



Doc & Juris

By OVK LAW FIRM

REVUE DE DROIT PRIVÉ DOCTRINE ET JURISPRUDENCE

VOL 3
2020 – 2022

ACTUALITÉS DU DROIT CONGOLAIS ET OHADA

MISE À MORT ET RÉSURRECTION DES ENTREPRISES PUBLIQUES EN RDC, LEUR SURVIE SOUS L'EMPIRE OHADA ET LA QUESTION DE L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION

Par

BIA BUETUSIWA

Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe
Mandataire en Mines et carrières et en Propriété industrielle
Associé et co-fondateur d'OVK LAW FIRM
Chercheur, formateur et conférencier
Co-fondateur et Directeur exécutif du Centre de recherches et de la Revue juridique Doc&Juris,
Co-initiateur des Journées scientifiques Doc&Juris
Licencié (bac+5) en Droit de l'Université de Kinshasa
Master 2 en Droit international et comparé de l'environnement de l'Université de Limoges
Diplômé en éthique des droits de l'homme de l'Université de Nantes
www.ovklawfirm.com / www.docetjuris.com

GRACE MUWAWA LUWUNGI

Diplômé d'Études Supérieures en Droit (Bac +7) de l'Université de Kinshasa
Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Kikwit
Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete et membre du Cabinet OVK Law firm
Expert international en droit du travail de la World Justice Project,
Rédacteur en chef de la Revue juridique Doctrine et Jurisprudence
Facilitateur et formateur en droit du travail et en droit de l'entreprise
Doctorant en Droit à l'Université de Kinshasa

SOMMAIRE

- I. Introduction
- II. Évolution historique de la notion d'entreprise publique en RDC
- III. Contenu de la Réforme
- IV. Questions posées par l'entrée en vigueur du droit OHADA en RDC relativement au régime juridique des Entreprises publiques réformées.
- V. La question de l'existence des immunités d'exécution

RÉSUMÉ

A l'origine, l'Etat n'avait pas vocation à intervenir dans le négoce, ni à rechercher le profit. Au fil du temps, il se départit de son rôle traditionnel et devint un acteur de la vie des affaires : les services publics industriels et commerciaux naquirent ainsi, puis ensuite les établissements publics industriels et commerciaux, les entreprises publiques. La volonté de les rendre plus efficaces entraîna leur réforme, les emmenant à être soumises à un régime de droit privé. Ceci qui accrut le débat sur leur bénéfice des immunités d'exécution, sachant que cette question désormais prise en charge par le droit OHADA¹, entré en vigueur en RDC après la réforme des entreprises publiques, a eu un retentissement plus important et une problématique plus complexe. L'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution (« AUPSRVE ») cite implicitement les personnes morales de droit public et les entreprises publiques comme bénéficiaires des immunités d'exécution, mais la jurisprudence de la CCJA² a évolué au fil des années vidant de plus en plus les dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme de sa consistance en ce qui concerne les entreprises publiques (« EP »).

¹ Ensemble des règles juridiques issues de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires et s'appliquant dans les États membres.

² Cour commune de Justice et d'Arbitrage : Juridiction suprême des États membres de l'OHADA

■ I. INTRODUCTION

1. En date du 11 février 2010, après son adoption par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Président de la République démocratique du Congo (« RDC ») promulgua la loi n° 10/002 autorisant l'adhésion de la RDC au Traité OHADA³ (« Traité »). Le 27 juin 2012, la RDC parfit le processus de cette adhésion en déposant au Sénégal, l'État dépositaire du Traité, les instruments d'adhésion à l'OHADA. Elle devint le 17^{ème} pays membre de cette organisation. Conformément à l'article 52 alinéa 3 du Traité, soixante jours à compter de cette date, ledit Traité entra en vigueur en RDC, avec comme conséquence l'application comme textes législatifs (supérieurs aux lois nationales) des actes uniformes de l'OHADA. Aujourd'hui donc, le Droit OHADA s'applique en RDC.

2. Cette adhésion intervint presque quatre ans après que l'État congolais eut entrepris le processus de réforme et de désengagement de ses EP. Pour ce faire, le Comité de pilotage de la réforme des EP (« COPIREP ») avait été créé. A sa création, le COPIREP est un service public non personnalisé mis en place pour conduire la politique de la réforme des EP, aux termes des décrets n°136/2002 du 30 octobre 2002 et 04/047 du 20 mai 2004. Après la réforme, il lui fut substitué le Comité de pilotage de la réforme des Entreprises du Portefeuille de l'Etat, gardant le même sigle, suivant le Décret n°09/15 du 24 avril 2009 qui en fit un établissement public (« EPU »). Ce nouveau COPIREP est chargé principalement de la gestion du processus de désengagement de l'État ainsi que du processus de la réforme du Portefeuille de l'État par la préparation ainsi le suivi et le contrôle de sa mise en œuvre.

3. La loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des EP (« Loi sur la transformation ») dispose en son article 3 que « les EP sont, selon le cas : transformées en sociétés commerciales ; transformées en EPU ou en services publics ; dissoutes et liquidées ». Deux décrets du Premier ministre portant respectivement les numéros 09/11 et 09/12 du 24 avril 2009 pris en application de la loi précitée définissent d'une part les mesures transitoires relatives à la transformation des EP et d'autre part, la liste des EP transformées en sociétés commerciales, EPU et services publics. Le décret n° 09/13 de la même date se chargea, quant à lui, de la dissolution et de la liquidation de quelques EP, en l'occurrence celles qui ne furent pas transformées en sociétés commerciales, ni en établissements ni en services publics.

4. Le présent article s'intéresse principalement aux anciennes EP transformées en sociétés commerciales, qui constituent aujourd'hui la seule catégorie d'EP, le législateur ayant redéfini la notion. L'article 30 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (« AUPSRVE ») cite implicitement les EP comme bénéficiant de l'immunité d'exécution⁴. Ce qui cause la grosse controverse subsistant tout de même sur le sujet y compris dans la jurisprudence CCJA. C'est probablement dans l'évolution de cette notion notamment en droit congolais qu'il faut chercher certains germes de ce débat, du moins du point de vue de la RDC⁵.

³ Traité portant révision du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (« Traité OHADA » ou « Traité »). La première version de ce Traité fut signée à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 Octobre 1993. La révision eut lieu à Québec le 17 octobre 2008. Le Traité crée l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires en sigle OHADA

⁴ L'expression « Immunité d'exécution » est parfois et indifféremment employée au pluriel.

⁵ Il faut noter que la controverse n'a pas commencé avec les EP sociétés commerciales. « Alors que l'immunité d'exécution des établissements publics administratifs était admise sans discussion par la jurisprudence, celle des établissements publics à caractère industriel et commercial a été âprement discutée. » En France, la Cour de Cassation a dû intervenir. (D.-C. KOLONGELE EBERANDE, loc.cit., p. 22)

II. ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION D'ENTREPRISE PUBLIQUE EN RDC

5. Le portefeuille de l'État englobe l'ensemble des unités de production appartenant à 100% à l'État ainsi que celles dans lesquelles l'État détient une participation, fût-elle minoritaire⁶. Le problème de la rentabilité de ces unités de production qualifiées souvent de « canards boiteux » se posa avec acuité longtemps en RDC avant que la réforme n'apparaisse comme la voie de sortie⁷. Selon le rapport 2005 du Comité de pilotage pour la réforme des entreprises publiques (COPIREP) : « réformer une entreprise, c'est avant tout la traiter comme un acteur économique normal qui doit subir, à de rares exceptions près, les lois du marché ». L'atelier de sensibilisation au Projet Compétitivité et Développement du secteur privé, tenu à Kinshasa du 3 au 4 février 2004, fit le constat selon lequel il y avait des secteurs d'activités dans lesquels une entreprise gérée par le privé donnerait des résultats meilleurs que ceux de la même entreprise placée sous une gestion publique. Au fil des temps et au regard des résultats peu satisfaisants, le besoin de réformer le secteur devenait impérieux⁸.

6. L'article 123 de la Constitution du 18 février 2006 dispose que c'est la Loi qui détermine les principes fondamentaux relatifs à la création des entreprises, établissements et organismes publics. Ainsi, une série de quatre lois mena la réforme des entreprises publiques autrefois régies par la Loi n° 78-002 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques (« Loi de 1978 »).

7. Avant la Loi de 1978, il n'existait pas de législation-cadre régissant les entreprises publiques. Il existait pourtant des sociétés d'Etat à travers lesquelles l'Etat, se départant peu à peu du confinement traditionnel dans son rôle d'Etat-Gendarme, s'investissait dans les affaires. Leurs régimes juridiques étaient définis par chacun des actes particuliers les créant⁹.

