

ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT
DES AFFAIRES

ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE LA MAGISTRATURE,
en collaboration avec l'Ordre des Avocats et la Chambre Nationale des
huissiers de justice en GUINEE

LES MATINEES DE L'ERSUMA

L'immunité d'exécution

Pr. Mayatta Ndiaye MBAYE
Agrégé des facultés de droit
Directeur Général de l'ERSUMA

Conakry, Hôtel NOOM, le 27 novembre 2017

Prélude

- S'exécuter ou être forcé à s'exécuter. C'est la logique retenue par le législateur pour encadrer la volonté dans l'exécution des obligations.
- L'exécution donne un sens à l'obligation et aux rapports de droit entre les hommes ; d'où le caractère fondamental du droit à l'exécution dont la protection est confiée à l'Etat (article 29 AUPSRVE).
- L'exécution est une notion polysémique. Plusieurs acceptions lui sont données :
- l'action d'exécuter quelque chose, de passer à l'acte ou à l'accomplissement,
- le fait d'accomplir ce qu'un acte ou un jugement prescrit
- le fait de contraindre la personne condamnée ou le débiteur d'une obligation à exécuter les dispositions que contiennent la convention ou le jugement.

Prélude

- L'exécution est une obligation juridique volontaire (force obligatoire) ou forcée (force exécutoire). Selon le cas, l'intervention d'un tiers, l'Etat et sa puissance publique, est indispensable pour sa réalisation.
- Pas de difficulté si le débiteur qui est forcé à s'exécuter est une personne de droit privé car la puissance publique domine la volonté individuelle.
- Cependant, lorsqu'il s'agit d'une personne de droit public, se pose la question de l'utilisation de la puissance publique à l'encontre de son détenteur pour le forcer à s'exécuter.

Prélude

- L'Etat protecteur des intérêts créancier peut-il protéger son créancier contre lui-même ?
- Logique possessive: réponse négative.
- Le législateur n'a pas manqué à l'appel en attribuant à certaines personnes une immunité d'exécution.
- L'Etat a *une puissance suprême d'action, de commandement et de coercition* » corollaire de sa mission de service public qu'il accomplit notamment avec un patrimoine public dont il assure la gestion.

Prélude

- Fondement de l'immunité d'exécution: statut juridique des personnes concernées; nature de leurs missions et pouvoirs et importance de la protection de leur patrimoine.
- L'immunité d'exécution: un traitement de faveur.
- Traitement de faveur discuté: tous, auteurs comme juges, se posent la question du champ d'application de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public.

Prélude

- Enjeux de l'immunité d'exécution :
 - *Sur le plan politique*, elle revient à s'interroger sur la place de l'Etat dans les rapports de droit privé.
 - *Sur le plan juridique*, elle revient à appréhender la portée de l'obligation dont l'exécution forcée est interdite.
 - *Sur le plan économique*, elle pose le problème de l'efficacité économique des rapports contractuels impliquant une personne morale de droit public si l'on sait que c'est sur l'exécution de l'obligation d'un cocontractant que l'on compte pour respecter nos engagements envers un autre cocontractant. L'exécution des contrats est un enjeu de développement économique de nos Etats. Elle fait partie des critères Doing Business et participe de l'appréciation de la crédibilité du système juridique (voir notamment le problème de la dette intérieure de nos Etats).

Prélude

- Tous ces paramètres ont été pris en compte dans les études effectuées sur la question et dans les décisions de justice rendues en la matière. Tous participent des idées de paix sociale, de développement économique et d'Etat de droit.
- Les divers enjeux relevés, les réticences de plus en plus enregistrées ainsi que son caractère exceptionnel justifient que l'immunité d'exécution nécessite une identification de ses bénéficiaires (I) et la due diligence dans son traitement (II).

I- L'identification des bénéficiaires de l'immunité d'exécution

- Champ d'application *ratione personae* (A)
- champ d'application *ratione materiae* (B).

A- La détermination du champ d'application *rationae personae* de l'immunité d'exécution

- La détermination du champ d'application *ratione personae* de l'immunité d'exécution révèle l'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et ses démembrements territoriaux et spécialisés (1) et un fort impact de la présence d'intérêts publics sur l'immunité d'exécution des personnes de droit privé (2).

