

ATDA N° 11, Novembre 2021

Comité scientifique

Pr Patrice Samuel Aristide BADJI (Université Cheikh Anta Diop-Sénégal) - Pr François BIBOUM BIKAY (Université de Douala-Cameroun)- Pr Yvette Rachel KALIEU ELONGO (Université de Dschang-Cameroun)- Pr Maurice KOM KAMUSU (Université de Maroua-Cameroun) - Pr. Souleymane TOE (Université Ouaga II - Burkina Faso) - Dr Papa Assane TOURE (Magistrat-Sénégal)

La fin des entreprises publiques et de leur immunité en droit OHADA

Ayodélé Samuel Minassou AHOUNOU, Doctorant à l'Université d'Abomey-Calavi

Sommaire

Toute entreprise commerciale dite publique en ce que le capital est détenu majoritairement ou totalement par une personne publique, qu'elle ait adopté ou non l'une des formes de société reconnues par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique –AUDSC-GIE-, ne bénéficie pas de l'immunité d'exécution nonobstant la participation de la personne publique. Aussi, est-elle dans le premier cas, une société de fait, et dans tous les cas, une personne morale de droit privé.

[CCJA, 1^{ère} Ch., Arrêt n° 168/2020, 14 mai 2020](#)

L'Arrêt CCJA, 1^{ère} Ch., N°168/2020 du 14 mai 2020 a été rendu au terme d'une cause ayant opposé l'Hôtel SARAWAKA de Lomé (TOGO) créé par décret le 28 octobre 1991 et fonctionnant de fait sous forme de société commerciale, et la Société American Eagle Guard Security (AEGS). Il vient confirmer la position de la haute juridiction au sujet de la question de l'immunité d'exécution des entreprises dites publiques en Droit OHADA.

L'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution issu du Traité OHADA (qui est d'abord « la chose » des Etats), n'a pas manqué de se saisir de la question de l'immunité d'exécution en reconnaissant, sans la définir, le bénéfice aux « entreprises publiques ». Les immunités d'exécution peuvent être définies comme « *un privilège personnel que la loi accorde à certains débiteurs pour les soustraire à toute mesure d'exécution. Elles font échapper le débiteur bénéficiaire, en raison de sa qualité, à toute mesure d'exécution forcée ou conservatoire sur ses biens, faisant par la même occasion soustraire lesdits biens au gage général des créanciers et les rendant ainsi insaisissables* » [1]. Mais le Droit OHADA distingue bien le régime des immunités d'exécution de celui des « biens insaisissables » [2]. L'on pourrait catégoriser les immunités d'exécution comme une exception au droit à un procès équitable [3] et en même temps, les justifier par le fait qu'elles visent à éviter « *que l'Etat souverain se retrouve dans l'impossibilité d'accomplir ses missions de service public, du fait de la saisie de ses biens* » [4].

La CCJA, à l'occasion de l'arrêt objet de la présente étude, a été saisie le 07 octobre 2019 d'un pourvoi en cassation contre l'[arrêt n°20/2019 du 06 mars 2019 de la Cour d'appel de Lomé](#), dans le cadre d'un contrat de gardiennage liant les parties. Du fait de ce lien juridique, la Société AEGS prétend être titulaire d'une créance de FCFA 67.202.046.142 à l'égard de son cocontractant qui lui, soutenait que c'est plutôt celle-là qui est débitrice dans ses livres de la somme de FCFA 94.521.941. C'est dans ces conditions que la Société AEGS a fait pratiquer saisie conservatoire de créance sur les avoirs bancaires appartenant à sa prétendue débitrice, le 9 juillet 2018 et sur le fondement de l'Ordonnance n°1841/18 du 6 juillet 2018. Agissant en mainlevée desdites saisies, l'Hôtel SARAKAWA s'est vue opposer une fin de non-recevoir par la juridiction des urgences du Tribunal de première instance de Lomé le 31 juillet 2018, pour défaut de capacité d'ester en justice. Sur appel de cette décision le 02 août 2018, la Cour d'appel de Lomé a infirmé, le 06 mars 2019, la décision attaquée et a ordonné la mainlevée des saisies conservatoires de créance querellées, motif tiré de ce que l'appelante bénéficie de l'immunité d'exécution. D'où le pourvoi ayant saisi la CCJA.

Il s'est alors posé à cette dernière la question de savoir si une entreprise commerciale appartenant à l'Etat, créée avant

l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, qui n'a pas pris une des formes reconnues par ce texte, peut-elle bénéficier de l'immunité d'exécution ? A l'occasion de l'arrêt sus visé, la CCJA a également répondu à plusieurs autres questions de droit à savoir : la recevabilité de l'action d'une société de fait, la question de créance paraissant fondée en son principe, celle de l'abus d'une saisie pratiquée sur autorisation de justice, et enfin la question de l'autorité compétente pour attribuer le bénéfice de l'immunité d'exécution. Mais nous portons notre intérêt sur celle des critères du bénéfice de l'immunité d'exécution du fait qu'elle est l'aboutissement d'un long processus.