8. La loi de 1978 – Elle régissait les dispositions générales relatives aux structures, à l'organisation et au fonctionnement des EP¹⁰. Elle les définissait comme tout établissement qui, quelle que soit sa nature, est soit créé et contrôlé par les Pouvoirs Publics pour remplir une tâche d'intérêt général ; soit créé à l'initiative des Pouvoirs Publics entre eux pour l'exploitation en commun d'un Service ou d'une activité donnée ; soit créé à l'initiative des personnes morales de droit public entre elles pour l'exploitation en commun d'un Service ou d'une activité donnée ; soit créé à l'initiative des Pouvoirs Publics en association avec les personnes morales de droit public pour l'exploitation en commun d'un Service ou d'une activité donnée. Elle reconnaissait à l'EP la nature de personne morale de droit public¹¹.

⁹ LUKOMBE NGHENDA, Le droit des entreprises publiques né de la réforme du 27 juillet 2008, Ed. Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, Kinshasa, 2009, p.36.

¹⁰ Article 1er de la Loi de 1978

¹¹ Article 2 de la Loi de 1978

II. ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA NOTION D'ENTREPRISE PUBLIQUE EN RDC

9. « Suivant son objet, l'EP sera à caractère soit administratif, soit financier, soit social ou culturel, soit scientifique et technique, soit industriel ou commercial. »¹² Les EP sous cette loi comprennent aussi bien les établissements publics industriels et commerciaux (« EPIC ») que les établissements publics administratifs et/ou techniques (« EPA »). Cette définition extensive inclut tous les EPU alors que traditionnellement la notion d'EP se réfère uniquement aux EPIC¹³ : « tous Epu étaient qualifiés par le législateur congolais de 1978 d'EP »¹⁴. Toutefois, sous l'empire de cette loi, les Pouvoirs Publics (il faut comprendre par-là, la personne morale « Etat ») ont continué à créer des EPU sans les soumettre à la Loi de 1978 ni leur reconnaître la qualité d'EP. Ainsi, s'agissant du Cadastre Minier, si la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier avant la réforme de 2018 (« Code minier 2002 »)¹⁵ ne le pas qualifia d'EPU, se contentant de le désigner comme « un service public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »¹⁶, le décret n°068/2003 du 03 avril 2003 portant statuts, organisation et fonctionnement du cadastre minier, en sigle « CAMI » n'hésita pas à le faire sans cependant le soumettre à la Loi de 1978 ni le qualifier d'EP. La Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République démocratique du Congo avant la réforme de 2020 (« Loi télécoms 2002 »), elle aussi, qualifiait l'Autorité de régulation du secteur à créer de « service public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »¹⁷ tandis que l'article 1er alinéa 2 de la Loi n°014-2002 portant création de l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications la désignait comme « une personne morale de droit public dotée de la personnalité civile », elle ne lui attribuait donc pas le nom d'EPU tout en lui en donnant les caractéristiques juridiques¹⁸. Il semble donc que la volonté (révolutionnaire) du législateur de 1978, de faire de tous les EPU (y compris les EPA) des EP, ne fut pas uniformément suivie par la suite¹⁹. De telle sorte qu'il y eut au final d'une part des EPA-EP et d'autre part des EPA qui n'avaient pas été soumises ni à cette qualification ni au régime de la Loi de 1978. Nous pouvons nous risquer à dire que sous l'empire de la Loi de 1978, il y eut un régime général des EPA (le même que les EPIC) conformément à ladite Loi et un régime particulier porté par les textes propres de chacun des EPU concernés et non soumis à la Loi de 1978. Il faut noter, selon VUNDUAWA et MBOKO²⁰, que l'Etat, les collectivités territoriales et les Epu ne sont pas (plus) les seules personnes publiques, il faut compter également les Autorités administratives indépendantes (AAI) qui sont des personnes publiques spécialisées sans être des EPU. Il s'agit selon eux des institutions telles que l'Autorité de régulation de la poste et des télécommunications (ARPTC), la Commission électorale nationale indépendante (CENI),

¹²Article 4 de la Loi de 1978

¹³Traditionnellement seuls les EPIC sont considérés comme des EP (G. CORNU (dir.), Vocabulaire Juridique, Quadrige/PUF, Paris, 2021)

¹⁴F. VUNDUAWA TE PEMAKO et J.M. MBOKO DJ'ANDIMA, Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo, éd. Bruylant, Bruxelles, 2020 (2ème éd), p.575.

¹⁵Par contre, la Loi n°18/001 du 09 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier utilise le terme Établissement public. Les temps avaient changé.

¹⁶Article 12 du Code minier 2002.

¹⁷Article 8 de la Loi des télécoms 2002

¹⁸Le décret-loi n°008 du 16 juillet 1997 portant création d'un Office des biens mal acquis, en abrégé «OBMA» se limite à disposer : « L'Office est doté de la personnalité juridique ».

¹⁹Lire à ce propos LUKOMBE NGHENDA, op.cit., p. 39-44.

²⁰F. VUNDUAWA TE PEMAKO et J.M. MBOKO DJ'ANDIMA, op.cit., p.575

le Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (CSAC), la Commission nationale des droits de l'homme (CNDH), le Conseil économique et social (CES) ainsi que la Banque centrale du Congo (BCC)²¹.

10. Sous le régime de la Loi de 1978, les EP sont des personnes morales de droit public. Une personne morale est « un groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète ; sujet de droit fictif sous l'aptitude commune à être titulaire de droit et d'obligation »²². Selon le régime de principe auquel elle est soumise, elle est soit de droit public ou de droit privé. « Régime juridique de principe » parce que le fait d'être une personne morale de droit public n'empêche pas d'être soumise à certaines règles de droit privé et inversement. Ainsi, le personnel des EPU est soumis au droit du travail²³ et non au droit de la fonction publique et comme nous le verrons plus tard les EP selon leur forme actuelle sont soumises au droit privé bien que certaines des règles de leur fonctionnement relèvent du droit public.

²¹L'un des co-auteurs du présent article, BIA BUETUSIWA, conteste cette catégorisation. En effet, il estime que les auteurs cités eux-mêmes ayant soutenu, citant au passage FRIER et PETIT ainsi que GENTO, que les AAI sont « des organismes indépendants du pouvoir politico-administratif, afin de garantir une plus grande impartialité de l'action publique, lui donner une capacité de réaction plus rapide et y associer des professionnels et personnalités issus de la société civile. Elles ont, en effet, pour objet soit de permettre la participation des citoyens ou des intérêts organisés, soit de donner aux administrés la garantie de l'indépendance des personnes qui concourent à la décision. Elles déploient donc leurs activités dans des domaines dans lesquels l'intervention de l'Etat selon les formes classiques aurait pu être considérée comme suspecte de partialité ou comme une menace pour les libertés publiques », l'ARPTC et la BCC ne correspondent pas à cette définition. En effet, l'article 2 de la loi créant l'ARPTC disposait qu'elle relevait du Président de la République. BIA estime qu'on ne peut dire d'un organisme soumis à la tutelle du Président de la République qu'il est « indépendant du pouvoir politico-administratif », le fait qu'aujourd'hui à la faveur de la réforme portée par la Loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication, elle relève désormais de la tutelle du ministre renforce cet argument. Par ailleurs l'ARPTC est bien, de son avis, un établissement public, même si son texte fondateur ne le dit pas expressément, la plupart des organismes semblables (autorités de régulation) étant des établissements publics selon leurs textes (ARSP, ARCA, ARE...). Concernant la Banque centrale du Congo, BIA note que bien que la loi qui la crée la qualifie d'« institution publique dotée de la personnalité publique », il ne s'agit pas d'un établissement public, en effet, il est aujourd'hui de règle (légale) que les établissements publics sont soumis à tutelle, ce qui n'est pas le cas de la Banque centrale. Il s'agit plutôt d'une institution publique sui generis de même nature que le gouvernement ou le parlement mais dont la caractéristique particulière est d'être dotée d'une personnalité juridique distincte de l'Etat. Toutefois, elle n'est pas indépendante du pouvoir politico-administratif, puisqu'elle est une des détentrices de ce pouvoir. BIA la qualifie plutôt de « super-établissement public ». Pour les anciennes institutions d'appui à la démocratie ou leurs successeurs, la catégorisation établie par les deux auteurs est judicieuse. Non seulement elles constituent des institutions indépendantes du pouvoir politico-administratif, mais en plus elles se révèlent être totalement hors les trois Pouvoirs politiques traditionnels, on pourrait les qualifier sans peine de 4ème (vrai) Pouvoir (Pouvoir citoyen ?).

²²G. CORNU (dir.), op.cit., 769

²³F. VUNDUAWTE PEMAKO et J.M. MBOKO DJ'ANDIMA, op.cit., p.555

III. CONTENU DE LA RÉFORME

11. La réforme a été concrétisée par la promulgation des quatre lois du 7 juillet 2008 et par cinq décrets édictés par la suite par le Premier ministre le 24 avril 2009. Pendant très longtemps, la privatisation des entreprises publiques avait été envisagée. Finalement l'option retenue fut celle de leur transformation pour des formes plus efficaces, pouvant permettre pour certaines d'entre elles, le désengagement de l'Etat. Il s'agissait, comme on le verra en détail, de mettre littéralement à mort l'EP (EPIC ou EPA) et de permettre aux seuls EPIC de renaître sous forme EP-société commerciale.

