

Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ?

par Désiré-Cashmir KOLONGELE EBERANDE

**Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Professeur aux Universités de Kinshasa et Catholique du Congo
Directeur du Centre d'Expertise juridique et d'actualités en droit des affaires (CEJADA)
E-mail : eberandkolon@yahoo.fr**

Les personnes publiques et les entreprises publiques sont des entités qu'on ne présente plus en droit congolais, tant est immense leur activité. Les secondes constituent le mode d'interventionnisme de l'Etat et des collectivités publiques dans le secteur économique, industriel et commercial¹, alors que les premières désignent plus spécialement les institutions publiques dotées de la personnalité juridique² assumant une mission de service public ou d'intérêt général. Pour déterminer les personnes publiques, suggère la doctrine³, il faut se référer au droit interne de chaque Etat. Pour ce qui est de la RDC, les personnes publiques sont l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics (infra, n° 23 et s.), ceux-ci se présentant comme mode d'organisation de l'action publique⁴. Quant aux entreprises publiques, elles ont connu, en RDC, le phénomène de *sociétatisation* depuis la réforme de juillet 2008 (infra, n°).

A l'instar de toutes personnes morales, les entreprises et personnes publiques disposent d'un patrimoine distinct dont l'origine et l'importance restent très variables (biens mis à leur disposition par l'Etat au moment de leur création, acquisitions à titre onéreux en cours de vie sociale, transfert de propriété par une autre personne publique ou privée, etc.). Ce patrimoine comprend un actif composé notamment des propriétés mobilières et immobilières et un passif composé des dettes, notamment celles contractées par ces entités à l'occasion de leur activité, ce qui les rend débiteurs vis-à-vis des tiers créanciers. Se pose alors la question de savoir si le créancier de ces entités peut, pour les contraindre à s'exécuter

¹ Pour plus de détails sur l'importance des entreprises publiques en RDC, v. Lukombe Nghenda, *Droit des entreprises publiques, né de la réforme du 7 juillet 2008*, Kinshasa, PFDUC, 2009, n° 1 et s., p. 5 s. ; Masamba Makela, *Droit économique congolais*, Brux., Academia-Bruylant, 2006.

² Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association Henri Capitant, 2009, p. 680.

³ Kuate Tameghé, *La protection du débiteur du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 344 s. ; Du Bois de Gaudusson J., « Identification des entreprises publiques », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. XII, EJA, NEA 1982, pp. 201 s.

⁴ Voy. *Les établissements publics*, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 15 octobre 2009, Paris, éd. La Documentation française, 2010, p. 5.

en cas de manquement à leurs obligations ou pour se prémunir contre l'organisation de leur insolvabilité, recourir aux procédures d'exécution forcée et aux mesures conservatoires prévues par l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) qui est applicable en RDC depuis le 12 septembre 2012, date de l'entrée en vigueur du droit OHADA dans ce pays. Pour répondre à la question susdite, il faut partir du principe de la saisissabilité des biens du débiteur.

Le principe de poursuite du débiteur : tout débiteur peut être saisi. Il est de règle admise en droits congolais, OHADA et comparé selon laquelle le créancier peut saisir les biens de son débiteur défaillant pour le contraindre à exécuter ses obligations, qu'il s'agisse d'un créancier hypothécaire, privilégié ou simplement chirographaire. C'est là un de principes fondamentaux incontestés du droit civil et qui constitue la pierre angulaire de la théorie générale de l'obligation⁵. C'est une conséquence de la théorie du patrimoine et de la corrélation qui existe entre l'actif et le passif. Cette théorie du patrimoine trouve son fondement dans l'article 245 de la loi congolaise n° 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés telle modifiée et complétée par la loi n° 80-008 du 18 juillet 1980 qui dispose que « tous les biens du débiteur, présents et à venir, sont le gage commun de ses créanciers ... ». L'art 28, al. 1^{er} de l'AUPSRVE abonde dans le même sens en disposant qu'« à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits ». C'est au demeurant en ayant aperçu cela que les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont élevé le droit à l'exécution du créancier au rang de droit fondamental, en 1997, en le rattachant au droit au procès équitable. En combinant les deux textes précités, l'on aurait dû logiquement conclure que l'exécution forcée qui recouvre l'ensemble des voies de droit offertes à un créancier pour venir à bien de la résistance de son débiteur⁶, s'applique à toutes les personnes (publiques ou privées) tenues par une dette, qu'elles l'aient contractée directement ou qu'elles soient tenues par l'effet d'une solidarité. Pourtant, dans la réalité, le droit OHADA (qui s'est inspiré sur ce point, sous réserves de quelques nuances, du droit comparé) a pris en compte la protection de l'intérêt général pour soustraire les personnes et

⁵ Therry Ph., « Saisissabilité et limites », in Acte du Colloque du 9 juillet 2001 sur le "10^e anniversaire de la loi du 9 juillet 1991 sur la réforme des procédures civiles d'exécution", Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2002, p. 61 (pp. 61-69).

⁶ Leborgne A., « Rapport introductif », Acte du Colloque sur "Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et Evolutions", par Leborgne A., Putman E. (dir.), Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2009, pp. 1-9, n° 1.

entreprises publiques de l'exécution forcée en leur faisant bénéficier de l'immunité d'exécution qui s'érige qui apparaît comme un véritable obstacle aux voies d'exécution contre les entités bénéficiaires.

Protection de l'intérêt général par les immunités d'exécution. Il est généralement admis que certains débiteurs ne peuvent être saisis lorsqu'ils bénéficient exceptionnellement d'une interdiction de saisie qui peut être *temporaire* (notamment dans le cas des débiteurs faisant l'objet de procédures collectives)⁷ ou *permanente*. Les interdictions permanentes correspondent aux ***immunités d'exécution*** qui sont liées à la personne. Les immunités d'exécution peuvent être définies comme un privilège personnel que la loi accorde à certains débiteurs pour les soustraire à toute mesure d'exécution. Elles font échapper le débiteur bénéficiaire, en raison de sa qualité, à toute mesure d'exécution forcée ou conservatoire sur ses biens, faisant par la même occasion soustraire lesdits biens au gage général des créanciers et les rendant ainsi insaisissables : si le débiteur n'exécute pas spontanément sa dette, il ne peut pas y être contraint⁸. C'est ce qui ressort de l'article 30, al. 1^{er} de l'AUPSRVE qui dispose que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution⁹ ». Comme on le voit, les immunités d'exécution « paralysent matériellement le droit à l'exécution forcée », « interdisent au créancier de faire usage de son droit à l'encontre de celui qui en est le bénéficiaire ». Au final, elles s'érigent en un obstacle insurmontable qui peut mettre en péril la sécurité juridique¹⁰. En d'autres termes, les voies d'exécution (mesures conservatoires comprises) butent sur l'impossibilité strictement personnelle constituée d'immunité d'exécution¹¹. C'est la raison pour laquelle les ***immunités d'exécution sont nécessairement légales et exceptionnelles***. Car, tout débiteur qui en bénéficie, jouit de l'insaisissabilité sur l'ensemble de ses biens, ce qui

⁷ Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles un débiteur est soustrait aux poursuites individuelles de ses créanciers pendant un temps déterminé, qui emporte suspension ou interdiction de toutes les procédures civiles d'exécution. Elles sont généralement justifiées par le souci de protéger le débiteur. Il en est ainsi en cas d'ouverture de procédures collectives. A cet effet, l'article 75 de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose que « *la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur*. La suspension des poursuites individuelles s'applique également aux créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale ... ».

⁸ Perrot R., Théry Ph., *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 194, p. 194 ; Hoonakker Ph., *Procédures civiles d'exécution. Voies d'exécution – Procédures de distribution*, Orléans, Editions Paradigme, 2010, n° 47, p. 23.

⁹ Cette disposition est une reproduction intégrale de l'article 1^{er}, al. 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution qui est en réalité une consécration d'une construction façonnée par la jurisprudence.

¹⁰ Laborgne A., « Rapport introductif », art. préc., n° 4, p. 5.

¹¹ Brenner Cl., *Voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2009, n° 59, p. 33.

la différence de l'insaisissabilité qui ne frappe que certains biens qui doivent être définis, suivant l'article 51 AUPSRVE, par chacun des Etats parties. Les immunités d'exécution sont donc justifiées par des considérations d'intérêt général. En droit OHADA, elles bénéficient aussi bien aux personnes publiques (I) qu'aux entreprises publiques (II).

I. L'IMMUNITÉ D'EXECUTION DES PERSONNES PUBLIQUES

En droit moderne, est consacrée l'immunité d'exécution personnelle sur le plan international, au profit des personnes morales étrangères de droit public¹² et des agents diplomatiques (A), et sur le plan interne, en faveur des personnes morales de droit public (B).

A. Inapplication des voies d'exécution en droit international

Dans l'ordre international, les Etats étrangers, leurs chefs et souverains, leurs agents diplomatiques et consulaires, parfois même les banques centrales et autorités monétaires étrangères¹³, et les Organisations internationales bénéficient de l'immunité d'exécution (1°). Une telle immunité trouve sa source dans les règles du droit international et se fonde sur le respect de la souveraineté étrangère et la sauvegarde des biens indispensables à l'exercice des activités de puissance publique ou régaliennne des Etats et à la sauvegarde de l'indépendance des Organisations internationales. Cependant, l'immunité d'exécution des Etats étrangers et des Organisations internationales, qui pendant longtemps, ne souleva guère de problèmes, est devenue la source d'un important contentieux qui s'explique notamment par le fait que les Etats exercent de plus en plus des activités privées (civiles, commerciales ou industrielles) distinctes de leurs prérogatives de puissance publique, à l'occasion desquelles ils peuvent devenir débiteurs (achat et vente de produits miniers, pétroliers ou agricoles, etc.). C'est dans ce contexte que la jurisprudence, notamment celle française, et le législateur de certains pays, notamment anglais, ont été amenés à apporter de nombreuses limites au principe d'immunité

¹² Cécile Robin, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Magnard-Vuibert, 4^e éd., 2009, n° 66, p. 56 note à ce propos un cas pour une analyse en droit communautaire, CJCE, 14 déc. 2004, *D.* 2005, p. 1603, obs. P. Julien. Une saisie-arrêt conservatoire pratiquée entre les mains de la Commission des Communautés sur des sommes dues à un Etat ne peut être autorisée par la Cour de Justice des Communautés européennes parce qu'elle serait susceptible d'affecter le fonctionnement de la politique commune de la pêche, et de perturber les relations de la Communauté avec ce pays tiers dans le domaine de la pêche. En effet, une mesure de contrainte ou de saisie peut être pratiquée uniquement si elle est autorisée par la Cour qui vérifie que la mesure envisagée ne risque pas d'entraver le fonctionnement et l'indépendance des Communautés européennes.

Un Etat conserve son immunité d'exécution bien qu'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies l'ait mandaté de régler ses dettes (Civ. 1^{re}, 25 avril 2006, *Dr. et procéd.* 2006, p. 286, obs. Cuniberti).

¹³ En droit français, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie a introduit un article L. 153-1 dans le Code monétaire et financier qui a consacré l'immunité d'exécution des banques centrales étrangères.

d'exécution des personnes publiques internationales (2°). Ces solutions inspireront le juge de l'espace OHADA, en particulier celui congolais qui, par emprunt légitime, aura à les appliquer en vertu de l'ordonnance administrative du 14 mai 1887 approuvée par le décret du 12 novembre 1886 posant les principes à suivre dans les décisions judiciaires. L'article 1^{er} de ce texte congolais dit que « quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ».