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- L'idée d'une protection immunitaire des personnes morales de droit public a des fondements tant textuels que doctrinaux.
- La règle de l'immunité d'exécution de l'Etat et des autres personnes morales de droit public est universellement reconnue et récemment réaffirmée par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.
- Elle est justifiée par le souci de ne pas porter atteinte à la souveraineté de l'Etat, « *l'immunité permettant d'éviter que l'Etat souverain ne se retrouve dans l'impossibilité d'accomplir ses missions de service public du fait de la saisie de ses biens* ».
- Cette convention est adoptée par l'assemblée Plénière des Nations Unies le 02 Décembre 2004, puis ouverte à la signature des Etats à partir du 17 Janvier 2005 jusqu'au 17 Janvier 2007.

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- La mission de service public est incompatible avec l'exécution forcée.
- Bien que le véritable bénéficiaire de l'immunité reste encore à être déterminé sur le fondement de l'article 30 alinéa 1 AUPSRVE, on suppose que l'expression « *personne morale de droit public* » renvoie, sans conteste, à l'Etat et aux collectivités infra étatiques.
- Pour identifier les autres catégories de personnes morales de droit public, il faudrait interroger les législations des différents Etats membres de l'OHADA en cette matière .
- La jurisprudence OHADA réaffirme le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public optant pour une application stricte des dispositions de l'article 30 de l'AUPSRVE. Un premier bilan jurisprudentiel peut en rapporter la preuve.

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- Article 30 de l'AUPSRVE: « *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.*
- *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. »*

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- Le 13 Novembre 1998, le tribunal de première instance de Douala souligne clairement qu'« *un établissement public bénéficie de l'immunité d'exécution* ». La position est restée la même après la loi du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution.
- En effet, dans un arrêt rendu le 11 Septembre 2000, le président du tribunal de première instance de Dschang a considéré qu'« *en vertu de l'article 30 de l'AUPSRVE, l'université de Dschang bénéficie de l'immunité d'exécution en raison de son statut d'établissement public* ».

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- Le premier exemple concernant les établissements publics administratifs est apporté par l'ordonnance de référé n°03/CRD du 20 Décembre 1999 rendue par le président du tribunal de premier instance de Ngaoundéré. Le juge saisi déclara nulle la saisie-attribution de créance en ces termes :

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- *« Attendu, sur la régularité de la saisie, qu'aux termes de l'article 30 AUPSRVE l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution(...) qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret 93/UDS du 19 Janvier 1993 portant organisation administrative et académique (...) l'Université de Ngaoundéré est un établissement public scientifique et culturel doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ;que, s'agissant d'un service public administratif, par opposition au service public à caractère industriel et commercial, il va sans dire que les biens de l'université de Ngaoundéré sont insaisissables ».*

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- Dans le même ordre d'idée, l'arrêt rendu par la Cour d'Appel du Littoral le 18 Septembre 2000, évoque le même principe. Dans cette affaire, le juge a affirmé que *« l'article 30 de l'AUPSREV qui prévoit l'immunité d'exécution en faveur des personnes morales de droit public est une disposition d'ordre public. Par conséquent, elle peut être soulevée d'office par le juge saisi d'une procédure saisie engagée contre une société d'Etat pour ordonner la mainlevée de ladite saisie »*.

1- L'unanimité sur l'immunité d'exécution de l'Etat et de ses démembrements territoriaux et spécialisés

- Dans l'affaire société nationale des eaux du Cameroun (SNEC) du 28 Janvier 2004, le tribunal de premier Instance de Bafoussan, par ordonnance de référé n°37, a affirmé qu' « *un établissement public dans lequel l'Etat détient 94% du capital social est protégé par l'immunité d'exécution* ».
- Ces positions, jurisprudentielles comme doctrinales, révèlent une application stricte de la loi et une prédominance du critère organique pour l'Etat, ses démembrements territoriaux et spécialisés.
- Il en est autrement pour les personnes morales de droit privé dans lesquelles une personne morale de droit public a des intérêts.

2- L'impact de la présence d'intérêts publics sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit privé

- Dans l'AUPSRVE, les personnes morales de droit privé n'ont pas été expressément citées comme bénéficiaires de l'immunité. Pourtant, si certaines décisions de justice leur ont offert le privilège de l'immunité d'exécution, d'autres leur applique directement le critère organique qui les exclut d'office du champ de l'immunité.
- La CCJA, dans un arrêt du 1^{er} Mars 2002 (affaire société GESTOCI SA C/DIARRA Abdoulaye), a retenu qu' « *une société d'économie mixte ne bénéficie pas de l'immunité d'exécution* ».