12. **Loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des EP (« Loi sur la transformation »).**- Dans son exposé des motifs, le législateur renseigne que « les EP organisées par la Loi-cadre n° 78-002 du 06 janvier 1978 n'ont pas atteint les objectifs économiques et sociaux leur assignés. Pour cette raison, leur réforme s'impose ». Les anciennes EP furent soit transformées en sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat est actionnaire unique par dérogation aux dispositions légales en vigueur, soit transformées en EPU ou services publics dans le but de régler la problématique du statut juridique des établissements qualifiés d'EP mais dont les activités sont en réalité le prolongement de celles de l'administration publique bénéficiant d'une parafiscalité et/ou qui n'ont pas de vocation lucrative, soit tout simplement dissoutes et liquidées dans la mesure où elles sont en cessation de paiement ou leur activité économique ne se justifie plus²⁴.

13. **EP transformées en sociétés commerciales.**- Les EP du secteur marchand furent transformées en sociétés commerciales soumises au régime de droit commun et aux dispositions dérogatoires de la Loi sur la transformation²⁵. La société visée ici est une société par actions à responsabilité limitée (SARL ancienne version avant-OHADA) dont l'Etat est l'unique actionnaire²⁶. Ces sociétés peuvent être assujetties par convention avec le gouvernement à des missions de services publics, avec contreparties et garanties en échange²⁷. Au moment de sa promulgation, cette loi posait quelques questions dont celle-ci : - Le droit congolais à l'époque n'autorisait pas des sociétés unipersonnelles. La réponse est que l'article 5 de la Loi sur la transformation constituait une dérogation à l'article 446.1 (issu du Décret du 23 juin 1960 : « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ») en ce que les sociétés dont l'Etat était actionnaire (et uniquement elles) pouvaient être unipersonnelles.

14. **EP transformées en EPU.**- Aux termes de l'article 9 de la Loi sur la transformation, « les entreprises publiques dont les activités sont, soit non lucratives et non concurrentielles, soit le prolongement de celles de l'Administration publique, soit bénéficiant d'une parafiscalité et qui poursuivent une mission d'intérêt général, sont transformées, selon le cas, en EPU ou en services publics ».

²⁴Article 2 de la Loi sur la transformation.

²⁵Article 4 de la Loi sur la transformation.

²⁶Article 5 de la Loi sur la transformation.

²⁷Article 6 de la Loi sur la transformation.

15. EP dissoutes et liquidées.- L'EP en état de cessation de paiement et/ou dont l'activité économique ne se justifie plus, est dissoute par Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres.

16. La loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille (« Loi sur le désengagement »).-

Dans son exposé des motifs, le législateur renseigne que le programme de désengagement s'inscrit dans le contexte des réformes économiques entreprises par le Gouvernement. Ces réformes visent un développement économique ancré sur la volonté et la créativité des communautés locales et la promotion de l'entrepreneuriat national. L'État entend donc s'appuyer notamment sur l'initiative privée pour atteindre ces objectifs. C'est que, tenant compte de tous ces enjeux, l'État a opté pour une stratégie de désengagement à décider au cas par cas, après redressement des entreprises concernées. Le désengagement²⁸ est le processus par lequel l'État ou toute autre personne morale de droit public se retire partiellement ou totalement du capital social ou de la gestion d'une entreprise du portefeuille ou toute autre forme de partenariat public-privé mettant à contribution un ou plusieurs opérateurs privés dans le capital ou la gestion d'une entreprise du portefeuille de l'État. Enfin, il faut retenir que le désengagement de chaque ancienne EP devenue société commerciale est décidé par Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition conjointe du Ministre ayant le portefeuille dans ses attributions et de celui en charge du secteur d'activités concerné. A ce jour, l'Etat ne s'est désengagé d'aucune des EP transformées en société commerciale.

17. La loi n° 08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux EPU (« Loi sur les EPU »).- Cette loi est conçue pour doter les EPU d'un cadre juridique spécifique.

En effet, la Loi de 1978 inclut dans sa définition tout EPU quelle qu'en soit la nature ; il en découle que certains EPU ne réalisant pas d'activités lucratives se sont retrouvés assujettis aux mêmes contraintes que des structures opérant dans le secteur marchand. Aussi était-il impérieux de corriger cette situation et doter les EPU (administratifs) d'un régime cadre propre pour la première fois dans l'histoire de la RDC. L'article 2, al. 1 définit l'Epu comme « toute personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public » Et l'alinéa 2 du même article renchérit : « l'État désigne la puissance publique, autorité de régulation comprenant le pouvoir central, la province et l'entité territoriale décentralisée ». Suivant son objet, EPU est à caractère soit administratif, soit social et culturel, soit scientifique et technique. Il dispose d'un patrimoine propre, jouit de l'autonomie de gestion et est placé sous la tutelle du Ministre ayant dans ses attributions le secteur d'activités concerné par son objet. Un Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres qui crée l'EPU, fixe ses statuts, détermine la nature de sa mission, son patrimoine et sa dotation initiale²⁹. La loi détermine également les structures organiques des EPU (conseil d'administration, direction générale, Collège des Commissaires aux comptes). L'EPU est placé sous la tutelle du Ministre en charge du secteur d'activités concerné. Les matières sur lesquelles porte la tutelle ainsi que les mécanismes de son exercice sont déterminées par les statuts. Et le Ministre de tutelle exerce son pouvoir de contrôle par voie d'approbation ou d'autorisation.

²⁸Article 2 de la Loi sur le désengagement.

²⁹Lire les articles 3 à 5 de la Loi sur les EPU.

18. La loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État (Loi sur le portefeuille).- Elle définit le contenu ainsi que l'organisation du Portefeuille de l'Etat, fixe les statuts de l'entreprise du portefeuille de l'État, de la nouvelle entreprise publique et détermine la représentation de l'État actionnaire ainsi que la prise, le maintien ou l'augmentation des participations de l'État. La loi fixe les règles concernant l'organisation et la gestion du portefeuille de l'État qui comprend les actions, les obligations, les parts sociales et les autres droits détenus par l'État ou toute personne morale de droit public, dans les sociétés de droit congolais ou de droit étranger ainsi que dans les organismes internationaux à caractère économique et financier dont la RDC est membre. Les entreprises du portefeuille de l'État sont régies par le droit commun et prennent l'une des formes prévues par le Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales (en vigueur à l'époque). Les actions, les parts sociales et les autres titres revenant à l'État sont nominatifs et émis en son nom. L'administration et la gestion du portefeuille sont assurées par le Ministre ayant le portefeuille dans ses attributions. Les représentants de l'État dans les entreprises du portefeuille sont des mandataires publics actifs ou non actifs. Le mandataire public actif est celui qui participe à la gestion courante de l'entreprise. Ce mandat s'exerce conformément à la législation sur les sociétés commerciales et aux statuts propres de chaque société. C'est le Président de la République qui, sur proposition du Gouvernement délibérée en Conseil des Ministres, nomme, relève de leurs fonctions et, le cas échéant, révoque les mandataires publics, excepté les Commissaires aux comptes qui le sont conformément aux statuts de l'entreprise³⁰.

19. Comme la Loi sur le désengagement, la Loi sur le Portefeuille porte quelques définitions importantes. **Entreprise du portefeuille de l'État** : toute société dans laquelle l'État ou toute autre personne morale de droit public détient la totalité du capital social ou une participation. **Entreprise publique** : toute entreprise du portefeuille de l'État dans laquelle l'État ou toute autre personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue du capital social. Ainsi, après que la Loi sur la transformation a, en transformant les anciennes EP soit en sociétés commerciales soumises au droit privé, soit en EPU, soit en leur faisant perdre leur personnalité juridique, soit en les liquidant, littéralement mis à mort la notion d'EP (EPIC et EPA) de la Loi de 1978, ce sont les Lois sur le désengagement et sur le Portefeuille qui en quelque sorte la ressuscitent en personne nouvelle, les EP-sociétés commerciales. La notion et le terme d'EP ne disparaissent donc pas du paysage conceptuel et lexical du droit congolais³¹. Notons que les sociétés d'économie mixte (« SEM ») ne sont pas définies par les lois du 24 avril 2008. Cependant, elles n'ont pas disparu. En effet, une SEM est une société dans laquelle l'Etat ou une autre personne morale de droit public est associé à une personne morale de droit privé. Une SEM est une entreprise du portefeuille, elle peut être également une EP. Mais toute EP n'est pas nécessairement une SEM, puisque dans certaines l'Etat ou une personne morale de droit public détient la totalité des parts.

20. Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des EP transformées en Sociétés commerciales, EPU et services publics.- Ce décret a désigné les EP du secteur marchand désormais sociétés commerciales telles que la GECAMINES, la REGIDESO, la SNCC, la SONAS, les Ep transformées en EPU telles que la RTNC, le FPI, l'OVD. Les EP désormais dépourvues de personnalité juridique telles que la DGDA, la RENAPI, le CEEC.