1° Le principe de l'immunité d'exécution en droit international

Principe de l'immunité d'exécution. Le principe d'immunité de juridictions et celui d'immunité d'exécution sont solennellement affirmés par les règles du droit international public au profit des Etats étrangers (et de leurs agents diplomatiques et consulaires) ainsi que des organisations internationales, ces deux entités constituant les personnes publiques internationales par excellence. Alors que l'immunité de juridiction fait obstacle à ce que ces entités soient attirées devant les juridictions nationales, l'immunité d'exécution empêche que soient engagées sur leurs biens des procédures d'exécution forcée¹⁴. Ces deux immunités sont autonomes l'une par rapport à l'autre, tant par la nature des principes mis en jeu, à savoir l'incompétence de la juridiction nationale pour l'immunité de juridiction, que par leurs applications, à savoir l'exécution d'une décision de justice sur des biens de l'Etat, étranger ou national, pour l'immunité d'exécution qui va empêcher leur saisie. L'immunité de juridiction se pose à l'étranger pour l'Etat national et au plan interne pour l'Etat étranger tandis que l'immunité d'exécution se pose tant à l'étranger que sur le plan interne. A dire vrai, l'immunité d'exécution présente tout son intérêt lorsque l'absence de l'immunité de juridiction a permis la condamnation d'une personne publique et d'obtenir ainsi contre elle un titre exécutoire qu'il s'agit de mettre en œuvre¹⁵.

Le principe veut que l'immunité d'exécution mette à l'abri tout Etat, national ou étranger, de toute mesure d'exécution forcée sur ses biens lorsqu'un tribunal, national ou étranger, a reconnu un droit à son encontre au profit d'une partie. Cette immunité a pour conséquence de faire obstacle à toute mesure d'exécution forcée et à toute mesure conservatoire sur les biens,

¹⁴ Dupuy P.-M., Kerbrat Y., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2012, n° 128, p. 143.

¹⁵ Filiga Michel Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Ohadata* D-07-16, p. 5 s.

quelle qu'en soit la nature (biens matériels, meubles et immeubles, deniers et créances), qui appartiennent à un Etat étranger, à une organisation internationale ou aux fonctionnaires qui en dépendent et auxquels est étendue l'immunité d'exécution. De ce fait, les biens que possèdent les Etats étrangers ou les organisations internationales sur le territoire d'un autre Etat, ne pourront faire l'objet d'aucune mesure portant atteinte à leurs droits d'en disposer librement¹⁶. Les Etats étrangers sont donc en droit de s'opposer à ce qu'un de leurs biens (même ceux incorporels) fasse l'objet d'une voie d'exécution : mesure d'exécution proprement dite, ou mesure conservatoire¹⁷. C'est ainsi que l'immunité d'exécution a pu être opposée à la saisie-arrêt pratiquée sur la créance d'un Etat étranger¹⁸. Dès lors, du moins quand ils sont pris en leur qualité de débiteur et non point de tiers saisi, toute mesure d'exécution opérée au mépris de cette immunité serait frappée de nullité. En revanche, le créancier qui, pour cette raison, se trouve empêché de procéder au recouvrement de sa créance, est en droit d'obtenir une indemnité de l'Etat si l'immunité résulte d'un accord de siège¹⁹.

Bénéficiaires de l'immunité d'exécution. S'agissant des bénéficiaires de l'immunité d'exécution, il convient de noter qu'en droit international, la qualité de la personne demeure déterminante²⁰. Lorsque le débiteur est un Etat étranger ou une Organisation internationale, l'immunité d'exécution est la règle²¹ : aucun bien lui appartenant ne peut être saisi, à moins qu'il ne renonce expressément à ce privilège. Cette immunité profite aussi aux chefs d'Etats étrangers ou à leurs souverains, à leurs agents diplomatiques, ambassadeurs, ministres plénipotentiaires, ainsi qu'à leurs subordonnés²². L'immunité d'exécution couvre également les disponibilités monétaires des Etats étrangers dans des banques mêmes privées. On signalera à ce propos que la loi française du 26 juillet 2005 a introduit un article L 153-1 dans le Code monétaire et financier qui prévoit une immunité d'exécution en prescrivant l'insaisissabilité des « biens de toute nature, notamment les avoirs de réserve de change que les banques centrales ou les autorités monétaires étrangères détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'Etat ou des Etats étrangers dont elles relèvent ». Quant aux organismes publics étrangers, à la différence des Etats étrangers, la règle de principe est qu'ils

¹⁶ Idem, n° 130, p. 147.

¹⁷ Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8^e éd., 2004, n° 326, p. 231.

¹⁸ Par ex. Cass. civ. 11 févr. 1969, *JDI* 1969.923, note Kahn ; *Rev. crit. DIP* 1970.98, 2^e esp., note Bourel.

¹⁹ CE, 29 oct. 1976, *Cts Burgat*, *JCP* 1977.II.18606, note Jullien-Laferrrière ; voy. égal. Perrot R., Théry Ph., *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 199, p. 208.

²⁰ Théry Ph., « Saisissabilité et limites », art. préc., p. 62.

²¹ Même, a-t-il été jugé, si cet Etat n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance internationale (Cass. civ., 2 nov. 1971, *JCP* 1972.II.16969, note Ruzié).

²² Filiga Michel Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », art. préc., p. 8.

ne sont pas admis à se prévaloir de l'immunité d'exécution dès lors du moins qu'il ne s'agit pas d'une « émanation » de l'Etat étranger, mais d'un organisme distinct de l'Etat dont l'activité principale est une activité de droit privé²³. Dans ce cas, le créancier peut procéder à une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire, mais il est doublement limité. Seul le créancier de l'organisme lui-même peut procéder à des mesures d'exécutions, et uniquement sur les biens qui sont compris dans le patrimoine de l'organisme et affectés à la réalisation des activités privées.

Sources des immunités d'exécution en droit international. Les règles régissant les immunités des Etats en droit international sont principalement d'origine coutumière, contrairement aux règles régissant les immunités diplomatiques et consulaires qui découlent des textes conventionnels. Les immunités des Etats étrangers constituent un principe non écrit qui peut néanmoins faire l'objet d'une codification par tels ou tels Etats. A preuve, la Convention européenne sur l'immunité des Etats, signée à Bâle en 1972 et entrée en vigueur en 1976, impose à tout Etat contractant l'obligation de donner effet aux jugements rendus contre lui par les tribunaux d'un autre Etat contractant et prévoit les cas dans lesquels un Etat ne peut invoquer son immunité de juridiction ou d'exécution. Par ailleurs, la codification internationale des immunités a finalement vu le jour dans une convention de l'ONU du 7 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens²⁴. En RDC, l'immunité d'exécution des Etats étrangers a pour principale source la coutume internationale qui admet cette immunité sous la condition de l'exercice d'une activité de souveraineté. Quant aux immunités diplomatiques et consulaires, elles ont une base conventionnelle. Pour les premières, l'immunité d'exécution des diplomates (ambassadeurs, conseillers et attachés d'ambassade) est fondée sur la Convention de Vienne du 18 avril 1961, entrée en vigueur le 24 avril 1964²⁵. On relèvera notamment l'alinéa 3 de l'article 22-1 de ce texte qui prescrit que « les locaux de la mission, leur ameublement et les objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, saisie ou mesure d'exécution ». L'article 31 étend l'immunité aux diplomates eux-mêmes dans la mesure où il est prévu qu' « aucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard de l'agent », et que sa demeure privée, ses documents, sa correspondance et ses biens jouissent

²³ Cass. civ. 1^{er}, 1^{er} oct. 1985, *JCP* 1986.II, n° 20566, concl. Gulphe et note Synvet.

²⁴ La convention a été ouverte à la signature le 17 janvier 2005 et l'est restée jusqu'au 17 janvier 2007. Sur ce texte, v. Pingel-Lenuzza I., « Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », *JDI* 2005. 1045 s ; lire aussi, Gutmann D., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2007, n° 285, p. 245.

²⁵ Pingel-Lenuzza I., note sous Paris, 10 août 2000, *JDI* 2001-1, p. 123 et s.

de la même protection que ceux de la mission. Pour les agents consulaires, leur immunité d'exécution est fondée sur la Convention de Vienne du 24 avril 1963, entrée en vigueur le 19 mars 1967. Contrairement à l'immunité d'exécution des agents diplomatiques qui semble absolue dans la mesure où elle joue pour tous les rapports juridiques, même étrangers aux fonctions diplomatiques, la Convention de 1963 susdite a institué une immunité d'exécution au profit des consuls, mais uniquement pour les seuls actes liés à l'exercice de leurs fonctions²⁶.

Raisons d'être de cette immunité d'exécution en droit international. En règle générale, les immunités des Etats étrangers s'expliquent, tant par les exigences de la courtoisie internationale et les règles du droit international public²⁷ que par la nécessité de ne pas faire obstacle au développement des relations diplomatiques. Cette vision a évolué avec le temps, l'immunité de juridiction et celle d'exécution des Etats reculant quelque peu en raison du développement d'une activité économique étatique dépassant les seules fonctions de puissance publique.

Tout d'abord, l'immunité d'exécution des Etats étrangers est fondée sur le respect de la souveraineté étrangère et de l'indépendance de ceux-ci et des organisations internationales, ce qui justifie la sauvegarde des biens indispensables à l'exercice des activités de puissance étrangère. Parce qu'ils sont souverains et égaux, les Etats ne sauraient être généralement soumis, sans leur consentement, aux voies de droit d'un Etat (« *par in parem jurisdictio non habet* »). Ils bénéficient pour cette raison d'immunités qui, comme l'a souligné la Cour internationale de Justice en 2012, sont indispensables pour la pleine application du principe d'égalité souveraine, quoi qu'elles constituent dans le même temps une limitation de la souveraineté territoriale de l'Etat devant les juridictions desquels elles sont opposées²⁸. L'immunité d'exécution dérive de l'idée que la participation d'un Etat à une exécution forcée contre un autre Etat serait attentatoire à la souveraineté de ce dernier. Elle est donc destinée à garantir le respect de la souveraineté étatique lorsque les agents, la législation ou les biens d'un Etat sont en rapport direct avec la souveraineté territoriale d'un autre Etat. Elle protège au sens strict ses biens affectés aux fonctions d'autorité qui se trouvent dans un territoire

²⁶ Hoonakker Ph., *op. cit.*, n° 50, p. 25.

²⁷ La Cour de cassation française se fonde, pour reconnaître l'immunité souveraine, à la « règle de droit international public gouvernant les relations entre Etats » (Cass. civ., 1^{re}, 20 oct. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 727, note Mayer).

²⁸ Immunités juridictionnelles de l'Etat (*Allemagne c/ Italie*), 3 février 2012, § 57.

étranger et ses actes juridiques, contestés à l'étranger²⁹. Ce qui recouvre aussi bien les biens nécessaires à l'activité des représentants de l'Etat et de ses services publics à l'étranger (ambassades, navires de guerre, etc.) que ses disponibilités monétaires dans des banques mêmes privées (supra, n° 8). Toutefois, on verra qu'avec le temps, la jurisprudence a décidé de restreindre l'immunité d'exécution (infra, n° 13) à certains biens : ceux qui sont affectés à une activité de souveraineté ou de service public, le critère d'affectation du bien saisi déterminant le régime de la saisissabilité ou non de celui-ci.

