
Le Décret n°24/04 du 21 Août 2024 portant sauvetage du patrimoine des entreprises publiques, des établissements publics des services publics à l'aune d'un tollé dans l'espace OHADA

Par Yemba Olela Yannick
Avocat,
yannolela1@gmail.com

A l'aube de la révision de l'Acte Uniforme portant Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'exécution (« **AUPRSVE** ») du 10 avril 1998, le Président de la Chambre Nationale des Huissiers de Justice de la République démocratique du Congo avait pris en date du 23 juillet 2024 la circulaire n°002/CNHJ/2024 portant sur l'insaisissabilité de certains avoirs en droit positif congolais notamment, 1) les avoirs appartenant aux personnes de droit public bénéficiaires des immunités d'exécution conformément à l'article 30 de l'AUPRSVE¹ ; 2) les fonds issus de la redevance logistique terrestre (RLT) conformément à l'article 12 de l'arrêté interministériel n° 024/CAB/MIN/FINANCES/2022, N°00020/CAB/MIN/TVCD/2022, et N° 018/CAB/MIN/ECONAT/2022 du 21 Mai 2022 portant nomination de la Logistique Terrestre au profit exclusif de la Société Commerciale des Transports et des Ports (SCTP SA) et de la Société de Chemin de Fer du Congo (SNCC SA) et ses nouvelles modalités de perception, tel que reconduit par l'arrêté interministériel n°002/CAB/MIN/FINANCES/2024, N° 068/CAB/MIN/TVCD/2024 et N° 014/CAB/MIN/ECONAT/2024 du 17 février 2024, etc.

Cette circulaire avait été prise au fondement de l'article 52, (2 et 10), de l'AUPRSVE qui, au-delà de dresser une liste non exhaustive des biens insaisissables, a laissé les soins à chaque État partie de déclarer les biens insaisissables dans sa juridiction. Aux termes de l'article 52, (2 et 10) de l'AUPRSVE, « Sont insaisissables : ...2) Les biens déclarés indisponibles par la loi nationale des États parties ; 10) les biens et droits déclarés insaisissables par les États parties »².

Se faisant, 6 mois après l'effectivité de la réforme de l'AUPRSVE du 17 octobre 2023 en République démocratique du Congo (« **RDC** »), le Premier Ministre n'a pas manqué l'occasion de placer les garde-fous comme remède aux maux judiciaires qui ont longtemps gangrenés les entreprises publiques, notamment les saisies intempestives de leur comptes bancaires et meubles corporels pratiquées par les hommes d'affaires judiciaires ayant élu domicile devant les cours et tribunaux au fondement des articles 38, 156, 161 et 169 de l'AUPRSVE.

A cet égard, par le Décret n°24/04 du 21 août 2024 portant sauvetage du patrimoine des entreprises publiques, des établissements publics et des services publics contresigné par le Ministre de la Justice

¹ Par personne de droit public en droit positif congolais, il convient d'entendre : l'État, les provinces, la ville de Kinshasa, les Entités territoriales décentralisées, la Banque Centrale du Congo, les Administratives indépendantes, les Établissements Publics et la Caisse Nationale de Péréquation.

² L'article 127 du CPC dispose : « Ne peuvent être saisis: 1° le coucher et les habits du saisi et de sa famille; 2° les livres indispensables à la profession du saisi et s'il est artisan, les outils nécessaires à son travail personnel; 3° les provisions de bouche nécessaires à la nourriture du saisi et de sa famille pendant un mois; 4° une bête à corne, ou trois chèvres, ou trois moutons, au choix du saisi ».

(« **Décret** »), les biens des personnes ci-après ont été déclarés insaisissables : (1) des entreprises publiques, (2) des établissements publics³ et, (3) des services publics⁴.