De cet arrêt en effet, l'on retient l'exclusion réaffirmée des personnes morales de droit privé des bénéficiaires de l'immunité d'exécution d'une part (**I**), tout en en déduisant l'incompatibilité de la notion même d'entreprise publique (commerciale) avec l'ordre juridique OHADA (**II**) d'autre part.

I- L'exclusion réaffirmée des personnes morales de droit privé des bénéficiaires de l'immunité d'exécution

Cette exclusion nettement réaffirmée est cependant l'aboutissement d'un processus marqué d'hésitation.

En effet, la CCJA a répondu par la négative à la question de savoir si une entreprise commerciale appartenant à l'Etat, créée avant l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, qui n'a pas pris une des formes reconnues par ce texte, peut bénéficier de l'immunité d'exécution.

Pour y parvenir, la Cour a visé les dispositions légales suivantes : articles 10 du Traité OHADA, 1, 3, 6 et 908 de l'AUDSC-GIE et enfin 30 de l'AUPSRVE. Elle a alors, en un premier temps, rappelé que les Actes uniformes abrogent toutes dispositions de droit interne antérieures ou postérieures ; que toute société établie dans l'Espace OHADA avant l'entrée en vigueur de l'AUDSC-GIE, y compris les personnes morales de droit public sociétaires, doit prendre une des formes de sociétés prévues par cet Acte Uniforme dans les deux (02) ans de l'entrée en vigueur de celui-ci ; qu'une société peut être commerciale par sa forme ou par son objet. Par suite, la Cour a relevé, d'une part, que l'Hôtel SAKAWA, non seulement revendique fonctionner sous forme sociétaire, mais elle a réellement également pour objet des activités commerciales ; que dès lors, la nature commerciale de ses activités l'obligeait « à se mettre en conformité avec le droit uniforme ; que ne l'ayant fait dans le délai à lui imparti, il relève, en l'état, du régime des sociétés de fait ... ». Par suite, la Cour a déclaré qu'« une entité ayant le statut d'une société de fait ne saurait bénéficier de l'immunité d'exécution ».

Cette analyse nous semble bien pertinente en ce qu'elle vise à empêcher un sujet de droit de tirer profit de l'irrégularité de sa situation, nul ne pouvant se prévaloir de sa propre turpitude.

Mais la Cour s'est également et de façon cumulative fondée sur un autre motif pour parvenir à sa conclusion. En effet, elle relève que « les actes générateurs de la créance poursuivie ne résultent pas de contrats publics, mais de conventions privées souscrites aux seules fins de commerce ». Cette analyse est toutefois de nature à semer de confusion. Aussi, inspire-t-elle l'idée que si la créance objet de la poursuite procédait d'un contrat public, la Cour aurait autrement jugé. Or, le simple fait d'être partie à un contrat public ne fait pas d'une société commerciale une personne publique.

La question du bénéfice de l'immunité d'exécution étant ainsi tranchée, la Cour aurait pu s'en arrêter là. Mais elle en est allée au-delà en proclamant de façon générale que « les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 30 précité ne sauraient, sans porter atteinte à la cohérence du système dont elles sont issues, renvoyer aux formes sociétaires prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui concernent les personnes morales de droit privé, y compris celles qui accueillent un Etat ou une personne morale de droit public en qualité d'actionnaire ». Et c'est ici que la Cour est venue trancher définitivement la question de l'immunité d'exécution des entreprises à participation publique majoritaire ou unique, qu'elles soient sociétés de fait ou régulièrement formées, en opposant les entités visées par l'article 30 AUPSRVE à celles qui exercent le commerce soit par leur forme, soit par leur objet.

La haute juridiction a en effet rappelé que les secondes sont des entités privées. Chose toute naturelle, car, elle l'a bien dit, l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique n'a pas vocation à régir des personnes morales de droit public, mais les entreprises privées. **Dès lors, toute entité commerciale, que la personne publique y soit actionnaire majoritaire ou unique, relève de cet Acte Uniforme et ainsi, constitue une personne morale de droit privé.**

Cette analyse rappelle avec prégnance la position adoptée par la CCJA dans l'affaire WA MPUNGU^[5] où la Cour, abandonnant radicalement sa position antérieure, avait déjà jugé que toute société établie suivant l'Acte Uniforme sur le Droit des Sociétés Commerciales est une entité de droit privé et ne saurait, en tant que telle, bénéficier de l'immunité d'exécution.

Mais ce résultat est l'aboutissement d'un long processus marqué d'hésitation.