³⁰Article 13, al. 1er et 2 de la Loi sur le Portefeuille.

³¹C'est hasardeux de proclamer ainsi la fin des EP comme le fait AHOUNOU (A. S. M. AHOUNOU, « La fin des entreprises publiques et de leur immunité en droit OHADA », in <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-22-09.html?download=pdf> [15 août 2022], p.7), l'article 1er de l'AUSCGIE ne mets pas les poignarde pas. Au contrôle, en les soumettant (les sociétés à participation publique) à son régime, tout en autorisant un régime dérogatoire (article 916), elle les légitime.

IV. QUESTIONS POSÉES PAR L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU DROIT OHADA EN RDC RELATIVEMENT AU RÉGIME JURIDIQUE DES ENTREPRISES PUBLIQUES RÉFORMÉES.

21. L'entrée en vigueur du droit OHADA a posé plusieurs questions au régime des entreprises publiques. Elles concernent notamment : la forme des EP-Sociétés commerciales, la notion de mandataire public, la procédure de désignation des mandataires publics, la question des immunités. Notons que conformément à l'article 1^{er} de l'AUSCGIE les EP depuis la réforme³² sont soumises au droit OHADA des sociétés.

22. Forme des EP-Sociétés commerciales.- La Loi sur la transformation impose la forme « société par action à responsabilité limitée » aux EP version 2008. Cette obligation, à notre avis, ne s'impose qu'aux sociétés transformées. Nous estimons qu'une nouvelle EP à créer ab initio ne sera pas soumise à cette obligation et pourra choisir n'importe quelle forme parmi celles en vigueur pour les sociétés commerciales³³. En effet, l'article 5 dispose s'appliquer expressément aux sociétés visées par les articles 2 et 4 qui évoquent la transformation des EP du secteur marchand. Par ailleurs, la règle générale est contenue dans l'article 4 de la Loi sur le Portefeuille : « les entreprises du portefeuille de l'Etat sont régies par le droit commun et prennent l'une des formes prévues par le Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales », sans qu'il ne soit fait obligation de choisir une forme en particulier. Certes, cette disposition concerne toutes les entreprises du portefeuille, mais elle édicte la règle de principe, pour qu'une règle spécifique s'impose aux EP de manière générale, elle doit être expresse. La question qui s'est posée au moment de l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (« AUSCGIE ») est que la forme « société par action à responsabilité limitée » ne fait pas partie des formes de sociétés prévues par l'AUSCGIE. Il a été unanimement soutenu que l'équivalent de la société par action à responsabilité limitée dans la législation OHADA est la « Société anonyme »³⁴.

23. La notion de mandataire public.- La Loi sur le Portefeuille définit le mandataire public comme « toute personne désignée pour représenter l'Etat dans les organes statutaires des entreprises du portefeuille ». Il s'agit notamment des animateurs des organes suivants : Président du Conseil d'administration, Directeur général, Directeur général adjoint, Administrateur délégué, Administrateur directeur, Administrateur, Gérant, Représentant aux assemblées générales, commissaires aux comptes. L'article 17 de la Loi sur le Portefeuille dispose : « Avant leur entrée en fonction, les mandataires publics signent un contrat de mandat avec l'Etat représenté par le Ministre ayant le portefeuille dans ses attributions ». Cette conception du mandataire public héritée de la notion de mandataire public dans une EP-Epu n'est pas conforme au droit des sociétés OHADA.

³²Nous ne partageons pas l'avis de R. DEMEDEU (Présentation de l'AUSCGIE, in P.-G. POGOUE (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Ed. Lamy, Paris, 2011, p. 180. « La question s'est posée à propos des EPIC (établissements publics à caractère industriel et commercial). Dans les pays où ils subsistent, on a douté de leur soumission à l'AUSCGIE. Mais étant donné que ces établissements exercent une activité commerciale, on doit conclure qu'ils sont commerçants conformément à l'article 2 AUSCGIE. Par conséquent, ils relèvent de la législation OHADA, singulièrement de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ». La lecture croisée des articles 1 et 3 de l'AUSCGIE indique clairement que l'acte uniforme ne s'applique qu'aux activités commerciales exercées en forme société, celles exercées par des établissements publics ne sauraient en faire partie. La confusion provient sans doute du fait qu'auparavant par abus de langage, des EPIC ont été désignés « sociétés d'Etat » sans avoir la forme sociétale.

³³L'EP ne pourra cependant pas être une SNC car dans cette société la personne publique se verra attribuer la qualité de commerçant.

³⁴LUKOMBE NGHENDA, op.cit., p. 78.

En effet, seuls les représentants des associés aux assemblées sont des mandataires de ceux-ci. Les autres mandataires sont des mandataires sociaux, c'est-à-dire les mandataires de la société et non des associés qui les auraient désigné. Pour preuve, ils doivent agir pour l'intérêt de la société et non dans celui des associés. Il y aurait là clairement une contrariété entre le droit des EP congolaises et le droit OHADA.

24. La procédure de désignation des mandataires publics.- L'article 81 de la Constitution dispose que le Président de la République a pouvoir de nommer les mandataires publics dans une EP. Au moment de la promulgation de la Constitution, l'EP congolaise est un EPu, personne morale de droit public selon la Loi de 1978³⁵. Cependant, malgré le changement de la nature de l'EP, la Loi sur le Portefeuille dispose que le Président nomme, relève de leur fonction et le cas échéant révoque sur proposition du Gouvernement délibérée en Conseil des ministres, les mandataires publics dans les entreprises du portefeuille. Cette disposition est contraire à celles de l'AUSCGIE qui disposent que les dirigeants sociaux sont désignés soit par les statuts soit par l'Assemblée générale ordinaire ou le Conseil d'administration³⁶. La pratique consiste à organiser des Assemblées générales et des Conseils d'administration pour avaliser les décisions prises par les autorités politiques.

25. Le droit des EP congolaises peut-il déroger au droit OHADA ?- L'article 916 alinéa 1 de l'AUSCGIE dispose que les sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties. Un commentateur estime que l'alinéa 1er précité vise l'application de l'AUSCGIE aux sociétés autres que celles visées par l'acte uniforme sous réserve de leur régime particulier³⁷. Cette interprétation est incorrecte, elle induit que la disposition dérogatoire vise des sociétés hors celles qui sont dans le champs d'application de l'acte uniforme, c'est-à-dire les sociétés autres que commerciales. Ce qui ne serait pas cohérent car aucun texte ne prévoit en principe de dérogation pour des questions hors son champ. La bonne interprétation par ailleurs jusqu'ici retenue par la jurisprudence³⁸ est que cette disposition permet au droit national d'instituer des statuts particuliers pour certaines sociétés commerciales selon des critères à déterminer par lui. C'est le cas en droit congolais des EP version 2008, des sociétés bancaires, des assurances, de microfinance, des télécoms entre autres. Il est donc conforme à l'article 916 que le régime des EP déroge à l'AUSCGIE. Il est vrai toutefois que l'on peut s'interroger sur le permis de déroger quasi-illimité qu'a ainsi offert aux législateurs nationaux l'AUSCGIE au risque de diluer sa propre efficacité et l'objectif d'avoir une législation réellement harmonisée.

³⁵Article 4 de la Loi de 1978.

³⁶Pour les SA avec Conseil d'administration par exemple, voir article 419 de l'AUSCGIE pour les administrateurs, article 462 pour les PDG, article 470 pour les DGA, article 477 pour les PCA et les DG.

³⁷Observation sous article 916 de l'AUSCGIE in Code Pratique OHADA 20-21, Ed. Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2019, p. 1786.

▀ V. LA QUESTION DE L'EXISTENCE DES IMMUNITÉS D'EXÉCUTION

26. Définitions et base juridique textuelle.- « Privilège qui protège les états (étrangers) et les organismes qui en sont l'émanation directe contre toutes mesures conservatoires ou d'exécution forcée portant sur leurs biens »³⁹. La lecture de l'alinéa 1 de l'article 30 de l'AUPSRVE renseigne qu'il y a immunité d'exécution lorsque l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui en bénéficient. L'acte uniforme n'énumère pas expressément la liste des bénéficiaires, mais la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'alinéa 2 de cet article 30 qui tempère l'immunité par la possibilité de la compensation les énumère implicitement⁴⁰ : « Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des EP, 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 personnes morales de droit public et les EP sont donc bénéficiaires a priori des immunités d'exécution. Précisons qu'il faut distinguer les immunités d'exécution et l'insaisissabilité. Les premières concernent les personnes qui ne peuvent subir de mesures d'exécution forcée, la seconde concerne les biens qui n'en sont pas susceptibles⁴¹. Il faut également distinguer immunités d'exécution et immunités de juridiction (qui empêchent les actions en justice contre les bénéficiaires). Ainsi, il a été jugé que l'article 30 de l'AUPSRVE confère aux personnes publiques l'immunité d'exécution et non de juridiction de sorte qu'un Etat peut valablement faire l'objet d'une procédure d'injonction de payer⁴².

