

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

BP : 5005 Dakar-Fann



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

DEPARTEMENT DROIT PRIVE

MASTER II RECHERCHE

DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

Option : AFFAIRES

MEMOIRE DE FIN DE CYCLE

EN VUE DE L'OBTENTION DU DIPLOME DE MASTER

THEME :

L'IMMUNITE D'EXECUTION EN DROIT OHADA

Soutenu le 21 Avril 2021 à la FSJP/ UCAD

Présenté par :

Mor BABOU

Sous la direction de :

Mme Fatou Kiné CAMARA

Docteure en Droit Privé

Maitresse de Conférences

Titulaire-FSJP/UCAD

Membres du jury :

Pr. Moussa GUEYE, Agrégé des Facultés de Droit

Dr. Samba DABO, Assistant à la Faculté de Droit de Dakar

Dr. Fatou Kiné CAMARA, Maitresse de Conférences Titulaire

Année universitaire 2018-2019

AVERTISSEMENT

La Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'UCAD n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DEDICACES

Je dédie ce travail à :

Ma grand-mère

Ma mère,

Mon père,

Mon oncle,

Tous les membres de ma famille,

Mes amis,

Mes camarades,

Toutes les personnes qui me sont chères.

REMERCIEMENTS

La réalisation et l'aboutissement de ce travail de recherche de cinq années ont été largement favorisés par la présence de personnes à mes côtés. Qu'elles trouvent ici toute ma reconnaissance et ma profonde gratitude pour leur soutien et leurs encouragements constants. Chacune d'elles à sa manière m'aura permis de ne jamais m'éloigner de l'objectif que je m'étais fixé de mener à terme ce projet personnel.

Je tiens dans un premier temps à remercier particulièrement **Madame Fatou Kiné CAMARA**, pour la confiance qu'elle m'a accordée, et la disponibilité dont elle a fait preuve à mon égard. Je la remercie aussi pour la liberté d'action qu'elle m'a laissée. J'ai eu son soutien autant que de besoin ainsi que la possibilité d'autonomie dans mon travail. C'est dans ce réel équilibre qui m'aura permis d'avancer sereinement que j'ai pu développer des qualités et des capacités qui me serviront bien au-delà de cette étude. Pour tout cela, je la remercie vivement.

Je tiens également à remercier les membres du jury pour le temps qu'ils ont voulu consacré à ce travail.

Ce travail a été facilité par l'aide précieuse de mes camarades et amis condisciples. La confiance mutuelle que nous nous sommes accordés a sans aucun doute facilité notre travail au sein de cette Université, elle l'a également de toute évidence rendu plus agréable trouvent ici l'expression d'une amitié sincère.

Je souhaite également adresser toute ma reconnaissance à mes proches, famille et amis.

Enfin, aux enseignants que j'ai eu le plaisir de côtoyer, mais aussi au personnel administratif de la faculté des Sciences juridiques et politiques.

LISTES DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
Al.	Alinea
Art.	Article
AU	Acte uniforme
AUPSRVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
Bull. civ.	Bulletin Civil
Coll.	Collection
C/	Contre
CA	Cour d'Appel
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de Cassation Française
Cass. civ.	Chambre Civile de la Cour de Cassation Française
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation Française
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
Cf.	Confère, se reporter à
COCC	Code des Obligations Civiles et Commerciales
CPC	Code de Procédure Civile (Sénégal)
D.	Dalloz ou Revue Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Ed.	Editions
Fasc.	Fascicule
Ibid.	Ibidem (même référence, au même endroit
In	Dans
Infra	Plus bas
J.C. P.	La semaine juridique, Jurisclasseur Périodique
JO	Journal Officiel
JORS	Journal Officiel de la République du Sénégal
JORF	Journal Officiel de la République Française
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LOLF	Loi Organique portant Loi de finances
N°	Numéro

L'immunité d'exécution en droit ohada

Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata	Jurisprudence OHADA (sur le site www.ohada.com)
Op.cit.	Opere Citato (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
P.	Page
PP.	Pages
Préc.	Article précité
P.U.A.	Presses Universitaires d'Afrique
RCDA	Revue camerounaise de droit des affaires
Rec.	Recueil de jurisprudence OHADA ou Recours
Ref.	Référé
Rep.	Répertoire
Rev.	Revue
Rev. ERSUMA	Revue Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
R.T.D.civ.	Revue Trimestrielle de droit civil
Supra	Plus haut
T.	Tome
TC	Tribunal des Conflits
Trib.	Tribunal
TGI	Tribunal de Grande Instance
TPI	Tribunal de première instance
TRHC	Tribunal Régional Hors Classe (DAKAR)
TGIHC	Tribunal de Grande Instance Hors Class
UCAD	Université Cheikh Anta DIOP
UEMOA	Union Economique et Monétaire Ouest Africain
UEMOA-RGCP	Directive de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain relative au Règlement Général de la Comptabilité Publique
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

AVERTISSEMENT	I
DEDICACES	I
REMERCIEMENTS	II
LISTES DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS.....	III
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER :.....	11
L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN REGIME DE PROTECTION DES DEBITEURS PUBLICS	11
SECTION 1 ^{ERE} : LES ELEMENTS JUSTIFICATIFS DE L'IMMUNITE D'EXECUTION.....	13
SECTION 2 ^{EME} : LA DETERMINATION DES ENTITES BENEFICIAIRES DE L'IMMUNITE D'EXECUTION	24
DEUXIEME CHAPITRE :	40
L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN REGIME DE PROTECTION A RELATIVISER.....	40
SECTION 1 ^{ERE} : LA COMPENSATION : UN PALLIATIF INEFFICACE A L'IMMUNITE D'EXECUTION	43
SECTION II : L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN AFFAIBLISSEMENT DU DROIT A L'EXECUTION FORCEE DU CREANCIER A REMEDIER	53
CONCLUSION	69
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	72
TABLES DES MATIERES	78

INTRODUCTION

En droit romain, le lien d'obligation présentait une dimension personnelle marquée : l'exécution forcée fut longtemps exercée sur la personne même du débiteur¹. L'adage, « *Nemo praecise potest cogi ad factum* »², conduit à déduire que, dans l'esprit des jurisconsultes romains, l'inexécution d'une obligation de faire ou ne pas faire se résolvait en dommages et intérêts de la part du débiteur. Le terme « exécution » vient du latin « *exsecutio* » qui est le substantif du verbe « *exsequi* » lequel signifie « **suivre jusqu'au bout** ». En effet, au 5^{ème} siècle av. J.C. (453 av. J.C.), le Sénat romain rédige la loi des XII Tables en s'inspirant du droit grec, notamment les lois de Solon d'Athènes ; dans cette loi, il y apparaît la procédure de *manus injectio indicati*³ : le débiteur était attribué par le juge à son créancier qui, durant soixante jours, pouvait l'emprisonner chez lui et le présenter sur trois marchés successifs, dans l'espoir qu'un proche acceptât de régler la dette à sa place. A défaut, le débiteur pouvait être mis à mort ou, plus probablement, vendu comme esclave hors de Rome. « *Après l'effondrement de l'Empire romain, l'exécution sur la personne demeurait rigoureuse, notamment par la contrainte par corps* »⁴. Progressivement, cette méthode barbare fut abandonnée⁵ et le Code Civil Français dit Code Napoléonien adopté en 1804 consacra le principe selon lequel le patrimoine du débiteur sert de droit de gage général à ses créanciers⁶.

L'évolution de l'exécution forcée matérialisée par des saisies a impacté le Droit africain. En effet, ce droit essentiellement coutumier repose sur des adages et proverbes, les récits mythologiques et les contes populaires, pour ce qui est du Droit de l'exécution wolof,

¹ J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. « Domat », 6^e éd. 2000, p.381 in F. VINCKEL, *Droit de l'exécution forcée*, LEXTENSO-EDITIONS, PARIS, 2008, p.19.

² Dans son intégralité : *Nemo praecise potest cogi ad factum quia sine vi et impressione id fieri non potest ; ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio ejus quod interrest* : personne ne peut être contraint à accomplir un fait, parce que cela ne peut se réaliser sans violence, ni pression, et pour cette raison, le paiement de la valeur de ce qui est dû remplace l'obligation de faire.

³ J.-P. LEVY et A. CASTALO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 1^{er} éd. 2002, n°672

⁴ J. BART, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 1998, p.98 in F. VINCKEL, *op.cit.*, p.20

⁵ La contrainte par corps a été abolie le 9 mars 1793 par la Convention avant d'être rétablie sous la direction par une loi du 25 ventôse an V (14 mars 1797) ; La loi du 22 juillet 1867 abolit définitivement la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police à raison des condamnations à l'amende, aux frais, aux restitutions et aux dommages-intérêts.

⁶ L'article 2092 du Code civil de 1804 dispose : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* » et l'article 2093 ancien du Code Civil devenu l'article 2285 consacre définitivement le principe de l'exécution sur les biens : « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ».

L'immunité d'exécution en droit ohada

l'adage suivant peut-être avancer : « Atte bor ? fey ! »⁷. Jouant sur l'homonymie entre un nom de famille (Faye) et le verbe « rembourser » en wolof, il est aussi offert la devinette suivante : « Nu bor sàntt ? » (« Quel est le nom de famille de Dette ? ») « Fey » (« Rembourser »). Le droit de l'exécution est naturellement lié au droit des obligations ; l'obligation, en tant que lien de droit, confère au créancier la prérogative d'exiger quelque chose du débiteur⁸. Etant donné que nul ne peut se faire justice à soi-même, la force contraignante de l'obligation découle de la loi et l'autorité suprême se doit d'apporter son concours⁹. Ainsi, l'exécution forcée, en ce qu'elle requiert le concours de la Force Publique, pourrait bien se manifester en dehors du contrat ; la contrainte au débiteur d'exécuter son obligation s'accomplit par la saisie. Celle-ci est prévue par le législateur OHADA à l'article 28 (Al.1^{er}) de l'Acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE)¹⁰. Ce texte donne, en effet, pouvoir à tout créancier quelle que soit la nature de sa créance, de contraindre, le cas échéant, son débiteur défaillant à exécuter, ses obligations, à son égard¹¹.

La mise en œuvre de cette voie d'exécution peut être confrontée à une série d'obstacles dont la plus importante, dans le cadre de cette étude, interdit toute poursuite. Une telle prohibition n'est possible qu'à l'égard de certaines personnes qui ont une autorité et qui se présentent comme entités dépourvues d'apparence physique et qu'on peut intituler « personnes publiques ». Le Droit français l'a très tôt compris. En effet, il est posé le principe de la soustraction des personnes publiques des voies d'exécution de droit commun ; dès la Révolution, des textes interdisent expressément de saisir les biens et les deniers de l'Etat et des communes¹².

⁷ L'adage qui se traduit littéralement : « Comment trancher un litige portant sur une dette ? En disant au débiteur, paie ! »

⁸ L'article 2 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (COCC) dispose : « *L'obligation lie un débiteur à son créancier en donnant à celui-ci le droit d'exiger une prestation ou une abstention.* »

⁹ L'article 29 AUPSRVE de l'OHADA qui dispose : « *L'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires. La formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique.* »

¹⁰ Cet Acte Uniforme a été adopté le 10 Avril 1998 et il est paru au JO OHADA n°6 du 1^{er} Juillet 1998.

¹¹ L'article 28 en son al.1^{er} dispose : « *A 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.* » Il résulte de cette disposition que le créancier peut contraindre le débiteur défaillant à exécuter les engagements qu'il a souscrit à son égard « *dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme* ».

¹² Il s'agit de la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1791 ; du décret du 22 août 1791 ; des instructions ministérielles du 17 messidor An VIII ; ainsi, l'article 537 du Code Civil, en son al.2 pose un principe général : « *Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers, sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières.* »

L'immunité d'exécution en droit ohada

En s'écartant de l'ancien droit (en Droit français il désigne le Droit en vigueur sous la monarchie ou l'Ancien régime en opposition au régime mis en place à partir de la Révolution de 1789)¹³, le législateur de l'OHADA et la CCJA ont accentué les obstacles au recouvrement de la dette publique tel que l'immunité d'exécution dans les Etats de l'OHADA¹⁴. C'est en ce sens qu'il faudrait comprendre les dispositions de l'article 30, alinéa 1 de l'AUPSRVE : « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

Cette disposition énonce le principe général de l'immunité d'exécution qui est une règle dérogatoire reconnue universellement. Le droit des voies d'exécution emploie cette notion lorsqu'il s'agit de protéger les biens des personnes publiques¹⁵ en interdisant toute exécution forcée et toutes mesures conservatoires contre elles. Ce sont des interdictions permanentes qui correspondent aux immunités d'exécution qui sont liées à la personne. La consécration de ce régime de protection dans l'espace OHADA constitue une réglementation exceptionnelle. C'est la raison pour laquelle les immunités d'exécution sont nécessairement légales et exceptionnelles¹⁶.

L'immunité d'exécution est un principe ancien en droit administratif notamment dans les jurisprudences de la Chambre Civile de la Cour de Cassation¹⁷ et du Tribunal des Conflits¹⁸. Au niveau des relations internationales, l'immunité a pour fondement la courtoisie devant exister entre les Etats et le respect de la souveraineté étrangère. L'origine de ce privilège remonte à une époque ancienne où il fallait protéger un Etat faible et mal organisé contre d'éventuelles poursuites judiciaires, et qui auraient pu mettre son autorité en péril, sinon l'effriter. L'application de l'immunité d'exécution dépend, de la nature de l'action

¹³ F. IPANDA, « Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *Revue Camerounaise du droit des affaires* n° 6, janv. Mars 2001, pp. 1 et s., www.ohada.com, Ohadata D-02-01 ; les Etats de l'Afrique de l'ouest et certains Etats de l'Afrique centrale articulaient le régime de nullité des actes de procédure.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, Université Cheikh Anta DIOP, p.154.

¹⁶ D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *Revue de droit privé « DOC et JURIS »*, numéro 1, Janvier-Février-Mars 2014, inédit, p.3

¹⁷ Cass., 31 mars 1819, Enregistrement c/Jousselin (Ainsi, était-il affirmé qu'un particulier persévérant et obstiné, soucieux avant tout de ses légitimes et égoïstes intérêts au mépris de l'intérêt général, ne pouvait ni obliger, ni contraindre l'autorité publique).

¹⁸ TC, 8 décembre 1899, Canal de Gignac, Sirey, 1900, 3, p. 49, note Hauriou, cité par A. A. D. KEBE : « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *revue Afrilex*, mai 2015, p.13, note 99. Dans cet arrêt, le tribunal affirme que « *les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances entre particuliers ne peuvent être suivies vis-à-vis des établissements publics* ».

L'immunité d'exécution en droit ohada

engagée, de la nature des biens sur lesquels une mesure d'exécution est envisagée. La jurisprudence s'attache à apprécier si le bien visé est affecté « à une activité de souveraineté ou de service public dans laquelle se manifeste la puissance publique de l'Etat étranger ou de l'organisme qui en est son émanation »¹⁹. En effet, le principe d'immunité d'exécution ou de saisie des personnes publiques trouve son origine dans le principe général de la séparation des autorités administratives et judiciaires²⁰. Il importera dans ce cas de faire la conjugaison entre l'immunité d'exécution et le droit communautaire de l'OHADA. C'est dans ce contexte que s'inscrit le sujet de notre recherche à savoir « ***l'immunité d'exécution en droit OHADA*** ». Il a pour fondement l'article 30, alinéa 1 de l'AUPSRVE²¹.

Par définition, l'immunité vient de *in* privatif, et du latin *munus, muneris* qui signifie charge. Littéralement, immunité signifie exemption de charges. L'immunité est le droit de bénéficier d'une dérogation à la loi commune, un privilège attribué à certaines personnes²². L'immunité est « un privilège faisant échapper à une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou à une sujétion pesant sur les autres (...) l'exemptant à certains égards de l'application du droit commun »²³. L'immunité d'exécution serait, donc, un privilège qui protège contre toute exécution forcée les bénéficiaires d'une immunité de saisie. Il sied de faire la distinction entre ces deux immunités en raison de leur acception polysémique. Fondée sur les principes coutumiers tirés du droit des gens, que sont l'indépendance, la souveraineté et l'égalité des Etats étrangers, l'immunité de juridiction s'oppose à ce qu'un Etat soit jugé par un autre Etat sans son consentement ; ce qu'exprime la maxime « *Par in parem non habet jurisdictionem* »²⁴. Ce principe interdit au juge judiciaire de connaître des actions dirigées contre l'Etat et d'une manière générale, les personnes publiques ; quant à l'immunité d'exécution, en plus de profiter aux seules personnes publiques, est une cause d'insaisissabilité en ce qu'elle permet de rendre insaisissables tous les biens de ces personnes publiques. Il est admis que l'immunité d'exécution, assimilable à l'insaisissabilité, repose sur un critère organique²⁵. Le Professeur Désiré Cashmir EBERANDE KOLONGELE, la définit comme un privilège personnel que la loi accorde à

¹⁹ J. BEGUIN et M. MENJUCQ (sous la dir.), *Droit du commerce international*, coll. « Traités », Paris, Litec, 2005, p. 727 disponible sur <http://www.persee.fr> (consulté le 30 Avril 2020).

²⁰ G. NAHM-TCHOUGLI, « l'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », revue *africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n°6, 2005, p.575 et s.

²¹ Voir *supra*.

²² *Le Petit Larousse illustré*, Editions Larousse, Paris, 2010, p. 521.

²³ G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », Association Henri CAPITANT, PUF, 7^{ème} éd. 2005.

²⁴ Maxime rappelée par R. de GOUTTES, « L'évolution de l'immunité de juridictions des Etats étrangers » disponible sur le site www.courdecassation.fr (consulté le 01 mai 2020).

²⁵ V. *infra*

L'immunité d'exécution en droit ohada

certaines débiteurs pour les soustraire à toute mesure d'exécution²⁶. C'est cette hypothèse qui se dévoile de la lecture de l'article 30 susvisé et dont la teneur de ses deux premiers alinéas est susceptible d'interprétation²⁷. Dont les termes sont les suivants : **« L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. »**

Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ». La formulation de cette disposition fait ressortir trois éléments essentiels : les personnes morales de droit public, les entreprises publiques et la compensation. Les personnes morales de droit public sont des entités abstraites auxquelles on reconnaît la personnalité juridique et sont soumises aux règles du droit public (on peut citer l'Etat, les Collectivités territoriales, les Etablissements publics, etc.). Les entreprises publiques, quant à elles, sont les entreprises sur lesquelles les pouvoirs publics (l'Etat, les Collectivités territoriales) peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante, du fait de la propriété de la participation financière, ou des règles qui la régissent²⁸. Concernant la compensation, elle suppose en droit civil, l'opération juridique par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible²⁹. L'article 30 AUVE consacre un principe de l'immunité d'exécution en délimitant son champ d'application (les personnes bénéficiaires) puis limite sa portée avec le principe compensatoire.

Quant au droit OHADA³⁰, il peut être compris comme l'ensemble de la législation communautaire qui a pour objectif de faciliter des échanges et des investissements, la garantie

²⁶ V. supra n°16 p.3.

²⁷ B. L. NIANG, « L'immunité d'exécution à la lumière de la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », Revue RAMReS, N° spécial du mois d'avril 2019, p.123 n°19, article téléchargeable sur le site www.publication.lecames.org (consulté le 01 Mai 2020).

²⁸ Notons que la définition de l'entreprise publique dans le droit communautaire OHADA, jumelé avec les droits internes, paraît imprécise et sujette à controverses ; retenons que pour être entreprise publique, celle-ci doit disposer d'une personnalité morale et d'une autonomie financière ; elle doit aussi faire partie du secteur public et exercer une activité industrielle ou commerciale.

²⁹ V. *infra*

³⁰ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Le rêve de créer l'OHADA remonte aux lendemains des indépendances. Si l'on y prend garde, la balkanisation politique doit engendrer une balkanisation juridique. On rêve alors d'un système juridique pour sauver l'important acquis de l'époque antérieure qu'est le droit commun des Etats francophones. L'idée d'un droit harmonisé est née. Une première tentative est éphémère : c'est le Bureau Africain et Mauricien des Recherches et d'Etudes législatives (BAMREL) créée le 5 juillet 1975 dans le cadre de l'Organisation Commune Africaine et Malgache (OCAM). L'idée est reprise en avril 1991 à Ouagadougou par les Ministres des Finances de la zone-franc et ayant en

de la sécurité juridique et judiciaire des activités des Entreprises³¹. Le droit de l'OHADA est ainsi utilisé pour propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un « pôle de développement ».

Partant de ces concepts, le régime des immunités a une portée large. Au demeurant, l'immunité d'exécution est un principe reconnu au plan interne comme à l'international ; ce faisant, il appert qu'il est plus judicieux de faire une étude centrée sur l'immunité d'exécution dans l'espace OHADA. A la suite, il conviendra d'analyser le régime de l'immunité d'exécution consacrée par le droit OHADA à la lumière des législations nationales des Etats partie.

C'est en considération de tout ce qui précède que notre réflexion sera articulée autour de l'interrogation suivante : **L'immunité d'exécution consacrée par le Droit OHADA en un régime de protection impacte-t-elle le caractère fondamental du recouvrement des créances ?**

Cette réflexion ayant trait à l'immunité d'exécution en droit OHADA permet en quelque sorte d'apprécier et de déterminer dans l'espace communautaire en toute clarté les bénéficiaires de ce privilège. L'intérêt d'étudier un tel sujet résulte dans le fait que l'immunité d'exécution en droit OHADA a toujours attiré l'attention de la doctrine, de la jurisprudence et

commun l'usage du français. Une réunion des mêmes Ministres, tenue à Paris les 2 et 3 octobre 1991, la ficelle : unifier le droit des affaires pour rationaliser et améliorer l'environnement juridique des entreprises. Une « mission de haut niveau » étudie la faisabilité du projet. La Conférence des Chefs d'Etat de France et d'Afrique, réunie à Libreville en octobre 1992, accepte le projet. L'OHADA est engendrée. La naissance survient un an plus tard. En effet, le Traité créant l'OHADA est signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis et est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Il est révisé le 17 octobre 2008 à Québec au Canada. L'OHADA compte actuellement 17 Etats membres (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo (Brazzaville), la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, le Togo, l'Union des Comores).

L'objectif de l'OHADA est de sécréter un droit nouveau et adapté dans le domaine du droit des affaires. Le domaine du droit des affaires de l'OHADA est fixé à l'article 2 du Traité qui précise *qu'« entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après »*. Plusieurs Actes uniformes ont été adoptés et sont entrés en vigueur. Il s'agit de : l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général du 17 avril 1997 (révisé en décembre 2010), l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 17 avril 1997 (révisé en janvier 2014), l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés (révisé le 15 décembre 2010), l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution du 10 avril 1998, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (révisé le 10 septembre 2015), l'Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives du 15 décembre 2010. (V. P.G. POUGOUE et Y.R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, Yaoundé, 1ère éd. P.U.A, 2008, pp.21 et s.).