Ensuite, ce sont les impératifs de la courtoisie internationale qui fondent également l'immunité d'exécution et cela en vue d'éviter que les procédures d'exécution ne portent atteinte au crédit, à l'indépendance et à la souveraineté des Etats. C'est sur ce fondement qu'il a été jugé que « les fonds de la République démocratique du Viêt Nam, Etat souverain et indépendant, ne pouvaient "faire l'objet d'une saisie eu égard à cette souveraineté et cette indépendance auxquelles la courtoisie internationale impose qu'il ne soit pas porté atteinte, même pour obtenir paiement des dettes ayant leur origine dans les actes de gestion relevant du droit privé³⁰ ». Sur ce fondement, les immunités sont reconnues non seulement à ces entités en tant que telles, mais aussi aux agents qui les représentent ou agissent pour leur compte (Chefs d'Etat, Souverains, diplomates, ministres plénipotentiaires, conseillers, attachés d'ambassade) en vertu de la convention de Vienne du 18 avril 1961 et de solutions jurisprudentielles.

Régime procédural de l'immunité d'exécution. Lorsqu'un Etat étranger qui est attrait devant le juge d'un Etat partie de l'espace OHADA dans le cadre d'une voie d'exécution, ne comparait pas, le juge étatique doit-il d'office invoquer l'immunité ? La jurisprudence de la CCJA ne semble pas encore avoir pris position sur la question. En droit comparé, la jurisprudence s'est montrée hésitante sur cette question³¹. Dans une affaire complexe, la Cour de cassation française a, en 1993, laissé croire qu'elle censurait une Cour d'appel pour avoir soulevé d'office la question de l'immunité³². Cette conclusion est ressortie clairement dans un arrêt du 12 octobre 1999 où la Haute Cour jugeait que « la Cour d'appel, en l'absence d'un Traité en la matière, n'avait pas à rechercher d'office si la République fédérale de

²⁹ Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public de Nguyen Quoc Dinh*, LGDJ, 7^e éd., 2002, n° 289.

³⁰ Cass. civ., 2 nov. 1971, *République démocratique du Viêt Nam*, *Rev. crit. DIP* 1972. 310, note Bourel, à propos de l'immunité d'exécution.

³¹ Pour l'affirmative, v. Cass. civ., 20 oct. 1987, *D.* 1987.IR. 221 ; pour la négative, Cass. civ., 30 juin 1993, *JDI* 1994. 156, note G. Burdeau.

³² Cass., 30 juin 1993, *JDI* 1994, p. 157.

Yougoslavie bénéficiait, pour elle-même des immunités de juridiction et d'exécution qui, n'étant pas absolues, doivent être invoquées par l'Etat étranger qui s'y prétend fondé »³³. Cette position qui institue une obligation de l'Etat étranger de venir à l'instance de contestation de l'exécution exciper de son immunité pour pouvoir en bénéficier, peut être critiquée dans la mesure où elle conduit à renverser la présomption quant à la valeur du silence en faveur de l'immunité d'exécution, en exigeant de l'Etat étranger ou de l'Organisation internationale un acte positif. Ce qui peut être ressenti comme une contestation implicite de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger. Pour ce qui est du droit OHADA, en considération du caractère d'ordre public des règles de l'AUPSRVE, l'on pourrait soutenir que le juge d'exécution visé à l'article 49 de cet Acte uniforme, peut d'office invoquer l'immunité d'exécution de l'Etat et s'abstenir d'autoriser des saisies conservatoires contre l'Etat. Ce serait aussi une façon de le protéger, quand on sait que dans la pratique l'Etat se montre très négligeant dans la sauvegarde de ses intérêts. Cependant, parce qu'une saisie conservatoire peut se pratiquer sans autorisation préalable de la juridiction compétente comme dit à l'article 55 AUPSRVE, il y a lieu de penser que même au cas où la juridiction compétente n'a pas soulevé d'office l'immunité d'exécution, celle-ci pourra valablement constituer un incident qui s'élève à l'occasion de l'exécution forcée contre le bénéficiaire de ladite immunité et qui sera examinée par le juge d'exécution conformément à l'article 49 du présent Acte uniforme. Quant au moyen procédural par lequel doit être invoquée l'immunité, la question est controversée. Par rapport au droit OHADA, il nous paraît peu convainquant de fonder l'immunité d'exécution sur une incompétence et de présenter au juge d'exécution une exception d'incompétence. L'absence de pouvoir dans le chef de celui-ci à autoriser les voies d'exécution contre l'Etat, conduit à opposer une fin de non-recevoir sous forme d'exception d'irrecevabilité, laquelle justifie la mainlevée de ladite saisie. Cette position emporte les faveurs de la jurisprudence en droit comparé³⁴.

2° Limites du principe d'immunité d'exécution des Etats étrangers

Le principe d'immunité d'exécution des Etats étrangers qui veut qu'un Etat, même valablement jugé par un tribunal d'un autre Etat, ne puisse faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée au sein de cet Etat et que ses biens soient normalement soustraits à la saisie, « même pour obtenir paiement de dettes ayant leur origine dans des actes de gestion

³³ Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1999, *JDI* 2000, pp. 1036-1054.

³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 15 avr. 1986, *Rev. crit. DIP* 1986. 723, note Couchez ; Cass. soc. 5 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 204, p. 161 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2002, *Rev. crit. DIP* 2003.299, note H.M.W.

relevant du droit privé³⁵ », n'est plus aussi absolu que par le passé. En effet, l'immunité d'exécution est limitée aux biens nécessaires pour exercer une activité de service public³⁶ et donc ceux nécessaires à l'activité des représentants de l'Etat et de ses services publics à l'étranger (ambassades, navires de guerre, etc.). On notera par exemple que la loi française du 26 juillet 2005 a clairement posé une exception à l'immunité d'exécution des biens des banques centrales étrangères pour « *les avoirs de caractère commercial* » qui peuvent continuer à faire l'objet de saisies à la demande des créanciers sur autorisation du juge saisi par requête³⁷. En ce qui concerne les biens appartenant à des organismes publics distincts de l'Etat, il appartient à ces organismes de prouver que les biens en cause sont affectés à une activité publique afin de bénéficier de l'immunité d'exécution³⁸. Comme on peut le constater, différentes limites apportées au principe d'immunité d'exécution en droit international ont été le fait de la jurisprudence et dans certains cas des législateurs internes. Les juges de l'espace OHADA pourront utilement s'inspirer de cette solution.

Limites à l'immunité d'exécution apportées par la jurisprudence interne et la CIJ. Tout d'abord, la jurisprudence a apporté de nombreuses limitations tant à l'immunité de juridiction des Etats³⁹ qu'à celle d'exécution qui ne s'applique que sous la condition d'exercice d'une

³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 2 nov. 1971, Clerget, *JCP* 1972. II. 16969, note Ruzié ; *Rev. crit. DIP* 1972/ 310, note Bourel ; *JDI* 1972. 267, note Pinto.

³⁶ Piedelièvre S., *Droit de l'exécution*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2009, n° 22, p. 41.

³⁷ Micaud N., « L'article 153-1 du Code monétaire et financier sur l'immunité d'exécution des biens de banques centrales et étrangères », *Dr. et procéd.* 2006, p. 128 ; Dymant M., « L'immunité d'exécution des biens des banques centrales étrangères : suite et fin ? », *Dr. et procéd.* 2006, p. 259.

³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1985, *Sté Sonatrach c/ Migeon*, n° 84-13605.

³⁹ Tout d'abord, la **première limitation au principe d'immunité de juridiction des Etats** est fondée sur « *la nature de l'activité, et non sur la qualité de celui qui l'exerce* » (Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 1969, Soc. Levant-Express Transport, Grands arrêts, n° 47). Ce qui signifie que les Etats et les organismes agissant par leur ordre ou pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public (Même arrêt). Il en résulte que les actes de gestion accomplis par les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne rentrent pas dans le champ de l'immunité (Gutmann D., *Droit international privé, op. cit.*, n° 287, p. 246). La Cour de cassation l'a affirmé clairement dans un arrêt de chambre mixte du 20 juin 2003, dans lequel elle a considéré que le fait pour l'Etat saoudien de n'avoir pas déclaré une salariée d'une école dépendant de lui à un régime français de protection sociale n'était qu'un acte de gestion administrative non couvert par l'immunité (Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, *JCP* 2004. II. 10010, note Mahinga). Dans cet arrêt, la Haute Cour a jugé que « les Etats étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion » - Rapp. la formule de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 nov. 2004 (*Rev. crit. DIP* 2005. 469, note I. Pingel : « la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des Etats devant les juridictions pénales d'un Etat étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui (...) relèvent de la souveraineté de l'Etat concerné ». Pour un exemple de la non application de l'immunité à un acte de gestion relevant du droit privé, cf. Cass. civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006. 123, note H.M.W.

Ensuite, dans un tout autre ordre d'idées, une autre **limitation a été portée au principe de l'immunité de juridiction des Etats, tirée cette fois-là des droits fondamentaux de l'individu**. Faisant droit à l'idée qui considère injuste de priver certains demandeurs privés de la possibilité d'agir en justice contre un Etat ou une

activité de souveraineté (i). Ensuite, l'Etat comme l'Organisation internationale peuvent parfaitement renoncer à leur immunité d'exécution (ii). Enfin, les exigences de protection des droits fondamentaux du citoyen ont justifié certaines limites à l'immunité d'exécution des Etats et des Organisations internationales (iii).

1. i) Admission des voies d'exécution sur les biens affectés à une activité de droit privé, différente des activités de souveraineté.

Cette limite a été posée essentiellement par la jurisprudence française. La Cour de cassation le fit pour la première fois en 1929 en admettant une saisie-arrêt contre la Représentation commerciale des Soviets, organisme émanant de l'Etat soviétique, en relevant que « celle-ci faisait des actes de commerce auxquels le principe de souveraineté des Etats demeure étranger⁴⁰ ». Plus tard, la jurisprudence a considéré que les biens de l'Etat réservés ou affectés à une activité relevant du droit privé à la satisfaction de la demande faisant l'objet de la procédure peuvent faire l'objet de mesures d'exécution. Concrètement, la Cour de cassation a admis la possibilité de saisir en France les biens d'un Etat ou d'organismes publics distincts de l'Etat *lorsqu'ils sont affectés à une activité relevant du droit privé*⁴², notamment une *activité économique ou commerciale, un acte de gestion privée, le paiement d'un salaire, etc. qui donne lieu à la demande en justice*. Ainsi donc, pour faire échec à l'immunité d'exécution d'un Etat, le critère de base reste l'affectation du bien saisi. Sur ce point, la jurisprudence

organisation internationale au seul motif qu'ils jouissent d'une immunité juridictionnelle, la Cour de cassation française a, à l'occasion d'un litige opposant un salarié à une organisation internationale employeur (*Banque africaine de développement*), jugé qu'en l'absence de toute juridiction du travail instituée en son sein, ladite organisation ne pouvait se prévaloir de son immunité de juridiction sans priver le salarié de son droit d'accès à un juge. Or, selon la Haute Cour, l'impossibilité d'exercer ce droit qui relève de l'ordre public international, constitue un déni de justice fondant la compétence des juridictions françaises lorsqu'il existe un rattachement avec la France (Cass. soc., 25 janv. 2005, *D.* 2005. 1540, note Viangalli ; *D.* 2006. 1503, obs. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2005. 477, note Pingel ; *JDI* 2005. 1142, note Corbion. Comme on peut le constater, cet arrêt subordonne l'immunité juridictionnelle au respect du droit à un juge, d'une part, et d'autre part, il se fonde sur l'ordre public international plutôt que sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Appliquant cette règle, la Cour de Strasbourg a jugé, dans son arrêt Cudak du 23 mars 2010, que les immunités d'Etat ne sauraient faire obstacle à une action intentée pour licenciement abusif par une ancienne employée de l'ambassade de Pologne en Lituanie. Elle a relevé, à cette fin, que le droit international coutumier, tel que codifié sur ce point dans la Convention des Nations Unies de 2004, tend à limiter l'application de l'immunité des Etats, notamment en soustrayant à la règle de l'immunité les contrats des personnes embauchées dans des missions diplomatiques à l'étranger (cité par Dupuy P.-M., Kerbrat Y., *Droit international public, op. cit.*, n° 130-1, p. 149).

