etat avec conseil d'administration... »

<sup>147</sup> Exposé des motifs de la loi sénégalaise 2002-12 du 15 avril 2002 (voir supra note n°60).

<sup>148</sup> Dans l'affaire des Grands Hôtels du Congo, a été démontré que la nature privée de l'activité se déduit de la forme sociale de la société poursuivie : une société d'économie mixte.

<sup>149</sup> Il a été déjà relevé que la notion d'entreprise est une réalité strictement économique.

<sup>150</sup> Sur l'admission du paiement par compensation, voir CA Dakar, arrêt n°138 du 13 avril 2012, société holding KEBE SA c/ Etat du Sénégal, Sonatel, Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar en matière civile et commerciale, 2013, vol.1. p.200. Pour une application de la compensation, voir Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé du 29 juillet 2009 : Société Holding KEBE SA / DGID, inédit.

<sup>151</sup> Directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA. Voir Y. Bodian, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, UCAD, 2012, pp. 135-146. Voir également A. A. D. KEBE, *op. cit.*, revue Afrilex, mai 2015, p.13 et s.

Cette coexistence de normes contradictoires confirme, en l'occurrence, la nécessaire mise en cohérence du droit OHADA avec les dispositions de l'UEMOA. Elle constitue, aussi, un risque réel de conflit entre juridictions communautaires<sup>152</sup>.

## Conclusion

L'inventaire de la jurisprudence de la CCJA sur l'immunité d'exécution repose sur un postulat: l'ambiguïté des règles applicables<sup>153</sup>. Le revirement de la CCJA dans sa jurisprudence, à travers l'arrêt du 28 avril 2018, en atteste. Il renseigne, à l'évidence, sur la nécessité d'interpréter ces règles<sup>154</sup>. Par une nouvelle lecture des alinéas 1 et 2 de l'article 30 de l'AUPSRVE, la Cour a abandonné sa conception absolutiste de l'immunité d'exécution des personnes publiques. Les sociétés d'économie mixte ne sont plus bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

Cette nouvelle orientation de la jurisprudence de la CCJA est salutaire pour les créanciers qui pourront, désormais, pratiquer des saisies sur des biens appartenant à une entreprise sociétaire avec une participation de l'Etat au capital. Toutefois, des incertitudes subsistent. La portée de cette orientation serait limitée en ce qu'elle ne concernerait pas toutes les entreprises publiques alors que la CCJA en réaffirmant sa compétence, en la matière, reste la seule autorité habilitée à surmonter l'ambiguïté des dispositions applicables aux immunités.

C'est pourquoi, nous pensons que ce revirement est un acquis bien modeste face à l'objectif d'ouverture des économies nationales à la concurrence dans un contexte de mondialisation<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> D. ABARCHI, *op.cit.*, revue burkinabé de droit n°37, 1<sup>er</sup> semestre 2000, p.16 et s.

<sup>153</sup> Une ambiguïté relevée par la doctrine. Voir J.M. TCHKOUA, *op. cit.*, in mélanges en l'honneur du professeur Filiga Michel SAWADOGO, *Les horizons du droit OHADA*, 2018, p.252 et s. Voir également M.F. SAWADOGO, *op. cit.* Penant, n° 860, juil.-sept. 2007, p.320.p.331 et s.

<sup>154</sup> Etant entendu qu'en droit « *il est interdit d'interpréter des textes qui sont clairs et précis au risque de les dénaturer.* »

<sup>155</sup> Voir OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, p.9. Avant-propos Marie-Eugène LAPORTE-LEGEAIS.