A la différence de l'immunité consacrée à l'article 30 de l'AUPSRVE qui touche « *l'être* » ou particulièrement (1) les personnes morales de droit public, notamment l'État, les collectivités territoriales⁵ et les établissements publics ; (2) les personnes morales de droit public étrangères et ; (3) les organisations internationales. Celle-ci avec un tempérament de droit à la renonciation expresse par ces dernières du bénéficiaire de cette immunité en vue de préserver l'égalité dans les affaires et/ou garantir une bonne exécution des engagements. Même si l'immunité a pour corolaire l'insaisissabilité des biens du bénéficiaire, étant un droit, celui-ci peut y renoncer expressément dans une clause contractuelle aux fins d'une transparence et du développement de ses activités économique au moyen d'un recours au crédit.

D'aucuns estiment que tous les pays du monde se sont développés par le crédit, le créancier ou banquier dispensataire de crédit s'entoure des mécanismes de prévention et de protection contre l'insolvabilité de son débiteur notamment par la prise de garantie ou sûreté. S'il s'agit de l'État ou ses démembrements, le principe de continuité de l'État rassure pour exclure toute autre garantie, si ce n'est que la renonciation à l'immunité en vue de l'exécution par contrainte en cas de mauvaise foi. Dit-on, il est difficile de restituer un pain déjà mangé !

Si la renonciation expresse constitue un tempérament au principe de l'immunité, la réalité est tout autre dans le champ « d'insaisissabilité des biens », qui est d'ordre public et indépendant, parfois qualifiée, si elle est généralisée à tous les biens, de blocage à l'essor de la vie économique et de l'instauration du climat des affaires, d'autant plus qu'elle empêche l'exécution par contrainte sur les biens concernés.

C'est ainsi que la CCJA avait jugé dans une espèce avant la réforme que, la participation étatique ou ses démembrements dans le capital d'une société de droit privé⁶ était exclusive à la qualification « entreprise publique »⁷ pour bénéficier du régime d'immunité d'exécution.⁸ A l'ancien, seules les personnes morales de droit public et les entreprises publiques n'ayant pas pris une forme d'une société commerciale⁹ étaient bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Le nouvel Acte uniforme tirant leçon de la confusion pratique

³ Par Établissements publics, il faut entendre « *Toute personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public* », Article 3 de la loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques (« **Loi sur la Transformation des Entreprises Publiques** »).

⁴ Par services publics il faut entendre, « tout organisme ou toute activité d'intérêt général relevant de l'Administration publique.

⁵ Aux termes de l'article 3, al. 2, de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, les entités territoriales décentralisées sont la ville, la commune, le secteur et la chefferie.

⁶ L'article 1^{er} de l'AUDSGIE dispose : « Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Btat ou une personne morale de droit public est associée, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Btats parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (ci-après désignées « les Btats parties ») est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme ».

⁷ Par entreprise publique il faut entendre ; « *toute entreprise du portefeuille de l'Etat dans laquelle l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue du capital social* », loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille.

⁸ CCJA

⁹ Société en Nom Collectif (SNC), société en commandite simple (SCS), société à responsabilité limitée (Sarl), société anonyme (SA) et société par actions simplifiée (SAS).

créée par l'expression « *Entreprise publique* » du fait des revirements jurisprudentiels,¹⁰ a exclu du champ de l'article 30 de l'AUPSRVE, les entreprises publiques que le Décret du 21 août 2024 vient offrir une armure d'insaisissabilité pour lutter contre la barbarie judiciaire qui était observée dans la pratique perturbant le bon fonctionnement des entreprises publiques au sens loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 infra.

L'on peut reprocher à ce Décret dit sauveteur, l'absence de prévoir un tempérament au principe d'insaisissabilité consacré à l'article 1^{er}. Face à ce silence réglementaire, l'on ne pouvait que recourir à l'article 52 de l'AUPSRVE qui, hélas ! n'offre guère aux bénéficiaires la possibilité à la renonciation expresse, encore moins aux établissements publics et services publics déjà bénéficiaires de l'immunité d'exécution et droit d'y renoncer en vertu de l'article 30 de l'AUPSRVE dans le cadre de leur relations privés afin de garantir l'égalité avec les particuliers cocontractants (agissant en tant qu'emprunteur ou garants).