Enfin, il est admis que *les Etats peuvent, expressément ou tacitement, renoncer à l'immunité de juridiction*, par exemple en saisissant eux-mêmes une juridiction ou en souscrivant une clause attributive de juridiction.

⁴⁰ Cass. req., 19 févr. 1929, *DP* 1929. 1. 172, note Savatier ; *S.* 1930. 1. 49, note Niboyet.

⁴¹ Cass. com., 19 mars 1979, *Rev. crit. DIP* 1981. 584, note Lagarde.

⁴² Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Eurodif c/ Iran*, *JCP* 1984. II. 20205, concl. Gulphe et note Synvet ; *D.* 1984. 625, rapp. Fabre et note Robert ; 1^{er} oct. 1985, *Sonatrach*, Grands arrêts, n° 65-66. Sur la question, voy. Théry Ph., « *Judex Gladii* », *Mélanges R. Perrot*, 1996, p. 477 et s. ; Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989. 892, note S. Piedelièvre.

considère que les biens sont réputés avoir un caractère public et donc protégés par l'immunité tant que leur affectation à une activité privée n'a pas été démontrée⁴³. Mais à défaut d'affectation, son origine sera retenue si elle révèle un lien avec l'activité privée qui a donné lieu à la demande du saisissant⁴⁴. Dans la même veine, l'immunité ne couvre pas non plus les dettes des Etats résultant d'une condamnation à titre de salaires dus à l'un de leurs employés, qui participait à l'activité de la représentation ou délégation : les comptes affectés aux dépenses de fonctionnement de ces entités peuvent alors être saisis⁴⁵. Nous sommes d'avis que cette solution mériterait d'être appliquée par les juridictions de l'espace OHADA, en particulier celles congolaises, au cas où elles se trouvaient confrontées à des situations d'affectation par les Etats des biens à diverses activités de droit privé.

Pour arriver à cette solution, l'on pense que la Cour de cassation française s'est certainement inspirée des lois américaine et britannique sur les immunités, respectivement de 1976 et 1978, qui interdisent les mesures d'exécution forcée sur les biens et avoirs des Etats étrangers servant de support à leurs actes de puissance publique, tout en les autorisant pour ceux qui sont affectés à une activité commerciale. En effet, il ressort du State Immunity Act que l'immunité d'exécution de l'Etat est écartée concernant ses biens qui sont dédiés à un usage commercial. La notion d'activité commerciale est définie par la Section 3(3) du State Immunity Act comme étant « les biens sont dédiés à un usage commercial dès lors qu'ils sont destinés à être utilisés dans le cadre d'un « contrat de vente ou de prestation de service » (a), « d'un prêt ou de toute autre transaction portant sur la fourniture de fonds et de toute garantie ou indemnité relative à une telle transaction ainsi que de toute autre obligation financière » (b) ou « de toute autre transaction (...) conclue par un Etat autrement que dans l'exercice de ses pouvoirs souverains » (c). C'est en application de cette règle que, dans une affaire où elle était appelée à se prononcer sur la demande d'une société égyptienne de saisir les fonds détenus par une banque de Londres pour le compte de l'Etat tchadien en exécution forcée d'une sentence arbitrale rendue en sa faveur contre ledit Etat, dans sa décision *Orascom Telecom Holding SAE v. Tchad*, la Chambre commerciale de la Queen's Bench Division rejeta en date du 28 juillet 2008 l'argument fondé sur l'indivisibilité des fonds détenus sur un compte bancaire au motif que l'usage auxquels ils sont affectés est unique et clairement établi (§20). En l'espèce, le juge anglais releva que les fonds en question font partie d'un système établi spécifiquement dans le but de permettre le paiement des créances détenus par la Banque

⁴³ Cass. civ., 2 nov. 1971 précité.

⁴⁴ Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé, op. cit.*, n° 327, p. 233.

⁴⁵ Cour d'appel de Paris, 8^e ch., 7 novembre 2002, *Etat du Koweït c/ Mlle Farah*.

mondiale et dont le Tchad est le débiteur (§23). Or, une telle transaction correspond aux cas prévus par la Section 3(3)(b) du State Immunity Act. Il s'agit donc, en toute hypothèse, d'une affectation commerciale qui permet de lever l'immunité d'exécution (§25). Toutefois, il convient d'observer que la Cour de cassation française a eu une interprétation très restrictive de ce qui constitue une action de souveraineté, dans une affaire qui concernait la RDC, en jugeant que « cet Etat ne pouvait opposer son immunité d'exécution à une créance relative au paiement des charges de copropriété d'un immeuble qui, certes, servait au logement du personnel diplomatique mais qui n'était pas affecté au service de l'ambassade et qui ne servait pas de résidence pour l'ambassadeur »⁴⁶. Dans un autre cas, la Cour de cassation a également rejeté l'immunité de juridiction d'un Etat, en l'occurrence l'Allemagne, au motif que l'acte donnant lieu au litige, consistant pour l'Etat allemand à ne pas faire démolir le mur mitoyen ni à le reconstruire n'était qu'un acte de gestion privée, et ce d'autant plus que l'immeuble était désaffecté⁴⁷.

Dans le même ordre d'idées, la Cour internationale de Justice estime, quant à elle, qu'il existe au minimum une condition pour que des mesures de contrainte soient prises à l'égard d'un bien appartenant à un Etat étranger : il convient que ce bien ne soit pas utilisé pour les besoins d'une activité poursuivant un but de service public non commercial⁴⁸.

2. ii) Limites à l'immunité d'exécution découlant d'un acte de renonciation, dont l'acceptation d'une clause d'arbitrage par l'Etat étranger.

Une autre limite à l'immunité d'exécution consiste à la possibilité qui est reconnue aux Etats de *renoncer à leur immunité d'exécution*, puisque celle-ci n'est destinée qu'à les protéger. En principe, la renonciation doit être expresse, c'est-à-dire être formellement exprimée, le formalisme protégeant le titulaire de l'immunité. Elle ne saurait donc être présumée. Dans cet ordre d'idées, la renonciation à l'immunité de juridiction ne doit pas être considérée comme valant renonciation à l'immunité d'exécution, d'autant plus que la dissociation entre ces deux immunités est établie par les textes internes⁴⁹ et internationaux⁵⁰ et s'appuie sur une

⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, n° 03-18176, *Bull. civ.* I, n° 39 ; *D.* 2005. 616, avis Sainte-Rose ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 39, obs. Lespour.

⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 2008, n° 07-10570.

⁴⁸ CIJ, 3 févr. 2012, *Immunité juridictionnelle de l'Etat*, § 118 ; Dupuy P.-M., Kerbrat Y., *Droit international public*, *op. cit.*, n° 130, p. 147.

⁴⁹ Loi anglaise, art. 13.3. : « Mais une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux de Royaume-Uni ne peut être considérée comme un consentement au sens de cette sous-section » ; loi canadienne, art. 11, § 2 : « La soumission de l'Etat étranger à la juridiction du tribunal ne constitue pas le consentement prévu au paragraphe (1) ».

⁵⁰ L'article 5.2 de la Résolution de l'IDI de 1991 est parfaitement clair à cet égard : « Le consentement à

jurisprudence classique⁵¹. Dès lors, la renonciation à l'immunité d'exécution n'implique pas *ipso jure* l'acceptation de mesures de contrainte sur les biens de celui-ci⁵². Cette règle peut être considérée comme étant coutumière aujourd'hui⁵³. En droit anglais, la Section 13(3) du State Immunity Act prévoit qu'une renonciation générale par l'Etat à son immunité d'exécution est possible dès lors qu'elle est exprimée par écrit. Dans ces conditions, la possibilité d'une renonciation implicite semble a priori écartée en droit anglais.

Cependant, à travers certaines situations, la jurisprudence a admis la notion d'une **renonciation implicite de l'Etat à son immunité d'exécution**, à condition que ladite renonciation *soit certaine et régulière*. La jurisprudence a dégagé cette renonciation implicite notamment à travers l'existence d'une **clause d'arbitrage**. En effet, la capacité pour un Etat d'être partie à une procédure d'arbitrage constitue un attribut de souveraineté. Ces considérations ont conduit les Etats à favoriser, dans la pratique, l'arbitrage comme mode de résolution des litiges lorsqu'ils ont à contracter avec des opérateurs étrangers. Le refus de la part de l'Etat d'exécuter spontanément une sentence arbitrale qui lui est défavorable, conduit souvent la partie adverse à saisir un juge étatique, parfois étranger, dans le but d'obtenir la reconnaissance de la sentence ainsi que des mesures d'exécution forcée. A cette occasion, la jurisprudence a retenu la clause d'arbitrage convenu par un Etat étranger comme valant renonciation à l'immunité d'exécution. Tout d'abord, le juge français retient que la clause d'arbitrage avec engagement d'exécuter la sentence vaut acceptation de ce que la sentence puisse être revêtue de l'exequatur⁵⁴, ce qui équivaut à une renonciation à l'immunité d'exécution de la part de l'Etat étranger. Dans cet arrêt Creighton c/ Qatar du 6 juillet 2000, adoptant une solution favorable aux personnes privées, la première Chambre civile de la Cour de cassation française cassait un arrêt de la Cour d'appel, en jugeant 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 international impliquait la renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution⁵⁵ ». La Cour d'appel de Paris, sur renvoi, a emboîté le pas de la Haute

l'exercice de la juridiction n'implique pas le consentement à l'exécution à l'exécution forcée, qui nécessite un consentement exprès distinct ».

⁵¹ CA Paris, 7 juin 1969, Clerget c/ Représentation commerciale de la République démocratique du Vietnam, *RCDIP* 1970, p. 490, décida clairement que « l'immunité d'exécution n'est nullement liée à l'immunité de juridiction ».

⁵² Cette règle est reprise à l'article 20 de la Convention des Nations Unies de 2004.

⁵³ V. l'arrêt préc. de la CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, § 113.

⁵⁴ Comp. Civ. 6 juill. 2000, *JCP* 2001, éd. E, 223, note Kaplan et Cuniberti.