³¹ *Le dico de l'International* disponible sur <http://glossaire-international.com> (consulté le 2 mai 2020).

même du législateur. Nous pouvons même dire qu'il a, dans une certaine mesure, constitué un facteur d'attraction vers une étude de la protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution. C'est ce que semble montrer A.J. TAMME en soutenant que : « *lorsque la personne juridique que l'Etat constitue, descend de son sommet souverain pour rejoindre l'agitation de la place du marché, il n'y a pas lieu de lui réserver une place exceptionnelle au détriment des autres personnes juridiques qu'elle y rencontre* »³². La question de ce régime de protection quasi absolu a fait couler beaucoup d'encre. En effet, la formulation ambiguë de l'art.30 AUPSRVE a donné naissance à l'arrêt de principe dit « Togo Télécom »³³. Cette juridiction a fait une interprétation extensive de l'immunité d'exécution en soustrayant à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires toute personne morale de droit public sans pour autant définir l'identité véritable de ces personnes mentionnées par ledit article. Elle énonce que seule la compensation pourrait être considérée comme une mesure d'atténuation. La lecture de cette décision a fait réagir la doctrine.

Certains auteurs, particulièrement le Dr. DOUANJI, ont fait savoir que la détermination des personnes bénéficiaires peut être faite à la lumière des autres actes³⁴. Il a soutenu que les bénéficiaires du régime de l'immunité d'exécution « *sont indiscutablement l'Etat, les collectivités publiques territoriales, ainsi que tous les types d'établissement publics, sociétés d'Etat ou à capitaux publics* ». Cette appréciation est critiquable dans la mesure où il est saugrenu de rechercher les bénéficiaires des actes uniformes et que d'emblée la formulation de l'article 30 est muette sur la question de l'identification de ces personnes. Il est plus judicieux de rappeler la définition d'une entreprise publique ou société d'Etat dans le droit OHADA. Cette partie de la doctrine ne nous renseigne en rien sur la détermination des personnes morales bénéficiaires de l'immunité d'exécution. En pareille circonstance, l'évolution jurisprudentielle³⁵ pourrait permettre au milieu des affaires d'être plus attractif car l'idée « égalitaire » ainsi longtemps recherchée pourrait s'installer. Sous réserve de toutes ces préoccupations, il convient de dire que ce sujet suscite un intérêt important.

³² A. J. TAMMES, « International Publiekrecht », *Haarlem*, 1966, p. 111. V. aussi R. VENNEMAN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, éd. de l'Institut de Sociologie, 1971, pp. 123 et s.

³³ V. infra (Chapitre I- Section II- Paragraphe II- A). Voir aussi obs. F. M. SAWADOGO in Ohadata D-07-16;

³⁴ K. G. DOUANJI, « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Revue camerounaise de l'Arbitrage* n°18, juillet – août – septembre 2002, Ohadata D-02-28, p.2.

³⁵ CCJA, Arrêt n°103/2018 du 26 avril 2018, Affaire MBULU MUSESO c/ Sociétés des Grands Hôtels du Congo S.A.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Le choix de ce sujet n'est pas fortuit en ce que l'immunité d'exécution constitue une question épineuse dans ce monde gouverné par les affaires. En réalité, les voies d'exécution ont pour finalité expresse et légitime le recouvrement de la créance. C'est la raison fondamentale et première de la mise en place des règles relatives aux voies d'exécution. Ainsi, toute personne qui détient une obligation, quelle qu'en soit la cause et l'origine, est tenue de l'exécuter ; à défaut d'exécution volontaire, on doit l'y contraindre par l'usage des voies d'exécution forcée³⁶. Cependant, le droit de l'exécution forcée du créancier s'amenuise en raison de l'immunité d'exécution. Tout d'abord, la formulation brute du sujet implique de comprendre que ce régime de protection est justifié fondamentalement par la nécessité de sauvegarder l'ordre public et l'intérêt général. Ensuite, la personne morale de droit public dispose des prérogatives régaliennes pour ne pas être contrainte à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires. A cet égard, il serait difficile de contraindre l'Administration à se conformer aux décisions de justice³⁷. Enfin, la dernière qui l'explique, est le caractère dérogatoire de ce régime de l'immunité qui a tendance à évincer le droit commun ou les autres branches du droit de manière générale. D'origine prétorienne, la protection des personnes publiques contre la saisie aurait pour effet de garantir les exigences de continuité du service public³⁸. Il n'y a pas d'intérêt à porter atteinte à cette règle cardinale du droit public³⁹. L'on considère, en effet, qu'il faut protéger ses biens et ses ressources⁴⁰. De ce constat, la consécration admise en Droit africain uniformisé présente un absolutisme et des incomplétudes ; sous ce prisme, les législateurs nationaux ne sont pas restés passifs dans la préservation de l'ordre public économique et dans la détermination du champ d'application de l'immunité d'exécution. Il s'impose donc d'avancer que les normes de la législation communautaire et des lois internes sont en parfaite « symbiose masquée ». C'est dans cette logique que la haute juridiction communautaire, de par son pouvoir d'interprétation, a apporté une évolution de taille pouvant permettre de cadrer le domaine d'application de l'immunité d'exécution.

³⁶ V. supra p.1.

³⁷ L'Etat détient le monopole de la contrainte et ne peut dès lors utiliser ses forces de l'ordre pour se contraindre lui-même car comme le soutient un auteur, il serait aberrant et contre nature que l'Etat qui a le monopole de la force publique use celle-ci contre lui-même ou en use à l'égard des autres personnes publiques. V. S. S. KUATE TAMEGHE, La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution, Thèse Bordeaux IV 2003, L'Harmattan 2004, n°395, p. 334

³⁸ A. A. D. KEBE « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », revue *Afrilex*, mai 2015, p.13.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

L'immunité d'exécution en droit ohada

Cependant, dans un contexte de mondialisation, l'entreprise africaine se doit aussi d'être à un certain niveau de compétitivité pour s'adapter aux diverses contingences économiques, ces contingences économiques peuvent traduire des difficultés. Ainsi, dans le souci de concilier la sauvegarde des missions de service public de la personne morale et la nécessité de sécuriser les activités économiques⁴¹. Pour autant, il nous semble que le terrain laisse des parcelles vides que la doctrine et la pratique ont tenté, de manière exhaustive, de combler en proposant des réformes du droit des voies d'exécution dans l'espace OHADA. Le législateur OHADA, face à ce conflit d'intérêts et cette inégalité des armes, a mis en place une réglementation détaillée contenue dans l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution adopté le 10 Avril 1998 entrée en vigueur le 10 Juillet de la même année contenant 338 articles directement applicables et obligatoires dans l'ordre juridique interne des États membres. Cet Acte reflète la volonté du législateur ouest africain de rompre définitivement avec l'inexécution des décisions et corrélativement, vaincre l'insécurité juridique et judiciaire croissante dans le monde africain des affaires. Dans l'immédiat, l'acte uniforme tente de réaliser un équilibre difficile mais nécessaire entre les intérêts contradictoires des créanciers et des débiteurs. De ce constat, le législateur OHADA a jugé nécessaire de tempérer cette immunité d'exécution avec la consécration de la compensation comme palliatif. Cependant, force est de constater que ce mécanisme compensatoire présente des incertitudes. Cette entreprise ainsi décrite semble inadaptée au recouvrement des créances publiques. De là, il est d'une importance capitale de trouver des solutions légales et pratiques plus efficaces pour la mise en place d'un environnement juridique propice au développement des investissements ; par ailleurs, il serait opportun, *de lege feranda*, d'essayer de proposer d'autres horizons juridiques pour restreindre l'immunité d'exécution. L'importance de la consécration de l'immunité d'exécution en Droit OHADA obéit à une politique égalitaire dans la préservation de l'intérêt général et de la protection des droits fondamentaux des débiteurs mais aussi corrélativement la garantie de recouvrement des créances.

L'économie de tout ce qui précède conduit à dire que l'immunité d'exécution prive tout créancier d'une personne morale de droit public ou d'une entreprise publique, de la possibilité de recouvrer sa créance ; sous ce prisme, il est, sans ambages, constaté que l'érection de ce régime en un principe absolu est une entrave au droit de recouvrement de la créance, droit fondamental consacré par le législateur. Qu'il faille dès lors rééquilibrer les

⁴¹ Le Traité de l'OHADA, adopté à Port-Louis au 17 octobre 1997 et révisé en 2008, s'est fixé pour objectif une application du droit uniforme en vue de garantir une sécurité juridique et judiciaire des investissements.

L'immunité d'exécution en droit ohada

armes ; autant qu'il faut protéger les personnes morales de droit public, autant qu'il est nécessaire de préserver les intérêts des créanciers, dispensateurs de crédit.

La méthode d'étude sera principalement analytique et s'accentuera essentiellement sur les dispositions de l'AUPRSVE pour déceler les acquis et les éventuels manquements de ce dispositif juridique. Nous voulons subsidiairement emprunter la méthode comparative pour voir le niveau du droit OHADA par rapport à d'autres espaces juridiques.

Eu égard à toutes ces précisions et par souci de cohérence, la problématique de l'immunité d'exécution mérite d'être appréhendé sous deux axes. Le premier consistera à mettre l'accent sur le caractère protecteur de l'immunité d'exécution (**Chapitre premier**) au regard du droit OHADA ainsi que du droit comparé. Le second sera relatif à la relativisation de l'immunité d'exécution (**Chapitre deuxième**).

CHAPITRE PREMIER :
L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN REGIME DE PROTECTION
DES DEBITEURS PUBLICS

L'immunité d'exécution en droit ohada

L'immunité d'exécution interdit l'exercice de toute voie d'exécution contre l'Etat et ses démembrements. C'est une limite subjective de l'exécution forcée ou voies d'exécution anciennement prévue. En tant qu'elle prohibe toute exécution forcée contre toute personne investie des pouvoirs exorbitants d'intérêt général, ce principe de protection a suivi un processus bien muri aboutissant à son éclosion. L'immunité d'exécution est une règle de protection qui peut être justifiée par des éléments importants (**Section 1^{er}**). Ce régime constitue une mesure de faveur accordée à certains débiteurs en fonction de leur personnalité. La détermination de ces personnes bénéficiaires d'une telle mesure protectrice s'impose (**Section 2**).

SECTION 1^{ERE} : LES ELEMENTS JUSTIFICATIFS DE L'IMMUNITE D'EXECUTION

L'immunité d'exécution qui est un principe unanimement reconnu est réaffirmée par beaucoup de législations internationales, communautaires et nationales. Elle est justifiée principalement par un principe de droit public qu'est la puissance publique (**Paragraphe 1**). Ce fondement principal est secondé par d'autres justifications aussi importantes (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA JUSTIFICATION PRINCIPALE DE L'IMMUNITE D'EXECUTION, LA PERSONNALITE PUBLIQUE

Le régime des immunités, de par son fondement principal, est une consécration législative d'origine prétorienne (**A**). La raison d'être de son existence est tributaire de la continuité des missions de service public (**B**).

A. Un principe d'origine prétorienne à valeur législative

La puissance publique, fondement originel de l'immunité d'exécution, est une notion fondamentale. Elle est considérée comme l'ensemble des prérogatives et avantages dont dispose l'Administration afin de faire prévaloir l'intérêt général qui reste son objectif principal. Ainsi, le Pr. HAURIOU définit la puissance publique comme « *une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations* »⁴². De ces avantages, dans une loi confortée par une jurisprudence stable, il y est admis l'interdiction de la contrainte pour l'exécution forcée des obligations.

Le principe de l'immunité d'exécution ou de l'insaisissabilité des biens publics des personnes publiques fut très tôt reconnu à l'Etat par la Cour de cassation dans son arrêt Enregistrement c/ Jousselin du 31 mars 1819⁴³. Cette décision préserve l'intérêt général et met en garde tout particulier qui serait animé par un sentiment privé. Le privilège de l'immunité d'exécution est un principe ancien issu du droit administratif notamment dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits⁴⁴. En effet, le juge avait admis l'immunité d'exécution au profit des

⁴² M. HAURIOU, « Précis de droit administratif et de droit public général » disponible sur www.gallica.bnf.fr (consulté le 04 Mai 2020).

⁴³ V. *supra* p. 3.

⁴⁴ *op.cit.* p.3

L'immunité d'exécution en droit ohada

établissements publics en affirmant 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* ». L'immunité d'exécution telle qu'énoncée par cette juridiction, au profit des personnes publiques, est fortement liée à la personnalité morale. Il est illusoire de vouloir retourner la puissance publique contre elle-même puisqu'elle détient de façon exclusive le monopole de la contrainte⁴⁵. Cette immunité couvre l'ensemble tant des mesures d'exécution que des mesures conservatoires. L'impossibilité de recourir aux voies d'exécutions administratives à l'encontre des personnes publiques, prend la forme d'une protection « *permanente et absolue* »⁴⁶.

Ce principe a été affirmé pour la première fois par la Cour de cassation en 1885. Cette dernière indiquait qu'« *il est de principe absolu en droit qu'il n'appartient pas à un créancier de l'Etat, même pour assurer l'exécution d'une condamnation judiciaire obtenu contre celui-ci de faire saisir-arrêter, entre les mains d'un tiers, les deniers ou autres objets qui sont la propriété de l'Etat* »⁴⁷.

L'immunité de saisie ou d'exécution, ainsi, repose sur un critère exclusivement organique⁴⁸. C'est ce qu'a justifié l'arrêt de principe de la Cour de Cassation Française du 21 décembre 1987, BRGM (Bureau de Recherches Géologiques et Minières) c/ Société Lloyd Continental, dans un attendu de principe, justifiait l'insaisissabilité fondée sur le critère organique⁴⁹. Ainsi, qui suit :

« *Attendu qu'il résulte du premier de ces textes (art.537 al.2 du code civil) que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé (...)* ».

⁴⁵ A. A. D. KEBE « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », revue *Afrilex*, mai 2015, p.13.

⁴⁶ Ph. YOLKA, « Protection des propriétés publiques : régime général », *J CI. Propriétés publiques*, Fasc. 60, 2003.

⁴⁷ Cass.Civ.5 mai 1885, Veuve Caratier-Terrasson, S.1 p. 353 note Chavegrin. Arrêt cité par WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009, p.426 note n°2061.

⁴⁸ B. PACTEAU, note sous l'arrêt Cass.Civ.1^{ère}, 21 décembre 1987, BRGM c/ Lloyd Continental, RFDA, 1988, p.771.

⁴⁹ Cass.Civ.1^{ère}, 21 décembre 1987, BRGM c/ Société Lloyd Continental, Bull. civ. I, n° 348, p.249.

L'immunité d'exécution en droit ohada

La solution dégagée confirme une idée d'assimilation entre insaisissabilité et immunité. Le critère organique tel que fondement exclusif de l'insaisissabilité fait que celle-ci se rapproche de l'immunité⁵⁰ dans la mesure où l'idée de la personnalité publique gouverne l'aspect personnel du patrimoine et exclut toujours l'exécution forcée.

La prohibition de la contrainte à l'égard de l'Administration fut d'abord affirmée en droit français en tant que principe de droit général et absolu auquel on ne pouvait déroger. L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 consacre le principe de séparation des deux ordres de juridictions : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Il énonce qu'il est interdit aux juges « *à peine de forfaiture, de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction* ». Cette disposition met en exergue la règle de l'insaisissabilité des biens publics⁵¹. En effet, les biens de l'Administration sont en principe insaisissables et par ricochet, il est interdit de mettre au ralenti leur mission ; leurs dettes par eux contractées ne peuvent être poursuivies dans une certaine mesure. Cette consécration bien qu'importante concerne la séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs.

Ainsi, le Code Général de la propriété publique français affirme sans équivoque dans son article 2311-1 que « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1 sont insaisissables* »⁵². Elle fut étendue aux collectivités locales et annihile en amont toute mesure tendant à soumettre aux voies d'exécution les personnes morales de droit public.

Ce principe découle aujourd'hui de l'al. 3 de l'article 1er de la loi française du 9 juillet 1991, le législateur énonce que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Cette règle est reprise, dans l'espace OHADA, par l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution. Cette disposition énonce le régime général de l'immunité d'exécution dans l'espace communautaire de l'OHADA.

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 biens⁵³. Pour mieux asseoir ce régime protecteur, beaucoup de pays africains ont, dans

⁵⁰ B. NICOD, « Immunités et Insaisissabilités », *LPA*, 6 Janvier 1993, n°3, p.19. L'auteur signifiait que « *la conception du patrimoine serait d'ordre pécuniaire, et l'on toucherait, ici, l'insaisissabilité, sa signification serait d'ordre personnel et l'on aborderait l'immunité. C'est le double aspect réel et personnel du patrimoine* ».

⁵¹ V. *supra* n°11.

⁵² Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété publique des personnes publiques, J.O. du 22 avril 2006. L'article L.1 mentionne que les personnes concernées sont l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics.

⁵³ La convention a été ouverte à la signature le 17 janvier 2005 et l'est restée jusqu'au 17 janvier 2007.

leur législation interne, organisé le système de l'immunité recopiant ainsi textuellement l'article L.1 dernier alinéa du Code de Procédure Civile d'Exécution français⁵⁴. C'est notamment l'exemple du Sénégal⁵⁵.

L'immunité d'exécution, notion polysémique, est une règle issue de la jurisprudence française dépassée ancienne ; c'est un régime de protection justifiant l'absolutisme de la prohibition de la contrainte à l'encontre de l'Administration.

Etant une création prétorienne, dont l'existence a été consacrée implicitement par l'art. L1 devenu art.111-1, l'immunité d'exécution est un principe dérogatoire à l'exécution forcée qui constitue le gage général sur le patrimoine du débiteur, personne morale de droit public.

Cela étant, l'Administration, de par ses prérogatives de puissance publique, est seule habilitée à mener à bien les missions de service public que la loi lui attribue ; en pareil cas, l'exercice et la protection des missions de service public (de l'intérêt général) supposent une stabilité dépourvue de toute obligation d'ordre privée ou contractuelle.

B. Un principe assurant la continuité des missions de service public

L'exclusion de l'Administration des voies d'exécution peut être expliquée par la nature de son activité et de l'importance qui en découle. En effet, elle assure une mission de service public qui a pour objectif la stabilité et la transparence de la mission d'intérêt général. Quid du service public ?

Le service public est une notion ancienne et centrale du droit administratif mais elle est aussi par contrecoup une notion abondamment critiquée. C'est une notion centrale parce qu'elle touche aux buts des institutions publiques et de l'organisation sociale⁵⁶. Il est considéré par certains doctrinaires comme une « *notion-écran* » en raison de « *son imprécision conceptuelle* »⁵⁷.

La définition du service public a bien évolué ; elle est donnée par la doctrine et la jurisprudence ; les législations n'ont pas pu qualifier l'activité de service public.

⁵⁴ Il dispose : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* » devenu l'art. L. 111-1 al.3 issu de l'Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011.

⁵⁵ V. *supra* p.3.

⁵⁶ GUGLIELMI (G.J.), « Introduction au droit du service public », p.2 document disponible sur le site <http://www.guglielmi.fr> (consulté le 4 mai 2020).

⁵⁷ CHEVALLIER (J.) et LOSCHAK (D.), Traité de science administrative, Paris, LGDJ, 1978, p. 361 in Y. BODIAN, *op.cit.*, p.152.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Le service public est constitué de grands principes ; en effet, le premier de ces trois est le principe de la continuité qui se justifie par l'essence même du service public, à savoir la satisfaction des besoins publics. Ce principe doit aussi s'apprécier au regard de la satisfaction des besoins des usagers, certains devant bénéficier d'un service continu sans autres interruptions.

La protection de l'Etat et de ses démembrements apparait nécessaire en vertu du principe de continuité des services publics, principe de valeur constitutionnelle⁵⁸.

Au Sénégal, l'idée d'une autonomie du droit administratif est ressentie par la codification⁵⁹ du célèbre arrêt *Blanco*⁶⁰ ; cette jurisprudence assure l'exorbitance du droit administratif par « *utilisation de procédés de gestion publique* ». Ainsi, l'Administration peut conclure des contrats dans le seul but d'assurer une réalisation d'intérêt général⁶¹.

L'administration, dans l'exécution de son contrat pour la réalisation de sa mission de service public, peut s'avérer un mauvais exécutant dans la mesure où elle serait débitrice d'une obligation non exécutée, soit volontairement, soit involontairement, à l'égard d'un particulier par exemple ; une telle personne dispose-t-elle des moyens pour le recouvrement de sa créance ?

A l'analyse, il s'avère que la réponse à cette question reste négative, en principe. En effet, le Droit OHADA, dans le but de rendre rapide les missions de service public, a affirmé en son article 30 alinéa 1 issu de l'AUPSRVE : « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Cette disposition met l'accent sur l'immunité d'exécution des personnes publiques investies de mission de service public.

Dans le souci de préserver l'idée de continuité, le législateur sénégalais s'est bien inspiré de ce qui précède ; en effet, il a été jugé nécessaire de reformer le droit de l'exécution forcée et l'objectif était de rendre conforme le droit interne au droit communautaire voire international. Le rejet des voies d'exécution mises en œuvre contre les personnes publiques vise à leur assurer la protection que justifie la mission qui leur est confiée⁶². Ainsi, une loi a été adoptée pour amener une harmonie législative et concilier l'immunité d'exécution avec le

⁵⁸ Conseil Constitutionnel, 25 juillet 1979, DC N°79-105 in Ch. ROUX, *L'insaisissabilité des biens publics des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?* Mémoire de master 2 Recherche Droit public fondamental, Université Jean MOULIN LYON III, année 2006-2007, p.17.

⁵⁹ Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JORS de 1965, pp. 945 et s.

⁶⁰ TC, 8 février 1873, il a été considéré que le service était à la fois un organe (personne publique et une fonction publique ; ce qui va entraîner l'application du droit administratif.

⁶¹ V. L'article 14 du COA : « *Est exorbitante du droit commun la clause inspirée par les nécessités particulières qu'impose la réalisation de l'intérêt général poursuivie par le service public* ».

⁶² Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, op.cit., p.157

L'immunité d'exécution en droit ohada

service public. Les dispositions de l'article 194, alinéa 3 COCC, sont souvent invoquées, à ce sujet, pour paralyser l'action en recouvrement des dettes de l'Administration pour la continuité des missions de service public. Il a été clairement énoncé que « *Lorsque l'exécution forcée et les mesures conservatoires sont entreprises à l'égard de personnes morales autres que celles ci-dessus énumérées et sont de nature à porter gravement atteinte à la continuité du service public*⁶³, le juge peut, pour prévenir ou mettre fin au trouble, prendre toutes mesures appropriées »⁶⁴.