2- L'impact de la présence d'intérêts publics sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit privé

- De même, la Cour D'appel d'Abidjan, dans un arrêt du 10 Juin 2003, a considéré qu' « *une société à participation publique, investie d'une mission de service public mais constituée en la forme de Société Anonyme a le statut d'une société privé et ne peut bénéficier de l'immunité d'exécution* ».
- Toutefois, la CCJA, dans un arrêt du 07 Juillet 2005 (affaire TOGO TELECOM), réaffirme le caractère absolu de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public en l'appliquant à une société à participation publique majoritaire.
- Cette question n'a toutefois pas sa raison d'être en droit sénégalais où 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 a énuméré les personnes morales de droit public bénéficiant de l'immunité d'exécution à savoir l'Etat, des collectivités locales et les établissements publics. Sur ce point le législateur ne laisse aucune marge de manœuvre au juge : lorsque la question de l'immunité se posera, il s'agira, pour lui, de voir si l'organe en question fait partie de l'une des catégories énumérées.

2- L'impact de la présence d'intérêts publics sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit privé

- Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de ladite loi ouvre la porte à une interprétation extensive. Il dispose 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, le juge peut, pour prévenir ou mettre fin au trouble, prendre toutes mesures appropriées »*.
- En effet, c'est un texte qui pourrait permettre au juge de faire bénéficier l'immunité d'exécution, au cas par cas, à toute personne morales, même de droit privé, exerçant une mission de service public. La loi de 2002 n'a donc réglé le problème que de manière partielle.

2- L'impact de la présence d'intérêts publics sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit privé

- A titre illustratif, l'ordonnance de référé rendu le 13/11/2013 par le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (affaire CEREEQ c/Abdou Karim Koné R/ Bakary Djitté) laisse apparaître une interprétation restrictive de la loi de 2002 en retenant qu'une société anonyme à participation publique majoritaire est mal fondée à invoquer le bénéfice de l'immunité d'exécution.
- Toutefois, le juge a poursuivi en précisant qu'il n'est aucunement démontré que la saisie opérée sur les facultés mobilières de la société anonyme à participation publique majoritaire débitrice est de nature à porter gravement atteinte à l'exécution d'un quelconque service public.

2- L'impact de la présence d'intérêts publics sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit privé

- La position de la CCJA est restée constante sur la question. Voir notamment les deux arrêts suivants :
- Arrêt n°009/2014 du 27 février 2014 ; Aff. Sté des Télécommunications du Tchad C/ Sté SAS ALCATEL SPACE
- « ... attendu que l'article 1^{er} des Statuts de la SOTEL stipule clairement qu'elle « prend la forme de Société d'Etat » ; que même si la législation nationale lui accordant l'immunité n'est pas versée au dossier, il résulte de l'article 30 visé en son alinéa 2 que les entreprises publiques qu'elle qu'en soient la forme et la mission échappent à l'exécution forcée et aux mesures conservatoires ; que l'arrêt querellé, en ordonnant le maintien de la saisie sur SOTEL, a violé la disposition visée au moyen et encourt la cassation... ».
- Arrêt n°024/2014 du 13 mars 2014 : Aff. KOUATOUATI AKAKPO & 18 autres C/ Ste TOGO-PORT
- « ... les entreprises publiques dont le Port Autonome de Lomé bénéficient, aux termes de l'article 30 alinéa 1 de l'AUPSRVE, de l'immunité d'exécution et, en ordonnant le sursis à l'exécution du jugement n°2341/07 du 16 novembre 2007, le juge des référés d'appel de Lomé n'a en rien violé l'article 30 alinéa 1... »
- Il apparaît clairement que le critère organique prédomine dans la détermination du champ d'application rationae personae de l'immunité d'exécution.
- La doctrine et la jurisprudence OHADA se sont intéressées, au-delà du champ d'application rationae personae, au champ d'application rationae materiae.

B- Champ d'application rationae materiae de l'immunité d'exécution

- Deux questions ont été soulevées dans la doctrine et la jurisprudence OHADA quant au champ ratione materiae de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public : d'une part, l'immunité doit-elle être limitée aux seuls actes de service public ? (1), d'autre part, l'immunité d'exécution doit-elle être opposable à tous ? (2).