⁵⁵ Cet arrêt a donné lieu à de nombreux commentaires, critiques ou non. Voy. notam. Ph. Leboulanger, *Rev. arb.* 2001, pp. 114-134, favorable à la solution dégagée et pour une appréciation critique, voy. I. Pingel-Lenuzza, *JDI* 2000, pp. 1054-1056.

juridiction, rappelant en premier lieu la présomption en faveur de l'immunité d'exécution, sous la réserve du consentement exprès de l'Etat, estimant ensuite que l'acceptation d'une clause compromissoire constitue un tel consentement exprès⁵⁶. Pour un auteur, « admettre que l'acceptation d'une procédure d'arbitrage emporte une renonciation à l'immunité d'exécution, c'est opérer une révolution, et rien ne vient assurer que la sécurité du commerce international, et partant, le succès de telles clauses soient désormais acquis⁵⁷ ». Aussi, approuve-t-il la nuance apportée par la Cour d'appel de Paris qui jugea que la renonciation par un Etat à l'immunité de juridiction en raison de la souscription d'une clause d'arbitrage, ne valait pas renonciation à l'immunité d'exécution pour les biens essentiels liés au fonctionnement des relations diplomatiques⁵⁸.

3. iii) Limites à l'immunité d'exécution découlant des impératifs de sauvegarde de droits fondamentaux du citoyen.

Les immunités accordées aux Etats et aux organisations internationales peuvent *heurter certaines normes, considérées comme fondamentales, de protection des droits de l'homme*. Pour l'immunité de juridiction, la Cour de cassation française, se fondant sur l'« ordre public international », considère depuis son arrêt du 25 janvier 2005 qu'une Organisation internationale ne peut se prévaloir de son immunité de juridiction dans un litige l'opposant à un salarié que si, à l'époque des faits, elle avait institué en son sein des procédures de règlement des litiges faisant intervenir un organe indépendant et respectueux du principe du contradictoire⁵⁹. *Cette solution a été étendue en 2009 aux immunités d'exécution*⁶⁰. Elle a également été consacrée le 21 décembre 2009 par la Cour de cassation belge pour les immunités tant de juridiction que d'exécution des organisations internationales⁶¹.

B. Inapplication des voies d'exécution aux personnes publiques internes

Dans l'ordre interne, il est aujourd'hui fermement admis aussi bien en droit classique qu'en

⁵⁶ Dans le même sens, CA Paris, 12 déc. 2001, *Rev. arb.* 2003. 417, note Ph. Leboulanger. Elle a jugé que « (...) l'acceptation du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de celle de la convention d'arbitrage opérant, au vu du principe de bonne foi et sauf clause contraire, une renonciation à l'immunité de juridiction ».

⁵⁷ Verhoeven J. (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, Brux., Larcier, 2004.

⁵⁸ CA Paris, 1^{re} Ch. A, 10 août 2000, *Ambassade de la Fédération de Russie en France et autres c/ Compagnie Noga d'importation et d'exportation*, *Rev. arb.* 2001, pp. 114-134, note Ph. Leboulanger.

⁵⁹ Pour plus de détails sur cet arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2005, voy. note de bas de page n° 25, supra.

⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 14 oct. 2009, n° 08-14978.

⁶¹ Voy. les trois arrêts *Union européenne de l'Ouest c/ Siedler*, n° S.04.0129.F ; *Secrétariat général du Groupe ACP c/ Lutchmaya*, n° C. 03.0328.F. ; *Secrétariat général du Groupe ACP c/ B.D.*, n° C.07.0407.F., obs. J. Wouters, C. Ryngaert et P. Schmitt in *AJIL*, vol. 105, 2011, p. 560-567.

droit OHADA qui s'en est largement inspiré, que les personnes morales de droit public interne sont bénéficiaires des immunités d'exécution, lesquelles prennent appui sur les principes généraux du droit public. De même que nombre d'insaisissabilités s'expliquent par des considérations personnelles, de même les principales immunités d'exécution en droit interne ne se comprennent vraiment que dans la perspective de sauvegarder la souveraineté de l'Etat et de la protection des biens et des ressources nécessaires à l'exercice des missions de service public⁶². Ce bénéfice exorbitant du droit commun ne peut-il se concevoir que pour d'impérieuses raisons tenant à l'ordre public⁶³. Cette immunité vaut sans distinction entre le domaine privé et le domaine public. Mais si l'on admet volontiers que les personnes publiques sont soustraites des voies d'exécution forcée sur leurs biens, l'on a souvent discuté le bénéfice d'un tel principe aux entreprises publiques en forme sociétaire (sociétés à capitaux publics et d'économie mixte contrôlées à plus de 51 % - infra, n° 34), alors même que celles-ci se trouvent expressément visées par l'alinéa 2 de l'article 30 l'AUPSRVE. Dès lors, il importe de mettre en lumière les principes et justification de l'immunité d'exécution en droit interne (1°), avant de spécifier les bénéficiaires (2°) et de donner les limites éventuelles à cette immunité (3°).

1° L'immunité d'exécution au profit des personnes publiques internes

Principe et justification. Il est aujourd'hui fermement admis en jurisprudence que les personnes publiques internes bénéficient d'une immunité d'exécution qui les fait échapper aux procédures civiles d'exécution. L'immunité d'exécution de ces personnes publiques internes est donc un principe général du droit assez ancien. En France, ce principe découle de certains textes, de la séparation des autorités administratives et judiciaires⁶⁴. Cependant, l'article 1, al. 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution qui consacre le principe de l'immunité d'exécution, a manqué de dire clairement que les personnes publiques internes en étaient bénéficiaires. C'est donc la jurisprudence qui a attribué à ces dernières l'immunité d'exécution, en rattachant l'impossibilité d'utiliser les procédures d'exécution à leur encontre au principe

⁶² Brenner Cl. (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2007, n° 90, p. 58.

⁶³ Perrot R., Théry Ph., *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 194, p. 194.

⁶⁴ Filiga Michel Sawadogo, art. préc., p. 9 rappelle à cet égard l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, visé par la Cour de cassation dans ses arrêts de 1951, interdisant aux juges de « troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratif ». Or les voies d'exécution contre les biens de l'administration constituent un trouble qui n'est pas mineur.

général du droit selon lequel « les biens des personnes publiques sont insaisissables ⁶⁵». Très tôt, le Tribunal des conflits avait admis l'immunité d'exécution au profit des établissements publics en affirmant dans sa décision du 9 décembre 1889 que les associations syndicales de propriétaires « présentent les caractères essentiels d'établissements publics, vis-à-vis desquels ne peuvent être suivies les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur les particuliers »⁶⁶. L'immunité d'exécution au profit de ces personnes est exclusivement liée à la personnalité publique, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les biens dont la saisie est envisagée ou entreprise font partie du domaine public ou du domaine privé de la personne publique. Toutefois, les lois du 16 juillet 1980 et du 8 février 1995 ont mis en place un régime d'exécution à l'encontre de ces personnes afin de les inciter à exécuter les décisions de justice les condamnant dans des délais corrects⁶⁷. La personne morale de droit public qui n'exécute pas, peut être condamnée à le faire au besoin sous astreinte.

Ambiguïté de la position du législateur OHADA. La position de celui-ci sur l'immunité d'exécution ne semble pas très claire. D'aucuns ont affirmé qu'« ont été expressément mentionnés à l'article 30, al. 1, les personnes morales de droit public et les entreprises publiques⁶⁸ ». Pareille affirmation nous semble contestable. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 30 AUPSRVE se limite à prescrire que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution », sans préciser quelles sont les personnes qui en sont bénéficiaires. L'alinéa 2 dudit article 30 ajoute que « Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ». Il aurait été plus logique d'indiquer à l'alinéa premier les personnes qui bénéficient de l'immunité d'exécution ou, tout au moins, quels sont les textes qui permettent de les déterminer, d'autant plus qu'il est fréquent que les actes uniformes renvoient à la loi interne de chaque Etat partie, comme en ce qui concerne les biens insaisissables (art. 51 AUPSRVE). Tel n'a pas été le choix du législateur OHADA, ce qui ouvre deux possibilités d'interprétation.

⁶⁵ Cécile Robin, *op. cit.*, n° 66, p. 56.

⁶⁶ TC 9 déc. 1889, aff. Assoc. Syndicale du Canal de Gignac, Voy. Long M., Weil P., Braibant G., Delvolvé P., Genevois B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15^e éd., 2005, p. 45 et s.

⁶⁷ Art. L. 911-1 à L. 911-10 Code de la justice administrative.

⁶⁸ Kuate Tameghe S. S., *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, L'Harmattan, 2004, n° 413, p. 344.

D'une part, on pourrait penser que les deux alinéas de l'article 30 traitent de deux questions distinctes, d'autant qu'il ne cite pas expressément l'Etat et les collectivités territoriales comme bénéficiant de l'immunité d'exécution, même si ceux-ci rentrent dans la notion de personnes publiques : le premier alinéa posant simplement le principe d'immunité d'exécution, tandis que le second pose la règle de la compensation des dettes entre les personnes publiques et leurs créanciers. D'autre part, il serait possible d'interpréter ces deux alinéas comme liés et de considérer que s'il n'est pas exclu que d'autres personnes puissent être bénéficiaires de l'immunité d'exécution en plus de celles citées, il est certain que celles visées à l'alinéa 2 de l'article 30 en bénéficient nécessairement. Du reste, la formule de « personnes morales de droit public » semble pouvoir inclure toutes les personnes pouvant bénéficier de l'immunité d'exécution, surtout quand on sait que dans beaucoup de pays, certaines lois énumèrent les personnes qui sont bénéficiaires de cette immunité⁶⁹. Cette difficulté d'interprétation a rendu indispensable l'intervention de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage, haute juridiction de l'OHADA.

Position de la CCJA sur le principe posé à l'article 30 AUPSRVE. Dans son arrêt du 07 juillet 2005⁷⁰, la CCJA a jugé que « l'article 30 de l'AUPSRVE pose à son alinéa 1^{er} le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à son alinéa 2 à travers l'admission contre elles du procédé de la compensation des dettes. Ladite compensation, poursuit-elle, qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques, ne peut s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution qui leur bénéficie en vertu de l'alinéa premier dudit texte ; qu'il suit qu'en jugeant que l'article 30 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme susvisé pose le principe d'immunité d'exécution, et que les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée Togo Télécom, figurent dans l'énumération des sociétés contre lesquelles s'applique la compensation, il n'y a aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité. Partant, la Cour d'appel de Lomé n'a point erré dans l'interprétation dudit article et donc point violé celui-ci, qu'il échut par conséquent de rejeter ce premier moyen ». Cette position de la CCJA a

⁶⁹ Au Sénégal, l'art. 194 du COCC dans sa rédaction due à la loi n° 2002-12 du 15 avril 2002 prévoit qu'il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics. Certaines décisions se réfèrent d'ailleurs expressément à ces lois internes (TPI Bafoussam, ord. de référé n° 37 du 28 janv. 2004, SNEC SA c/ Djeukou Joseph et consorts, Ohadata J-05-01. Dans cette ordonnance, le Tribunal de Bafoussam fait application de la loi camerounaise n° 99/016 du 22 déc. 1999 portant statut général des établissements publics.