Pour la régularité et la continuité des missions de service public ainsi que la transparence dans la gestion des affaires publiques, l'Administration ne doit pas être contrainte ; elle est la garante de la sécurité de la Nation et « *honnête par nature* » et sa faillite ne peut être envisagée. L'immunité d'exécution ou de saisie est une prérogative exorbitante rattachée à la personnalité publique.

L'immunité d'exécution, justifiée par l'intérêt général, montre à bien des égards qu'elle est un principe intouchable si bien que les créanciers sont souvent déprotégés. C'est sans doute ce qui a permis à HAURIU d'écrire que « *la destinée des administrations publiques ne doit pas être à la merci de leurs créanciers ; même quand elles sont au-dessous de leurs affaires, ceux-ci ne doivent pas pouvoir les faire mettre en liquidation, ce qui serait interrompre la gestion des services publics dont elles ont charge et dont l'exécution régulière est une nécessité publique. La nécessité publique d'assurer le service public l'emporte sur les considérations tirées du crédit (...)* »⁶⁵.

L'immunité d'exécution, telle qu'énoncée, demeure un régime protecteur de l'Etat et ses démembrements ; son absolutisme est caractérisé par la suprématie des personnes morales de droit public sur les personnes des particuliers, il serait impensable voire ubuesque de saisir les biens d'une administration ou de soumettre à l'Etat aux mesures d'exécution déterminées par le Droit OHADA notamment en ses articles 28 et suivants.

Transposée dans le droit OHADA, l'immunité d'exécution se justifie par la protection de l'ordre public économique qui impose une certaine prééminence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

Sous ce prisme, la puissance publique est le fer de lance de l'immunité d'exécution ; elle en constitue le socle de par sa capacité à évoluer dans le temps. De son origine prétorienne à sa consécration législative, l'immunité d'exécution se conçoit comme le

⁶³ C'est nous qui soulignons.

⁶⁴ V. *supra* p.3.

⁶⁵ M.HAURIU, *Précis de droit administratif*, 8^{ème} éd, p.892.

« garde-fou » du principe de la continuité du service public. Celui-ci assure et constitue en réalité l'élément central dans l'extension de ce régime aux démembrements de l'Etat que sont les établissements publics et les collectivités territoriales.

La jurisprudence est l'élément fondateur de l'immunité d'exécution mais celle-ci peut être aussi justifiée par des éléments secondaires.

PARAGRAPHE 2 : LA JUSTIFICATION SECONDAIRE DE L'IMMUNITÉ D'EXECUTION

Le régime de l'immunité d'exécution consacré, par la jurisprudence, confirmé par les législations (internationales, communautaires et nationales) et justifié fondamentalement par la personnalité publique, trouve aussi son existence dans le droit des finances (droit budgétaire et droit de la comptabilité publique). En effet, l'Administration, garante de la transparence et de la stabilité monétaire, est présumée solvable **(A)** ; elle dispose, par ailleurs d'une comptabilité publique conditionnée par des principes **(B)**. Il appert de dire que la personnalité publique de la personne morale de droit public est la « *déesse de la puissance* » conférant à l'immunité d'exécution le caractère absolu.

A. La solvabilité présumée de l'Administration

L'Etat est une personne morale de droit public qui jouit des prérogatives de puissance publique ; de ce constat, il est présumé solvable. Cette justification est nécessaire dans la mesure où les biens et les ressources nécessaires à l'exercice des missions de service public doivent être protégés⁶⁶.

De par la puissance exorbitante de droit public, l'Administration, représentée par l'Etat, dispose d'assez de ressources qui pourront lui permettre de s'assurer une bonne santé financière ; de ses ressources, il est le seul bénéficiaire de l'impôt. La recette de l'impôt est en effet une contribution obligatoire requise des citoyens pour la couverture de charges publiques⁶⁷. Les modalités de prélèvement de cette ressource financière montrent bien l'importance des prérogatives de l'Etat en matière d'autofinancement⁶⁸.

⁶⁶ A.-M. ASSI-ESSO et Nd. DIOUF OHADA, *Recouvrement des créances*, édition Bruylant, Collection Droit uniforme Juriscope 2002, n°65, p.42.

⁶⁷ Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, *op.cit.*, pp.148-149

⁶⁸ *Ibid.*

L'immunité d'exécution en droit ohada

Aux termes de l'art.6 de la nouvelle loi de finances⁶⁹ de la République du Sénégal, il est énoncé que « *les ressources et les charges de l'Etat sont constituées de recettes et de dépenses budgétaires ainsi que de ressources et de charges de trésorerie* ». Cette disposition met l'accent sur la solvabilité de l'Etat. Ainsi, l'art.8 de la même loi énumère les ressources budgétaires⁷⁰ de l'Etat et il y figure l'impôt, les taxes ainsi que des amendes. Il est toujours capable de subvenir au besoin de l'intérêt général et d'assurer sa continuité.

Sous ce rapport, il va sans dire que l'Administration pourrait être considérée comme « *Crésus* »⁷¹ qui aurait toujours des ressources pour faire face à ses créanciers.

Cette présomption de solvabilité peut s'avérer dans la mesure où il existerait une progression constante des charges de l'Etat. Est-il toujours possible de le saisir ?

La réponse demeure négative ; cette situation peut amener les investisseurs à ne pas contracter avec l'Etat. Le cas échéant, il serait impossible à l'Etat de gérer sa situation financière ; ce qui l'obligerait à accumuler des dettes étant entendu qu'il ne peut être poursuivi en procédure collective en cas de faillite. En réalité, l'argument selon lequel l'Etat n'est jamais insolvable n'est pas admissible s'agissant d'expliquer l'interdiction des voies d'exécution contre les personnes publiques⁷².

Le droit OHADA a été institué dans le seul but d'unifier le droit africain ; ce pour l'organisation d'un espace dynamique et propice au développement des investissements.

Il en résulte que l'immunité d'exécution, reposant sur la solvabilité de la personne morale de droit public, est critiquable et est mise à néant en ces périodes de crise où l'économie mondiale est aux arrêts ; la poursuite d'un débiteur insolvable ne serait pas pertinente. Partant de ce constat, cette justification présumée et présomptive est erronée voire inintéressante.

⁶⁹ Loi organique n°2020-07 du 26 février 2020 abrogeant et remplaçant la loi organique n°2011-15 du 08 juillet 2011 relative aux lois de finance, modifiée par la loi organique n°2016-34 du 23 décembre 2016.

⁷⁰ Article 8 : *Les recettes budgétaires de l'Etat comprennent :*

- *Les impôts, les taxes ainsi que le produit des amendes ;*
- *Les rémunérations des services rendus, redevances,*
- *Les fonds de concours, dons et legs ;*
- *Les revenus du domaine et des participations financières ainsi que la part de l'Etat dans les bénéfices des entreprises publiques ;*
- *Les remboursements de prêts et avances ;*
- *Les retenus et cotisations sociales établies à son profit ;*
- *Les produits divers.*

⁷¹ Dernier roi de Lydie, célèbre pour son immense richesse.

⁷² Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse. op.cit. p.149.

Quid de la protection de la comptabilité publique de l'Etat et de ses démembrements ?

B. Le rattachement de l'immunité d'exécution aux mécanismes comptables

L'immunité d'exécution est un régime de protection qui est applicable à l'Etat et aux organismes publics. En effet, le recouvrement des créances publiques s'est toujours heurté à des obstacles issus du droit budgétaire⁷³. Les principes de ce droit sont inconciliables avec les procédures de recouvrement. Ainsi, il est énoncé à l'art. 32 de la Loi Organique portant Loi de Finances (LOLF) de 2020 qu'*« il fait recette du montant intégral des produits, sans contraction entre les recettes et les dépenses. L'ensemble des recettes assurant l'exécution de l'ensemble des dépenses, toutes les dépenses et toutes les recettes sont imputées au budget général »*⁷⁴. Cette disposition met l'accent sur le principe de l'universalité budgétaire ; cette règle impose une présentation séparée de l'ensemble des recettes de l'Etat et l'ensemble de ses dépenses, avec une impossibilité de se compenser entre elles.

Dans le but de préserver la transparence budgétaire, le principe de l'universalité budgétaire permet d'assurer la clarté des comptes de l'Etat et le contrôle efficace du parlement⁷⁵. Cette règle est importante dans la mesure où elle affiche une idée de sincérité et de traçabilité efficace de la gestion du budget. C'est la raison pour laquelle la Comptabilité de l'Etat a pour objet la connaissance exacte et sincère de son patrimoine et des opérations qu'il effectue ; elle retrace toutes les opérations ayant un impact sur sa situation patrimoniale⁷⁶. Ce qui justifie le principe de sincérité énoncé par la directive UEMOA-PCE⁷⁷ ; elle prévoit elle aussi que *« la comptabilité générale de l'Etat respecte le principe de transparence. Elle fournit une description adéquate, régulière, sincère, claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice »*⁷⁸.

Techniquement, on a avancé qu'au regard du nombre croissant de procès mettant en cause l'Etat et ses démembrements, la soumission de ceux-ci aux voies d'exécution de droit

⁷³ Y. BODIAN, op.cit. p.150

⁷⁴ V. aussi la Directive n°01/2001/CM/UEMOA portant régime financier des collectivités territoriales au sein de l'UEMOA. L'art.12 de cette directive dispose que *« le principe de l'universalité signifie que toutes les dépenses et toutes les recettes doivent être prévues au budget sans compensation, sans affectation, sans omission, ni dissimulation. L'ensemble des recettes est destiné à couvrir l'ensemble des dépenses »*. (Al.1^{er}).

⁷⁵ Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse. op.cit. p.151.

⁷⁶ A. DIA et M. DIOP, « Etats des lieux de la Comptabilité publique », *Revue Le Trésor Public*, n°2, Avril 2019, p.9.

⁷⁷ Directive n°09/2009/CM/UEMOA portant Plan Comptable de l'Etat au sein de l'UEMOA.

⁷⁸ Art.10.

L'immunité d'exécution en droit ohada

privé pourrait entraîner des déséquilibres dans les finances publiques⁷⁹. La survie de certaines personnes morales publiques serait compromise, d'autant que les décisions des tribunaux les condamnent au paiement de montants parfois considérables.⁸⁰ Aussi, les dépenses publiques doivent-elles, en principe, être autorisées par les lois des finances⁸¹. Celles engagées sans autorisation parlementaire sont illégales.

Soucieux d'instaurer une gestion transparente et rigoureuse des finances publiques d'une part et d'éviter une gabegie financière des personnes morales de droit public, le principe de l'universalité budgétaire traduit réellement leur santé financière et peut assurer une croissance économique. C'est sans doute ce qui explique l'interdiction de la compensation telle qu'édictée en droit des finances publiques notamment à l'art.41 de la directive UEMOA-RGCP⁸².

Sous ce prisme, les créanciers de l'Etat ne pourraient en aucun cas exercer les voies d'exécution étant entendu que le seul mode de recouvrement prévu est interdit par le droit budgétaire. En effet, la mise en œuvre des voies d'exécution contre l'Etat aurait pour conséquence l'exécution d'opérations budgétaires qui ne sont pas budgétisées, qui n'apparaissent pas dans le budget⁸³. Dans ce cas de figure, le créancier ne verra pas ses dettes inscrites comme dépenses publiques au budget de l'Etat et il lui sera impossible de recouvrer ses fonds alors que la loi édicte que toute dépense publique doit être au préalable autorisé dans le cadre du budget.

Il s'ensuit que la soumission des deniers publics aux règles de la comptabilité publique constitue une raison aussi bien en droit interne qu'en droit international, pour justifier l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements. En effet, le décret impérial du 31 mai 1862 définissait en son article 1er les deniers publics comme « *les deniers de l'Etat, des départements, communes et des établissements publics ou de bienfaisance* », alors que l'article 11 du décret du 29 décembre 1962 (Décret du 29 décembre 1962 portant règlement

⁷⁹ S. S. KUATE TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Thèse Bordeaux IV 2003, L'Harmattan 2004, p.341.

⁸⁰ WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009, p.431.

⁸¹ L'article 4 de la loi de finances de 2020 en son alinéa énonce que « *Aucune recette ne peut être liquidée ou encaissée, aucune dépense publique ne peut être engagée si elle n'a été au préalable autorisé par une loi de finances* ». V. en ce sens S. LAVIGNE, « Le contrôle de la légalité budgétaire et le juge administratif », *LPA* n°103, 28 août 1995, pp.4 et s. in K.A.-D. WANDJI, *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, ibid.

⁸² L'art.41 de la directive n°07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général de la Comptabilité Publique au sein de l'UEMOA ; Directive transposée par le Décret n°2011-1880 du 24 novembre portant Règlement général de la comptabilité publique au Sénégal (JO n°6649 du Samedi 10 Mars 2012).

⁸³ Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse. op.cit. p.152.

L'immunité d'exécution en droit ohada

général de la comptabilité publique, JO du 30 décembre 1962, p. 12828) substituait à la notion de deniers publics celle de « *fonds et valeurs détenus par des organismes publics* ».

L'article 11 poursuivait en disposant que : « *Les comptables publics sont seuls chargés (...) de la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux organismes publics* ».

Comme la solvabilité présumée de l'Administration, la justification, reposant sur les principes budgétaires (la protection de la comptabilité publique de l'Etat), est peu satisfaisante ; il serait impossible voire périlleux de conclure avec l'Etat ; les investisseurs se verraient, ainsi, contraints de se retirer car étant financièrement en difficultés. Ce qui peut influencer sur la situation économique et financière dans l'espace OHADA.

Transposée dans la législation communautaire, l'immunité d'exécution se justifie fondamentalement par la jurisprudence ancienne ; cette consécration prétorienne est motivée par la continuité des services publics de l'Etat et de ses démembrements. Accentué par la souveraineté internationale et l'indépendance en droit international public, ce régime immunitaire de protection peut être aussi justifié par les règles de la solvabilité présumée de l'Etat et les impératifs de la continuité du service public.

Au demeurant, la question des personnes morales bénéficiaires de ce régime de protection est délicate dans la mesure où le législateur OHADA n'a pas énuméré expressément ou il l'a fait de manière erronée. Il sied dès lors de déterminer les entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution dans l'espace OHADA.

SECTION 2^{EME} : LA DETERMINATION DES ENTITES BENEFICIAIRES DE L'IMMUNITE D'EXECUTION

L'immunité d'exécution est une forteresse érigée au profit de l'Etat et de toutes les personnes publiques⁸⁴. C'est une règle prétorienne reconnue universellement. En effet, toute personne morale de droit public investie de missions de service public et principale bénéficiaire de cette protection ne peut faire l'objet d'exécution forcée. Le législateur communautaire (OHADA) a prévu l'immunité d'exécution en son art.30 AUPSRVE. Ce texte interdit toute voie d'exécution et mesure conservatoire contre les personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.

L'identification des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution a été consacrée par le législateur communautaire (**Paragraphe 1**) mais de manière laconique. Ce qui justifie l'apport de la jurisprudence pour parfaire le domaine de l'immunité d'exécution (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA CONSECRATION EXPRESSE DES BENEFICIAIRES DE L'IMMUNITE D'EXECUTION

L'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution pose, dans son alinéa 1, le principe de l'immunité d'exécution. Cette disposition a une portée large des entités bénéficiaires (**B**). La formulation de cette disposition présente une certaine ambiguïté qui mérite d'être exposée (**A**).

A. La formulation extensive du législateur OHADA

La consécration de l'immunité d'exécution en un régime de protection a instauré un absolutisme de par l'interprétation de l'article 30 AUPSRVE. En effet, il dispose que :

« L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.

*Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles **des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques**, quelles qu'en soient la forme et la mission,*

⁸⁴ Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse. op.cit. p.165.

L'immunité d'exécution en droit ohada

donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

Le droit OHADA a entendu accorder la protection aux personnes morales de droit public. L'article 30 alinéa 1 de l'AUVE ne donne pas une liste exhaustive des personnes qui bénéficient de l'immunité d'exécution. Il faut se reporter à l'alinéa 2 de la même disposition qui renvoie, sans autre précision « *aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques* ». La lecture de cette disposition ne nous renseigne pas non plus, sur l'identification des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Elle pose le régime général de ce principe dérogatoire.

Selon la doctrine, les personnes, bénéficiaires de l'immunité d'exécution, au sens du droit OHADA, « *sont indiscutablement l'Etat, les collectivités publiques territoriales, ainsi que tous les types d'établissement publics, sociétés d'Etat ou à capitaux publics* »⁸⁵. Cette appréciation est en disharmonie avec le droit OHADA ; et il semble qu'il « *n'est pas aisé, à la seule lecture de l'article 30 de la loi uniforme, de déterminer avec la précision voulue les personnes qui jouissent de l'immunité d'exécution* »⁸⁶ ; le texte susvisé n'a pas énuméré ces personnes.

Le Professeur KALONGELE renchérit en estimant qu'il aurait été plus logique, d'indiquer à l'alinéa 1er 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, comme en ce qui concerne les biens insaisissables (article 51 de l'AUPSRVE)⁸⁷.

La rédaction des deux premiers alinéas de l'article 30 est amphigourique et semble démontrer 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 ces dernières en bénéficient nécessairement. D'ailleurs, la formule de « *personnes morales de droit public* » semble pouvoir inclure toutes les personnes pouvant bénéficier de l'immunité d'exécution⁸⁸. Cette règle semble être justifiée par le principe de la continuité du service public qui exige

⁸⁵ V. *supra* note n°32.

⁸⁶ KUATE TAMEGHE (S. S.), Le sort du citoyen créancier des personnes publiques, Cahier Africain des Droits de l'Homme n° 6-7, mars 2002, p. 182. Cité par Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, op.cit., n°314, p.169.

⁸⁷ D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », op.cit., p.18.

⁸⁸ F. M. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant*, n° 860, juil. Sept. 2007, p. 320 et s

que les missions d'intérêt général de l'Etat ainsi que de ses démembrements ne doivent pas être interrompues par des besoins à caractère personnel.

Partant de ce constat, il sied de dire que l'immunité d'exécution peut être étendue aux entreprises publiques⁸⁹.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence camerounaise estime que le terme « *personne* » utilisé par l'article 30 alinéa 1er doit être entendu au sens large, ce qui laisse supposer que l'immunité d'exécution bénéficie à toutes les personnes publiques : l'Etat et ses démembrements que constituent les Collectivités Territoriales et Etablissements Publics, ainsi que les Entreprises publiques quelles qu'en soient la forme et la mission⁹⁰.

Les entreprises publiques n'ont pas fait l'objet de définition légale ; nonobstant, cette absence conceptuelle claire, les entreprises publiques présentent des traits généraux qui permettent de les considérer comme des organismes dotés de la personnalité juridique, créés par les Etats ou leurs démembrements en vue de produire des biens ou des services et soumis au pouvoir prépondérant d'une autorité publique⁹¹.

Sous ce prisme, l'entreprise publique considérée comme telle prend généralement la forme d'un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) par opposition aux établissements publics administratifs (EPA).

La formulation extensive de l'article susmentionné permet ainsi aux entreprises publiques de ne pas être contraintes au paiement forcé (Article 30 alinéa 2).

Devant cette ambiguïté textuelle, on serait tenté de dire que le bénéfice de l'immunité d'exécution est applicable à toute personne morale de droit public, ce qui inclut les entreprises publiques ; cette interprétation extensive ne permet pas la détermination des entités bénéficiaires et leur énumération est nécessaire pour la stabilité, la transparence des affaires ainsi que le développement du crédit.

⁸⁹ Cass.Civ.1^{ère}, 21 décembre 1987, BRGM c/ Société Lloyd Continental, Bull. op.cit.

⁹⁰ TPI de Ngaoundéré, Ord. de référé n°03 du 20 décembre 1999, Affaire Université de Ngaoundéré C/NANG MINDANG Hyppolite, Publié dans la *Revue Camerounaise Juridis Périodique* n°44, Octobre Novembre Décembre 2000, Obs. FOMETEU ; TPI de Douala, Ordonnance n°339 du 3 novembre 1998, Affaire ONPC C/SFIC ; Publié dans la *Revue Camerounaise Juridis Périodique* n°44, Octobre Novembre Décembre 2000, Obs. FOMETEU).

⁹¹ M. De VILLIERS & T. De BERRANGER (Dir.), *Droit public général*, 5ème éd. Litec 2011, n° 286. Cité par A. de SABA « *La protection du créancier dans le droit uniforme de recouvrement des créances de l'OHADA* », Thèse de l'Université de Paris 1- PANTHEON SORBONNE, octobre 2016, p. 257.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Etant peu explicite, l'article 30 sur les voies d'exécution semble implicitement renvoyer aux dispositions nationales pour la phase de détermination des personnes morales de droit public devant bénéficier de cette protection jugée absolue.

La doctrine, à l'invitation de certains Etats, se veut favorable à la théorie du renvoi au droit interne pour la détermination des bénéficiaires.

B. L'interprétation stricte des bénéficiaires

Le législateur OHADA, de par l'article 30 portant Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, a organisé le régime de l'immunité d'exécution de manière incomplète. Cette incomplétude a des conséquences fâcheuses.

En effet, comme précédemment évoquée, la lecture de cette disposition a soulevé beaucoup d'interrogations doctrinales et a favorisé une application incidente de l'immunité d'exécution à n'importe quelle personne morale de droit public. Telle que définie dans l'introduction, la personne morale de droit public devant bénéficier de l'immunité d'exécution est caractérisée par la gestion des missions du service public auxquelles elle assure la continuité. La disposition de l'article 30 AUPRSVE ne fait mention d'aucune distinction et permet d'appliquer l'immunité d'exécution à toute entité qui répondrait aux critères de gestion de mission de service public y compris les entreprises publiques.

De là, il est d'une importance capitale de restreindre le domaine des bénéficiaires de ce régime pour préserver les intérêts des créanciers (avec la consécration de la compensation). Le droit communautaire est d'une application directe ; encore faudrait-il qu'il présente une certaine clarté. Il nous semble que les dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme susvisé sont lacunaires dans la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution mais propose un palliatif à son alinéa 2.

La recherche d'une exactitude dans l'identification des personnes morales de droit public qui bénéficient de l'immunité d'exécution est possible de par la convocation des dispositions du droit interne.

Il appert dès lors de convoquer le droit national dans la détermination. En effet, au Sénégal, *de lege lata*, ce domaine incontesté de ce régime de protection est conforté par l'article 25 de la loi n° 90-07 du 26 juin 1990⁹² sur le secteur parapublic. Il dispose en son alinéa 2 qu'« *il n'y a pas d'exécution forcée contre les établissements publics, les sociétés*

⁹² Loi n°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique (JO du 07 juillet 1990).