27. Controverses doctrinales et jurisprudentielles.- Le relatif consensus sur le fait que l'alinéa 2 énumère les bénéficiaires des immunités d'exécution est resté indemne concernant les personnes morales de droit public mais pas les EP. Il faut noter que même lorsque les EP étaient des personnes morales de droit public, ce débat avait déjà existé. Le consensus pour les EP n'a jamais existé et la position de la CCJA a tangué au gré des prises de position ambiguës jusqu'à la rupture radicale.

³⁸Jurisprudence sous article 916 de l'AUSCGIE in Code Pratique OHADA 20-21, Ed. Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2019, p. 1786

³⁹S. GUINCHARD et Thierry DEBART (dir.), Lexique des termes juridiques 2017-2018, Ed. Dalloz, Paris, 2017.

⁴⁰Nous ne partageons pas l'avis de KOLONGELE qui estime que la rédaction qu'il qualifie d'ambiguë de l'article 30 ouvre deux possibilités d'interprétation : « D'une part, on pourrait penser que les deux alinéas de l'article 30 traitent de deux questions distinctes, d'autant qu'il ne cite pas expressément l'Etat et les collectivités territoriales comme bénéficiaire de l'immunité d'exécution, même si ceux-ci rentrent dans la notion de personnes publiques: le premier alinéa posant simplement le principe d'immunité d'exécution, tandis que le second pose la règle de la compensation des dettes entre les personnes publiques et leurs créanciers. D'autre part, il serait possible d'interpréter ces deux alinéas comme liés et de considérer que s'il n'est pas exclu que d'autres personnes puissent être bénéficiaires de l'immunité d'exécution en plus de celles citées, il est certain que celles visées à l'alinéa 2 de l'article 30 en bénéficient nécessairement. » A notre avis, bien qu'implicite, cette rédaction ne laisse aucun doute. Quoi qu'il en soit, comme le reconnaît l'auteur, jurisprudence de la CCJA a choisi la seconde interprétation. D.-C. KOLONGELE EBERANDE, loc.cit., p.18.

⁴¹Article 51 de l'AUPSRVE

⁴²CCJA, Arrêt No 47/2021 DU 08 Avril 2021, Etablissement DEBIBE ARRANGA c/ Etat Tchadien

(<https://www.legiafrica.com/subscription/publication/46016-l---article-30-de-l---aupsrve-confere-aux-personnes-publiques-l---immunité-d---exécution-et-non-de-juridiction-de-sort-qu---un-etat-peut-valablement-faire-l---objet-d---une-procédure-d---injonction-de-payer> [15 août 2022])

28. CCJA, arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005, Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM, (« arrêt Togo Télécom »). - « Attendu que de l'analyse des dispositions sus énoncées, il ressort, contrairement aux allégations des requérants, qu'en énonçant en son alinéa 1^{er} *que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution et en son alinéa 2 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*, l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, audit alinéa 1^{er}, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences audit alinéa 2 à travers le procédé de la compensation des dettes ; que ladite 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} dudit texte ; qu'il suit qu'en jugeant que *l'article 30 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme susvisé pose le principe d'immunité d'exécution, et que les entreprises publiques, catégorie dans laquelle est classée TOGO TELECOM, figurent dans l'énumération des Sociétés contre lesquelles s'applique la compensation, il n'y a aucun doute à l'égard de cette dernière sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution*, la Cour d'appel de Lomé n'a point erré dans l'interprétation dudit article et donc point violé celui-ci ; qu'il échet en conséquence de rejeter ce premier moyen comme étant non fondé ». La Cour réaffirme l'interprétation stricte de l'article 30 : **Les entreprises publiques sont bénéficiaires des immunités d'exécution.** Notons que les EP sont régies au Togo par la Loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 portant Réforme du Cadre Institutionnel et Juridique des EP⁴³ (« Loi EP Togo »). TOGO TELECOM est une société d'Etat⁴⁴. Aux termes de la Loi EP Togo, une société d'Etat est une EP dans laquelle l'Etat détient la totalité des parts sociales (Contrairement à une SEM qui est une EP lorsque l'Etat a plus de 50% des parts)⁴⁵. Les Ep togolaises sont des personnes morales de droit privé. Tenons donc que l'arrêt Togo Télécom juge que l'EP (personne morale de droit privé) est bénéficiaire des immunités d'exécution. Cet arrêt a été diversement apprécié. Toutefois, par la suite, et pendant plus d'une décennie, la Cour a systématiquement réitéré cette position. Ainsi en a-t-elle jugé dans l'affaire SOTELTCHAD contre ALCATEL SPACE⁴⁶, « 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'elles 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 ». Le fait d'être soumis au droit privé ne constituait pas pour la CCJA un obstacle pour bénéficier de l'immunité⁴⁷ mais il n'avait jamais accordé un blanc-seing d'immunité d'exécution à toute société à participation étatique, vérifiant régulièrement si elle avait la qualité d'entreprise publique selon la loi nationale. Il n'était pas ainsi, à notre avis, correct, d'affirmer que « traditionnellement en effet, la CCJA reconnaissait le bénéfice de l'immunité d'exécution à toute entreprise sociétaria justifiant d'une participation étatique, aussi minime soit-elle, ainsi qu'aux sociétés auxquelles les États octroyaient par des textes nationaux, ladite immunité. »⁴⁸

⁴³http://legitogo.gouv.tg/be/wp-content/uploads/2017/03/Pages-from-jo_1990-023ter.pdf 15 août 2022

⁴⁴Togo Télécom est issue de la scission de l'OPTT par le Décret n° 96-22/PR portant scission de l'Office des Postes et Télécommunications du Togo (OPTT) en deux sociétés d'Etat.

(http://legitogo.gouv.tg/be/wp-content/uploads/2017/03/Pages-from-jo_1996-007-2.pdf [15 août 2022])

⁴⁵Article 3 et 4 de Loi EP Togo.

29. CCJA, arrêt n° 103/2018 du 26 avril 2018, MBULU MUSESO c/ La Société des Grands Hôtels du Congo SA et autres (« arrêt GHK »). - « 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 ; qu'il échet de casser l'arrêt déféré et d'évoquer ». **La Cour refusant le bénéfice de l'immunité d'exécution à une entité qui n'est pas une EP selon le droit congolais, ne remet pas en cause foncièrement les arrêts précédents**⁴⁹. Il n'y a eu aucun revirement contrairement à ce qu'en ont pensé certains auteurs⁵⁰. Mais il faut noter que déjà l'imprécision de la motivation de l'arrêt, bien que s'appliquant en l'espèce à une entité qui n'est pas une EP au sens du législateur congolais et ne permettant donc pas de conclure que pour les SEM qui sont des EP, prête à confusion car pouvant laisser croire que toute société d'économie mixte, soumise au droit privé ne peut bénéficier des immunités. La CCJA préparait ainsi le lit à la série de décisions de 2021 et 2022.

30. CCJA, arrêt n° 190/2020 du 28 mai 2020, SOTRA c/ SONAREST (« arrêt SOTRA »). - « Mais attendu que la Cour d'appel, après avoir relevé que la SOTRA est une société anonyme définie et organisée par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, a considéré qu'en adoptant les *canons de l'OHADA*, la SOTRA a qualité de personne morale de droit privé donc une société commerciale ordinaire et non de droit public et qu'à cet égard, la présence dans son capital social de fonds publics ou d'une personne morale de droit public est indifférente, pour en déduire qu'elle est justiciable de l'Acte uniforme OHADA sur les voies d'exécution et peut voir ses biens faire l'objet d'une saisie exécution ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». La CCJA comme l'affirme certains auteurs a-t-elle opéré un revirement ? Non (pas encore) ! C'est à tort que ILUNGA⁵¹ concluait : « Dans ce contexte, ce nouvel arrêt de la CCJA ne fait plus de distinction avec les sociétés d'économie mixte et les sociétés à participation publique majoritaire comme cela a été ressortie dans l'arrêt n° 103/2018 du 26 avril 2018. Aussi, les notions d'entreprise publique bénéficiaire des immunités d'exécution contenue dans les arrêts 043/2016 et 044/2016 du 18 mars 2016 doivent être revisitées. d'exécution contenue dans les arrêts 043/2016 et 044/2016 du 18 mars 2016 doivent être revisitées. Ainsi, toutes les entreprises publiques à participation publique majoritaire ou même ayant comme seul actionnaire l'État mais qui, pour leur exploitation, ont choisi une des formes commerciales conformes à l'Acte uniforme sur le droit de société, sont justiciables de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les voies d'exécution et peuvent voir leurs biens faire l'objet d'une saisie exécution sans restriction. »

⁴⁹Dans le même sens, CCJA, arrêt n°267/2019 du 26 novembre 2019, BAKANDEJA c. GHK. In <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-20-05.html?download=pdf> [15 août 2022].