⁷⁰ CCJA, arrêt n° 043/2005 du 07 juill. 2005, *aff. Aziablévi Yovo et consors c/ Sté Togo Télécom*, in *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 6, juill.-déc. 2005, pp. 25 à 29.

l'avantage de distinguer les expressions « personnes morales de droit public et entreprises publiques » consacrées par l'article 30 AUPSRVE, mais uniquement pour élargir le champ de bénéficiaires de l'immunité d'exécution⁷¹, à savoir celles visées à l'alinéa 2 de l'article 30 de cet Acte uniforme, auxquelles s'applique la compensation des dettes. Mais elle nous paraît critiquable en ce qu'elle retient parmi les bénéficiaires de ces immunités les entreprises publiques constituées sous les formes du droit privé (infra, n°).

2° Principe, bénéficiaires et domaine d'immunité d'exécution en droit interne

Principe : La personnalité publique est le fondement de cette immunité. Au vu de l'arrêt du 07 juillet 2005 précité, les personnes morales de droit public bénéficient de l'exclusion des mesures d'exécution forcée. Sur ce point, la Haute cour de l'OHADA n'innove en rien dans la mesure où elle ne fait que reprendre une position désormais classique qui n'a jamais discuté sur l'exclusion des voies d'exécution contre les personnes morales de droit public (entendues comme les groupements disposant d'une personnalité publique assumant une mission de service public ou d'intérêt général). En effet, ils bénéficient des prérogatives attachées à la personnalité publique : pouvoir de prendre de décisions exécutoires, pouvoir réglementaire, disposition d'un domaine public, exclusion des voies d'exécution du droit privé et des procédures collectives, etc. Pour cette raison, ne nous paraît pas déterminante la justification que certains auteurs donnent à cette immunité d'exécution, en considérant que c'est la souci d'éviter que les saisies ne perturbent le règles de la comptabilité publique qui s'opposerait à un paiement par voie de saisie, au fait que l'Etat est en principe solvable et surtout en raison du principe de la continuité du service public⁷². Du reste, dans l'espace OHADA, sont rétractées les saisies-attributions pratiquées sur les comptes d'un établissement public⁷³.

En revanche, c'est l'absence de la personnalité publique qui écarte le bénéfice de l'immunité d'exécution aux organismes de droit privé, soit chargés d'une mission de service public

⁷¹ CCJA, arrêt n° 043/2005, 07 juillet 2005, *Aziablévi Yovo c/ Sté Togo Télécom*, in *Les grandes décisions de la CCJA de l'OHADA*, par P. G. Pougoué, S. S. Kuate Tameghe (dir.), Paris, L'harmattan, 2010, p. 614, obs. E. Kenfack.

⁷² Voy. en ce sens Anne-Marie H. Assi-Esso, Ndiaw Diouf, *OHADA : Recouvrement des créances*, Bruylant, Bruxelles, Collection droit uniforme africain, 2002, n° 65, cité par Filiga Michel Sawadogo, art. préc., p. 9.

⁷³ V. Ordonnance du Juge de référés de Dschang n° 12/Ord. du 11 sept. 2000 ayant annulé une saisie attribution des créances pratiquée sur les comptes de l'établissement public « Université de Dschang » entre les mains d'une banque cette ville, en se fondant sur l'art. 30 AUPSRVE, in *Revue camerounaise de l'Arbitrage*, no 18, juill.-août-sept. 2002, p. 13 ; V. également MUKENDA KIPOLE - La Protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : Etude du droit Congolais et des systèmes juridiques belges et Français. Thèse de Doctorat en Droit, Université Catholique de Louvain, Avril 2010.

comme les sont les établissements d'utilité publique, soit disposant de fonds publics mis à leur disposition par l'Etat⁷⁴. Pour rappel, en droit congolais, les articles 58 et 59 de la loi n° 004/2001 du 20 juillet 2001 relative aux ASBL et aux établissements d'utilité publique considèrent ces derniers comme des institutions de droit privé, généralement dus à une initiative privée (contrairement aux établissements publics qui sont une émanation de l'Etat), ayant pour unique objet la réalisation d'une œuvre à caractère philanthropique, scientifique, artistique ou pédagogique⁷⁵.

Bénéficiaires. Les personnes publiques que compte le droit public congolais et qui sont bénéficiaires de cette immunité sont : l'Etat⁷⁶, les provinces⁷⁷, les entités territoriales décentralisées⁷⁸ dont la ville, la commune, le secteur et la chefferie⁷⁹ (ces entités étant caractérisées par la généralité de leur mission d'« administrer une population » sur le territoire qu'elles couvrent en pourvoyant à ses besoins) ainsi que les établissements publics, ceux-ci étant considérés comme des collectivités publiques spécialisées⁸⁰. L'établissement public congolais est défini comme « toute personne morale de droit public créée par l'Etat en vue de remplir une mission de service public⁸¹ ». Avant la réforme du portefeuille de l'Etat intervenue en droit congolais en juillet 2008, le vocable « entreprise publique » incluait indistinctement diverses catégories d'établissements publics : administratifs, scientifiques, sociaux, industriels et commerciaux relevant du secteur marchand. Ces établissements avaient le point commun d'être institués pour une remplir des missions d'intérêt général dans divers domaines (administratif, commercial, industriel, transport, mines, social, etc.). La loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques a transformé en établissements publics les entreprises publiques du

⁷⁴ V. notam., Cass. civ. 2^e, 15 nov. 1995, 93-13262, *Bull. civ.* II, n° 284 ; *JCP* 1995. I. 3942, n° 1, obs. Ph.

Simler, à propos d'une caisse d'assurance vieillesse.

⁷⁵ Pour plus de détails sur l'établissement d'utilité publique, v. Ilaka Kampusu, *Guide juridique des ASBL et des fondations en RDC*, Kinshasa, Cadicec, p. 62 s.

⁷⁶ L'article 1^{er} de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de 2006, *J.O.* n° spécial, 52^e année du 5 février 2011, dispose que « La République Démocratique du Congo est, dans ses frontières du 30 juin 1960, un Etat de droit ... ».

⁷⁷ Aux termes de l'article 2, al. 1^{er} de la Constitution, « La République Démocratique du Congo est composée de la ville de Kinshasa et de 25 provinces dotées de la personnalité juridique ».

⁷⁸ Article 3, al. 1^{er} de la Constitution congolaise.

⁷⁹ V. art. 3, al. 2 Constitution de la RDC précité, p. 7.

⁸⁰ Filiga Michel Sawadogo, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Ohadata* D-07-16, p. 14.

⁸¹ V. art. 3, 2^e de la loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques et art. 2 de la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics.

statut de la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 qui exerçaient des activités non lucratives et non concurrentielles ou bénéficiaient d'une parafiscalité et qui poursuivaient une mission d'intérêt général⁸²⁸³. Le choix ainsi opéré par le législateur congolais semble avoir écarté implicitement du champ d'action d'un établissement public les activités relevant du secteur marchand, c'est-à-dire du secteur des activités économiques soumis à la concurrence et dont le but est de générer des profits⁸⁴, lesquelles sont désormais réservées aux seules entreprises publiques transformées en sociétés commerciales. De ce fait, il est autorisé de conclure que cette loi n° 08/007 écarte la possibilité de créer en RDC les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) qui a longtemps représenté la forme classique de l'entreprise publique⁸⁵. Car l'objet des EPIC est désormais conféré aux seules entreprises publiques « nouvelle formule ». Dans cette logique, on comprend bien pourquoi le grand nombre des établissements publics existant actuellement en RDC sont ceux issus de la transformation des entreprises publiques du statut de 1978⁸⁶. Toutefois, d'autres établissements publics ont été créés de toute pièce par l'Etat⁸⁷.

En droit comparé, la question d'immunités d'exécution a suscité une vive controverse en France au sujet des établissements publics dont la diversité est grande et les statuts fort disparates (établissements publics de type classique autrefois appelés « établissements publics administratifs, établissements publics à caractère industriel et commercial, etc.). Alors que l'immunité d'exécution des établissements publics administratifs était admise sans discussion par la jurisprudence, celle des établissements publics à caractère industriel et commercial a été âprement discutée. Dans un arrêt du 21 décembre 1987⁸⁸, la Cour de cassation française a décidé que tous les établissements publics à caractère industriel et commercial, en raison de leur diversité, quelles que soient les règles de comptabilité auxquelles ils ont soumis, bénéficient de l'immunité d'exécution, sans distinction aucune (infra, n° 36).

⁸² Art. 9 loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques.

⁸³ Art. 2 et 9 loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 précitée.

⁸⁴ Cette définition du secteur marchand est donnée par l'article 3, 1° de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 précitée.

⁸⁵ Sabastien Bernard, *Droit public économique*, Paris, Litec, 2009, n° 125, p. 76.

⁸⁶ Voy. Art. 2 du Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, en établissements publics ou en services publics.

⁸⁷ C'est le cas de l'Université Pédagogique Nationale, en sigle UPN, qui a été créé par le Décret présidentiel n° 05/007 du 23 février 2005 dont l'article 1^{er}, al. 1 dit qu'« il est créé, sous la dénomination Université Pédagogique Nationale, un établissement public d'enseignement universitaire jouissant de la personnalité juridique et soumis à la tutelle du Ministère de l'enseignement Supérieur et Universitaire ».

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 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.

Domaine et limites de l'immunité d'exécution en droit interne. Cette immunité d'exécution des personnes publiques internes est absolue, en ce qu'elle joue quelle que soit la saisie, quels que soient les biens (meubles ou immeubles) et quel que soit le titre exécutoire, même s'il s'agit d'un jugement de condamnation prononcé par un juge administratif ou judiciaire. L'interdiction de pratiquer les voies d'exécution contre ces personnes publiques concerne la totalité des biens leur appartenant, même exerçant une activité industrielle et commerciale, qu'il s'agisse de biens matériels, de créances, de droits incorporels, dans la mesure où ils sont nécessaires à la continuité des activités de service public. Toutefois, il convient de signaler que l'immunité d'exécution n'interdit pas une saisie pratiquée sur un bien que les personnes morales de droit public détiennent pour le compte des tiers. Dans ce cas, les personnes morales sont considérées comme de tiers saisis.

Cette interdiction de voie d'exécution a été mal ressentie, souvent comme une grave injustice dans la mesure où l'Administration et les personnes publiques qui ne sont jamais tendres avec leurs débiteurs, peuvent ainsi tarder ou s'abstenir de payer leurs dettes en toute impunité. Cette critique a retenu l'attention de certains législateurs – mais rien de tel en droit OHADA – qui ont introduit à l'encontre de personnes morales de droit public un régime d'exécution spécifique qui, sans remettre en cause l'interdiction de procéder à des saisies, ont prévu des mesures de nature à accélérer tout au moins le paiement de dettes de personnes morales de droit public. Ainsi, par exemple, la loi française du 16 juillet 1980 a-t-elle permis le prononcé d'une astreinte contre toute administration ou établissement public qui n'exécute pas une décision rendue à son encontre par une juridiction administrative. Ce mécanisme a été encore renforcé par la loi du 8 février 1995 qui a accordé au juge administratif un pouvoir général d'injonction qu'il peut assortir d'une astreinte⁸⁹. Les règles ainsi applicables en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt sont prévues actuellement aux articles L. 911-4 à L. 911-10 du Code de justice administrative⁹⁰. Par ailleurs, l'Etat français s'expose à des sanctions de la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention européenne, dans la mesure où le droit à une exécution effective des décisions de justice qu'elle a consacré porte, en particulier, sur les condamnations prononcées à son encontre⁹¹. Nous sommes d'avis que ces aménagements peuvent bien inspirer les législateurs OHADA et congolais pour tempérer, tant soit peu, la rigueur de l'immunité d'exécution dont bénéficient

⁸⁹ V. not. Picard E., « La loi du 8 février 1995, aspects administratifs », *JCP* 1995.I.3840.