L'immunité d'exécution en droit ohada

nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire ayant pour objet exclusif l'exploitation d'une concession de service public » ; une telle disposition élargit le domaine de l'immunité d'exécution. Cependant, cette disposition extensive est abrogée par la loi 2002-12 du 15 avril 2002⁹³.

Sous ce prisme, l'article 194 alinéa 2 du Code des obligations civiles et commerciales (COCC)⁹⁴ interdit expressément les mesures conservatoires et les mesures d'exécution forcées contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics. Il est énoncé qu'*« il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics »*. La lecture de cet article laisse entrevoir une dimension limitée de ce régime de protection ; le législateur ajoute que *« désormais seuls l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics bénéficient de l'immunité d'exécution, celle-ci ne pouvant cependant, en aucune manière, tempérer l'obligation, générale et absolue, qu'ont ces personnes d'exécuter les décisions de justice »*⁹⁵.

De facto, le législateur sénégalais réduit le domaine de ce régime de protection et la protection immunitaire couvre seulement les personnes morales de droit de droit public énoncée par la disposition précédemment mentionnée. Ces personnes sont les personnes morales de droit public, notamment les établissements publics⁹⁶. Il a été fait application stricte de ces dispositions par le juge sénégalais.

Ainsi, le Tribunal Régional Hors-Classe de Dakar a jugé qu'on ne peut saisir les comptes d'un démembrement de l'Etat, comme l'Agence Autonome des Travaux Routiers (A.A.T.R.) qui dispose de l'immunité d'exécution⁹⁷ ; néanmoins, précise le juge dans une autre ordonnance, lorsqu'un établissement public est transformé en *« une société anonyme à participation publique majoritaire »*, celle-ci *« est mal fondée à invoquer le bénéfice de l'immunité d'exécution prévu »* pour les personnes publiques notamment par les dispositions

⁹³ L'article 2 de cette loi dispose que *« Sont abrogées les dispositions antérieures contraires à la présente loi et notamment celles de l'article 25 de la loi 90-07 du 26 juin 1990. »*

⁹⁴ La Loi n° 2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations civiles et commerciales relatif à l'immunité d'exécution (J.O. N° 6047 du samedi 18 mai 2002).

⁹⁵ Exposé des motifs de la loi 2002-12 du 15 avril 2002

⁹⁶ T.C. 9 décembre 1889, Association syndicale du Canal de Gignac : Le tribunal des conflits a affirmé 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 »*.

⁹⁷ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance n° 4513 du 05.05.08, Société Agence Autonome des Travaux Routiers dite A.A.T.R c/ Entreprise Jean Lefèvre, inédit. Cité par A. A. D. KEBE : *« Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire »*, op.cit. p14

L'immunité d'exécution en droit ohada

de l'article 30 de l'AUPSRVE⁹⁸. Cette solution est contredite par l'ordonnance de référé bref délai rendue par le Tribunal de Commerce Hors-Classe de Dakar⁹⁹. En effet, le juge a estimé que l'Hôpital Principal de Dakar est régi par les dispositions de l'article 30 AUPSRVE ; par conséquent, il bénéficie de l'immunité d'exécution compte de la gestion d'une mission de service public. Par ailleurs, beaucoup de décisions se réfèrent d'ailleurs expressément à ces lois internes. Ainsi, au Cameroun, une juridiction a fait application de la loi camerounaise n°99/016 du 22 décembre 1999 portant Statut général des Etablissements publics¹⁰⁰ ; de même, en Côte d'Ivoire, il a été fait référence¹⁰¹ à la loi nationale, la loi n°08-338 du 02 Juillet 1998.

L'économie de ces décisions montre nettement que le législateur sénégalais a consacré une conception stricte de l'immunité d'exécution.

Suivant cette logique de délimitation des personnes bénéficiaires de ce régime de protection, la loi togolaise n°090/26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises, prive les entreprises publiques du bénéfice de l'immunité d'exécution. Or, ce n'est pas le cas de la République Démocratique du Congo où les entreprises publiques bénéficient d'un régime particulier, et par conséquent, bénéficient de l'immunité d'exécution.

A l'analyse, il s'avère nécessaire de constater que les dispositions de l'article 30 AUPSRVE sont en parfaite contradiction avec certaines lois internes (sénégalaise, togolaise, ivoirienne, ...) sur l'immunité d'exécution.

L'OHADA a pour finalité de secréter des normes juridiques directement applicables et obligatoires dans l'ordre juridique des Etats membres. Sous ce prisme, les actes uniformes ont un caractère supra-législatif. Cette règle de supranationalité semble se manifester en ce que l'article 10 du traité exprime clairement la volonté du législateur OHADA de faire primer ses normes sur la législation interne. En termes clairs, il dispose que « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-parties nonobstant toute disposition contraire du droit interne, antérieure ou postérieure* ». Cette disposition pose le principe général de l'effet direct des Actes uniformes mais aussi surtout, de poser le principe

⁹⁸ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance du 13/11/2013, Centre Expérimental de Recherche et d'Etude pour l'Equipement dit CEREEQ, inédit. Cité par A. A. D. KEBE : « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *ibid*.

⁹⁹ Tribunal de Commerce Hors-Classe de Dakar, ordonnance n°347 du 29 Avril 2019, Hôpital Principal de Dakar c/ La Société BF TRADING ET SERVICES SUARL.

¹⁰⁰ TPI Bafoussan, ord. de référé n°37 du 28 janvier 2004, SNEC SA c/ Djeukou Joseph, Ohadata J -05-01

¹⁰¹ TPI Bouaké, jugement n°105 du 23 juin 2005, Institut National Polytechnique Houphouet Boigny c/ Milan Assa Séraphin.

de la supranationalité des actes uniformes. Ceux-ci ont une valeur supérieure aux lois nationales des Etats parties.

Sous ce rapport, il est d'avis que les lois internes déterminant le domaine de l'immunité d'exécution sont en dysharmonie avec l'article 30 AUPRSVE ; le renvoi au droit interne est une contradiction à l'exigence d'uniformisation en ce sens que si la détermination revenait à la compétence de chaque Etat-partie, nous serions face à une disparité des règles et des solutions adoptées dans différents Etats avec risque de basculer vers une insécurité juridique. La primauté revient au droit communautaire compte tenu de ce qui précède.

Il revient à la jurisprudence de poser le problème et d'en trouver des solutions allant dans le sens de déterminer des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

PARAGRAPHE II : L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE DANS LA DETERMINATION DES BENEFICIAIRES

La question de l'immunité d'exécution, dans l'espace OHADA, a été abordée par l'unique article 30 de l'Acte uniforme portant Organisation des Procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il pose le principe général de l'immunité d'exécution tel qu'énoncé précédemment ; cependant, cette disposition n'a pas fait mention des personnes morales de droit public devant être couvertes par ce régime de faveur.

Sous ce prisme, il a été fait appel aux législations nationales qui ont pu réglementer le domaine des bénéficiaires. Encore faudrait-il souligner que ces textes sont en contradiction avec la norme communautaire¹⁰². La primauté sera accordée à celle-ci. Face à ce dilemme, la CCJA a été interpellée pour l'identification des personnes morales de droit public visées par ladite disposition.

L'apport de la jurisprudence sur la question a été mouvementé. En effet, la haute juridiction, de par son pouvoir d'interprétation, avait opté pour un cadre élargi des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution (A) et ce pour une bonne dizaine d'années. L'économie de ces décisions confirme le caractère absolu de l'immunité d'exécution telle que consacrée par l'article 30 AUPSRVE.

Par ailleurs, il a été noté que les décisions rendues pendant ces années ont une portée pratique donnant naissance à des interprétations équivoques. De là, la Haute Juridiction

¹⁰² F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, numéro spécial 2, février 2010, Actes du Colloque des 14 et 15 janvier 2008, p.137

Communautaire a jugé nécessaire de réduire le domaine d'application **(B)** de ce régime de faveur par la restriction de son caractère absolu.

A. L'interprétation large des bénéficiaires de l'immunité d'exécution

Le caractère absolu de l'immunité d'exécution a été justifié par une décision qui a été jugée conforme à la lettre de la loi.

Pour rappel, l'article 30 AUPSRVE en ses premiers alinéas dispose que « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.*

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

A l'analyse, on en déduit que le législateur OHADA précise l'absolutisme de l'immunité réelle générale d'exécution au profit des personnes morales de droit public et essaie de la tempérer par une mesure d'atténuation, notamment la compensation.

De ces considérations, il y a lieu d'accorder une place prépondérante à l'arrêt de la CCJA n°043/2005 du 07 juillet 2007 dite « *Togo Télécom* » dont les faits et la procédure méritent d'être exposés.

Sur le plan judiciaire, l'affaire commence avec l'arrêt n°27/03 rendu le 10 juillet 2003 par la Chambre Sociale de la Cour d'Appel de Lomé condamnant la société TOGO TELECOM à payer la somme de 118.970.213 F CFA à Aziablévi YOVO et trois autres personnes (les motifs de la saisie de la Chambre Sociale seraient dus au licenciement irrégulier des demandeurs par la Société TOGO TELECOM, et que les appelants ayant préalablement saisi le Tribunal du travail en première instance¹⁰³).

En effet, le sieur YOVO et autres avaient décidé de pratiquer une saisie-attribution de créances entre les mains de divers établissements financiers installés à Lomé sur les comptes de la société TOGO TELECOM suite à l'inexécution volontaire de la décision de la Cour d'Appel.

¹⁰³ F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », précité.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Contestant cette saisie attribution, ladite société avait assigné ses créanciers devant le Tribunal de Première instance de Lomé pour obtenir la mainlevée de la saisie-attribution pratiquée. Sous ce prisme, l'ordonnance n°425/03 du 13 août 2003, rendue par le juge des référés dudit tribunal, avait donné mainlevée à la saisie-attribution de créances pratiquée.

Cette décision leur étant défavorable, les créanciers ont saisi la Cour d'appel de Lomé qui a confirmé la décision rendue par le Tribunal en ordonnant la mainlevée des saisies de créances par les appelants sur les comptes de l'intimée entre les mains des banques et les autres établissements financiers¹⁰⁴. Cette décision a fait l'objet d'un recours en cassation devant la CCJA¹⁰⁵.

Dans leur pourvoi sollicitant la cassation de l'arrêt confirmatif, les créanciers saisissants soutenaient que l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public tient compte de leur statut, qu'elle ne s'applique nullement aux entreprises publiques qui, parce qu'elles font du commerce, ne sont pas soumises aux règles du droit public, mais du droit privé. Ils soutenaient spécialement que les entreprises publiques togolaises ne sauraient bénéficier de pareille immunité parce que la loi n° 90/126 du 04 décembre 1990 de ce pays portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques les soumet aux règles du droit privé, notamment du droit civil, du droit du travail, du droit commercial, du droit des procédures collectives d'apurement du passif.

Ces arguments furent rejetés par la CCJA qui décida, dans un raisonnement détaillé, que « *de l'analyse des dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, il ressort qu'en son alinéa 1er, il pose le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences en son alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes, laquelle compensation, 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 1^{er}.* »

Il s'infère des dispositions combinées des articles 10 du Traité OHADA et 336 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, que la portée abrogatoire des Actes uniformes implique que les dispositions de droit national portant sur le même objet que lesdits Actes uniformes ou qui leur sont contraires soient abrogées au profit des seules dispositions du droit uniforme. En

¹⁰⁴ V. l'arrêt n°186/2003 du 26 Septembre 2003.

¹⁰⁵ Le pourvoi a été enregistré au greffe de la CCJA sous le n°103/2003 du 4 novembre 2003.

L'immunité d'exécution en droit ohada

*l'espèce, les dispositions de l'article 2 de la loi togolaise n° 90/26 du 04 décembre 1990, qui soustraient les entreprises publiques du régime de droit public pour les soumettre au droit privé, privent celles-ci notamment de l'immunité d'exécution attachée à leur statut d'entreprises publiques. Ce faisant, elles contrarient les dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, qui consacrent ce principe d'immunité d'exécution des entreprises publiques*¹⁰⁶ ».

Le juge communautaire OHADA décide ainsi que l'article 30 AURVE se suffit à lui-même pour la détermination des personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution. Autrement dit, la CCJA rejette toute compétence à la loi nationale des Etats Parties pour soustraire une entreprise publique du bénéfice de l'immunité d'exécution ou faire bénéficier à une telle entreprise le privilège de cette immunité. Cette façon d'interpréter l'article 30 est intéressante, dès lors qu'elle privilégie l'uniformisation juridique de l'espace OHADA. Elle pêche cependant en ce sens que le recours à la loi nationale n'est indispensable que pour la définition des termes juridiques « entreprises publiques » et « personnes morales de droit public »¹⁰⁷.

Cette solution fut confirmée en 2014 par l'arrêt rendu dans l'affaire dite *Port autonome de Lomé*¹⁰⁸. Deux années plus tard, des critères d'identification des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution furent dégagés par la Cour dans l'affaire dite *Fonds d'Entretien Routier (FER)* pour réitérer sa position sur l'immunité d'exécution des personnes publiques¹⁰⁹.

Il s'ensuit que l'immunité est un droit personnel, donc subjectif qui, naturellement emporte l'insaisissabilité de tous les biens du bénéficiaire et l'inapplication de toutes voies d'exécution (mesure conservatoires comprises) à leur égard. D'où les caractères subjectif et absolu de l'immunité d'exécution¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cour commune de Justice et d'arbitrage (C.C.J.A.), arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, Affaire : AZIABLEVI YOVO et autres contre Société TOGO TELECOM, recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 6, juin-décembre 2005, p. 25.- Le Juris-Ohada n°/2006, p. 8. Cité par Y. BODIAN, op.cit., p.172 note n°316

¹⁰⁷ F. M. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant* 2007, p.305 et ss.

¹⁰⁸ CCJA, 3e ch., n° 024, 13-3-2014 ; P n° 022/2008/PC du 21-4-2008 : KOUTOUATI A. AKAKPO Danwodina et 18 autres c/ Société TOGO-PORT dite Port Autonome de Lomé, Ohadata J-15-115

¹⁰⁹ Arrêt n° 044/2016 - GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit « FER » ; Société ECOBANK Côte d'Ivoire / CCJA (Abidjan, Côte d'Ivoire). Arrêt disponible sur le site : <https://www.ohada.org> (consulté le 8 Mai 2020).

¹¹⁰ J. KAPUYA MELEKA « Immunité d'exécution en droit OHADA : Quelques réflexions à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence actuelles des Etats-Parties du Traité OHADA et de la CCJA », *Rev. Juris Afrique*, publié sur le site www.juriafrica.com le 26 décembre 2018, (consulté le 30 avril 2020).

L'immunité d'exécution en droit ohada

En faisant l'économie de ces décisions, on relève une stabilité de la jurisprudence de la CCJA sur la détermination des entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution¹¹¹.

Compte tenu de tout ce qui précède, le législateur OHADA a consacré l'immunité d'exécution de manière incomplète. L'article 30 AUPSRVE consacre une protection large qui pousse à la haute juridiction communautaire à faire des interprétations larges. De ces idées, certains doctrinaires, conscients de l'intérêt pratique que recouvre l'immunité d'exécution, ont critiqué le caractère absolu de cette immunité d'exécution qui restreint l'efficacité du titre exécutoire¹¹². Ainsi, que l'écrit E. D. FOTSO « *La doctrine avait critiqué cette jurisprudence (l'arrêt de la CCJA n°043/2005 du 07 juillet 2007 dite « Togo Télécom») en relevant que l'impossibilité pour les investisseurs de contraindre les entreprises publiques au paiement de leurs dettes devait être un facteur de réticence pour les investisseurs à s'installer dans l'espace OHADA. (...). Le législateur OHADA avait même été invité à réécrire l'article 30 AUPSRVE qui entretient une confusion manifeste entre les personnes morales de droit public et la définition des notions d'entreprises publiques. En dépit des critiques, la haute juridiction était restée fidèle à sa jurisprudence. Ainsi, elle a jugé qu'en application de l'article 30 AUPSRVE, les entreprises publiques quelles qu'en soient la forme et la mission échappent à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires (CCJA, 2^e Ch., n°09/2014, 4 février 2014). Des sociétés détenues intégralement par l'Etat (Cas de la société FER en Côte d'Ivoire : CCJA, 1^{ère} Ch., n°44/2016, 18 mars 2016), tout comme des sociétés d'économie mixte (Cas de AES Sonel Cameroun : CCJA, Ass. Plén., n°105/2014, 4 novembre 2014), toutes constituées sous forme de sociétés commerciales ont également été qualifiées d'entreprises publiques par la CCJA qui leur a reconnu l'immunité d'exécution. La haute juridiction a même jugé que l'immunité devait être reconnue à l'entreprise publique constituée sous forme de société commerciale même si la législation nationale la soumettait au droit privé (Cas de Port autonome de Lomé : CCJA, 3^{ème} Ch., n°24/2014, 13 mars 2014)*¹¹³. . La question de la définition de l'entreprise se pose avec acuité et il revient aux législations nationales de donner une définition exacte qui permettrait de qualifier l'entreprise publique comme entité devant bénéficier de l'immunité d'exécution.

¹¹¹ B. L. NIANG, « L'immunité d'exécution à la lumière de la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », Revue RAMReS, N° spécial du mois d'avril 2019, p.124.

¹¹² G. K. DOUAI, L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, in *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, n°18

¹¹³ Article publié sur le site www.legiafrica.com (consulté le 13 mai 2020).

Dès lors, il a été suggéré de restreindre la portée de l'immunité d'exécution des personnes publiques.

B. Le domaine restreint découlant de l'évolution jurisprudentielle

Les personnes morales de droit public échappent aux fourches caudines de l'exécution forcée¹¹⁴. Ainsi, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public est un régime de faveur absolu ; L'absolutisme de l'immunité d'exécution est problématique dans la mesure où les solutions données par les décisions susmentionnées (en application stricte de l'article 30 AUPSRVE) ne permettent pas de fidéliser la question avec les objectifs de l'OHADA.

Pour l'harmonisation des entités susceptibles de bénéficier de l'immunité d'exécution, il a été jugé nécessaire de restreindre le domaine d'application de ce régime. Vu sous cet angle, la CCJA a opéré une démarche salutaire.

Récemment, dans l'affaire des Grands Hôtels du Congo¹¹⁵, la CCJA, par un arrêt du 28 avril 2018¹¹⁶, a soumis une société d'économie mixte aux voies d'exécution.

En effet, dans cette affaire, la CA de Kinshasa/Gombe avait confirmé l'ordonnance de la juridiction présidentielle du Tribunal de travail de Kinshasa/Gombe annulant les saisies-attributions de créances pratiquées au préjudice de la société des Grands Hôtels du Congo, société d'économie mixte, tout en ordonnant mainlevée desdites saisies, pour violation de l'article 30 AUPSRVE.

Cassant l'arrêt de la CA de Kinshasa/Gombe et annulant en même temps l'ordonnance querellée, la CCJA a dit ce qui suit :

Primo sur la compétence, l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution n'ayant nullement renvoyé au droit national la question de la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution, comme il l'a fait pour les biens insaisissables, celle-ci (cette question) rentre dans la compétence de la cour de céans ; qu'il s'en suit que cette exception ne peut être accueillie.

¹¹⁴ M. SOH, « Insaisissabilités et Immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit ne pas payer ses dettes », *Juridis Périodique*, numéro 51, 2002, p.89. www.ohada.com Ohadata D-08-27.

¹¹⁵ La société des Grands hôtels du Congo SA ; une société créée à la faveur de l'ordonnance n°68/377 du 13 août 1968. Elle regroupe plusieurs complexes hôteliers dont le Grand Hôtel de Kinshasa (GHK)

¹¹⁶ CCJA, 3ème ch., n° 103/2018, 26-4-2018 : X. c/ La Société des Grands Hôtels du Congo SA et 10 autres. Arrêt disponible sur le site : www.institut-idef.org (consulté le 8 Mai 2020).

L'immunité d'exécution en droit ohada

Secundo, sur moyen unique tiré de la violation de l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, il fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé les dispositions de l'article visé au moyen en ce qu'il a confirmé l'annulation et la mainlevée des saisies-attributions, au motif que la Société des Grands Hôtels est bénéficiaire de l'immunité d'exécution alors que, selon le moyen, ladite immunité, prévue à l'article 30 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, ne doit bénéficier qu'à l'Etat et ses démembrements et aux entreprises publiques.

Dès lors, elle a décidé et jugé que :

« Attendu que l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, en son alinéa 1^{er}, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences à l'alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques ; qu'en l'espèce, il est établi que le débiteur poursuivi est une société anonyme dont le capital social est détenu à parts égales par des personnes privées et par l'Etat du Congo et ses démembrements ; qu'une telle société étant d'économie mixte, et demeure une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres ; qu'en lui accordant l'immunité d'exécution prescrite à l'article 30 susmentionné, la Cour de Kinshasa/Gombe a fait une mauvaise application de la loi et expose sa décision à la cassation ».

Il ressort de cette décision que la CCJA a fixé le cap en rapportant la teneur du principe de l'immunité d'exécution tel que posé par l'article 30 de l'Acte Uniforme et en exploitant son contenu : *« la présence de l'Etat ou d'une personne morale de droit public dans une société (société d'économie mixte) ne fait pas de celle-ci, de jure, bénéficiaire de l'immunité d'exécution. Il faut que l'Etat et/ou ses démembrements détienne(nt) la majorité absolue des parts sociales pour prétendre être bénéficiaire de l'immunité d'exécution »*¹¹⁷.

Ainsi, deux critères auraient permis à la CCJA d'assouplir cette position : un **critère organique** (la forme privée de l'entreprise sociétaire) qui se dévoile clairement de sa solution dans l'arrêt du 26 avril 2018 et un **critère matériel** (la nature privée de l'activité) qui pourrait se déduire de cette solution¹¹⁸.

L'évolution jurisprudentielle, amorcée par la CCJA, permettrait au mieux de rendre les milieux des affaires de l'espace OHADA attrayants et constituerait un bon pas vers

¹¹⁷ L'arrêt du 26 avril 2018 cité par J. KAPUYA MELEKA « Immunité d'exécution en droit OHADA : Quelques réflexions à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence actuelles des Etats-Parties du Traité OHADA et de la CCJA », op.cit. pp.8-9.

¹¹⁸ B. L. NIANG. op.cit., p.131

l'avant¹¹⁹ ; elle affiche une idée de conformité édictée par le Traité de l'OHADA qui préconise la sécurité juridique et judiciaire.