⁵⁰M. A. DIENG, « une société d'économie mixte peut-elle faire l'objet d'une saisie ? l'apport de l'arrêt de la CCJA n°103/2018 du 26 avril 2018, MBULU MUSESO c/ Société des Grands Hôtels du Congo sur l'immunité d'exécution en droit OHADA. » in <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-20-05.html?download=pdf> [15 août 2022].

⁵¹T. ILUNGA TSHIBAMBA, « Immunité d'exécution – le revirement jurisprudentiel » in <https://legalrdc.com/2021/07/20/immunités-dexécution-le-revirement-jurisprudentiel/> [15 août 2022]

» Notons que l'arrêt 043/2016 de la CCJA⁵² n'est pas en rapport avec le sujet. Il rappelle la règle non controversée de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, en l'espèce le Bureau du Vérificateur Général qui en est une. Quant à l'arrêt 044/2016⁵³, il a jugé : « Il est constant comme résultant des productions aux dossiers de la procédure et notamment de la loi n°97-519 du 4 septembre 1997 portant définition et organisation des Sociétés d'Etat en ses articles 1 et 4, que les Sociétés d'Etat sont créées dans le but de promouvoir certaines activités industrielles et commerciales d'intérêt général permettant de soutenir et d'accélérer le développement économique de la nation , et qu'elles constituent des personnes morales de droit privé commerciales par leur forme ; que tel est le cas du FER qui est une société d'Etat créée par décret n°200-593 du 19 septembre 2001 dont les statuts précisent en leurs articles 3 et 6 qu'elle a pour objet d'assurer le financement des prestations relatives : aux études et aux travaux d'entretien courant et périodique du réseau routier, à la maîtrise d'œuvre des études des travaux d'entretien routier, et que son capital est entièrement détenu par l'Etat et pourrait être ouvert à des personnes de droit public ivoirien ; qu'aussi, l'ordonnance n°2001-591 du 19 septembre 2001 portant institution du FER dispose en son article 1er que ses ressources sont constituées par les redevances prélevées sur la vente des produits pétroliers, les droits de péage sur le réseau routier, et des allocations budgétaires éventuelles de l'Etat ; Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le FER réunit les attributs d'une entreprise publique lui permettant de se prévaloir de l'immunité d'exécution prévue par l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, et que ce faisant, la loi n°97-519 du 04 septembre 1997 portant définition et organisation des sociétés d'Etat qui le soumet aux règles de droit privé est inopérante à cet égard en vertu de l'article 10 du Traité OHADA ; qu'ainsi, en confirmant l'ordonnance n° 2300 du 15 mai 2012 ayant ordonné la mainlevée de la saisie attribution pratiquée sur ses avoirs dans les livres de la société ECOBANK CI, la Cour d'appel d'Abidjan n'a en rien violé l'article 30 alinéa 1 de l'Acte uniforme susmentionné ; qu'il échet de rejeter le moyen ; (...) Attendu que le demandeur au pourvoi reproche à l'arrêt attaqué un manque de base légale résultant de l'absence d'indication du texte qui octroi la qualité d'entreprise publique au FER ; Mais attendu que l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé n'ayant pas défini la notion d'entreprise publique, c'est après avoir analysé le Décret n°2001-593 du 19 septembre 2001 portant création et organisation de la Société d'Etat dénommée Fonds d'Entretien Routier que la Cour d'appel en a déduit que celle-ci est en réalité une entreprise publique, justifiant ainsi sa décision, laquelle, par conséquent, n'encourt pas le grief allégué ». L'arrêt SOTRA ne contredit pas l'arrêt FER. En effet, la SOTRA n'est pas au sens de la loi ivoirienne une société d'Etat, l'Etat ivoirien n'y est associé qu'à hauteur 60,3%. Selon l'article 2 de la Loi n° 97-519 du 4 septembre 1997 portant définition et organisation des sociétés d'Etat (« Loi Sociétés d'Etat CI»), « La société d'Etat est la société dont le capital est entièrement constitué par des participations de l'Etat, et, le cas échéant, d'une ou plusieurs personnes morales de Droit public ivoiriennes. ». L'arrêt FER avait considéré comme entreprise publique le FER bien que la loi ivoirienne n'utilise pas cette expression, en considérant que le FER a été créé « dans le but de promouvoir certaines activités industrielles et commerciales d'intérêt général permettant de soutenir et d'accélérer le développement économique de la nation ».⁵⁴

⁵²CCJA, arrêt n° 043/2016 du 18 mars 2016, Le Bureau du Vérificateur Général c/ DICKO (« arrêt BVG ») (https://legalrdc.com/wp-content/uploads/2019/11/CCJA_0432018_LegalRDC.pdf [15 août 2022])

⁵³CCJA, arrêt n° 044/2016 du 18 MARS 2016 GNANKOU GOTH Philippe c/ FONDS D'ENTRETIEN ROUTIER dit «FER» (« arrêt FER ») (https://legalrdc.com/wp-content/uploads/2019/11/CCJA_0442016_LegalRDC.pdf [15 août 2022])

⁵⁴Article 1er de la Loi Sociétés d'Etat CI

En résumé, le droit OHADA ne définissant pas l'entreprise publique, il revient aux législations nationales de le faire. Le droit ivoirien n'utilisant pas l'expression « EP », la CCJA a considéré équivalente à cette notion, l'expression « Société d'Etat » instituée par la Loi sociétés d'Etat CI ; or si le FER est une société d'Etat au sens de la loi, la SOTRA n'en est pas une. C'est conforme à la lecture que jusqu'ici la CCJA avait faite de l'article 30 que l'arrêt SOTRA a jugé que la présence dans le capital social d'une société commerciale de fonds publics ou d'une personne morale de droit public est indifférente, pour en déduire qu'elle est bénéficiaire des immunités d'exécution⁵⁵. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt SOTRA ainsi que plusieurs autres préparent déjà le lit à ce qu'il adviendra (le coup d'éclat). En effet, à chaque fois, la motivation est quelque peu floue et insiste sur le choix de la forme de droit privé pour justifier le non bénéfice de l'immunité. Ceci n'a pas prêté à conséquence dans ce cas, puisque SOTRA n'était en tous les cas pas une société d'Etat au sens du droit ivoirien mais sera plus décisif par la suite.

31. « Coup d'Etat ou coup d'éclat » : CCJA, arrêt N° 076/2021 du 29 avril 2021, ex personnel ENERCA c/ENERCA SA.- Avant d'aborder le contenu de l'arrêt de la CCJA, rappelons qu'en droit centrafricain, les sociétés d'Etat (Capital appartenant intégralement à l'Etat) et les sociétés d'économie mixte sont, selon l'article 1er de la Loi n°08-011 du 13 février 2008 portant organisation du cadre institutionnel et juridique applicable aux entreprises et offices publics⁵⁶, des EP. ENERCA SA, société d'Etat dont l'Etat centrafricain est le seul actionnaire. Malgré tout, la CCJA a jugé : « Attendu qu'il résulte de l'article 30 AUPSRVE que seules bénéficient de l'immunité d'exécution les personnes morales de droit public et les entreprises publiques ; qu'en l'espèce, la société ENERCA, du fait de sa forme en tant que société anonyme, constituée sous l'une des formes régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, est une entreprise de droit privé exploitée sous la forme de personne morale de droit privé ; qu'elle n'est donc ni une personne morale de droit public ni une entreprise publique au sens de l'article 30 sus visé ; qu'ainsi, en jugeant que cette société bénéficie de l'immunité d'exécution du seul fait, d'une part, qu'elle est une « société d'Etat », régie par la loi n°08-011 du 13 février 2008 portant organisation du cadre institutionnel et juridique applicable aux entreprises et offices publics et dont le capital est détenu par l'Etat centrafricain et, d'autre part, que sa mission de production de l'électricité pour les usagers est une mission de service public, la cour d'appel a commis le grief allégué et exposé son arrêt à cassation ; qu'il échet de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer sur le fond, sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen restant ». Pour s'interdire de lui faire bénéficier des immunités, la CCJA dénie à ENERCA la qualité d'EP que lui reconnaît pourtant sa loi nationale et même dans des conditions semblables, les décisions précédentes de la Cour (ENERCA est une société d'Etat à capital 100% étatique). Le fameux arrêt coup d'état (d'éclat) que la doctrine opposée aux immunités d'exécution en faveur des EP attendait est enfin là. Mais résoud-elle définitivement la controverse ?