⁹⁰ V. not. Erstein L., Simon O., *L'exécution des décisions de la juridiction administrative*, Paris, Berger-Levrault, 2000.

⁹¹ Ainsi, dans l'affaire jugée par l'arrêt *Hornsby*, c'est l'Etat grec qui avait tardé à autoriser des professeurs de nationalité anglaise à ouvrir une école privée malgré les jugements rendus en leur faveur.

les personnes morales de droit public. Du reste, certains Etats africains ne sont pas restés insensibles à cette évolution qui va dans le sens du renforcement de l'Etat de droit, du respect des obligations pesant sur les personnes publiques et, finalement, de la promotion des investissements et des entreprises que promeut l'OHADA. A titre d'exemple, au Tchad, la loi de 1998 prévoit que « lorsque l'Administration est condamnée au paiement d'une somme déterminée, elle est tenue de procéder à son mandatement dans les quatre (4) mois qui suivent la date où l'arrêt est devenu définitif. Dans le cas contraire, le Comptable concerné, au vu de la grosse de l'arrêt, en assure l'exécution d'office ».

II. Immunité d'exécution au profit des entreprises publiques congolaises

Notion d'entreprise publique en droit congolais. Comparativement au droit français qui utilise largement la notion d'entreprise publique sans que celle-ci ne corresponde en fait à aucune définition ou catégorie juridique générique, ce qui dans le droit public, constitue une particularité non dénuée de sens⁹², le législateur congolais, lui, définit ce qu'il faille entendre par entreprise publique à l'article 2, c) de la loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille et à l'article 3 de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat.

En droit français et à sa suite dans les droits de certains Etats de l'espace Ohada, les acceptions de l'entreprise publique, qui est une notion empirique et évolutive, varient selon le contexte, le législateur n'ayant pas défini cette notion⁹³. Ce qui rend toute tentative de

⁹² Albert S., Buisson C., *Entreprise publiques. Le rôle de l'Etat actionnaire*, Paris, La documentation française, 2002, p. 9. Ces auteurs expliquent que lorsque le législateur français n'a pas cru utile ou nécessaire de préciser un concept, c'est la plupart du temps parce que de telles précisions auraient soulevé des difficultés politiques ou enfermé une notion évolutive dans un cadre trop contraignant, ou n'auraient pu suffire à décrire une réalité trop complexe. Ces trois raisons se sont vérifiées à un moment ou à un autre de l'histoire des entreprises publiques, montrant ainsi, sur une longue période, la grande sagesse du législateur français qui, plutôt que de figer une réalité complexe dans une définition datée, ouvre à la jurisprudence et aux pratiques administratives les marges d'adaptation nécessaires, sans perdre l'essentiel de l'objectif poursuivi.

⁹³En droit interne français, l'entreprise publique trouve son fondement dans l'article 34 de la constitution à propos des règles concernant les privatisations. Pourtant, les expressions « entreprises du secteur public » ou, en raccourci, « entreprise publique », qui figurent dans l'article 34 de la constitution, sont rarement utilisées par les textes normatifs autres que les textes relatifs aux privatisations. Dans les textes anciens, on trouve parfois les expressions « entreprise nationale », « société nationale » ou « société d'économie mixte ». Différents textes législatifs ou réglementaires français qui ont essayé de définir l'entreprise publique, ont un caractère énumératif fondé sur leurs formes juridiques. Ces textes sont les suivants : l'ordonnance du 30 décembre 1958 étalait la nomenclature d'une part, des entreprises nationales à caractère industriel ou commercial avec indication de leur nature juridique et, d'autre part, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national dans lesquelles l'Etat ou d'autres entreprises publiques possèdent ensemble ou séparément des intérêts pécuniaires supérieurs à 30 % du capital social.

définition peu satisfaisante, certains auteurs soulignent même de ce fait l'introuvable définition de l'entreprise publique⁹⁴. En fait, bien qu'il n'existe aucune définition générale de l'entreprise publique, le droit positif français offre deux approches de celle-ci qui, sans s'opposer complètement, ne se recouvrent pas : d'une part, l'approche du droit public interne qui vise à en définir un régime juridique et notamment, des règles de compétence en matière de cession au secteur privé⁹⁵ ; d'autre part le droit communautaire européen qui cherche, pour sa part, la transparence des relations financières entre les Etats et leurs entreprises publiques et, afin de les faire cesser, les éventuelles atteintes à la concurrence au sein du marché unique.

Pour sa part, le législateur congolais du 07 juillet 2008 a clairement défini la notion d'entreprise publique en partant d'un critère patrimonial, abandonnant ainsi la pluralité des critères recognitifs de l'entreprise publique qu'avait fixés l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 portant régime général des entreprises publiques, aujourd'hui abrogée. En effet, aux termes de l'article 2, c de la loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille l'entreprise publique est définie 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 ». L'article 3

Le même type de conception énumérative figure dans le *décret du 21 mars 1969* (et entériné par le Conseil d'Etat dans l'arrêt de 10 juillet 1972, *Air Inter*, Rec. 537) relatif à l'application aux entreprises publiques et sociétés nationales des dispositions de l'ordonnance du 17 août 1967 sur la participation des salariés au fruit de l'expansion des entreprises.

L'article 7 de la loi du 22 juin 1976 relatif à la compétence de la commission des comptes pour assurer la vérification des comptes des entreprises publiques, définit les entreprises publiques en utilisant un critère organique (les EPIC, les sociétés nationales et les SEM dans lesquelles l'Etat possède la majorité du capital) et quatre critères matériels qui se combinent.

La directive n° 80/723 du 25 juin 1980 (modifié par celle du 25 juin 1988, JOCE 28 août) sur la transparence des relations financières des Etats avec les entreprises publiques, donne à son article 2 une définition « communautaire » de l'entreprise publique en considérant celle-ci comme étant toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». La Cour de justice des Communautés européennes a confirmé la compétence de la Commission à cet égard (CJCE 6 juill. 1982, *France, Italie*, Rec. 2545).

La loi du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public visait, de manière très symbolique, à inscrire dans le droit la finalité de transformation des rapports capital-travail que les gouvernements successifs avaient assignée, depuis la libération, aux entreprises publiques. Par ailleurs, cette loi s'est préoccupée moins à définir l'entreprise publique que d'énumérer les entreprises du secteur public, en visant les quatre catégories principales d'organismes faisant partie du secteur public.

Le répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'Etat par l'Etat (RECME), institué par le *décret du 22 octobre 1984* et géré par l'INSEE, englobant les entreprises regroupées sous les trois rubriques suivantes (secteur public de premier rang, secteur public conjoint de premier rang, secteur public de second rang ou de rang ultérieur).

La loi du 26 juillet 1993 intégrait enfin au secteur public un certain nombre d'entreprises publiques limitativement énumérées comme la Coface, Air Inter ou Elf Aquitaine.

⁹⁴ Hubrecht H.-G., *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, n° 214, p. 190 ; Dufau J., « Remarques sur la notion d'entreprise publique », *AJDA* 1956, p. 89 ; Durupt M., « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *Rev. adm.* 1984, p. 7 ; Albert S., Buisson C., *op. cit.*, p. 13.

⁹⁵ L'article 34 de la constitution française prévoit la compétence du législateur non seulement pour les nationalisations, mais aussi pour les transferts de la propriété d'entreprise du secteur public.

de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 relative à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat reprend la même définition de l'entreprise publique, à la seule différence qu'il parle de la totalité ou de la majorité absolue des actions ou parts sociales, en lieu et place du capital social. Il se dégage de ces dispositions, tout d'abord, que l'entreprise publique congolaise est avant tout *une entreprise du portefeuille de l'Etat, c'est-à-dire une société dans laquelle l'Etat ou une autre personne morale de droit public détient la totalité du capital social ou une participation* (art. 3, b loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 et art. 3 loi n° 08/010 du 7 juillet 2008). Ensuite, en droit congolais, la qualification d'entreprise publique n'est réservée qu'aux seules entreprises ayant la forme d'une société commerciale, personne morale de droit privé. Enfin, le législateur congolais fait du critère patrimonial l'unique critère caractéristique de la qualification d'entreprise publique, à savoir une participation publique au capital social ou en actions (ou parts sociales) à hauteur de 100 % ou de la majorité absolue⁹⁶. Lorsque la participation publique est minoritaire, une telle entreprise constitue une société d'économie mixte.

Les entreprises publiques de droit congolais sont des personnes privées. Alors qu'en droit français, les entreprises publiques peuvent, selon les formes qu'elles revêtent (établissement public ou société), être de personnes publiques ou de personnes morales de droit privé, nous sommes d'avis qu'en droit congolais, en raison du fait qu'elles doivent obligatoirement prendre une des formes de société commerciale prévues par la législation congolaise, les entreprises publiques sont des personnes privées. En effet, l'article 4 de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 dispose que « 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 ». Il va sans dire que l'entrée en vigueur du droit OHADA en RDC depuis le 12 septembre 2012 a entraîné comme conséquence que le contenu de l'article 4 de la loi n° 08/010 précitée doit être adapté avec le contenu de l'article 6, al. 2 de l'AUSCGIE qui ne retient que quatre formes de sociétés commerciales (SNC, SCS, SARL, SA)⁹⁷. Certaines de ces formes, comme la SNC et la SCS, paraissent incompatibles avec une participation publique, d'autant plus que l'Etat ne peut acquérir la qualité de commerçant attaché à la responsabilité solidaire et illimitée des associés en nom et des commandités. Ce qui laisse dire que les entreprises publiques congolaises ne revêtiront que les formes SA (soit unipersonnelle

⁹⁶ Art. 3 loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 relative à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat ; art. 2, b) et c) loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 relative au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille.

⁹⁷ Cet article 6, al. 2 AUSCGIE dispose que « sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et les sociétés anonymes (SA) ».

soit pluripersonnelle) et dans une certaine mesure SARL dont les caractéristiques (responsabilité limitée des associés, défaut de qualité de commerçant dans le chef de ceux-ci, titres négociables, etc.) sont compatibles avec l'associé-personne morale de droit public.