Cette solution, au niveau pratique, restreint le domaine de l'immunité d'exécution ; en résumé, la CCJA a considéré qu'une entreprise appartenant partiellement à l'Etat ne peut pas bénéficier de l'immunité d'exécution, dès lors qu'elle est une entité de droit privé constituée sous l'une des formes sociétaires de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique ou sous une forme assimilée¹²⁰ (la société d'économie mixte par exemple).

Cependant, cette jurisprudence limiterait la réduction de l'immunité d'exécution aux sociétés mixtes ou entreprises à participation publique. La question de l'application ou de la perte de l'immunité d'exécution au profit des entreprises publiques sous la forme sociale reste toujours en suspens ; cette incomplétude a donné naissance à un détournement de la dernière ligne jurisprudentielle de la CCJA.

En effet, la haute juridiction communautaire avait reconnu l'immunité d'exécution à des sociétés de droit privé au seul motif qu'elles étaient reconnues comme telles par le droit national (souvent parce que détenues majoritairement par une personne morale de droit public ou exécutant des missions de service public)¹²¹. Cette décision vient bouleverser la stabilité installée antérieurement.

La CCJA semble tergiverser dans la restriction de l'immunité d'exécution or il sied de prendre une solution assise. Sous ce prisme, pour une bonne protection des créanciers, de la protection des usagers du service public et la nécessité d'assurer l'équilibre entre ces deux préoccupations, il était légitimement attendu de la Cour de restreindre l'application de l'article 30 AUPSRVE dont l'usage, par les personnes morales de droit public et entreprises cataloguées à tort ou à raison comme de mauvais payeurs, est devenu de plus en plus récurrent¹²².

¹¹⁹ E. D. FOTSO, article précité disponible sur legiafrica.com

¹²⁰ L'article 1er alinéa 1er dudit AU prévoit : « *Tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes sociétés commerciales dans lesquelles un Etat ou toute autre personne de droit public est associé, ainsi que tout groupement d'intérêt économique, dont l'établissement ou le siège social est situé sur le territoire de l'un des « Etats parties » est soumis aux dispositions du présent acte uniforme* ». Ce texte postule une application des règles de droit privé, notamment celles de l'AUSC GIE, à la société dans laquelle l'Etat ou une entité publique est associée. Cité par B. L. NIANG, op.cit. p.135.

¹²¹ Deux arrêts, n°259 et 260 rendus le 13 décembre 2018, avaient reconnu que l'entreprise d'économie mixte constituée sous forme de société de droit privé bénéficie de l'immunité d'exécution en vertu de l'article AUPSRVE si elle est une entreprise publique au sens du droit interne.

¹²² M. B. BALDE, « Personne morale de droit public, tierce saisie, exclue du bénéfice de l'immunité d'exécution », *Les Editions Juridiques Alexandrie*, 2019, article disponible sur le site www.editions-alexandrie.com (consulté le 13 mai 2020)

L'immunité d'exécution en droit ohada

De ces considérations, dans son arrêt n°267/2019 rendu le 28 novembre 2019¹²³, la haute juridiction semble avoir mis (définitivement ?) fin à ses hésitations précédentes en jugeant que l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales n'instituant que des sociétés de droit privé, la participation, même majoritaire d'une personne morale de droit public au capital d'une société régie par ledit acte uniforme ne peut lui conférer le statut d'entreprise publique, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir de l'immunité instituée par l'article 30 susvisé. De cette situation pratique découle une appréciation doctrinale ; en effet, cela a été admis par Serge GUINCHARD et Tony MOUSSA en ces termes : « *une société d'économie mixte est une entreprise de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution* »¹²⁴. Peu importe qu'elle soit investie d'une mission de service public ou qu'elle travaille pour le compte d'une collectivité locale¹²⁵.

Cependant, la Cour d'appel d'Abidjan, dans deux récents arrêts significatifs, a défini l'entreprise publique et permet aux sociétés d'économie mixte de bénéficier de l'immunité d'exécution ; en effet, elle énonce qu'une entreprise soumise au droit privé est une entreprise publique si son capital est majoritairement constitué de fonds publics et elle bénéficie de ce fait de l'immunité d'exécution¹²⁶. Elle y ajoute qu'une société qui exerce une activité bancaire, soumise au droit commercial et dont l'actionnariat est constitué en majorité de fonds publics, est une entreprise publique bénéficiant de l'immunité d'exécution¹²⁷. Ces deux décisions bouleversent le domaine de l'immunité d'exécution en adoptant le cadre élargi. Ainsi, la CCJA, de par une décision rendue le 14 mai 2020, a jugé que l'hôtel SAKAKAWA bénéficie de l'immunité d'exécution et a ordonné la mainlevée des saisies pratiquées (ordonnance n° 184/2018 du 6 juillet 2018) par la Société American Eagle Guard Security¹²⁸. Cette décision vient conforter le caractère ambigu de l'article 30 susmentionnée et s'inscrit dans la même lignée que l'arrêt célèbre dit « Togo TELECOM ». Dans sa perspective de détermination des personnes morales bénéficiaires de l'immunité d'exécution, cette haute cour communautaire a, le 28 mai 2020, consacré que les personnes morales de droit privé et les

¹²³ CCJA, arrêt n°267/2019 du 28 novembre 2019, Grégoire BAKADEJA c/ Société Grands Hôtels du Congo). V. en ce sens CCJA, arrêt n°032/2019 du 31 janvier 2019, Etat de la Côte d'Ivoire, Agence Comptable Centrale de Dépôt c/ Monsieur Roland TESSEYRE. Cité par Me M. B. BALDE, *ibid.*

¹²⁴ V. B. L. NIANG, *ibid.*

¹²⁵ F. M. SAWADOGO, *op.cit.*, Penant, n° 860, juil. Sept. 2007, p.331 et s.

¹²⁶ CA de commerce d'Abidjan, 1^{ère} chambre civile et commerciale, n°94/2020 du 27 février 2020. Arrêt disponible sur le site www.legiafrica.com (consulté le 22 mai 2020) mis à jour le 16 mai 2020.

¹²⁷ CA de commerce d'Abidjan, 1^{ère} chambre civile et commerciale, n°78/2020 du 27 février 2020. Arrêt disponible sur le site www.legiafrica.com (consulté le 22 mai 2020) mis à jour le 16 mai 2020.

¹²⁸ CCJA, arrêt n°168/2020 du 14 Mai 2020, pourvoi n°279/2019/PC du 17 octobre 2019, Société American Eagle Guard Security C/ Hôtel SAKAKAWA.

entreprises publiques ne bénéficient pas de l'immunité d'exécution¹²⁹. Cette solution ainsi rendue vient contredire celle rendue le 14 Mai 2020 par cette même juridiction.

Comme énoncé dans les lignes précédentes, l'immunité d'exécution est plus rigide et présente une inégalité flagrante qui existe entre débiteurs publics et créanciers ; cet absolutisme, caractérisé dans l'espace OHADA, installe une protection exagérée et cause, de ce fait, l'appauvrissement de certains créanciers qui seraient dans des situations financières difficiles. Le droit de recouvrement des créances est un droit fondamental consacré par les textes¹³⁰. En effet, le patrimoine du débiteur constitue le gage général de ses créanciers.

A cet égard, le créancier doit être protégé dans son droit au recouvrement de sa créance nonobstant les pouvoirs exorbitants. Son droit découlant ainsi de sa qualité de créancier lui donne la liberté la plus totale, la plus absolue de choisir telle ou telle mesure d'exécution ou d'assurer la conservation de sa créance¹³¹. Hélas ! on observe que même Crésus, par jactance caractérielle, refuse très souvent de payer ses dettes, convaincu que, grâce au bouclier législatif et jurisprudentiel, aucun Cyrus pour le convaincre et le soumettre ne se trouve parmi ses créanciers¹³².

En s'activant dans l'entreprise de restriction de l'immunité d'exécution, la CCJA entend se conformer aux objectifs du Traité OHADA, notamment la mise en œuvre de règles aptes à favoriser l'activité des entreprises, et par ricochet l'investissement privé¹³³. L'importance est de trouver un équilibre lorsque les entreprises publiques sont investies d'une mission de service public et la compensation promeut cet idéal. De ce fait, pour effriter le caractère absolu de l'immunité d'exécution, et corrélativement dans le but de rechercher une égalité des armes. Cependant, certains créanciers, notamment les entreprises multinationales, ont des moyens, budget et autres, infiniment plus importants que ceux de bien des Etats dits sous-développés. Il se pose à nous la question de la protection des intérêts des créanciers (la facilitation du paiement des créances détenues envers les personnes morales de droit public). Il sied, dès lors, « d'amoinrir » la rigueur de ce principe de faveur.

¹²⁹ CCJA, arrêt n°170/2020 du 28 Mai 2020.

¹³⁰ Art. 28 AUPSRVE

¹³¹ C'est un principe général de l'exécution SALVATO, « La saisie-attribution d'une créance de sommes d'argent indisponible », *Les petites affiches* n°78, 19 Avril 2001, p.4 ; V. aussi GUINCHARD S. et MOUSSA T. écrivent quant à eux que « le créancier est maître du choix des voies d'exécution », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, DALLOZ, 2013-2014, p.67, n°353.

¹³² M. SOH, « Insaisissabilités et Immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit ne pas payer ses dettes », op.cit.

¹³³ M. B. BALDE, « Personne morale de droit public, tierce saisie, exclue du bénéfice de l'immunité d'exécution », article précité.

DEUXIEME CHAPITRE :
L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN REGIME DE PROTECTION A
RELATIVISER

L'immunité d'exécution en droit ohada

La consécration de l'immunité d'exécution, en un régime de protection absolu, présente une violation du droit fondamental à l'exécution forcée¹³⁴. En effet, dans les lignes précédentes, il a été admis que l'Etat et ses organismes publics bénéficient d'un régime de faveur à l'égard de leurs créanciers. Sous ce prisme, ces derniers (jusqu'ici non encore clairement identifiés par l'art.30 AUPSRVE) ne pourront pas contraindre leurs débiteurs à s'exécuter compte tenu de leurs pouvoirs régaliens. Face à une telle situation, il appert de dire que le débiteur public bénéficie d'une protection assez rigoureuse. La CCJA a, de par ses décisions, essayé tant bien que mal de réajuster la situation d'équilibre visant, de ce fait, à sécuriser les droits des créanciers dans le recouvrement de leurs créances ; mais cette entreprise demeure, à tort ou à raison, latente.

Qu'il faille, dès lors, se poser la question de la protection de l'investissement privé. C'est dans cette optique que la doctrine a reconnu qu'« à vrai dire, toute réforme sur les procédures d'exécution réside dans un équilibre assez délicat entre les intérêts des créanciers qui attendent légitimement ce qui leur est dû, et ceux des débiteurs qui ne peuvent pas être la proie de n'importe qui, dans n'importe quelles conditions »¹³⁵. Il est d'avis que la prise en compte de la protection des droits fondamentaux des débiteurs publics est nécessaire ; que dire de la préservation des intérêts des créanciers, dispensateurs de crédit ? Qu'en est-il de la ligne de défense de ces investisseurs ? Le recouvrement de leurs créances est-il assuré par la législation communautaire ?

Tout autant de questions qui interpellent le droit des voies d'exécution ; il s'agit de l'égalité des armes sans pour autant prétendre à une égalité absolue. Dès lors, il échet d'avancer que la question qui suit mérite d'être posée pour étayer tout ce qui a été dit précédemment : Comment concilier les droits et prérogatives respectifs de ce « couple infernal que forment le créancier et le débiteur ? »¹³⁶.

¹³⁴ Le droit à l'exécution est une figure du droit à un procès équitable ; en effet, le droit d'agir en justice fait partie des droits fondamentaux de toute personne. Il est consacré à l'**article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme** et l'**article 7 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples**. Les Etats-membres de l'OHADA ont entériné le droit d'agir et celui-ci impose à l'Etat deux obligations, une négative (consistant à s'abstenir d'entraver le droit d'agir en justice) mais aussi une obligation positive de lui faciliter l'exercice. V. à ce titre WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, op.cit., 2009, p.55. Le droit à l'exécution est consacré à l'article 28 AUPSRVE pour donner au créancier une liberté de poursuivre son débiteur défaillant.

¹³⁵ R. PERROT, « La réforme des procédures civiles d'exécution », propos recueillis par Marie MIGNON-GARDET, LPA, 6 janvier 1993, n° p.7. Il faut permettre aux créanciers d'être remplis de leurs droits sans être astreints à des procédures trop lourdes ou trop onéreuses. Mais excès de rigueur et de précipitation pourrait mettre hors d'état d'exécuter le débiteur dont la situation n'était pas irrémédiablement compromise. Les placer dans une très mauvaise situation financière ou les acculer à une misère extrême pourrait ôter aux créanciers tous espoirs d'exécution. Cité par WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, op.cit., 2009, p.10.

¹³⁶ Ibid.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Répondre à cette question revient à mettre l'accent sur la relativisation de l'immunité d'exécution telle que consacrée dans l'espace OHADA. En effet, le législateur communautaire a jugé nécessaire de tempérer ce régime de protection en instaurant la compensation légale. Il s'avère nécessaire de dire que ce palliatif est inefficace (**Section 1^{er}**).

Sous ce prisme, la rigueur de l'immunité d'exécution ressurgit et constitue un affaiblissement du droit à l'exécution forcée. A l'analyse, la nécessité de trouver un sens cohérent à l'article 30 AUPSRVE s'impose (**Section II**).

SECTION 1^{ERE} : LA COMPENSATION : UN PALLIATIF INEFFICACE A L'IMMUNITÉ D'EXECUTION

Comme l'on vient de le voir, le législateur OHADA, à travers l'article 30 AUPSRVE, a énoncé le principe général de l'immunité d'exécution en lui attribuant un caractère jugé absolu.

Gouverné par la rapidité, la célérité et la sécurité juridique et judiciaire, le droit OHADA prône un cadre des affaires dynamique qui, pour être efficace et efficient, devrait prendre en compte les intérêts mis en cause. Dans cette logique, la disposition précitée en son al.2¹³⁷ a admis le mécanisme de la compensation comme un aménagement de l'immunité d'exécution.

La compensation, en droit civil, est définie comme une extinction de deux dettes réciproques jusqu'à concurrence de la plus faible ; La compensation des dettes et des créances s'analyse à la fois comme une voie d'exécution et une sûreté réelle¹³⁸. Elle n'est possible que si les deux dettes sont certaines, liquides et exigibles.

La consécration légale de la compensation comme mode d'atténuation du régime de l'immunité d'exécution suppose des conditions d'application (**Paragraphe 1^{er}**).

La compensation, telle qu'énoncée par le législateur, est perçue comme incertaine pour diverses raisons (**Paragraphe 2**).

PARAGRAPHE 1ER : LA MISE EN ŒUVRE DE LA COMPENSATION PAR LE DROIT OHADA

L'application de la compensation en droit OHADA, est tributaire à des conditions. En effet, la loi exige une réciprocité de créances ou de dettes (**(A)**) ; ces dernières doivent revêtir certains caractères et être reconnues et constatées par un titre exécutoire (**(B)**).

¹³⁷ V. infra

¹³⁸ La compensation s'apparente à une sûreté réelle dès lors qu'elle « offre aux deux parties l'équivalent d'un privilège. En effet, le créancier satisfait par cette voie échappe non seulement au risque d'insolvabilité de son débiteur (...) et à tout concours avec d'autres créanciers, aussi favorable que soit le rang de leurs privilèges ». V. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz, 8e édition 2002, n°1390, p.1286Y. Cité par Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, op.cit., p.211, note n°395

A. L'exigence d'une réciprocité de dettes

L'alinéa 2 de l'article 30 AUPSRVE dispose 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 ressort de cette disposition que la compensation n'est possible que si les créances sont réciproques ; en d'autres termes, la personne publique est à la fois débitrice et créancière à l'égard de son créancier et vice versa.

La réciprocité, définie selon une conception logique, sera ce qui « s'exerce à la fois d'un premier terme à un second et du second au premier¹³⁹. Cela permet une définition plus générale de la réciprocité, soit ce qui « implique, entre deux personnes ou deux groupes, un échange de sentiments, d'obligations, de services, etc. »¹⁴⁰ ; C'est cette conception qui existe dans la grande majorité des droits internes aux Etats-parties de l'OHADA, notamment dans le Code des Obligations civiles et Commerciales du Sénégal.

En effet, il est énoncé à l'article 215 du Code précité que « *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes.* ». Pour être qualifiés de réciproques, les dettes devront donc être dues par les mêmes personnes, prises en la même qualité¹⁴¹ ; par conséquent, ne pourront être compensées des dettes appartenant à des personnes morales différentes¹⁴². Cette situation est perceptible à travers l'art.1347 du Code civil issu de l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des Obligations, du régime général et de la preuve des obligations¹⁴³ qui dispose que « *La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes* ». Sur ce fondement, le juge sénégalais du contentieux de pleine juridiction a débouté l'administration de ses prétentions dans l'affaire Holding KEBE. Il a ordonné, en

¹³⁹ P. ROBERT, *Le petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert 2002, s.v. « Réciproque ». Cité par BELANGER (A.), « La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités », *Les Cahiers de droit*, Volume 44, numéro 2, 2003, p.169, note n°165.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ A. ITIBAR, « Les difficultés de la compensation des dettes à l'égard des personnes publiques », *Droit public et OHADA*, *LEX4 MAGAZINE*, n°1, Janvier 2019, p.20 et s. Document disponible sur le site www.lex4.com (consulté le 18 mai 2020).

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ JORF n° 0035 du 11 février 2016.

effet, la compensation d'une dette de l'Etat et celle d'une société au titre de paiement d'impôt¹⁴⁴.

Ces textes permettent aux créanciers des personnes publiques qui sont dans le même temps débiteurs des mêmes personnes d'exiger que ces dettes réciproques s'annulent¹⁴⁵. De facto, cette condition de réciprocité exclut donc du mécanisme de la compensation les créanciers des personnes morales de droit public et des entreprises publiques qui ne seraient pas à l'égard de ces dernières à la fois débitrice et créancière¹⁴⁶.

Il faut, par ailleurs remarquer, que la compensation s'opère peu importe l'origine des créances réciproques.

Dans ce sens, le législateur OHADA fait de la compensation un mode d'extinction légale des obligations financières réciproques entre les créanciers et les débiteurs publics¹⁴⁷. La réciprocité est un préalable nécessaire et incontournable à l'exercice de la compensation.

L'exigence de réciprocité des dettes et créances, pour la mise en œuvre de la compensation, est secondée par des éléments fondamentaux permettant leur existence.

B. La reconnaissance de l'existence de la dette par le débiteur public

La compensation, telle que consacrée par le législateur, obéit à des conditions. Hormis la réciprocité de dettes et de créances, la loi exige d'autres critères incontournables qui sont au nombre de trois (l'existence d'une créance liquide, exigible et certaine). Cette existence doit être reconnue et constatée par le débiteur public.

En effet, il est annoncé dans le texte susvisé 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 ce prisme, les créanciers ne sont plus totalement désarmés face aux immunités d'exécution

¹⁴⁴ CA Dakar, arrêt n°138 du 13 avril 2012, société holding KEBE SA c/ Etat du Sénégal, Sonatel, Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar en matière civile et commerciale, 2013, vol.1. p.200. Pour une application de la compensation, voir Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de référé du 29 juillet 2009 : Société Holding KEBE SA / DGID, inédit. Cité par A. A. D. KEBE, op.cit., revue Afrilex, mai 2015, p.13, note n°99.

¹⁴⁵ A. de SABA, « *La protection du créancier dans le droit uniforme de recouvrement des créances de l'OHADA* », Thèse de l'Université de Paris 1- PANTHEON SORBONNE, octobre 2016, p.262.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ A. de SABA, *La protection du créancier dans le droit uniforme de recouvrement des créances de l'OHADA*, op.cit.,

des personnes morales de droit public ; ils peuvent invoquer la compensation pour des créances certaines, liquides et exigibles¹⁴⁸.

Comme en matière de saisie, les dettes et créances respectives des parties doivent cumuler les trois critères incontournables exigés en matière de recouvrement¹⁴⁹.

La définition des caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité n'a pas fait objet de consécration légale dans l'Acte uniforme sur les voies d'exécution¹⁵⁰ ; à cet égard, il serait opportun de recourir au droit des obligations.

Primo, une créance liquide est une créance dont le montant a été libellé en argent¹⁵¹. L'exigence de liquidité peut être rapprochée du principe général de la proportionnalité dont il résulte qu'une mesure ne saurait excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de la créance¹⁵². La liquidité de la créance aurait pour objet d'éviter les abus d'un créancier. A cet égard, la jurisprudence française est exigeante notamment lorsqu'une dette est libellée en monnaie étrangère et que l'autre est libellée en monnaie française¹⁵³ (en euro à présent). La jurisprudence rejette, en effet, la compensation dans ce cas. Cette solution est critiquée par la doctrine puisqu'il suffirait, pour admettre la compensation, de se référer au taux de change au jour où coexistent les deux dettes, dès lors que la monnaie étrangère est convertible¹⁵⁴. La créance, ainsi, est liquide lorsque son existence est certaine et sa quotité est déterminée. Sous ce prisme, les dettes des personnes publiques doivent être liquides et cette liquidité doit être réciproque pour que la compensation puisse jouer à leur égard.

Secundo, une créance est de nature exigible lorsque chacun des créanciers débiteurs dispose du droit de contraindre l'autre au paiement. La compensation ne s'opère que si chaque créancier est en droit d'obtenir le paiement. La compensation est exclue, dès lors, pour les dettes à terme, et les dettes sous condition suspensive. Les dettes publiques doivent être, dès lors, actuelles et dues.

¹⁴⁸ B. MEUKE et M. KONATE, « Brèves observations sur l'exécution des sentences arbitrales rendues contre un Etat partie au Traité de l'OHADA », *Revue Jurifis Consult*, n°8, éd. Spéciale, décembre 2010, p.6 et ss.

¹⁴⁹ V. à ce titre l'article 215 du COCC qui dispose que « (...) La compensation n'a lieu qu'entre dettes de sommes d'argent ou de choses fongibles, liquides, exigibles et saisissables ». V. aussi l'article 1347-1 du Code Civil français en ces termes : « Sous réserve des dispositions prévues à la sous-section suivante, la compensation n'a lieu qu'entre deux obligations fongibles, certaines, liquides et exigibles ».

¹⁵⁰ A.-M. ASSI-ESSO et Nd. DIOUF OHADA, *Recouvrement des créances*, op.cit., p.51.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² F. VINCKEL *Droit de l'exécution forcée*, LEXTENSO-EDITIONS, PARIS, 2008, p.265.

¹⁵³ CA Paris, 19 juill. 1943, RTD civ. 1944. 117, obs. H. et L. Mazeau.