⁵⁵En droit malien également les sociétés d'économie mixte ne sont pas des sociétés d'Etat (article 39 Loi n°94-009 sur les Principes fondamentaux de la création, de l'organisation, de la gestion et du contrôle des Services publics, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/51760/114930/F-1568133751/MLI-51760.pdf> [15 août 2022])

⁵⁶<https://icasees.org/index.php/telecharger/textes-officiels/lois/loi-portant-organisation-du-cadre-institutionnel-et-juridique-applicable-aux-entreprises-et-offices-publics-2008-en-rca> [15 août 2022]

32. Que retenir ? – Il n'y a pas de véritable contestation du fait que l'article 30 de l'AUPSRVE reconnaît les immunités d'exécution aux personnes morales de droit public et aux EP. Dès lors, comment expliquer la controverse ? Elle provient de deux ordres. Le premier est que cet avantage accordé aux EP qui dans la plupart des États de l'espace OHADA ont été lâchées dans l'arène du régime de droit privé, paraît être contraire aux objectifs des réformes des régimes nationaux des EP et à la raison d'être du droit OHADA, le second est lié au fait que la législation des États membres au sujet des EP n'est pas uniforme ce qui a entraîné des quiproquos.

33. Relativement au premier ordre de controverse, plusieurs auteurs estiment qu'accorder les immunités à des EP de droit privé revenait à fausser l'objectif de mise en place d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, visant à faciliter l'activité des entreprises⁵⁷. Didier NGANKO⁵⁸ écrit que « cette disposition de l'article 30 rame à contre-courant de l'esprit de la législation communautaire OHADA sur les voies d'exécution forcée. » KOLONGELE⁵⁹ décrie que cette immunité reconnue aux EP de droit privé « brouille le message lancé en direction des investisseurs » et « s'insère à contre-courant de la tendance actuelle qui réduit au plan interne de telles immunités au nom de l'exigence d'effectivité ». MATADI NENGA⁶⁰ regrette que ce ne soit pas là « un moyen pour assurer la bonne gouvernance autant pour assurer un meilleur climat des affaires ». Ce sont là des critiques (dans un certain sens, d'ordre politique) qui ne sont pas dépourvus de fondement (c'est dans l'air du temps libéral) mais ne sont pas en elles-mêmes des remises en cause juridiques de l'état actuel de la reconnaissance de ces immunités aux EP y compris de droit privé. Dès lors, deux tendances ont émergé de ces prises de position : la première (la plus avisée en mon sens) a consisté à souhaiter la révision de l'article 30 de l'AUPSRVE notamment en vue d'exclure expressément les EP de droit privé du bénéfice des immunités tout en reconnaissant qu'en l'état l'AUPSRVE octroie l'immunité aux EP⁶¹, et la seconde soutient que l'interprétation téléologique de cette disposition permet d'exclure les EP de droit privé en considération de l'intention du législateur OHADA⁶². « La méthode téléologique consiste à interpréter la loi en fonction de son but, son objet ou sa finalité. Dans un premier temps, l'interprète doit identifier l'objet ou la finalité de la loi, et ce, à la lumière de son texte et du contexte global. Dans un deuxième temps, il lui faut interpréter la loi de façon à permettre la pleine réalisation de cet objet » . Au nom de cette interprétation, des auteurs ont encouragé la CCJA à priver les EP d'immunité⁶⁴. Ce point de vue ne nous paraît pas correct. En effet, l'interprétation d'un texte de droit ne doit pas viser la réécriture de la règle de droit⁶⁵, ni se faire contre la présomption de rationalité du législateur et celle de l'effet utile de la norme. Ici, notons que le législateur OHADA a cité comme bénéficiaire des immunités d'exécution, les personnes morales de droit public et les EP. Les présomptions de la rationalité et de l'effet utile

⁵⁷Préambule du Traité OHADA cité par J.M. KUMBU KI NGIMBI et J. MALUNDAMA MBONGO, op.cit., p.88.

⁵⁸D. NGANKO, Saisie-appréhension in P.-G. POGOUE (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Ed.Lamy, Paris, 2011, p. 1723.

⁵⁹D.-C. KOLONGELE EBERANDE, loc.cit., p.31.

⁶⁰MATADI NENGA GAMANDA, L'immunité d'exécution de l'OHADA dans les Partenariats Public-Privé en République démocratique du Congo, Ed. MédiasPaul, Kinshasa, 2018, pp.37-38.

⁶¹D.-C. KOLONGELE EBERANDE, loc.cit., p.31.

⁶²J.M. KUMBU KI NGIMBI et J. MALUNDAMA MBONGO, op.cit., p.88.

⁶³M. SAMSON et C. BÉLANGER, « La méthode téléologique. L'interprétation finaliste ou les arguments de finalité. » in <https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/files/capsule-methode-teleologique-vf.pdf> [15 août 2022]

⁶⁴Lire J.M. KUMBU et J. MALUNDAMA MBONGO, op.cit., p.88 et F. M. SAWADOGO, « l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace OHADA », in Revue camerounaise de l'arbitrage, Actes du Colloque tenu à Yaoundé (Cameroun), les 14 et 15 janvier 2008, ICC, CFA OHADA, numéro spéciale (2), février 2010, p.159.

⁶⁵Ne reproche-t-on pas déjà assez au droit OHADA de brouiller la séparation des pouvoirs législatif et exécutif pour lui ajouter le grief de faire des juges des législateurs ?

⁶⁶Ce qui invalide l'opinion de AHOUNOU : « 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 ». A. S. M. AHOUNOU, op.cit., p.8

s'opposeraient à une interprétation qui aboutirait à rendre l'énumération des EP par le législateur inutile. Si le législateur avait voulu ne parler que des EP de droit public, il n'y aurait eu aucune raison pour que les EP soient énumérées, puisque les personnes morales de droit public les comprennent⁶⁶. Le législateur a clairement exprimé sa volonté d'inclure les EP de droit privé dans son énumération, toute interprétation qui viserait à les exclure serait une sorte de... coup d'état. Par ailleurs, de quelle règle faut-il rechercher la finalité ? la finalité évoquée par les auteurs se réfère plutôt à une vision générale. Le texte de l'acte uniforme quant à lui contient spécifiquement sa propre finalité qui est traduite en norme par ceux-là même qui sont chargés par le traité de traduire cette vision générale. Il est vrai que le choix du législateur a embarrassé la quasi-unanimité des chercheurs, ainsi Didier NGANKO considère que cette consécration de l'immunité d'exécution des EP exprime une certaine « mollesse de l'expression, une expression plutôt rétive, qui dénote une réticence suffisamment marquée. Pourquoi ne pas affirmer simplement et plus nettement que les personnes morales de droit public et les entreprises publiques bénéficient de l'immunité d'exécution ? Pourquoi ce détour via la compensation ? Cet article 30 apparaît comme une concession faite à contre cœur aux États membres de l'OHADA. »⁶⁷ L'auteur reconnaît qu'il y a là la volonté du législateur. Car ce qu'il indique comme une concession faite à contre cœur aux États-parties est plutôt la décision des États-Parties dont les ministres sont les législateurs. C'est donc à tort, qu'il poursuit : « il est difficile de voir dans cet article 30 AUBE une disposition impérative. Une dérogation au niveau de la législation nationale serait parfaitement concevable et admissible ».

34. Relativement au second ordre de controverse, il faut noter que pendant des années la CCJA s'est beaucoup souciée d'appliquer le régime des EP organisé par les droits nationaux des États-parties. Entre les États qui ont conservé des EPIC, ceux qui ont institué des EP sociétés commerciales, ceux qui ne considèrent comme telle que des sociétés détenues à 100% par les personnes publiques, ceux qui incluent même les sociétés d'économie mixte à majorité publique ou non, ceux qui n'utilisaient que le terme Société d'Etat, les régimes de droit privé avec ou sans statut particulier, la lecture par la doctrine des prises de position de la CCJA qui cherchait à traduire la volonté chorale de ces législations aux nuances particulières, n'a pas toujours été aisée pour les chercheurs, soucieux de simplification pour les besoins d'étude. Ce qui illustre une vérité philosophique majeure « le droit OHADA n'existe pas, il n'existe que des preuves de droit OHADA » ou pour faire plus prosaïque «le droit OHADA n'existe pas, il n'existe que des applications nationales du droit OHADA » y compris lorsque c'est la CCJA qui l'applique⁶⁸.

35. Perspectives.- L'arrêt ENERCA a laissé émerger une position (franchement) nouvelle de la CCJA. Alors que jusqu'ici la CCJA se fondait sur les acceptions de l'EP selon les droits nationaux, allant même jusqu'à leur prêter main forte lorsque par exemple, le droit ivoirien n'avait pas formellement utilisé l'expression « Entreprise publique » et que la CCJA avait considéré le

⁶⁷(D. NGANKO, *Saisie-appréhension* in P-G. POGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Ed.Lamy, Paris, 2011, p. 1723.)

⁶⁸« L'OHADA ne supprime toute la diversité législative » P-G. POGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Ed.Lamy, Paris, 2011, p. 180.