Mixité du régime juridique des entreprises publiques congolaises. Le fait pour l'État de s'insinuer dans les cadres juridiques du droit privé, entraîne comme conséquence que les sociétés créées dans ce cadre sont régies en principe par le droit commun des sociétés⁹⁸, et exceptionnellement par un dispositif exorbitant du droit commun destiné à modeler les règles du droit commun dans le sens des intérêts publics⁹⁹. Cette dualité de régime juridique applicable aux entreprises publiques est conforme au droit OHADA, en vertu des articles 1, al. 2 et 916, al. 1^{er} de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et GIE. Tout d'abord, l'article 1^{er}, al. 1^{er} de l'Acte uniforme envisage sans équivoque la possibilité pour l'Etat d'être associé dans une société, le législateur OHADA ayant en pareil contexte soumis lesdites sociétés au droit commun des sociétés. En effet, ce texte dispose que « Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, (...) », est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme ». Ce qui implique que les entreprises publiques sont, à titre de principe, soumises au droit commun des sociétés tel qu'organisé l'AUSCGIE. Dans le même ordre d'idées, ayant la qualité de commerçant, l'entreprise publique congolaise doit adopter une comptabilité commerciale, être inscrite obligatoirement au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Les litiges opposant une entreprise publique à ses usagers ou clients relèveront, si celle-ci est défenderesse, des tribunaux de commerce (art. 17 loi de 2001 sur les tribunaux de commerce). Ensuite et à titre d'exception, les entreprises publiques sont soumises aux règles exorbitant de droit commun, en particulier celles applicables aux entreprises du portefeuille de l'Etat dont elles font partie. Outre leur création actuelle résultant d'une loi de transformation (loi n° 08/007 du 7 juillet 2008) et certaines règles de contrôle (notamment le contrôle que le Parlement peut y exercer en vertu de l'article 100, al. 2 de la Constitution), on peut citer notamment le statut du personnel dirigeant des entreprises publiques nommé par le chef de l'Etat (art. 81, 6° Constitution et art. 13, al. 1^{er} loi n° 08/010 du 7 juillet 2008). Ces règles de droit public sont

⁹⁸ V. en ce sens, Kolongele Eberande, *Pouvoir dans les sociétés mixtes de droit français, OHADA et congolais. Pour une gestion équilibrée d'intérêts et de conflits entre l'Etat actionnaire et les investisseurs privés*, Sarrebruck, P.U.E., 2011, n° 23, p. 24 ; Tagand R., *Le régime juridique de la société d'économie mixte*, Paris, LGDJ, 1969, p. 8 ; Labaste M., *Le portefeuille de participations financières de l'Etat en France dans les sociétés d'économie mixte*, Mémoire DESS, Université de Paris, 1970, p. 18.

⁹⁹ Nguyen Quoc V., *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, Paris, LGDJ, 1979, n° 40, p. 47 ; dans le même sens, v. égal. Kolongele Eberande, *op. cit.*, n° 547, p. 409 s.

applicables aux entreprises publiques congolaises en vertu de l'article 916, al. 1^{er} AUSCGIE qui dispose que « le présent Acte uniforme *n'abroge pas* les dispositions auxquelles sont assujetties *les sociétés soumises à un régime particulier* ». Cet article autorise l'application de ce dispositif exorbitant aux entreprises publiques qui sont à classer dans la catégorie des sociétés à statut particulier. Cette dernière catégorie vise des sociétés qui, dans le passé, étaient considérées comme étant soumises à un régime particulier (ou statut spécial), composé de règles du droit commun et de celles dérogeant au droit commun pour tenir compte des spécificités de ces personnes morales¹⁰⁰. Pour les entreprises publiques, ces spécificités tiennent notamment à la présence de l'État dans le capital de la société¹⁰¹. Ce qui a amené la doctrine à admettre que les entreprises publiques font partie de ces sociétés soumises à un régime particulier¹⁰². La CCJA l'a confirmé dans une autre branche de son Avis consultatif du 30 avril 2001¹⁰³ en ces termes : « toutefois, à l'égard des sociétés à statut particulier, l'article 916, al. 1^{er} précité *laisse également subsister les dispositions législatives spécifiques* auxquelles les dites sociétés sont soumises ».

B. Exclusion des voies d'exécution OHADA contre les entreprises publiques

Position en droit comparé. La règle de la prohibition du recours aux voies d'exécution du droit privé à l'égard des entreprises publiques ayant la nature d'établissement public a été appliquée en droit français dès 1951¹⁰⁴. Certains auteurs l'ont critiquée. R. Drago observait par exemple que cette particularité des entreprises publiques en forme d'établissement public, dont les biens sont insaisissables, aboutissait à permettre aux secondes de « bénéficier des avantages que la loi peut conférer aux commerçants, mais de s'abriter derrière leur caractère public dès que le droit privé leur est défavorable »¹⁰⁵. Malgré une tentative d'arriver à une discussion plus fine, liée à la réalité et aux nécessités des missions de service public plutôt qu'à la seule personnalité publique¹⁰⁶, la Cour de cassation française a continué de faire

¹⁰⁰ Nguihe Kante, « Le caractère d'ordre public du droit des sociétés commerciales en Afrique », *RTD com.*, janv.-mars 2010, n° 1, n° 58, p. 25 ; Issa-Sayegh J., « La portée abrogatoire des actes uniformes de l'Ohada sur le droit interne des Etats parties », *Revue burkinabé de droit*, n° spécial, n° 39-40, p. 15. *Ohadata* J-02-14.

¹⁰¹ Pougoué P.-G., « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit Ohada », *Jurisdis Périodique*, n° 65 et 66, janv.-févr.-mars 2006, p. 100.

¹⁰² Nguihe Kante, « Le caractère d'ordre public du droit des sociétés commerciales en Afrique », art. préc., n° 58 ; Issa-Sayegh J., art. préc., p. 15.

¹⁰³ CCJA, Avis consultatif n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, 4^e question, 4^e branche (4-d) : *Ohada.com/Ohadata* J.-02-04.

¹⁰⁴ Civ. 9 juillet 1951, *SNEP*, S. 1952.I. 125, note R. Drago.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Paris 11 juillet 1984, *D.* 1985. Jur. 174, note critique R. Denoix de Saint-Marc ; *RFDA* 1985.85, note P. Delvolvé ; *Gaz. Pal.* 1984. Doctr. 565, note Y. Gaudemet.

prévaloir « le principe général du droit selon lequel les biens de personnes publiques sont insaisissables »¹⁰⁷. De ce premier principe peut être rapprochée la règle de la prohibition des procédures collectives à l'égard des entreprises publiques en forme d'établissement public. Les dispositions aujourd'hui codifiées de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ne visent que les « personnes morales de droit privé » et le silence à l'égard de personnes publiques est interprété sans discontinuité comme impliquant que ces dernières seraient exclues du champ d'application de cette législation et insusceptibles de faillite, sinon de liquidation par la voie administrative. A l'opposé, lorsque l'entreprise est constituée dans les formes de droit privé, n'est pas soumise à la comptabilité publique ou n'accomplit pas une mission de service public, elle ne bénéficie plus de l'immunité de saisie.

Position de la CCJA sur l'immunité d'exécution au profit des entreprises publiques, quelle qu'en soit la forme. Se fondant peut-être sur la distinction en droit comparé entre entreprises publiques régies par les règles relatives aux sociétés commerciales et exclues du bénéfice de l'immunité d'exécution et celles constituées sous la forme d'établissement public qui en bénéficient, les demandeurs au pourvoi qui a abouti à l'arrêt n° 043/2005 du 7 juillet 2005 précité, sollicitaient l'exécution forcée contre l'entreprise publique Togo Télécom, soumise à la comptabilité privée et n'assumant pas une mission de service public, d'autant plus que l'article 2 de la loi togolaise n° 90/126 du 4 décembre 1990 qui disposait que « les règles du droit privé, notamment celles du droit civil, du droit du travail et du droit commercial ... sont applicables aux entreprises publiques ». En considération de ce que cette entreprise publique était une personne privée, la logique aurait voulu qu'elle ne bénéficie pas d'immunité d'exécution conformément à la règle prétorienne qui veut que « l'immunité d'exécution ne s'applique en aucune manière aux personnes morales de droit privé, même si elles assurent la gestion d'un service public ou sont reconnues d'utilité publique¹⁰⁸ ». Cela va de soi pour les structures entièrement privées que sont les sociétés civiles et commerciales de pur droit privé, les sociétés coopératives, les associations, les fondations, les syndicats, les mutuelles et toutes autres personnes morales de droit privé, même reconnues d'utilité publique. Le constat d'un auteur est le suivant : « Aucun texte ne déclare insaisissables les comptes des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public ». Du reste, les objectifs poursuivis par l'OHADA, en particulier la recherche de la sécurité juridique

¹⁰⁷ Civ. 1^{re}: 21 décembre 1987, *BRGM c. Société Llyod Continental*, *FRDA* 1988. 787, concl. Charbonnier et note B. Pacteau ; *CJEG* 1988. 107, note L. Richer.

¹⁰⁸ Cass., 2^e civ., 15 nov. 1995, *JCP G* 1996, IV, 33.

et judiciaire par la mise en place d'une législation commune, claire, moderne, adaptée, facile à connaître, d'application uniforme, s'opposent à ce qu'il soit procédé à une extension du domaine d'application de l'immunité d'exécution, en y intégrant les entreprises publiques – sociétés de droit privé à capitaux publics majoritaires. Cela ne ferait que nuire aux créanciers de ces entreprises publiques, créanciers qui sont souvent des entreprises privées, et aux entreprises publiques elles-mêmes qui ont pourtant grandement de crédit que leurs potentiels créanciers ne seraient pas enclins à donner, en sachant qu'ils n'auront pas le droit de les contraindre à l'exécution forcée en cas d'inexécution de leurs obligations. Comment dans ces conditions favoriser le crédit et l'investissement en mettant un débiteur à l'abri de l'exécution forcée ?

Tous ces arguments n'ont pourtant pas emporté la conviction de la CCJA qui, abandonnant toute distinction entre entreprises publiques comme le fait l'alinéa 2 de l'article 30, a considéré que Togo Télécom, entreprise de téléphonie qui accomplit les actes de commerce à titre de profession et qui est régie par les règles de droit privé, fait partie des entreprises bénéficiant de l'immunité d'exécution du seul fait qu'elle figure dans l'énumération des sociétés contre lesquelles s'appliquent la compensation et qui ont qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution¹⁰⁹. Il faut tout de suite préciser que l'immunité d'exécution ne peut être invoquée que dans le cas où l'entreprise publique est prise en qualité de débitrice : elle est étrangère à l'hypothèse tout à fait différente où une mesure d'exécution forcée est pratiquée entre les mains de cette dernière en sa qualité de tiers saisi¹¹⁰.

CONCLUSION

La question des immunités d'exécution comme obstacle aux voies d'exécution privée contre les personnes qui en sont bénéficiaires au sens de l'article 30 AUPSRVE, est complexe, comme nous avons pu le montrer ci-haut. De même que nombre d'insaisissabilités s'expliquent en réalité par des considérations personnelles, de même les principales immunités d'exécution ne se comprennent vraiment que dans la perspective de la protection des biens et des ressources nécessaires à l'exercice des missions de service public. Dans cette optique est compréhensible l'immunité dont bénéficient en droit interne l'Etat et les personnes morales de droit public, sans distinction entre le domaine public et le domaine privé, et en droit international les Etats étrangers et les organisations internationales, sous réserve de

¹⁰⁹ CCJA, arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, précité.

¹¹⁰ CA Paris, 26 mai 1982, *JCP* 1982.II.19911, note J. Prévault .

nombreuses limitations y apportées principalement par la jurisprudence. Nous avons pu noter que l'admission par la CCJA de l'OHADA du bénéfice de cette immunité d'exécution au profit des entreprises publiques de forme sociétaire qui sont régies par le droit commun des sociétés et soumises à la comptabilité privée est contestable et brouille le message lancé en direction des investisseurs. Elle s'insère à contre-courant de la tendance actuelle qui réduit au plan interne de telles immunités au nom de l'exigence d'effectivité. La solution résiderait sans doute dans la reformulation de l'alinéa 2 de l'article 30 AUPSRVE, en excluant clairement que les entreprises publiques de forme de droit privé.