¹⁵⁴ STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations*, t. 3, Régime général, 6e éd., 1999, Litec, p. 143 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil : les obligations. Le régime général*, 3e éd., 2007, Defrénois, n°1188, p.674

Enfin, conceptuellement très proche de la condition d'exigibilité, et davantage celle de liquidité, la certitude, plus que toute autre condition, est une assurance de l'existence de la créance¹⁵⁵. Une dette certaine est une dette réelle et actuelle dont l'existence est incontestable. La certitude de l'existence de la dette publique est considérée comme une condition expresse au déclenchement de la compensation légale¹⁵⁶.

C'est dans cette perspective que l'al.3 de l'article 30 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution a été formulé. Il y est énoncé que « *Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'État où se situent lesdites personnes et entreprises* ». À l'analyse, il s'avère nécessaire de constater que la certitude de la dette publique résulte, soit de la reconnaissance expresse de l'existence de celle-ci par la personne morale, débitrice, soit de l'existence d'un titre exécutoire¹⁵⁷.

Il s'infère de dire que la compensation n'est envisageable qu'à la condition indispensable de reconnaissance expresse de la dette par les personnes morales de droit public ou que si elle résulte d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat ou se situent lesdites personnes.

Les conditions de la mise en œuvre évoquées précédemment sont cumulatives. Il suffit juste que l'une d'elles fasse défaut pour que la compensation ne puisse être ordonnée. Consacrée comme solution d'atténuation, la compensation fragilise la rigidité de l'immunité d'exécution ; cependant, elle est considérée comme incertaine compte tenu de l'ambiguïté législative dont elle découle.

PARAGRAPHE II : L'INCERTITUDE DE LA COMPENSATION

La compensation, un mécanisme d'atténuation de l'immunité d'exécution, présente une solution heureuse pour les créanciers dans le recouvrement de leurs créances. C'est une mesure louable, compte tenu de ce qui précède ; cependant, la mise en œuvre de la compensation, obéit à des conditions qui s'avèrent, dans la pratique, difficiles. Sous ce rapport, il se présente à nous une situation complexe qui justifierait son incertitude dans le recouvrement des créances. Par ailleurs, ce caractère incertain est perceptible dans l'espace

¹⁵⁵ BELANGER (A.), « La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités », op.cit., p.153.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ V. en ce sens l'article 33 AUGE qui cite les caractères d'un titre exécutoire.

communautaire et même au sein des droits internes ; en effet, certains textes interdisent expressément la compensation des dettes publiques.

De ces considérations, il est nécessaire de démontrer que l'incertitude du mécanisme de la compensation passe par les difficultés de sa mise en œuvre **(A)**. Cette ambiguïté est accentuée par la prohibition de la compensation dans l'espace communautaire par d'autres textes **(B)**.

A. Les difficultés d'application de la compensation

Rappelons que le législateur OHADA subordonne la compensation aux caractères réciproque et certain. En effet, le second et troisième alinéa de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) fixe deux conditions à la mise en œuvre de la compensation légale : la réciprocité des dettes (alinéa 2) et la reconnaissance de la dette publique à défaut de titre exécutoire (alinéa 3).

D'abord, la réciprocité des dettes et créances, énoncée à l'al.2, implique que la compensation n'est possible que si les acteurs économiques se retrouvent à la fois créanciers et débiteurs. Cette situation laisse penser que l'Etat doit être forcément débiteur et créancier à l'égard de son débiteur qui sera, à son tour, créancier envers lui ; cette conception exclut certains créanciers qui ne sont pas débiteurs à l'égard de la personne publique¹⁵⁸ ; leur créance demeure impayée car la réciprocité, condition indispensable à la compensation, fait défaut. Dans ce cas, cette condition de réciprocité exclut donc du mécanisme de la compensation les créanciers des personnes morales de droit public et des entreprises publiques qui ne seraient pas à l'égard de ces dernières à la fois débitrices et créancières¹⁵⁹.

Ensuite, l'existence de la dette dépend de sa certitude. En effet, l'article 30 alinéa 3 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution dispose que les créanciers des personnes morales de droit public et des entreprises publiques ne peuvent invoquer la compensation que si la dette en cause est certaine.

Cette certitude de la dette publique résulte nécessairement d'une reconnaissance de dette émise par le débiteur public ou d'une attestation par titre exécutoire. La mise en œuvre de cette condition est potestative dans la mesure où si la personne morale de droit public ou

¹⁵⁸ La compensation ne couvre donc pas toutes les catégories de créanciers. V. A. de SABA, *La protection du créancier dans le droit uniforme de recouvrement des créances de l'OHADA*, op.cit., p.262.

¹⁵⁹ A. ITIBAR, « Les difficultés de la compensation des dettes à l'égard des personnes publiques », *Droit public et OHADA, LEX4 MAGAZINE*, op.cit., p.20.

l'entreprise publique conteste la créance ou refuse de la reconnaître pour que la compensation ne puisse pas s'opérer, son créancier devra saisir le juge pour qu'il tranche cette contestation¹⁶⁰. De quel juge s'agit-il ?

A cette question, le législateur OHADA reste muet et consolide l'ambiguïté textuelle développée plus haut. Le texte susvisé n'a pas précisé la procédure à diligenter ni l'autorité judiciaire habilitée à délivrer la reconnaissance de dette ou à connaître la contestation. De ce constat, le silence du législateur serait considéré comme un renvoi à l'article 49 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution¹⁶¹, « *La juridiction compétente pour statuer sur tout le litige ou demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction compétente statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ». La compétence d'attribution prévue par cette disposition intègre les incidents susceptibles de naître au cours de l'exécution. C'est un renvoi au juge de l'exécution et il constitue une approche qui ressort de l'habitude des juridictions des Etats membres d'« ordonner » au lieu de la « constater » ou d'« en prendre acte » comme impliquerait la conception automatisée¹⁶². Par exemple au Sénégal, la loi nationale n'a pas prévu un organe judiciaire qui correspond typiquement au juge de l'article 49, on donne compétence au juge des référés pour connaître du contentieux de l'exécution. Dans pareille hypothèse le juge des référés ne va pas statuer en forme de référé prévu par le code de procédure civile sénégalais¹⁶³. En réalité, il s'agira du juge des référés à compétence élargie.

C'est dans ce sens qu'il a été décidé dans un arrêt de la cour d'appel de Dakar que « *selon l'article 49 de l'AU/PRSVE, la juridiction compétente pour statuer sur toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui. Il ressort de ce texte que c'est le juge des référés qui est compétent pour statuer sur les contestations relatives à la saisie conservatoire. En l'espèce, l'objet de l'action est l'annulation et la mainlevée de la saisie conservatoire pratiquée, autrement-dit, il s'agit d'un incident que le juge des référés peut connaître* »¹⁶⁴.

Dans la ligne de critique du mécanisme de la compensation, il est fait abstraction de la forme que doit revêtir la reconnaissance de la dette¹⁶⁵.

¹⁶⁰ A.-M. H. ASSI-ESSO & Nd. DIOUF, op.cit. n°66, p. 45

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² A. ITIBAR, op.cit.

¹⁶³ V. les articles 247 et suivants du code de procédure civile sénégalais

¹⁶⁴ TGIHC de Dakar, jugement n°1905 du 20 novembre 2015, la société Moniz Da Maia Serra Fotuna- Empreiteiros dite MSF c/ la société Word Cargo Consulting dite « WCC », inédit

¹⁶⁵ A.-M. H. ASSI-ESSO & Nd. DIOUF, op.cit. n°66, p. 45

Compte tenu de tout ce qui précède, il est d'avis que l'application de la compensation, comme tempérament de l'immunité d'exécution, pose des problèmes dans la pratique ; ce qui pourrait exclure un grand nombre des créanciers de l'Etat et compliquant son application effective par le mutisme du législateur qu'il conviendrait de corriger en vue de faciliter le recouvrement de la dette publique dans l'espace OHADA.

La compensation légale est aussi interdite dans l'espace communautaire ce qui peut, par ailleurs justifier son incertitude.

B. L'interdiction de la compensation des dettes publiques

L'immunité d'exécution, dans l'espace communautaire OHADA, est justifiée par l'un des principes du droit budgétaire, le principe de l'universalité budgétaire. En effet, selon ce principe, l'ensemble des recettes publiques doivent être présentées de manière séparée de l'ensemble des dépenses publiques, sans compensation entre elles. Ainsi, il est énoncé à l'art. 32 de la LOLF de 2020 qu'« *il fait recette du montant intégral des produits, sans contraction entre les recettes et les dépenses. L'ensemble des recettes assurant l'exécution de l'ensemble des dépenses, toutes les dépenses et toutes les recettes sont imputées au budget général* »¹⁶⁶. Cette interdiction est confirmée par le COCC à travers son article 217. Il ressort de cette disposition que « *la compensation ne peut être opposée à l'Etat et aux collectivités locales et à leurs établissements publics administratifs* ».

Ces textes du droit interne justifient le cadre juridique communautaire de l'UEMOA (la directive n°07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général de la Comptabilité Publique au sein de l'UEMOA)¹⁶⁷. En effet, l'article 41 de cette directive justifie que la compensation des dettes publiques de l'Etat est formellement interdite.

L'interdiction ainsi connue « en France depuis 1818 pour les recettes et 1822 pour les dépenses »¹⁶⁸, a été reconduite au Sénégal et dans les pays membres de l'UEMOA¹⁶⁹. La compensation, telle qu'énoncée à l'article 30 al.2 se voit être en contradiction avec les normes du droit interne transposant ainsi les directives de l'UEMOA. Se pose ainsi le problème de l'applicabilité de la disposition précitée. Quelle serait la valeur juridique des

¹⁶⁶ V. *supra*

¹⁶⁷ Directive transposée par le Décret n°2011-1880 du 24 novembre portant Règlement général de la comptabilité publique au Sénégal (JO n°6649 du Samedi 10 Mars 2012)

¹⁶⁸ J.-Cl. MARTINEZ et P. MALTA, *Droit budgétaire*, 3e édition LITEC 1999, n°513, p.546 in Y. BODIAN, op.cit., note n° 411, p.216

¹⁶⁹ Directives n°05/97/CM/UEMOA du 16 décembre 1997 relative aux lois de finances et n°06/97/CM/UEMOA du 16 décembre 1997 portant règlement général sur la comptabilité publique.

textes issus du droit UEMOA ? Seraient-ils législativement supérieurs aux normes communautaires du droit OHADA ?

A ces questions, le Professeur BODIAN a adopté une démarche qui nous paraît cohérente. Il a soutenu que *« l'existence d'une contrariété entre deux normes entre lesquelles il ne saurait, a priori, y avoir une hiérarchie, conduit à considérer d'une certaine manière un vide juridique. L'argument consiste donc à invoquer l'existence d'une contradiction entre dispositions émanant de deux ordres juridiques autonomes, qui secrètent des règles ayant vocation à s'appliquer « nonobstant toute disposition contraire antérieure ou postérieure ». Ce qui est curieux, c'est le fait d'appliquer seulement les textes interdisant la compensation »*¹⁷⁰. L'idée qui ressort de cette affirmation traduit une contradiction manifeste entre les règles du droit OHADA et celles du droit UEMOA ; le Traité OHADA, dans son article 10 dispose que les Actes uniformes sont en effet *« directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »*, tandis que le Traité UEMOA (article 6) stipule que *« les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure. »*. Identiques dans la formulation, il appert de dire que la situation actuelle est marquée d'une grande incertitude. L'applicabilité de la compensation, dans l'espace communautaire UEMOA-OHADA, serait donc compromise ; la consécration de ce mécanisme d'atténuation serait, dès lors, problématique.

A l'analyse, il s'infère de dire que la compensation légale est une exception au principe de la non-compensation ; elle peut traduire, à tort ou à raison, les objectifs visés par le Traité OHADA. Sous ce rapport, nous pouvons soutenir que les textes sénégalais transposant les directives de l'UEMOA, sont de nature interne à bien des égards que les Actes uniformes constituent une source supranationale ; ce qui aboutira, sans doute à l'application de la compensation¹⁷¹.

Le législateur OHADA a instauré le mécanisme de la compensation dans le but de rechercher un équilibre entre les acteurs économiques. L'article 30 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution (al.2), dans sa formulation, tente implicitement de recadrer l'investissement public-privé en essayant de protéger les intérêts des créanciers (dans le recouvrement de leurs créances). Cette tentative est inefficace dans la mesure où les

¹⁷⁰ Y. BODIAN, *op.cit.*, 217.

¹⁷¹ Y. BODIAN, *op.cit.*, p.218.

L'immunité d'exécution en droit ohada

conditions, édictées par ladite disposition, pour mettre en œuvre cette mesure protectrice, demeurent difficiles. Tout ceci justifie que la compensation est un palliatif inefficace ; comme telle, elle ne permet pas de ralentir la rigueur de l'immunité d'exécution. Dès lors, les créanciers des personnes morales de droit public demeureront impayés et leur droit de recouvrement est anéanti voire tué.

L'immunité d'exécution, telle qu'énoncée à l'article 30 de l'AUPSRVE, est un affaiblissement du droit à l'exécution forcée ou du droit des procédures civiles d'exécution. Elle constitue un obstacle et freine la cadence de l'investissement en Afrique plus particulièrement le monde des affaires. Sur ce, il est impérativement nécessaire de réformer le droit de l'exécution forcée en adoptant une solution égalitaire

SECTION II : L'IMMUNITÉ D'EXECUTION : UN AFFAIBLISSEMENT DU DROIT A L'EXECUTION FORCEE DU CREANCIER A REMEDIER

L'immunité d'exécution est un privilège qui protège le patrimoine du débiteur public ; en effet, la personne morale de droit public qui est investie d'une mission de service public bénéficie d'un régime de protection qui lui permet d'échapper aux mesures conservatoires et à l'exécution forcée ; cette situation est dévastatrice pour l'autre partie dans la mesure où le créancier, dispensateur, personne morale ou physique, se verra déprotégé ; Les créanciers ne pourront pas exécuter les personnes publiques et par conséquent, le recouvrement de leurs créances semble être compromis. Les défauts de paiement imputables aux personnes publiques pénalisent les entreprises, les fournisseurs, les banques créancières et précipitent ceux qui n'ont pas un coussin financier de sécurité dans la faillite¹⁷². L'immunité d'exécution constitue, de ce fait, un affaiblissement du droit à l'exécution forcée.

Face à cette situation, le législateur OHADA a, à travers, l'article 30 AUPSRVE, tenté d'assouplir la rigidité d'un tel privilège mais la mesure adoptée semble être inadéquate voire inefficace. De là et dans le cadre du respect des objectifs visés par le traité, il a été jugé nécessaire de trouver des solutions protectrices beaucoup plus adaptées au monde des affaires marquées par une crise économique. De ces prétentions, l'économie doit être préservée avec l'instauration des règles pragmatiques de recouvrement.

La question de la relativisation de l'immunité d'exécution se pose avec acuité. Ce qui nécessite, dès lors, de se concentrer sur les solutions offertes par le droit positif sénégalais ainsi que des mesures protectrices mises en exergue par le droit comparé (**Paragraphe 1^{er}**). Dans cette entreprise de « cure de jouvence », l'étude sera orientée vers les solutions étrangères jugées équilibrées et impartiales (**Paragraphe 2**).

¹⁷² G. NAHM-TCHOUGLI, « L'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », *Rev. Africaine de droit, d'économie et de développement*, n° 6/2005, p. 577

PARAGRAPHE 1ER : LES SOLUTIONS LEGALES ET PRATIQUES CONSACREES EN DROIT POSITIF

L'immunité d'exécution est caractérisée en droit OHADA par un absolutisme accentué. Cet absolutisme est accentué par la formulation de la seule disposition régissant ce régime de faveur. Consacrée comme telle, elle est un obstacle à l'exécution forcée et constitue, de facto, une mesure qui déprotège les créanciers, investisseurs. Dans un monde marqué par une crise économique et ralenti par une pandémie, la protection des affaires et du droit au recouvrement des créanciers et la préservation des intérêts des usagers du service public doivent être au rang d'éloges. Ainsi, le Sénégal, inspiré par beaucoup de législations internationales, a inséré, dans son arsenal juridique, des moyens permettant de contraindre l'Administration au paiement. Le recours au droit budgétaire sera important dans l'analyse à l'institution d'une procédure d'inscription d'office **(A)**. Par ailleurs, toujours dans le sillage d'affaiblir l'immunité d'exécution et de préserver l'investissement privé, la pratique a préconisé l'arbitrage comme mode de renonciation à ce régime **(B)**.

A. L'institution d'une procédure d'inscription d'office par le droit sénégalais

Le droit sénégalais a organisé le régime de l'immunité d'exécution à l'article 194 du Code des Obligations Civiles et Commerciales. La consécration d'une telle mesure de faveur, favorisée par l'article 30 AUPRSVE, est importante dans la mesure où elle « permettrait » de corriger les lacunes de ladite disposition dans la détermination des entités bénéficiaires de ce régime. Cependant, il a été noté que l'immunité d'exécution, telle que consacrée par les textes communautaires et nationaux, favorisait les débiteurs publics et poussait les créanciers à des difficultés financières.

Sensible à cette situation, le législateur sénégalais a prévu une mesure spécifique, permettant de contraindre l'établissement public au paiement ; de ce fait, la procédure d'inscription d'office a été instituée¹⁷³.

Cette loi (n° 2002-13 du 15 avril 2002 relative à l'inscription d'office des créances sur les établissements publics) met en exergue les critères du droit des affaires à savoir la rapidité, la célérité et la transparence. Elle vise deux objectifs : l'extension du champ d'application de

¹⁷³ V. Loi n° 2002-13 du 15 avril 2002 relative à l'inscription d'office des créances sur les établissements publics, J.O. R.S. n°6047 du samedi 18 mai 2002.

L'immunité d'exécution en droit ohada

la procédure d'inscription d'office et l'accélération de la procédure d'inscription d'office. Sous ce prisme, l'immunité d'exécution se verra anéantie par cette procédure particulière. Cette dernière permet de prendre en compte les créances contre les personnes morales de droit public, à l'exception de l'Etat puisque compte tenu de ce qui précède, l'Administration peut être contrainte à l'exécution forcée. Ainsi, il ressort de l'exposé des motifs de cette loi que *« Le principe de l'immunité d'exécution consacré par notre droit positif et notamment par l'article 194 du Code des Obligations civiles et commerciales a toujours empêché l'exécution forcée des établissements publics. En raison de ce principe, à défaut d'exécution volontaire des obligations et des décisions de justice, seule la procédure d'inscription d'office peut être mise en œuvre. Cette procédure permet au créancier muni d'un titre exécutoire d'obtenir, à la diligence du Ministre chargé des finances, l'inscription d'office de sa créance au titre des dépenses obligatoires de l'organisme débiteur »*. Le droit budgétaire, tel que développé plus haut, précise que les dépenses de l'Etat doivent être inscrites dans le budget¹⁷⁴. Le principe de la sincérité budgétaire exige une transparence et permet de rendre fidèlement compte de la situation financière de l'organisme étatique (on vise ici les établissements publics investis des missions d'intérêt général ou de service public). Sous ce rapport, l'intervention du ministre de tutelle est importante pour le retracement des dépenses de l'organisme débiteur. Ce mécanisme protège le droit des créanciers qu'ils soient munis d'un titre exécutoire ou non.

De ce constat, l'article premier de cette loi dispose que *« Toute créance constatée par un titre exécutoire ou toute créance certaine, liquide et exigible due par un établissement public peut, après mise en demeure adressée à l'organe dirigeant et restée infructueuse pendant un mois à compter de la notification, faire l'objet d'une inscription d'office dans les comptes de l'exercice et dans le budget dudit établissement, au titre des dépenses obligatoires.*

La demande d'inscription adressée au Ministre chargé des Finances, est accompagnée des pièces justificatives de la créance et de la mise en demeure. Le défaut de réponse dans les quatre mois vaut rejet.

Les créances inscrites à la suite d'une demande d'inscription d'office portent de plein droit intérêt au taux légal à compter de la mise en demeure.

Lorsque le créancier dispose d'un titre exécutoire, la demande fait l'objet d'une réponse expresse et motivée dans les quatre mois et le Ministre chargé des Finances adresse copie du dossier à la Cour des Comptes ».

¹⁷⁴ V. art.30 de la LOLF de 2020.

L'immunité d'exécution en droit ohada

La mise en œuvre de ce mécanisme est subordonnée à la mise en demeure de l'établissement concerné et l'inscription d'office permet d'éviter toute procédure judiciaire¹⁷⁵. Par ailleurs, le recouvrement de la créance peut être favorisé par l'accélération de ce mécanisme¹⁷⁶.

L'institution de l'inscription d'office des créances permet de fragiliser l'immunité d'exécution octroyée aux établissements publics. Elle protège les créanciers et favorise le recouvrement de leurs créances mais ne l'assure pas ; les principes du droit budgétaire ne s'accommodent pas avec l'exécution forcée compte tenu de l'exorbitance de leur mission. Ce mécanisme ne vaut pas pour les créances contre l'Etat.

Ce mécanisme se présente comme une reconnaissance mais de nature involontaire qui voudrait qu'on fasse croire que l'inscription d'office des créances permet de régler la situation des créanciers alors que c'est un faux prétexte. Comme telle, c'est une fausse solution comme la compensation.

Se pose dès lors la question du recouvrement des créances contre l'Etat. L'immunité d'exécution conserve toujours sa rigueur et les créanciers, investisseurs privés ou non, demeurent toujours déprotégés. Ainsi, dans le but de se fidéliser avec les objectifs visés par le Traité OHADA, des mesures plus contraignantes et efficaces devront être adoptées pour la recherche d'une situation d'équilibre entre l'Etat et le créancier. La pratique a tenté de trouver un remède par le recours à l'arbitrage.

B. Le recours à l'arbitrage comme moyen de renonciation à l'immunité d'exécution : une solution préconisée

Dans la mise en place d'un système (dans l'espace OHADA) de protection des créanciers, il a été jugé nécessaire d'examiner les possibilités de mettre en œuvre un système de protection des créanciers des pouvoirs et des organismes publics à partir des règles du droit

¹⁷⁵ « (...) La procédure d'inscription d'office est ouverte au créancier muni d'un titre exécutoire. De ce fait, elle suppose une action préalable en justice alors qu'une part substantielle des difficultés relève de créances qui, sans être contestées, font l'objet d'un règlement tardif.