Traditionnellement en effet, la CCJA reconnaissait le bénéfice de l'immunité d'exécution à toute entreprise sociétaire justifiant

d'une participation étatique, aussi minime soit-elle, ainsi qu'aux sociétés auxquelles les Etats octroyaient par des textes nationaux, ladite immunité. Cet élan est marqué par le célèbre arrêt « Société Togo Télécom »^[6] du 07 juillet 2005 qui a inspiré beaucoup d'autres décisions qui s'en sont suivies^[7]. Mais sur fond de vives critiques^[8], c'est dès l'année 2018 que l'on assistera à une requalification ou restauration de la nature juridique de ces sociétés à participation publique. D'abord, par le contrôle de la part détenue par la personne publique sur le capital^[9], puis, au moyen de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales dont elles relèvent^[10].

Du fait donc que ces entreprises dites publiques relèvent de ce droit privé, la question de l'incompatibilité de l'expression entreprise publique en Droit OHADA se pose avec acuité.

II- L'incompatibilité de la notion d' « entreprise publique » avec l'ordre juridique OHADA

Tout en accordant expressément l'immunité d'exécution aux « *entreprises publiques quelles qu'en soient leur forme et leur mission* », le législateur communautaire, pas plus que la CCJA, n'en ont avancé aucune définition. En droit français non plus, la notion d'entreprise publique n'aurait jamais fait l'objet d'une définition d'application dans un texte législatif ou réglementaire^[11].

L'expression « *entreprise publique* » serait apparue pour la première fois en 1946 dans le recensement du secteur public industriel en France^[12]. Le professeur Pierre DEVOLVÉ écrivait déjà en 1984 qu'« *il n'y a pas de catégorie juridique qui constitue l'entreprise publique ; il y a des entreprises publiques, il n'y a pas l'entreprise publique* ». Mais le Conseil d'Etat français retiendra qu'« *une entreprise, qui n'est pas une personne publique, appartient au secteur public si la majorité au moins de son capital est détenue, directement ou indirectement, par des personnes publiques* »^[13]. Les entreprises publiques se distinguaient ainsi des entreprises privées non seulement à partir de ce critère financier quantitatif majoritaire, mais également à partir de leur mode de création, leur structure, les moyens qu'elles utilisent, les conditions et modalités de leur disparition, en un mot, de leur régime juridique.

Mais si avant l'avènement du Droit OHADA, ces entités, identifiables à partir de ce critère financier quantitatif majoritaire, pouvaient se prévaloir de leur appartenance au secteur public et revendiquer tous les privilèges y afférents, ce lien entre elles et la personne publique a été en réalité rompu par le Droit OHADA des affaires depuis son avènement. Il ne conviendrait alors, nous semble-t-il, lorsque ces entreprises sont commerciales, que de parler d' « entreprises à participation publique », ces entités étant nécessairement des personnes privées pour la raison surabondante qu'une entité ne saurait, en droit administratif d'héritage français, être à la fois publique et privée.

En effet, des dispositions des articles 10 du Traité OHADA, 1, 3 al. 1^{er} et 908 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, il se déduit aisément qu'il ne peut exister d'entreprises publiques commerciales en Droit OHADA. L'art. 1^{er} AUDCG-GIE est particulièrement éloquent à cet égard : « *Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (...) est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme* ». Et la CCJA, dans ses arrêts du 28 novembre 2019 et 14 mai 2020, n'a fait que révéler ce qui, depuis, devrait être considéré comme principe résultant de l'interprétation synergique des dispositions visées ci-dessus.

C'est donc bien maladroitement que le législateur OHADA a pu lui-même reconduire le concept d' « entreprise publique » à l'article 30 al. 2 AUPSRVE lorsque celle-ci s'identifie à une société commerciale. Mais pour lui voler au secours et justifier l'utilisation pourtant antinomique du concept « entreprise publique », la CCJA juge, nous l'avons indiqué, que « *Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 30 précité ne sauraient, sans porter atteinte à la cohérence du système dont elles sont issues, renvoyer aux formes sociétaires prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales (...) qui concernent les personnes morales de droit privé* ». Si tel est le cas, à quelles entreprises cette notion renvoie-t-elle alors ? Peut-être celle n'ayant point pour objet une activité marchande.

En réalité, la notion « d'entreprise publique » en ce qu'elle renvoie aux sociétés commerciales à participation publique majoritaire ou unique, a vécu avec l'avènement du Droit OHADA. Et c'est à cette mort que pensait fort probablement le Professeur Filiga SAWADOGO lorsque, critiquant l'arrêt « Société Togo Télécom », il a soutenu que les rédacteurs de l'article 30 avaient commis une confusion manifeste entre « entreprises publiques » et « établissements publics »^[14].