⁶⁹« Nous pensons que, dans le cadre du droit communautaire OHADA sur les sociétés, sont à tenir pour principes généraux de droit, et compte tenu de l'importance du droit français des sociétés parmi les sources d'inspiration de l'AUSCGIE, les principes qui sont principalement admis en droit français, comme tels ou ceux à tirer du droit français des sociétés. Lors de la recherche desdits principes généraux de droit, la difficulté réside certainement dans l'appréciation de leur caractère « non contraire » ou de compatibilité avec les règles écrites d'ordre public, posées par l'AUSCGIE Car, d'après l'AUSCGIE, les seules règles et principes complémentaires à la réglementation d'ordre public consacrée par l'AUSCGIE, sont celles clairement prévues dans le corps de l'Acte Uniforme du genre de ceux se trouvant justifiés par « à moins que les statuts sociaux n'en disposent autrement... ou toutefois, les statuts peuvent stipuler que... Et etc... ». En dehors de ces cas particuliers, les dérogations législatives, réglementaires ou contractuelles autant que les principes généraux de droit, ne sont concevables et admissibles que s'ils ne sont pas contraires ni à la lettre ni à l'esprit des règles d'ordre public, posées par l'AUSCGIE. » LUKOMBE NGHENDA, op.cit., p.13.

terme « société d'Etat » comme équivalent, l'arrêt ENERCA juge qu'il existe une « entreprise publique » dans le sens de l'article 30. Ce qui suppose que cette acception devra être dégagée selon les principes généraux⁶⁹ invocables en droit OHADA transcendant les droits nationaux. Malheureusement, l'arrêt ENERCA n'a pas donné cette nouvelle définition de l'EP selon l'article 30 se contentant d'en exclure ENERCA. Mais les termes de l'arrêt indiquent la direction dans laquelle il faut regarder. L'arrêt ENERCA exclut la société par ce qu'elle est « une entreprise de droit privé exploitée sous la forme de personne morale de droit privé ». Ce qui semble sous-entendre qu' « entreprise publique » en sens de l'article 30 serait une entreprise publique de droit public. Ce qui est assez peu envisageable comme nous l'avons expliqué ci-haut. Dès lors de la même manière que cet arrêt s'est écarté de la volonté du législateur sans doute dans la piègeuse idée de pratiquer une interprétation téléologique, une autre cour aura peut-être le courage de revenir à l'application de l'acte uniforme, ce qui est la mission de la CCJA. Quant aux critiques faites à l'actuelle rédaction de l'article 30 de l'AUPSRVE, nous estimons qu'elles sont fondées car l'immunité reconnue aux EP n'est pas conforme aux buts des réformes des EP dans la plupart des pays de l'espace OHADA⁷⁰. Celles-ci visaient à mettre les EP en saine concurrence avec les sociétés privées et améliorer leurs performances en les soumettant au jeu de cette concurrence qui implique une recherche de rentabilité plus efficiente : « Elle a pour objectif de créer un cadre institutionnel susceptible de : Insuffler une dynamique nouvelle aux entreprises du portefeuille de l'Etat en vue d'améliorer leur potentiel de production et de rentabilité ; Contribuer au renforcement de la compétitivité de ces entreprises et de l'ensemble de l'économie nationale. »⁷¹ Par ailleurs, elle manque de cohérence depuis que l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif de 2015 s'applique expressément aux EP. Cependant pour emprunter le langage de droit processuel, il ne faut pas se rendre coupable de *mauvaise direction de l'action (des critiques)*, ceux qui peuvent changer la volonté légale exprimée clairement dans l'acte uniforme, ce sont les politiques qui sont par le vœu du traité OHADA les législateurs du droit des affaires, les juges ont déjà une tâche ardue, pourquoi les inciter en plus à des fastidieuses contorsions juridiques ? Il y a de la part de plusieurs auteurs comme une volonté de pousser la CCJA à forcer la main au législateur OHADA (les gouvernements de États-parties) pour leur imposer une *désimmunisation* des EP alors que ceux-ci sont bien heureux de se cacher derrière des immunités reconnues par le droit OHADA parce qu'il leur serait trop malaisé de l'imposer par la législation interne (mauvaise image pour le climat des affaires).

« La CCJA œuvre pleinement à la construction de cet ordre juridique, en dégagant, des valeurs culturelles et philosophiques et des normes de l'espace OHADA, des principes généraux du droit et en élaborant une jurisprudence cohérente et logique allant souvent au-delà de la lettre des textes. » P.-G. POGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Ed. Lamy, Paris, 2011, p. XVI. Même si « comme tout droit uniforme, le droit matériel OHADA est un droit spécial qui manque d'un cadre conceptuel général propre à partir duquel le juge peut dégager des principes généraux » P.-G. POGOUE (dir.), *op.cit.*, p. 183.

⁷⁰En droit congolais, la réforme n'a pas reconnu d'immunités aux nouvelles EP. Par exemple, la loi prévoit un moratoire des procédures en leur faveur « Article 14 : Toutes les entreprises publiques incapables de payer leurs dettes au moment de leur transformation en sociétés commerciales sont dispensées, pour une période de 36 mois, à compter de la promulgation de la présente Loi, de l'application du Décret du 27 juillet 1934 sur les faillites. » Cette protection provisoire démontre qu'en temps normal, les EP n'avaient de privilèges.

⁷¹Exposé des motifs de la Loi sur la transformation.

VI. CONCLUSION

36. Les EP ont évolué depuis les services publics industriel et commercial et EPIC. Aujourd'hui, elles sont majoritairement dans les États-Parties de l'OHADA devenues des personnes morales de droit privé soumises à un régime principal de droit privé. Ainsi en RDC, l'EP-Epu a été immolée à l'autel du libéralisme triomphant et a laissé naître à sa place une EP nouvelle formule, ouvrant le champ à des éventuels désengagements de l'Etat. La rencontre de cette réforme interne en droit congolais n'a pas été sans friction avec l'autre réforme majeure qu'a été l'arrimage du droit des affaires de la RDC au paquebot OHADA. Plusieurs questions se sont posées à l'entrée en vigueur du droit OHADA en RDC, dont la question de l'existence des immunités d'exécution. Cette question, pourtant réglée par l'AUPSRVE, a soulevé un grand débat à cause de l'apparente contradiction avec l'esprit OHADA ainsi que l'esprit même des réformes des EP dans les pays concernés mais également à cause de la difficulté d'appliquer une norme uniforme sur des situations juridiques particulières. En définitive, il revient au législateur OHADA, à la prochaine occasion, de clarifier le texte⁷² en tenant compte de tous ces aspects et de l'évolution des droits nationaux, en attendant le droit positif est que l'AUPSRVE reconnaît aux EP telles qu'elles sont définies par les législations nationales (parce qu'aucun instrument de droit OHADA ne permet de les définir) et donc y compris celles qui ont la forme de personne de droit privé (le législateur était au courant que plusieurs des législations à l'époque avaient déjà fait d'elles des personnes de droit privé). Dans le meilleur des mondes juridiques, chacun ferait son travail : les chercheurs alerteraient les politiques pour que la prochaine révision clarifie leur volonté, les politiques réviseraient l'acte uniforme pour que la règle soit claire et cohérente, les juges dont la CCJA jugeraient suivant l'état actuel du droit positif, et non pas selon le droit souhaité. Mais ce meilleur des mondes s'éloigne plutôt car au moment où nous mettons un point final à ce travail, nous arrive l'information sur une récente décision de la CCJA qui « note que le seul fait pour une société privée de bénéficier des subventions de l'Etat, ne lui confère pas le bénéfice de l'immunité. Aucune société ne peut être à la fois anonyme et personne de droit public. Le fait qu'une société soit investie d'une mission de service public et que l'Etat ait une participation au capital ne change en rien sa nature de société anonyme donc de droit privé soumise, comme telle aux conditions d'exécution des sociétés de droit privé » ; qu'enfin, la cour d'appel retient, « dans le cas sous examen, bien que bénéficiant de la participation de l'Etat au capital de la Gécamines S.A, celle-ci est bel et bien une société anonyme, comme l'indique si bien, sa raison sociale et donc soumise aux conditions d'exécution des sociétés de droit privé ; » ; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a fait une saine application de la loi et, n'a pas commis le grief visé au moyen, lequel sera rejeté comme non fondé »⁷³. La CCJA persiste et signe. Nos vœux resteront (probablement) pieux à moins d'un nouveau revirement. Pour l'intérêt de la sécurité juridique : vivement alors la réforme de l'acte uniforme pour une clarification définitive de la volonté du législateur !

⁷²« Le présent Acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. » ainsi en dispose l'article 1-1.- l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement de passif. Cette disposition a été ajoutée par la réforme intervenue en 2015.

⁷³CCJA, arrêt n° 060/2022 du 03 Mars 2022, GECAMINES c/ SORÉTAC in

<https://legiafrica.com/subscription/publication/48199-fait-une-saine-application-de-la-loi-l-arret-qui-retient-qu-aucune-societe-ne-peut-etre-a-la-fois-anonyme-et-personne-de-droit-public-et-que-le-seul-fait-pour-une-societe-privée-de-bénéficier-des-subve> [15 août 2022] (« Arrêt GECAMINES »)

REVUE DE DROIT PRIVÉ DOCTRINE ET JURISPRUDENCE

ACTUALITÉS DU DROIT CONGOLAIS ET OHADA



Doc & Juris

By OVK LAW FIRM