La procédure d'inscription d'office va désormais être ouverte aussi bien pour le créancier muni d'un titre exécutoire que pour le titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible. Par suite, le champ de l'inscription d'office permet l'économie d'une procédure judiciaire. » v. l'exposé des motifs

¹⁷⁶ « En vue d'assurer un traitement diligent des demandes d'inscription d'office, les nouvelles dispositions fixent un délai de réponse de deux mois à la demande d'inscription d'office. La prise en compte des délais d'attente va faire l'objet de nouvelles dispositions relatives aux intérêts moratoires. Les dispositions de l'article 99 du Code des Obligations de l'Administration concernent les dommages et intérêts alloués à la suite d'une condamnation. Ceux-ci courent, au taux légal et de plein droit, à compter de la mise en demeure. Ce bénéfice va désormais être étendu aux créances inscrites à la suite d'une procédure d'inscription d'office, qu'il y ait eu ou non condamnation préalable de l'organisme débiteur ».

comparé. Ainsi, l'enjeu majeur était de rendre moins absolu l'immunité d'exécution consacrée par le législateur OHADA en un régime absolu.

Sous ce prisme, le débat sur l'arbitrage se posait. Ce mode alternatif de règlement de conflit peut-il être considéré comme un moyen efficace pour le créancier de recouvrer sa créance ? l'arbitrage peut-il permettre au débiteur surprotégé de renoncer à son immunité d'exécution et ce à quelle portée ?

Avant de répondre à ces questions, il serait opportun de convoquer le spectre et l'applicabilité de l'arbitrage dans l'espace OHADA.

Aux termes de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au Droit de l'arbitrage, il y a été énoncé ce qui suit :

« Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition.

« Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage (...) ».

L'arbitrabilité des personnes morales de droit public est subordonnée à la libre disposition des droits. Les organismes publics disposent-ils de droits leur permettant d'aller en arbitrage ?

Le juge sénégalais a répondu à cette question en considérant que l'Etat pouvait *compromettre* « tant que l'ordre public n'est pas violé »¹⁷⁷. L'expression « libre disposition » est traduit par le commentateur de l'AUA comme un droit qui est sous l'absolue maîtrise de son titulaire qui pourra dès lors l'aliéner et même y renoncer.

La lecture de cette disposition laisse entrevoir que les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution peuvent aller en arbitrage pour le règlement de leurs litiges à charge pour elles d'être titulaires de droits. Autoriser l'arbitrabilité de ces personnes morales de droit public revient à mettre l'accent sur leur capacité à conclure. Et comme tel, ces personnes susmentionnées non identifiées par le législateur OHADA, se comporteraient comme de personnes physiques soumises au droit privé et donc soumises à l'exécution forcée. Cependant, ce raisonnement paraît laconique ; partir en arbitrage signifie-t-il renonciation à l'immunité d'exécution ?

La réponse à cette question va diriger le raisonnement de cette partie. En effet, il a été jugé que la conclusion d'une convention d'arbitrage emportait uniquement la renonciation à

¹⁷⁷ A. SAKHO et Nd. DIOUF, « Etude sur l'ordre public et l'arbitrage : Aspects de Droit économique et de Procédure civile (A propos de l'arrêt de la Cour suprême du 3 juillet 1985 : Etat du Sénégal c/ EXPRESS NAVIGATION) ». Note A.A. KEBE in « le déclin « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », op.cit. p. 23, note 168.

l'immunité de juridiction à l'exclusion de l'immunité d'exécution. Traditionnellement, 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 internes¹⁷⁸ et internationaux¹⁷⁹ et s'appuie sur une jurisprudence classique¹⁸⁰. Cependant, dans le souci de rééquilibrer les forces des parties et d'en limiter la rigueur de l'immunité d'exécution, le juge français a adopté une solution favorable aux investisseurs privés, créanciers des personnes morales de droit public. En effet, dans l'affaire *Creighton c/ Qatar* du 6 juillet 2000, 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'exécution ». Dans cette logique, il a été retenu par le juge français que **la clause d'arbitrage avec engagement d'exécuter la sentence vaut acceptation de ce que la sentence puisse être revêtue de l'exequatur¹⁸¹, ce qui équivaut à une renonciation à l'immunité d'exécution de la part de l'Etat étranger**. Sur renvoi de la Cour de Cassation, la Cour d'Appel de Paris a imité la Haute juridiction en rappelant, d'emblée 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 compromissaire constitue un tel consentement exprès¹⁸². La Cour de cassation subordonnait la main levée de l'immunité d'exécution d'un Etat à la double condition que la renonciation à cette immunité soit expresse (c'est-à-dire écrite sans ambiguïté) et spéciale (c'est-à-dire portant sur des biens déterminés contractuellement par l'Etat¹⁸³). Cependant, cette haute juridiction est revenue sur cette

¹⁷⁸ 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) ». Cité par D. C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », op.cit. p.14

¹⁷⁹ L'article 5.2 de la Résolution de l'IDI de 1991 est parfaitement clair à cet égard : « Le consentement à l'exercice de la juridiction n'implique pas le consentement à l'exécution à l'exécution forcée, qui nécessite un consentement exprès distinct ». Cité par D. C. KOLONGELE EBERANDE, *ibid.*

¹⁸⁰ 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 »

¹⁸¹ Civ. 6 juill. 2000 JCP 2001, éd. E, 223, note Kaplan et Cuniberti. Arrêt cité par D. C. KOLONGELE EBERANDE, *ibid.* p.15. V. aussi Ph. LEBOULANGER, *Rev. Arb.* 2001, pp. 114-134 ; V. aussi, CA Paris, 9 juillet 1992, *Société Norbert Beyrard France c/ République de la Côte d'Ivoire*, *Rev. Arb.* 1994, p.133.

¹⁸² CA Paris, 12 déc. 2001, *Creighton Ltd C/ Ministère des Finances et Ministère de l'Agriculture du Gouvernement de l'Etat du Qatar*, *Rev. Arb.* 2003/2. p. 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 d'exécution* ».

¹⁸³ Cass. Civ 1ère., 28 septembre 2011, n° 09-72.057 ; Cass. 1ère civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450 et 11-13.323

décision en n'exigeant plus une renonciation spéciale de la part de l'Etat, permettant ainsi une exécution forcée par voie de saisie de tous biens y compris ceux relevant de missions diplomatiques dès lors qu'il y avait eu renonciation expresse à l'immunité d'exécution¹⁸⁴.

L'acceptation de l'arbitrage comme mode de renonciation à l'immunité d'exécution a été reçue en Afrique, notamment en Cameroun. En effet, saisie d'une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale, la High Court de Buea s'est fondée, entre autres sur l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution pour accorder l'exequatur à la sentence tout en faisant référence à la viabilité des relations contractuelles internationales entre les investisseurs et l'Etat, ainsi qu'à la bonne foi et la dignité de l'Etat¹⁸⁵.

L'économie de ces décisions montre à suffisance que la reconnaissance de la sentence arbitrale par les parties au litige rend celle-ci obligatoire et par ricochet, elle implique la renonciation à l'immunité d'exécution. La souscription à une convention d'arbitrage équivaut à une renonciation implicite. C'est ainsi qu'il a été affirmé qu'« **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 acquis** »¹⁸⁶.

A l'analyse, il s'avère nécessaire de dire que le recours à l'arbitrage, comme mode de renonciation à l'immunité d'exécution par les personnes morales de droit public, peut être efficace pour le recouvrement des créances contre ces pouvoirs et organismes publics. L'immunité d'exécution favorise l'absence d'exécution forcée et installe les bénéficiaires dans une situation confortable et exempte de toute mesure forcée. Cependant, si un bien d'une personne morale de droit public investie de mission de service public venait à être saisi, on noterait un frein dans la mise en marche des affaires de la cité ; encore faudrait-il que ce bien saisi soit nécessaire ou indispensable à l'intérêt général. L'arbitrage, tel que considéré comme mode de renonciation à l'immunité d'exécution, n'est possible que si la convention porte sur les biens pouvant faire l'objet de transaction, donc sur des biens dont la personne morale de

¹⁸⁴ Cass, Civ 1ère, 13 mai 2015, n° 13-17.751

¹⁸⁵ Ordonnance d'exequatur rendue par la High Court of Fake Division, Buea, 15 mai 2002, African Petroleum Consulting c/ Société nationale de raffinage du Cameroun (SONARA), Rev. Camerounaise de l'Arbitrage, n°18, 2002/3, p. 19. Dans cette ordonnance, le juge a appliqué la Convention de New York de 1958 (art. iv (1)), l'art.11 de la loi camerounaise L.2002/004 du 20 avril 2002 portant Charte des investissements en République de Cameroun, et les art. 30, 31, 33 et 34 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ordonnance citée par Ph. LEBOULANGER, article précité, note 4, p.128.

¹⁸⁶ J. VERHOEVEN, *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation*, Brux., Larcier, 2004. Cité par D. C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », op.cit. p.15.

droit public aurait la libre disposition¹⁸⁷. Cette décision vient supprimer la double condition qu'avait instauré la solution rendue par la Cour de cassation (la chambre civile subordonnait la main levée de l'immunité d'exécution d'un Etat à la double condition que la renonciation à cette immunité soit expresse (c'est-à-dire écrite sans ambiguïté) et spéciale ; c'est-à-dire portant sur des biens déterminés contractuellement par l'Etat)¹⁸⁸. Dès lors, une coordination de ces décisions avec la législation OHADA (notamment l'Acte uniforme sur l'arbitrage et l'Acte sur les voies d'exécution) est plus que souhaitable. En effet, les articles 30 et suivants de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution ne permettent pas aux créanciers de recouvrer facilement leurs créances et cet état de fait constitue une dichotomie avec les objectifs prônés par le traité OHADA. L'exécution forcée garantit l'investissement privé et conserve les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux du créancier. Sous ce rapport, admettre la souscription d'une clause d'arbitrage comme mesure efficace de renonciation à l'immunité d'exécution revient à concilier la pratique avec les idées développées dans l'espace OHADA. Ainsi, il s'infère de tout ce qui précède de dire que l'économie de ces décisions pourrait permettre au législateur OHADA d'emprunter ces solutions pour l'harmonisation des dispositions relatives à l'immunité d'exécution. La recherche d'une situation d'équilibre est toujours de mise et constitue un impératif dans la sauvegarde du partenariat public-privé.

L'affaiblissement de l'immunité d'exécution, dans l'espace OHADA, peut s'opérer dans la mesure où les articles 23 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage et 27 du règlement d'arbitrage de la CCJA sont combinés avec la disposition lacunaire de l'article 30 sur les voies d'exécution.

La question qui se pose avec acuité est celle de l'étendue de la renonciation à l'immunité d'exécution. En d'autres termes, qu'en est-il des biens affectés à une mission de service public ? La renonciation concerne-t-elle l'ensemble des biens qui permettrait l'exécution à l'encontre de l'Etat et de ses organismes publics ?

Ces questions méritent réponse pour confirmer l'importance de l'arbitrage dans le recouvrement des créances publiques.

En outre, la recherche de conformité entre la pratique et les règles du droit OHADA est toujours perceptible dans les législations romano-germaniques et anglo-saxonnes. Dans le souci de cohérence, il sied de s'intéresser à d'autres solutions étrangères pour apporter des remèdes à notre système juridique communautaire présentant des incomplétudes majeures.

¹⁸⁷ Se pose la question de l'étendue de l'arbitrage comme mode de renonciation.

¹⁸⁸ V. note n°185.

PARAGRAPHE II : L'EMPRUNT DE SOLUTIONS ETRANGERES POUR LA RESTRICTION DE L'IMMUNITE D'EXECUTION

Les lignes précédentes montrent la volonté de la recherche de solutions profitables à tous les acteurs du monde économique. De ce fait, le droit de l'exécution forcée (telle qu'organisé par l'Acte uniforme sur les voies d'exécution) doit être revisité et réformé dans le but d'être conforme aux exigences du Traité de l'OHADA.

Présentée comme absolue en Droit OHADA, l'immunité d'exécution réduit à néant le droit fondamental de recouvrement des créances. Cette situation postule les créanciers dans une position défavorable et peut freiner l'investissement privé qui venait prêter main forte à l'Etat et aux organismes pour la bonne conduite des missions de service public. Pour pallier à cette inégalité, il a été judicieux de trouver des solutions telles que l'arbitrage (développé plus haut) pour une tentative de rééquilibrage des situations en cause. Dans ce sillage, nous avons emprunté certaines solutions étrangères : les unes découlent de la Common Law et les autres du Droit français.

De ces solutions, une idée futuriste de codification dans le Droit communautaire nous paraît logique. L'ensemble de ces réglementations issues de la pratique conduit, de *lege feranda*, à la sécurisation du crédit. C'est dans cette logique d'uniformisation et d'harmonisation que nous allons mettre l'accent sur la question de la saisissabilité limitée telle que soutenue par le recours à l'arbitrage **(A)**. Cette idée est confortée par le Droit français en ce qu'il considère comme efficace pour l'exécution forcée, les voies d'exécution administratives **(B)**.

A. La question de la saisissabilité limitée et de l'exécution forcée conditionnée

La préconisation de l'arbitrage comme moyen de réduire le caractère obligatoire de l'immunité d'exécution est reçue positivement. Cependant, son étendue est toujours problématique. En effet, l'article 51 de l'AUPRSVE soumet aux lois internes la détermination des biens et droits insaisissables ; cette précision n'a pas été observée dans l'article 30 consacrant l'immunité d'exécution.

L'immunité d'exécution a été conçue dans le but de ne pas contraindre l'Etat à l'exécution forcée. Dans le but de concilier les intérêts des créanciers et de conserver la

continuité des missions de service public, l'encadrement de ce principe immunitaire s'impose. La détermination des biens soumis à l'exécution forcée est considérée comme une mission nécessaire pour la quête d'une situation égalitaire.

Les lois américaines et britanniques sur l'immunité, respectivement de 1976 et 1978, interdisent les mesures d'exécution forcée sur les biens et avoirs des Etats étrangers servant de support à leurs activités de puissance publique. Cependant, les biens dédiés à une activité commerciale sont régis par le droit privé donc sont soumis à l'exécution forcée. La section 3(3) du State Immunity Act a défini l'activité commerciale 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).** L'ensemble de ces biens échappent à l'immunité d'exécution. C'est en conformité avec cette règle que 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)¹⁸⁹.

De ces prétentions, il est à noter que les biens soumis ou destinés à un usage commercial ou industriels peuvent être saisis. Sous ce prisme, la renonciation à l'immunité d'exécution ne couvre pas les biens affectés à une activité *jure imperii*. Ainsi, en cas de renonciation par un Etat à son immunité d'exécution, la Cour d'Appel de Paris a jugé que « *sont saisissables les biens affectés par l'Etat à la satisfaction (privée) ..., à défaut, tous*

¹⁸⁹ 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 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 » (Cass. civ. 1re, 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. Lespoutre). V. aussi 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 désaffecté (Cass. civ. 1re, 19 nov. 2008, n° 07-10570). 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 commercial (CIJ, 3 févr. 2012, Immunité juridictionnelle de l'Etat, § 118 ; Dupuy P.-M., Kerbrat Y., Droit international public, op. cit., n° 130, p. 147).

L'immunité d'exécution en droit ohada

autres biens de l'Etat situés sur le territoire de l'Etat du for et utilisés ou prévus pour être utilisés à des fins commerciales »¹⁹⁰. Cette décision met en exergue, *a contrario*, que les biens affectés à des missions de service public ou à des activités souveraines sont exclus du domaine des saisies et demeurent soumis et toujours couverts par l'immunité d'exécution¹⁹¹. Tels sont les biens (cités par l'art.111-1-2 du Code de procédure civile d'exécution modifié par la loi dite Sapin 2 telle que développée plus loin) qui doivent être considérés comme un bien spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par l'Etat à des fins de service public non commerciales :

- Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'État ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ("Biens relevant de Missions Diplomatiques") ;
- Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires ;
- Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;
- Les biens faisant partie d'une exposition d'objet d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;
- Les créances fiscales ou sociales de l'État.

Il ressort de ce qui précède que l'immunité d'exécution peut être évincée par l'arbitrage et ce avec les biens qui sont soumis à une activité privée ou contractuelle. Ce faisant, l'Etat ou les organismes publics bénéficiaires devront être considérés comme des personnes morales soumises à toute obligation contractuelle ; le cas échéant soumis à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires.

Il s'infère de constater que la saisissabilité limitée concerne les biens pouvant faire l'objet de transactions donc soumis à l'arbitrage. La renonciation à l'immunité d'exécution est-elle efficace si l'on sait que les biens soumis à une mission de souveraineté échappent à toute mesure conservatoire et exécution forcée ?

¹⁹⁰ CA Paris, 12 déc. 2001, op. cit.

¹⁹¹ Civ., 1^{er}, 6 février 2007, Sté nationale des pétroles du CONGO c/ Sté Walker International Holdings, Rev. Arb. 2007/1, p.1, note Ph. LEBOULANGER, Rev. Arb. 2001, p.134, n°17.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Le caractère absolu de ce régime protecteur des personnes morales de droit public subsiste à travers aussi l'exécution forcée soumise à des conditions.

Inspiré par le droit belge¹⁹² et le droit anglais, le législateur français a innové son droit de procédure civile d'exécution. En effet, dans le but de dynamiser les activités économiques, politiques et diplomatiques, la France a jugé nécessaire d'intervenir. Sous ce prisme, le Code de Procédure civile d'exécution a subi d'importantes modifications par l'adoption de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique promulguée le 9 novembre 2016¹⁹³ (dite « Loi Sapin 2 »). Cette loi est à la recherche d'une situation d'équilibre entre les investisseurs privés et l'Etat ou les organismes publics. Ainsi, de nouvelles règles liées à l'exécution forcée de créance et à l'immunité d'exécution ont été prises.

L'article 59 de la loi Sapin 2 est conçu comme une mise en conformité du droit français des immunités d'exécution avec les engagements internationaux de la France¹⁹⁴. Cette disposition est venue modifier l'art.L.111-1 avec l'insertion d'autres paragraphes.

Le nouvel article L.111-1-2 du Code dispose que des mesures conservatoires ou d'exécution forcée visant un bien appartenant à un Etat étranger ne peuvent être autorisées que si les conditions cumulatives suivantes sont respectées :

- L'Etat concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure ; et
- L'Etat concerné a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure ; et
- Lorsqu'un jugement ou une sentence arbitrale a été rendu contre l'Etat concerné et que le bien en question est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée.

¹⁹² V. l'art. 1412 quinquies paragraphe 2 du Code judiciaire belge : « Par dérogation au paragraphe 1^{er}, le créancier muni d'un titre exécutoire ou d'un titre authentique ou privé qui, selon le cas, fonde la saisie, peut introduire une requête auprès du juge des saisies afin de demander l'autorisation de saisir les avoirs d'une puissance étrangère visés au paragraphe 1^{er} à condition qu'il démontre qu'une des conditions suivantes est remplies (...) ».

¹⁹³ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹⁹⁴ C. BOULANGER, « la consécration de l'autorisation préalable à la saisie en France des biens d'un Etat étranger », Conférence sur les immunités d'exécution des Etats étrangers après l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, *RDJA* n°1, p.257, 2018.

L'innovation majeure est perceptible à travers l'art.L.111-1-1 avec l'instauration de l'autorisation préalable. Aux termes de cette disposition, il est énoncé que : « *Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un Etat étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance de requête* ». Ce juge étant le juge de l'Etat où s'opère la saisie, la question de l'atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger reste entière. L'octroi de cette ordonnance est particulier dans la mesure où elle est rendue sans débat contradictoire. Ce qui peut être source de difficultés pour le créancier qui sera seul amené à démontrer la nature des biens saisissables. La consécration de cette mesure particulière, comme telle, renforce l'idée d'incertitude sur la « recouvrabilité » de créances détenues envers l'Etat du fait du rallongement du délai d'exécution.

Compte tenu de ces prétentions, il est, sans ambages, clair que les solutions apportées, par le législateur français avec ces nouvelles mesures et conditions, restent plus ou moins satisfaisantes et conduisent à tort ou à raison à des incomplétudes. La réception de ces solutions dans le Droit OHADA constituerait une image protectrice perfectible. Par ailleurs, l'immunité d'exécution s'avère teigneuse et son absolutisme se stabilise. Vu sous cet angle, les investisseurs privés se trouvent toujours menacés dans leur droit de recouvrement de leurs créances et leur situation financière se dégraderait de manière abyssale. Pour une bonne et efficace prise en compte de leurs intérêts, il serait nécessaire de convoquer les sanctions administratives pour pallier aux lenteurs d'exécution. Par ailleurs, il serait opportun aussi de prendre en compte l'intérêt général défendu par l'Etat et les entreprises ; ce qui suppose des solutions équilibrées et efficaces qui profiteraient aux acteurs en jeu.

B. Le recours aux voies d'exécution administratives en droit français

L'adoption de la loi Sapin 2 a donné un souffle ou une lueur d'espoir aux créanciers pour le recouvrement de leurs créances. Le recouvrement de la créance est un droit fondamental et comme tel, il doit être protégé ; de l'autre côté, le débiteur bénéficie aussi de la protection de ses droits¹⁹⁵. Partant de ce postulat, il doit être naturel voire automatique de sécuriser le crédit de par la sauvegarde et la protection des droits et intérêts de créanciers. Encore faudrait-il que la souveraineté de l'Etat, la continuité de ses services publics puisse recevoir une protection réciproque.

¹⁹⁵ Des règles relatives au respect de la vie privée et sa dignité du débiteur ont été élaborées pour la protection de ses droits.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Le droit OHADA, dans sa logique d'intégration économique, s'est vu être lacunaire dans la conception du droit de l'exécution forcée et dans la consécration de l'immunité d'exécution. La place, par lui, octroyée, aux bénéficiaires de l'immunité d'exécution est puissante. L'art.30 AUPRSVE est partisan en consacrant un régime de protection qui barricaderait le patrimoine de l'Etat et organismes publics et rend la situation compliquée pour la défense de l'investissement privé même si cette disposition a prévu une méthode alternative de recouvrement de la créance. Ainsi, les parties, dans une relation contractuelle, devraient recevoir le même traitement juridique et judiciaire. Ce qui pourrait sans doute installer une cohabitation harmonieuse. C'est ce qui a permis au Professeur Mayatta Ndiaye MBAYE d'avancer ce qui suit : « *Dans le domaine de l'intégration juridique et économique, s'unir revient non seulement à chercher la force, mais également à mieux vivre en harmonie. C'est cette deuxième finalité qui apparaît le plus au travers du droit communautaire* »¹⁹⁶. Dans la conservation de ces idées, nous avons jugé opportun de convoquer le droit français des voies d'exécution administratives pour contraindre l'Administration à l'exécution forcée.