Ce Décret, est-ce un frein ou une avancée à l'instauration du climat des affaires tant recherché par l'OHADA ?

La réponse à cette question est basée à l'article 4 de la loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques qui dispose :

« Les entreprises publiques du secteur marchand sont transformées en sociétés commerciales soumises au régime de droit commun et aux dispositions dérogatoires de la présente Loi ».

Dans le même ordre d'idée, la doctrine enseigne que *« toute personne morale qui n'opère pas dans le secteur public ; c'est – à – dire, qui évolue dans le secteur de droit privé ou ayant pris la forme d'une société commerciale prévue dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, même si l'État détient des parts sociales, ne bénéficie pas de l'immunité d'exécution. A ce principe d'exclusion d'immunité aux sociétés étatiques évoluant dans le secteur privé, le contrôle effectif de l'État constitue un critère qui fait échapper aux dites entreprises l'exécution forcée sur leurs avoirs ou biens selon une franche de jurisprudence. En conséquence, toute personne morale qui n'opère pas dans le secteur public ; c'est-à-dire, qui évolue dans le secteur de droit privé ou ayant pris la forme d'une société commerciale prévue dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique ».*¹¹

Rigoureux serait d'exclure les entreprises du portefeuille évoluant dans le secteur privé du bénéfice de ce Décret qui, ne concerne uniquement que les entreprises publiques du secteur public, les établissements publics et les services publics dans son ensemble.¹² L'article 2 de la Loi sur le Désengagement définit les entreprises du portefeuille comme étant *« toute société dans laquelle l'Etat ou toute autre personne morale de droit public détient la totalité du capital social ou une participation ».*

En somme toute, les biens des entreprises du portefeuille évoluant dans le secteur marchand ou privé peuvent faire objet des mesures d'exécution forcée ou conservatoires. Les magistrats, avocats, huissiers, partenaires, banques, etc. en sont avisés!

¹⁰ Arrêt du 7 juillet 2005 dit « Togo télécom », Arrêt n° 267/2019 du 28 novembre 2019 dit « Bakandeja Wa Mpungu », Arrêt n° 103/2018, 26 avril 2018 dit « Mbulu Musensu »

¹¹ (Y) Yemba Olela, l'exécution des décisions OHADA et les défenses à exécuter à la lumière de l'article 76 du CPC : Procédure illustrée, Lyon (France), éditions du CERDAF, 2021, pp. 91-92.

¹² Par services publics, il faut entendre le service public administratif et le service public industriel et commercial.

De la Protection financière et non économique¹³ du Décret aux entreprises publiques, établissements publics et services publics.

Il est de dicton que :« *Quand l'économie est enrhumée, la politique tousse* ». Une franche de la doctrine plaide en faveur de la dépolitisation des entreprises du portefeuille ayant pris l'une des formes d'une société commerciale de l'OHADA en vue d'enfler leur économie, c'est -à-dire, instaurer un développement en long terme et prévisionnel des activités et restrictives aussi bien dans la nomination des dirigeants sociaux ou membres des organes de direction, que dans la participation directe ou indirecte à la vie de leur partis politiques. Même si un tempérament est posé à l'article 916 de l'AUDSGIE.¹⁴

D'aucuns estiment que ce Décret est teinté d'une overdose d'irrécouvrabilité, ou mieux, d'insaisissabilité des biens des établissements publics, services publics déjà bénéficiaire des immunités en vertu de l'article 30, et des entreprises publiques qui, de par leur quotidien, sont tenus de recourir à la politique d'emprunt généralement auprès des établissements de crédit, micro finances ou établissements assimilés afin d'accroître leur revenu et pour garantir la stabilité et la régularité de paiement des factures des partenaires et salaires des employés et/ou loyers. En pratique, ces structures bénéficient d'une mise en place d'une ligne de crédit ou crédit revolving à cet effet pour renforcer la crédibilité et garantir leur liquidité aux échéances convenues.