[1]- D. C. KOLONGELE E. : « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? » : <http://www.ohada.com>, cité par J. WAMBO, Notes de jurisprudence, in *Recueil de jurisprudence*, CCJA, n° 35, mars 2020, p.176 . ; cf. dans le même sens, A. M. ASSI-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, éd. BRUYLANT, 2002, p. 41, n°64 ; S. GUINCHARD (Sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, 28 éd., Dalloz, 2020-2021, p. 545.

[2]- Tandis que le régime légal de l'immunité d'exécution siège à l'article 30 AUPSRVE avec indication tacite mais certaine des bénéficiaires, celui des biens insaisissables se trouve à l'article 51 du même Acte Uniforme qui dispose que « *les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties* ». Dans cette catégorie se retrouvent, d'une manière générale, les objets mobiliers indispensables à la vie du débiteur, les créances ayant un caractère alimentaire, les pensions civiles et militaires, les salaires pour la fraction fixée par la loi, etc.

[3]- La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), dans un arrêt rendu le 19 mars 1997, pour condamner l'Etat grec de ne s'être pas conformé à sa décision, rappelait que « *L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 (art. 6)* » (CEDH, 19 mars 1997, AFFAIRE HORNSBY c. GRÈCE, citée par Joseph FOEMTEU : « La théorie générale des voies d'exécution », *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, p.2058).

[4]- G. K. DOUAGNI. : « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage* n°30, Juillet-août-septembre 2005, p.3. ; cité par Jérémie WAMBO, Notes de jurisprudence, article précité, p. 176.

[5]- Arrêt N° 267/2019 du 28 novembre 2019, Grégoire BAKANDEJA WA MPUNGU C/ Société des Grands Hôtels du CONGO, *Recueil de jurisprudence*, CCJA, n° 35, mars 2020, pp. 204 et s.

[6]- [CCJA, Arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005](#) ; Aziablevi Yovo et autres c/ Société Togo Télécom, Juriscope.org ; Recueil Penant, 2007, n°860, pp. 305 et s., obs. Filiga Michel Sawadogo ; ohada.com, ohadata J-06-32.

[7]- CCJA, arrêt n°043/2005 du 07 juillet 2005, Recueil CCJA n°6, P.25; Voir aussi : [CCJA, arrêt n°043/2016 du 18 mars 2016](#), inédit ; [CCJA, arrêt n°044/2016 du 18 mars 2016](#), inédit ; [CCJA, arrêt n°014/2016 du 11 février 2016](#), inédit.

[8]- Il a été relevé par exemple qu'« *une telle interprétation prévoyant le bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques semblait contraire aux objectifs du Traité visant à favoriser la sécurité juridique et judiciaire dans le but de renforcer les investissements...* ». L'auteur ajoute qu'en décidant ainsi qu'il l'a fait, la CCJA n'avait même pas « *cherché à atténuer les effets de l'immunité d'exécution en limitant celle-ci aux biens strictement affectés à une mission de service public* » (O. CUPERLIER, « Arbitrage OHADA et personnes publiques », in *Contrats publics et arbitrage international*, ouvrage publié sous la direction de J.-B. AUBY, www.ohada.com, pp. 13-14), une distinction assez largement répandue en jurisprudence internationale (V. par ex. la jurisprudence française rendue en matière internationale, Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1984, JCP G, 1984, II, 20205, note SYNDET)

[9]- L'idée en était déjà exprimée plus ou moins expressément depuis l'Arrêt N°103/2018 du 26 avril 2018, au terme d'une procédure à laquelle était partie la Société des Grands Hôtels du Congo et MBULU MUSESO. Dans cette décision, pour en effet casser l'arrêt attaqué, la CCJA avait jugé qu'« *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 demeurant une entité de droit privé soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres, c'est à tort que l'immunité d'exécution lui a été accordée* » (Recueil de jurisprudence CCJA, n° 35, mars 2020, pp. 218 et s.).

[10]- L'Arrêt 267/2019 du 28 novembre 2019, Société des Grands Hôtels du Congo c/ Me Grégoire BAKANDEJA Wa MPUNGU précité.

[11]- Cf. J.-P. BUFFELAN-LANORE, « A la recherche de l'entreprise publique », *Petites affiches*, 2 juin 1995, p. 4 ; « L'entreprise publique perdue et retrouvée », *Petites affiches*, 11 août 1995, p. 4 ; v. également A. DELION, « La notion d'entreprise publique », *AJDA*, 1979, p. 14.

[12]- P. DEVOLVE, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p. 629 ; Cité par J.-Y. CHEROT, *Droit public économique*, 2^e éd. Economica, 2007, pp. 466-467.

[13]- CE, Ass., 24 nov. 1978, Schawartz, Defferre et autres, n°04546 et 4565 ;

[14]- F. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA »" (à propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2007, Affaire Aziablevi YOVO contre Société Togo Telecom), <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-07-16.html>, p. 25.