Le juge administratif s'est toujours montré réticent à l'idée de contraindre l'Administration à l'exécution des décisions de justice. L'interdiction faite au juge de prononcer une injonction à l'Administration découle du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe¹⁹⁷, jugé d'ordre public, faisait obstacle à la mise en œuvre d'une quelconque contrainte du juge administratif sur le pouvoir exécutif. Face à cette situation, il était quasi impossible pour le requérant de réclamer son dû. L'idée d'une immunité d'exécution absolue était vraiment ressentie¹⁹⁸. Cette inertie installait les créanciers publics dans des situations difficiles conduisant souvent à des difficultés financières. Il sied, dès lors, pour la justice d'être au-dessus de tout sujet de droit et de se présenter comme le garant de la préservation et de la protection des droits de l'Homme. Pour l'instauration d'un droit ou d'une liberté fondamentale bafouée, de nouvelles mesures ont été instituées pour y remédier.

Dans cette optique, une première réforme a vu le jour avec l'instauration de la procédure d'astreinte par la loi du 16 juillet 1980¹⁹⁹. Cette loi vient compléter le Code de justice administrative. Ainsi, aux termes de l'article 911-1 al.1^{er} de ce code, il y est énoncé

¹⁹⁶ Cour d'initiation au droit communautaire, licence I, sciences juridiques et politiques, année universitaire 2010- 2011, Université Cheick Anta Diop de Dakar, p.2

¹⁹⁷ V. les arrêts CE, 27 janvier 1933, Le Loir et CE, 17 Avril 1963, Faderne. Cités par A. MOINET, « L'exécution des décisions de justice du juge administratif », document mis en ligne le 12 octobre 2019 (consulté le 2 juillet 2020).

¹⁹⁸ Cette idée est confortée et justifiée par l'arrêt BRCM en date du 21 décembre 1987.

¹⁹⁹ Loi n °80-539 du 16 Juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements prononcés par les personnes morales de droit public.

que « lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution ». Dans cette disposition, il est permis au président de la juridiction de prescrire un délai d'exécution²⁰⁰. Ce délai expiré, la juridiction saisie peut prononcer une astreinte²⁰¹.

L'instauration de cet arsenal juridique, pour l'exécution des décisions de justice, est renforcée par la consécration d'une loi de 2000²⁰² qui a mis en œuvre des référés-libertés/suspension/provision. Cette loi est venue réduire les délais de jugement et faciliter l'exécution rapide des décisions des juridictions administratives. Pour la meilleure exécution des décisions du juge administratif, l'accent devrait être mis sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui prévoit un droit de recours avec l'exécution effective des jugements²⁰³. De par la même occasion, il est permis maintenant au juge de prononcer d'office une injonction²⁰⁴. Par ailleurs, on note une grande souplesse dont le juge administratif dispose désormais d'un pouvoir de modulation dans la matière dont ses décisions sont exécutées pour la sécurité juridique.

L'économie de ce qui précède montre à bien des égards que l'Administration (l'Etat, ses démembrements et les organismes publics) peut être contrainte au paiement de sommes d'argent. Les sanctions administratives ainsi édictées peuvent amoindrir la puissance de l'immunité d'exécution et font primer la force de la justice.

Dans cette recherche de volonté égalitaire entre la puissance publique et les dispensateurs de crédit, la justice peut y jouer un rôle important qui permettrait à la fois le respect de la liberté fondamentale et du droit de recouvrement mais aussi de la sauvegarde de l'intérêt général pour la survie de l'Etat.

Le Droit OHADA, droit de l'intégration économique et de la promotion de l'investissement privé, devrait s'inspirer de ce modèle français pour la mise à jour de l'acte uniforme sur les voies d'exécution. L'immunité d'exécution, telle que consacrée dans cet espace, justifie le caractère défaillant et incomplet de cet Acte uniforme.

²⁰⁰ V. art. R.921-1-1 et R.921-6 et suivants du Code de justice administrative.

²⁰¹ V. art. R.911-3 du Code de justice administrative.

²⁰² V. Loi n°2000-597 du 30 juin 2000.

²⁰³ V. CEDH, 19 mars 1997, « Hornsby c/ Grèce »

²⁰⁴ Cf. Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

L'immunité d'exécution en droit ohada

Il s'infère de dire que le législateur communautaire est bien outillé pour la réforme de cet Acte uniforme qui ne permet pas de bien retenir les créanciers dans ce monde économique marqué par des crises récurrentes.

CONCLUSION

La croissance économique d'une société dépend d'un environnement juridique propice gouverné par la rapidité, la loyauté et la transparence des affaires. La naissance de ces relations découle des engagements contractuels souscrits par des personnes physiques ou morales. Ces rapports d'obligations créent entre les parties des prestations à respecter et à honorer. Sous ce prisme, le droit des obligations a instauré l'exécution forcée considérée comme un droit fondamental permettant le recouvrement des créances. Cependant, cette contrainte est relative en raison de la qualité de la personne du débiteur. De plus en plus, on note l'implication des personnes morales de droit public dans les relations contractuelles qui relèvent du droit privé. Les organismes publics sont admis à conclure des contrats dans le but de mener à bien les missions de service public qui leur sont confiées. Dans cette optique, il peut arriver que la puissance publique rencontre des difficultés pour honorer le paiement de sa dette envers son créancier. Celui, dans ce cas, ne peut la contraindre au paiement forcé. Le débiteur public bénéficie d'une immunité d'exécution.

Sous ce prisme, il a été question dans cette étude de la consécration de l'immunité d'exécution dans l'espace OHADA. L'admission de ce régime de faveur dans le droit communautaire est tributaire à d'une évolution jurisprudentielle. En effet, l'autorité étatique a été toujours considérée comme une super puissance. De là, il a été admis qu'elle serait toujours solvable et que sa situation financière demeure stable. Elle dispose toujours d'un patrimoine qui lui permettrait de mener à bien les missions de service public et assurer sa continuité. Par ailleurs, l'exorbitance du droit administratif a justifié l'application de l'immunité d'exécution à son égard. Sous ce rapport, le droit OHADA, à travers l'article 30 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution, a interdit les mesures conservatoires et l'exécution forcée à l'encontre des organismes publics. Cependant, cette disposition, dans sa formulation, a fait une énumération large des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution. De là, est née une ambiguïté manifeste conduisant à l'intervention de la jurisprudence. La CCJA a joué un rôle important dans la détermination du champ d'application de ce régime immunitaire. Sous ce prisme, on avait noté, dans un premier temps, un élargissement du spectre des personnes bénéficiaires (le juge avait fait une interprétation extensive de l'article 30 AUPRSVE). Ensuite, dans le but d'améliorer les incomplétudes, une évolution jurisprudentielle avait vu le jour et avait soumis aux voies d'exécution les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte. Ce revirement jurisprudentiel permettait de cadrer le débat mais l'absolutisme de l'immunité d'exécution

L'immunité d'exécution en droit ohada

persiste et a donné naissance dans une jurisprudence récente à une nouvelle vague d'incertitude. L'économie de ces décisions avait permis de constater que les créanciers, personnes physiques ou morales, rencontraient d'énormes difficultés pour le recouvrement de leurs créances. Sous cette optique, le législateur OHADA avait institué la compensation comme mode d'extinction des obligations réciproques. Encore faudrait-il que la créance respecte certains caractères pour que ce palliatif puisse jouer. A l'analyse, il s'avère que cette mesure demeure difficile dans sa mise œuvre et incertaine dans son existence. Ces anomalies ont conduit à son inefficacité. Dès lors, il était nécessaire de trouver des solutions pratiques et légales permettant de favoriser l'essor économique et d'encourager l'investissement. Pour garantir un équilibre contractuel, l'accent était sur les mesures de protection instituées par le législateur sénégalais. Celui-ci avait institué une procédure particulière qui avait pour but d'inscrire les créances sur le budget de l'Etat afin de garantir un paiement mais cette procédure d'inscription d'office ne pouvait être ouverte contre les organismes publics autres que l'Etat ; ce qui caractérise sa passivité et replonge les créanciers de l'Etat dans l'espérance. Il a fallu attendre le murissement de l'arbitrage. Il découle d'une évolution pratique complexe et a permis aux débiteurs publics et créanciers de trouver des compromis et qui était plus ou moins efficace car favorisant le paiement de certaines créances ou imposant l'exécution des mesures forcées. Dans la recherche de la consolidation de l'arbitrage comme mode de renonciation à l'immunité d'exécution, il a été fait emprunt à des législations étrangères qui ont pu régler le problème avec consistance et constance. Face à cela, répondre à la question de la conciliation de l'immunité d'exécution au recouvrement des créances publiques relève d'une entreprise compliquée. La seule disposition organisant l'immunité d'exécution en droit communautaire présente des incomplétudes concernant les personnes bénéficiaires, et les solutions par nous développées paraissent frileuses.

Compte tenu de tout ce qui précède, l'étude de ce sujet a permis d'alimenter le débat sur la question de l'immunité d'exécution et la protection des droits des créanciers.

Dans un monde gouverné par le crédit, l'environnement juridique doit être adapté aux exigences économiques, politiques. En Afrique, il a été noté que la dette intérieure des Etats grimpe d'années en années ; cette situation peut amener à une banqueroute surtout dans cette période où la crise sanitaire persiste. Il est important que les Etats puissent être en mesure de faire face à leurs situations économiques et financières. En pareil cas, l'emprunt devient nécessaire. Cependant, le créancier, aussi, peut être amené à rencontrer ces mêmes difficultés. Pour pallier aux incomplétudes et répondre aux exigences du Traité de l'OHADA, il urge de réformer le droit des voies d'exécution avec l'instauration de nouvelles règles adaptables aux

situations à venir et permettre aux créanciers de sécuriser le crédit par des garanties. De ce constat, les règles gouvernant l'immunité d'exécution et le recouvrement des créances sont perfectibles. L'égalité présomptive pourrait être mise en œuvre compte tenu de la situation économique et financière en cause et des solutions pratiques et législatives notées plus précédemment. L'économie de toutes ces considérations laisse entrevoir une possibilité de relativiser l'immunité d'exécution dans l'espace OHADA et nous considérons que la littérature de l'article 30 sur les voies d'exécution est un peu clarifiante et nécessite une réécriture devant prendre en compte à la fois l'intérêt des créanciers et les personnes bénéficiaires de ce régime de faveur.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages Généraux:

- ✓ ASSI-ESSO H. (A-M.) et DIOUF (N.), *OHADA- Recouvrement des créances*, éd. Bruylant, Bruxelles 2002, 254 Pages.
- ✓ BEGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (sous la dir.), *Droit du commerce international*, coll. « Traités », Paris, Litec, 2005, 1119 pages
- ✓ CHEVALLIER (J.) et LOSCHAK (D.), *Traité de science administrative*, Paris, LGDJ, 1978, 578 pages.
- ✓ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », Association Henri CAPITANT, PUF, 7^{ème} éd. 2005.
- ✓ DIOUF (Nd.) (sous la dir.), *Répertoire de jurisprudence : procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Recueil de décisions des juridictions sénégalaises, 1998-2004*, Collection du CREDILA 2005, 212 pages
- ✓ DJOGBENOU (J.), *L'exécution forcée : Droit OHADA*, 2e édition CREDIJ (Centre de Recherche et d'Etude sur le Droit et les Institutions Judiciaires en Afrique), avril 2011
- ✓ GUGLIELMI (G.J.), *Droit du service public*, 2ème éd. Paris, Montchrestien, 2007, 755 pages.
- ✓ GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) (ss. dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz-Action, 6e éd. 2013-2014, 2338 pages.
- ✓ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12 éd., 2002, 1150 pages.
- ✓ KUATE TAMEGHE (S. S.), *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, L'Harmattan 2004, 458 pages
- ✓ *Le Petit Larousse illustré*, Editions Larousse, Paris, 2010, 1881 pages
- ✓ VINCKEL (F.), *Droit de l'exécution forcée*, LEXTENSO-EDITIONS, PARIS, 2008, 458 pages.

Articles et chroniques

- ✓ ABRAHAM (R.), « L'immunité d'exécution : la pratique française », in *Le droit des immunités et exigences du procès équitable*, Collection contentieux européens, Ed. Pedone, pp. 113-117.
- ✓ ARMEL IBONO (U.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des Affaires- Pratique Professionnelle*, numéro 3, Septembre 2013 publié en ligne le jeudi 20 février 2014 sur le site <http://revue.ersuma.org> (consulté le 7 mai 2020)
- ✓ BELANGER (A.), « La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités », *Les Cahiers de droit*, Volume 44, numéro 2, 2003, pp.133-181, téléchargeable sur <http://www.érudit.org/fr/> (consulté le 17 mai 2020).
- ✓ DIA (A.) et DIOP (M.), « Etats des lieux de la Comptabilité publique », *Revue Le Trésor Public*, n°2, Avril 2019, p.9
- ✓ DOUAJANI (K. G.), « L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Revue camerounaise de l'Arbitrage* n°18, juillet-août-septembre 2002, Ohadata D-02-28, p. 2.
- ✓ DOUAJANI (K. G.), « Propos sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses émanations », *Revue camerounaise de l'Arbitrage* n°30, juillet-août-septembre 2005, Ohadata D-08-58, p.3
- ✓ KEBE (A.A.D.), « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », revue *Afrilex*, 2015, 28 pages.
- ✓ KOLONGELE EBERANDE (D.-C.), « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », *Revue de droit privé « DOC et JURIS »*, numéro 1, Janvier-Février-Mars 2014, 31 pages.
- ✓ KUATE TAMEGHE (S. S.), « Le sort du citoyen créancier des personnes publiques », *Cahier Africain des Droits de l'Homme*, n° 6-7, mars 2002, p. 182
- ✓ LEBOULANGER Ph., « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *Revue camerounaise de l'Arbitrage* numéro spécial 2, février 2010, Ohadata D-11-42, p.127.
- ✓ NAHM-TCHOUGLI (G.), « l'immunité d'exécution ou de saisie des entreprises publiques dans l'espace OHADA », revue *africaine de Droit, d'Economie et de Développement*, vol. 1, n°6, 2005, pp.574-582

L'immunité d'exécution en droit ohada

✓ NIANG (B. L.), « L'immunité d'exécution à la lumière de la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *Revue RAMReS*, N° spécial du mois d'avril 2019, pp.121-148.

✓ ONANA ETUNDI (F.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA », *Revue de Droit Africain Uniforme*, numéro 000, Aout 2010, Ohadata D-13-55, p.4

✓ SAWADOGO (F. M.), « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant*, n° 860, juil. Sept. 2007, pp.305-337.

✓ SAWADOGO (F. M.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, numéro spécial 2, février 2010, Actes du Colloque des 14 et 15 janvier 2008, pp.136-159.

✓ SOH (M.), « Insaisissabilités et Immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit ne pas payer ses dettes », *Juridis Périodique*, numéro 51, 2002, pp.89-99.

✓ YOLKA (Ph.), « L'insaisissabilité des biens (regard sur un mouvement immobile) », *JCP*, 2007, p. 15

Thèses

✓ ASSONTSA (R.), *Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA*, Thèse, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG-UNIVERSITÉ DE DSCHANG, 2009, 518 pages.

✓ BODIAN (Y.), *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, Université Cheikh Anta DIOP, 2012, 527 pages

✓ De SABA (A.), « *La protection du créancier dans le droit uniforme de recouvrement des créances de l'OHADA* », Thèse de l'Université de Paris 1- PANTHEON SORBONNE, octobre 2016, 508 pages.

✓ KIPOKE (J.-M. M.), *La protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : Etudes de Droit Congolais et des systèmes juridiques belge et français*, Thèse de Université Catholique de Louvain, 2010, 513 pages.

L'immunité d'exécution en droit ohada

✓ KUATE TAMEGHE (S.S.), *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Thèse Bordeaux IV 2003, L'Harmattan 2004, 458 pages.

✓ NICOB (B.), *L'immunité d'exécution en droit interne et international*, Thèse de l'Université de droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), mars 1986, 428 pages.

✓ WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée : réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009, 618 pages.

Mémoires

✓ BRUNET (N.), *L'exécution forcée*, Mémoire de Master 2 Droit Privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Juin 2013, 84 pages.

✓ CALLEDE (F.), *Exécution forcée en nature ou par équivalent : Etude de droit comparé Droit français / Droit anglais*, Mémoire de Master 2 Droit Privé Général, Université Panthéon-Assas Paris II, Mai 2011, 62 pages.

✓

Textes Législatifs et réglementaires

1. CONVENTIONS INTERRNATIONALES

✓ Convention de vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961.

✓ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, adoptée le 2 décembre 2005 et soumise à la signature des États depuis le 17 janvier 2006

2. OHADA

✓ OHADA, *Actes uniformes commentés et annotés*, édition 2018

✓ Code pratique OHADA, Traité, Actes Uniformes et Règlements annotés, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 2016.

L'immunité d'exécution en droit ohada

- ✓ Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Journal officiel OHADA n°6 du 1er juillet 1998.
- ✓ Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, Journal officiel OHADA n°7 du 1er juillet 1998.
- ✓ Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, Journal Officiel OHADA n° 1 du 1er octobre 1997, p.1 et s.
- ✓ Acte Uniforme révisé portant organisation des Procédures Collectives d'apurement du passif du 10 Septembre 2015
- ✓ Acte Uniforme révisé relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement D'intérêt Économique du 30 Janvier 2014.
- ✓ Acte uniforme du 17 AVRIL 1997 relatif au droit commercial général, Journal Officiel OHADA n° 1 du 1er octobre 1997.
- ✓ Acte Uniforme révisé portant sur le Droit Commercial Général, adopté le 15/12/2010 à Lomé, entrée en vigueur à la date du 16/05/2011.

3. UEMOA

- ✓ Directive n°05/97/CM/UEMOA relatives aux lois de finances
- ✓ Directive n°06/2009/CM/UEMOA relatives aux lois de finances
- ✓ Directive n°07/2009/CM/UEMOA portant règlement général de la comptabilité publique
- ✓ Directive n°09/2009/CM/UEMOA portant plan comptable de l'Etat.

4. CODES

- ✓ Code des obligations civiles et commerciales (Loi n° 63-62 du 10 Juillet 1963 règles générales du droit des obligations, complétée et modifiée, notamment par la loi n° 76-60 du 12 Juin 1976 relative à la troisième partie consacrée aux garanties des créanciers et la loi n°2002-12 du 15 avril 2002 abrogeant et remplaçant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des Obligations civiles et commerciales relatif à l'immunité d'exécution)
- ✓ Code des obligations de l'Administration (loi n° 65-51 du 19 juillet 1965, modifiée, JO 1965, p.945)

L'immunité d'exécution en droit ohada

✓ Code de Procédure Civile Sénégalais (décret n°2013-1071 du 6 août 2013 modifiant le décret n°64-572 du 30 juillet 1964 portant code de procédure civile modifié, JO n°6753 du Samedi 12 octobre 2013).

✓ Code civil français

✓ Code de Procédure civile d'exécution

5. AUTRES TEXTES

✓ Loi n° 91-21 du 16 février 1991 relative à la Société Nationale de Recouvrement (SNR), JORS n° 5426 du 24 août 1991, p.335.

✓ Loi n° 85-08 du 25 février 1985, abrogeant et remplaçant l'alinéa 2 de l'article 194 du Code des obligations civiles et commerciales, J.O.R.S. du 9 mars 1985, p.136.

✓ Loi n°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, JORS du 07 juillet 1990

✓ Loi n° 2002-13 du 15 avril 2002 relative à l'inscription d'office des créances sur les établissements publics, J.O. R.S. n°6047 du samedi 18 mai 2002

✓ Loi organique n°2020-07 du 26 février 2020 abrogeant et remplaçant la loi organique n°2011-15 du 08 juillet 2011 relative aux lois de finance, modifiée par la loi organique n°2016-34 du 23 décembre 2016

✓ Décret n°2015-389 du 20 Mars 2015 portant Statut des Huissiers de justice, JORS du samedi 6 Juin 2015.

TABLES DES MATIERES

AVERTISSEMENT	I
DEDICACES	I
REMERCIEMENTS	II
LISTES DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS	III
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER :.....	11
L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN REGIME DE PROTECTION DES DEBITEURS PUBLICS	11
SECTION 1 ^{ERE} : LES ELEMENTS JUSTIFICATIFS DE L'IMMUNITE D'EXECUTION.....	13
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : LA JUSTIFICATION PRINCIPALE DE L'IMMUNITE D'EXECUTION, LA PERSONNALITE PUBLIQUE	13
A. Un principe d'origine pretorienne a valeur legislative	13
B. Un principe assurant la continuité des missions de service public.....	16
PARAGRAPHE 2 : LA JUSTIFICATION SECONDAIRE DE L'IMMUNITE D'EXECUTION.....	19
A. La solvabilité présumée de l'administration	19
B. Le rattachement de l'immunité d'exécution aux mécanismes comptables	21
SECTION 2 ^{EME} : LA DETERMINATION DES ENTITES BENEFICIAIRES DE L'IMMUNITE D'EXECUTION	24
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : LA CONSECRATION EXPRESSE DES BENEFICIAIRES DE L'IMMUNITE D'EXECUTION	24
A. La formulation extensive du législateur ohada.....	24
B. L'interprétation stricte des bénéficiaires	27
PARAGRAPHE II : L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE DANS LA DETERMINATION DES BENEFICIAIRES.....	30
A. L'interprétation large des bénéficiaires de l'immunité d'exécution.....	31
B. Le domaine restreint découlant de l'évolution jurisprudentielle	35
DEUXIEME CHAPITRE :	40
L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN REGIME DE PROTECTION A RELATIVISER.....	40
SECTION 1 ^{ERE} : LA COMPENSATION : UN PALLIATIF INEFFICACE A L'IMMUNITE D'EXECUTION	43
PARAGRAPHE 1ER : LA MISE EN ŒUVRE DE LA COMPENSATION PAR LE DROIT OHADA	43

L'immunité d'exécution en droit ohada

A. L'exigence d'une reciprocite de dettes.....	44
B. La reconnaissance de l'existence de la dette par le debiteur public	45
PARAGRAPHE II : L'INCERTITUDE DE LA COMPENSATION	47
A. Les difficultes d'application de la compensation	48
B. L'interdiction de la compensation des dettes publiques.....	50
SECTION II : L'IMMUNITE D'EXECUTION : UN AFFAIBLISSEMENT DU DROIT A L'EXECUTION FORCEE DU CREANCIER A REMEDIER	53
PARAGRAPHE 1ER : LES SOLUTIONS LEGALES ET PRATIQUES CONSACREES EN DROIT POSITIF	54
A. L'institution d'une procedure d'inscription d'office par le droit senegalais	54
B. Le recours a l'arbitrage comme moyen de renonciation a l'immunte d'execution : une solution preconisee	56
PARAGRAPHE II : L'EMPRUNT DE SOLUTIONS ETRANGERES POUR LA RESTRICTION DE L'IMMUNITE D'EXECUTION	61
A. La question de la saisissabilite limitee et de l'execution forcee conditionnee	61
B. Le recours aux voies d'execution administratives en droit français	65
CONCLUSION	69
REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES	72
TABLES DES MATIERES	78