Nous pensons que ce Décret à vocation financière pourrait emporter des risques irréparables qu'aucun investisseur sérieux ou avocat ou encore comptable s'hasardera à s'engager ou à conseiller son client de conclure un quelconque contrat d'affaire en ayant en connaissance ce risque de souffrir du carcan d'insaisissabilité des biens des bénéficiaires du Décret.

Par ailleurs, l'article 2 du Décret concernant les personnes morales autres que celles visées à l'article 1^{er}, notamment les entreprises du portefeuille ayant pris l'une des formes des sociétés commerciales et évoluant dans le secteur privé, offre comme l'AUPSRVE, la possibilité de solliciter la discontinuation des poursuites moyennant caution ou proposition des garanties nécessaires du remboursement, seul ne suffit contre l'imprévisibilité juridictionnelle en première instance ou en appel.

Somme toute, trop de protection tue le système de protection au point d'oublier le code de décryptage.

Surabondamment, l'article 3 du Décret emporte des poursuites pénales et/ou disciplinaires en l'encontre des huissiers, personnes chargées de l'exécution ou le saisissant ou donneur d'ordre. Cette disposition crée un imbroglio juridique en confondant les effets de l'insaisissabilité à ceux de l'immunité de poursuite. Si l'immunité de juridiction emporte le droit pour le bénéficiaire d'exciper l'exception d'incompétence de la juridiction devant laquelle l'affaire est portée pour autant de procéder suivant les règles particulières, l'insaisissabilité ou l'immunité posée aux articles 30 et 52 de l'AUPSRVE n'empêche pas aux acteurs de

¹³ Le circuit économique prend en compte la production, l'échange de biens et de services, le transfert de richesse jusqu'à la consommation alors que le circuit financier se concentre à optimiser sur l'optimisation des fonds d'une organisation dans le but de rentabiliser un investissement.

¹⁴ L'article 916 de l'AUDSGIE dispose : « Le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties. Les clauses des statuts de ces sociétés, conformes aux dispositions abrogées par le présent Acte uniforme mais contraires aux dispositions du présent Acte uniforme et non prévues par le régime particulier desdites sociétés, sont mises en harmonie avec le présent Acte uniforme dans les conditions prévues à l'article 908 ci-dessus ».

pratiquer la saisie auprès des bénéficiaires contre autrui et ne résiste pas à l'action en condamnation des causes de saisie. Il est de jurisprudence que :

« La condamnation d'une entreprise publique au paiement des causes de saisie n'étant pas une mesure conservatoire, ni une mesure d'exécution forcée, la décision y relative ne peut être rétractée en vertu de l'immunité d'exécution.¹⁵ « L'immunité d'exécution ne saurait profiter ni nuire aux tiers saisis. A ainsi été jugé que, dans une procédure de saisie attribution, lorsque le tiers saisi est une personne morale de droit public, les poursuites dirigées à son endroit et es qualité ne sont pas couvertes par l'immunité d'exécution qui n'est qu'une prérogative exclusive du débiteur saisi ». ¹⁶ « Le Tiers saisi ne bénéficie pas de l'immunité d'exécution, par conséquent, il doit être condamné au paiement des causes de la saisie et des dommages et intérêts dès lors qu'il a fait une déclaration tardive et incomplète ». ¹⁷

Par ailleurs, aux termes de l'article 1-2, al.2, de l'AUPSRVE, les autorités chargées de l'exécution ou de la vente sont tenues de prêter leur concours conformément aux règles régissant leur profession. Elles sont déliées de l'obligation lorsque la mesure requise présente un caractère manifestement illicite ; le refus d'exécution opposé en violation de cette règle engage leur responsabilité civile.