1- L'immunité d'exécution et les actes de la personne morale de droit public

- La personne morale de droit public bénéficie de l'immunité d'exécution. Mais, cette immunité est-elle générale jusqu'à s'appliquer aussi bien à ses actes de service qu'à ses actes de gestion ? Cela pose la question de l'absolutisme de l'immunité d'exécution et l'automaticité de son application.
- Les juges nationaux comme communautaires appliquent systématiquement l'immunité dès lors que le critère organique est présent. Ils reconnaissent ainsi l'absolutisme de l'immunité d'exécution.
- Sur ce point, Gaston KENFACK DOUAJINI fait remarquer qu'*« il est, en effet, déplorable que le juge étatique OHADA, sur la base de texte suscité, applique l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'absolu, sans chercher à procéder à la distinction entre acte de service public (acte jure imperii) et acte de gestion (acte jure gestionis) de la personne morale en cause, comme le font les juges ailleurs, alors que le droit OHADA en tant qu'il vise à promouvoir la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques dans l'espace OHADA, suggère une telle distinction.*

1- L'immunité d'exécution et les actes de la personne morale de droit public

- Cette distinction aurait pu régler définitivement la question sur le véritable bénéficiaire de l'immunité d'exécution surtout en matière de contentieux de recouvrement. Mais, admettre que l'Etat puisse se comporter comme une personne privée revient à ne pas prendre en compte la finalité de sa mission. En effet, cette mission, dont les ressources sont à chercher dans ses activités, ses rapports avec les personnes privées notamment, ne peut et ne saurait être réalisée grâce à des spéculations. La mission de l'Etat est une mission de service public alors que celle par essence d'une personne morale de droit privé est la recherche de profit.
- Le critère matériel, consistant à prendre en compte les actes de la personne morale de droit public pour l'exclure ou non du champ de l'immunité, ne saurait être invoqué. Toutefois, l'immunité devrait-il être opposable à tous ?

2- L'immunité d'exécution et le statut du créancier de la personne morale de droit public

- Une question essentielle mérite d'être posée ici : les personnes morales de droit public peuvent-ils opposer leur immunité d'exécution au bénéficiaire du service public qui lui est confié ?
- Une telle interrogation trouve son intérêt dans le fait que lorsque le bénéficiaire de service public ne peut faire exécuter l'organe compétent, le service n'est pas offert.
- Sur ce point, l'immunité d'exécution profitant aux personnes morales de droit public ne peut être opposée au bénéficiaire du service non exécuté.
- Tout reste à voir pour un statut des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé prenant en compte la mesure de leurs engagements, l'importance de leur mission, la noblesse des objectifs, le maintien de l'Etat de droit et la volonté de sécurité juridique qui nous anime tous.

II- La due diligence dans le traitement de l'immunité d'exécution

- La généralisation des bénéficiaires de l'immunité d'exécution et l'interprétation jurisprudentielle large imposent de la due diligence dans le traitement des difficultés d'exécution des obligations des personnes pouvant opposer leur immunité d'exécution.
- Cette due diligence est attendue aussi bien dans le traitement préventif (A) que dans celui curatif de l'immunité d'exécution (B).

A- Le traitement préventif de l'immunité d'exécution

- Il est effectué par voie de moyens de contournement de l'immunité d'exécution
- Le recours privilégié, complémentaire ou systématique aux sûretés personnelles qui sont des moyens ne demandant pas l'exécution sur le patrimoine du bénéficiaire de l'immunité et ne mettant pas en péril ses intérêts. La garantie autonome, le cautionnement.

A- Le traitement préventif de l'immunité d'exécution

- Obtenir la renonciation expresse et spéciale à l'immunité d'exécution.
- Remplir les conditions suivantes:
- 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.

B- Le traitement curatif de l'immunité d'exécution

- L'inscription du montant des créances certaines, liquides et exigibles ou exigées au budget de l'année à venir.
- La poursuite de l'exécution dans tous Etats où le bénéficiaire de l'immunité d'exécution dispose des éléments de patrimoine.

B- Le traitement curatif de l'immunité d'exécution

- Ne pas chercher à exécuter sur les biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat à des fins de service public non commerciales :
 1. 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") ;
 2. Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires ;
 3. 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 ;
 4. 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 ;
 5. Les créances fiscales ou sociales de l'État.

Penser à solliciter une autorisation judiciaire de réalisation de l'exécution forcée



MERCI DE VOTRE AIMABLE ATTENTION