CONCLUSION

S'il est vrai que l'article 52, (10), offre la possibilité aux États partis de déclarer les biens et droits insaisissables, loin s'en faut d'étendre les effets sur tous les biens et avoirs sans en limiter la teneur ou le champ par rapport à leur nature, espèce, intérêt ou destination.

L'on est témoin du tempérament accentuée aux articles 30 et 30-3 de l'AUPSRVE ci-après : « *Sauf renonciation expresse, (...), que nous pensons être instituée dans le but de créer les conditions favorables aux relations d'affaires, d'équité et d'égalité qui garantissent l'équilibre des parties dans un contrat, le libre jeu de la concurrence et la bonne foi (dans son sens du respect consensuel de ce que les parties ont voulu de par la conclusion du contrat) aussi bien dans la conclusion que dans l'exécution de leurs engagements.* Dommage que cette possibilité de renonciation ne soit pas offerte à l'article 52 de l'AUPSRVE, moins encore dans ledit Décret à quelque titre que ce soit.

En revanche, il a été jugé dans par la CCJA :

« Il est évidant que la volonté du législateur OHADA était de permettre aux États de participer à la vie économique comme associé d'une société privée, et non de conférer à celle-ci une immunité d'exécution susceptible de porter préjudice au libre jeu de la concurrence, vital à l'essor du secteur privé qui est l'objectif primaire du Traité de l'OHADA ;

¹⁵ CCJA, assemblée plénière, Arrêt n° 123/2014 du 11 novembre 2014, Pourvoi n°013/2008/PC.

¹⁶ CCJA, 2^{ème} ch, Arrêt n° 032/2029, 31 janvier 2019, Pourvoi n°127/2018/PC.

¹⁷ CCJA, 1^{ère} ch, Arrêt n°080/2020, 09 avril 2020, Pourvoi n° 228/2018/PC.

Qu'au demeurant, une telle orientation nuirait à l'efficacité du système, d'autant que toute société commerciale de l'espace OHADA trouverait le moyen, de faire entrer l'État ou l'un de ses démembrements dans son capital, et réclamer l'immunité d'exécution avec possibilité de surprendre ses créanciers ;

Que l'État, qui est libre de créer des entreprises publiques suivant ses modes d'expression traditionnels, participe à créer une société commerciale de droit privé lorsqu'il accepte d'en être associé, en application de l'AUDSCGIE ;

Que du reste, l'Acte uniforme précité donne aux États la possibilité de créer des sociétés d'un régime particulier, ...

Que la création de ce type d'entreprise est une manifestation de l'interventionnisme économique, permettant la prise en charge par l'État ou ses démembrements d'une activité économique déterminée ;

Que le fait qu'une entreprise publique revête une forme juridique de droit privé et soit soumise dans l'exercice de son activité commerciale au droit privé n'a pour conséquence de lui enlever son statut d'entreprise publique, dès lors que sont réunies en sa faveur les éléments sus-indiqués les caractérisant ; ». ¹⁸

Par ailleurs, les entreprises publiques ne rentrant plus à l'ère de la réforme parmi les bénéficiaires de l'immunité d'exécution, mais plutôt, de par ce Décret, leurs biens sont devenus insaisissables, il y a lieu de s'interroger sur la nuisance que cette protection financière qu'économique pourrait créer et qui bloquerait certainement l'accès au crédit des bénéficiaires du Décret du fait de l'insaisissabilité de leurs biens et de l'incertitude du recouvrement forcé contre les débiteurs récalcitrants repris dans le Décret.

¹⁸ CCJA, 1^{ère} Ch, Arrêt n° 368/2020 du 26 novembre 2020, pourvoi n° 147/2020/PC, affaire SICG-Mali c/1) Banque malienne de Solidarité ; 2) banque Malienne de Solidarité Côte d'Ivoire.