

L'INSAISSABILITE DES BIENS DES ENTREPRISES PUBLIQUES :*analyse critique du décret n°24/04 du 21 aout 2024*

par

Jean Raphael NGENGE LOLENGE*Assistant***Martin NKOY AKODI***Chercheur indépendant**(Tous) Apprenants au troisième cycle**Faculté de Droit, Université de Kinshasa***Résumé**

Les principales innovations apportées par la révision de l'Acte Uniforme portant Procédure Simplifiée (AUPSRVE) de 2023, facilitent le recouvrement de la créance détenue par les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution en faisant l'inscription d'office ou soit une renonciation par ces dernières de ce privilège. Ces innovations favorisent également une concurrence loyale entre les sociétés privées et les sociétés d'Etat. Si les innovations apportées par la révision de l'AUPSRVE ont un impact largement positif dans la sécurisation du climat des affaires en RDC.

Si déjà nous saluons les innovations apportées par le législateur communautaire, en RDC le décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques, établissements publics, et services publics constitue un recul regrettable. C'est un message décourageant que le gouvernement lance aux investisseurs, il démontre non pas seulement la volonté de créer une nouvelle contrainte, mais aussi un climat d'insécurité ne favorisant pas un partenariat avec les entreprises publiques. Dans un pays en voie de développement comme le nôtre, l'assainissement du climat d'affaires est d'une importance capitale, la Première ministre, chef du gouvernement doit donc retirer son décret et laisser les entreprises publiques évoluer en concurrence avec les privés, pour garantir la sécurité tant juridique que judiciaire du climat des affaires clé du développement de la nation.

Mots-clés : Acte Uniforme portant Procédure Simplifiée, insaisissabilité des biens, entreprises publiques

Abstract

The main innovations introduced by the 2023 revision of the Uniform Act on Simplified Procedure (AUPSRVE) facilitate the recovery of debts owed by persons benefiting from immunity from execution by automatically registering or waiving this privilege. These innovations also promote fair competition between private and state-owned companies. While the innovations introduced by the AUPSRVE revision have had a largely positive impact on securing the business climate in the DRC, we welcome the innovations introduced by the community legislature.

In the DRC, Decree No. 24/04 of August 21, 2024, on the safeguarding of the assets of public enterprises, public institutions, and public services represents a regrettable step backward. This is a discouraging message that the government is sending to investors; it demonstrates not only a desire to create a new constraint, but also a climate of insecurity that is not conducive to partnerships with public enterprises. In a developing country like ours, improving the business climate is of paramount importance. The Prime Minister, Head of Government, must therefore withdraw her decree and allow public companies to compete with private companies, in order to guarantee both legal and judicial security for the business climate, which is key to the nation's development.

Keywords : Uniform Act on Simplified Procedure, exemption from seizure of assets, public enterprises

INTRODUCTION

Une obligation civile est un lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier peut exiger de l'autre, le débiteur, une certaine prestation.¹ Le caractère contraignant de l'obligation civile, fait d'elle un véritable lien juridique. Ce pouvoir de contrainte est reconnu et sanctionné par le pouvoir public, est l'un des principes en droit congolais permettant au créancier de forcer le débiteur à s'exécuter de sa prestation.² Ce privilège accordé à tout créancier : hypothécaire, privilégié, ou simplement chirographaire. C'est là un des principes fondamentaux incontestés en droit civil et qui constitue la pierre angulaire de la théorie générale des obligations.³

¹ J.M MULENDA, *Droit civil des obligations, Notes de cours*, deuxième graduant, ULK, 2012-2013, p 3

² D.C KOLONGELE, Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit de l'OHADA contre les entreprises publiques et personnes publiques ? In *Doc et Juris Revue de droit privé, Actualités du droit congolais et OHADA* ; n°001, Kinshasa, Janvier-Février-Mars 2014, p. 61

³ Idem p 62

En droit OHADA, l'article 28 de l'AUPSRVE dispose : « à défaut de l'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créancier, dans les conditions prévues par le présent acte uniforme, pratiquer une saisie pour contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits ». Cette disposition se fait compléter par l'article 245 de la loi dite foncière qui rend le patrimoine du débiteur un gage commun de ses créanciers.

Avant la modification de 2023 de l'AUPSRVE, les premiers arrêts de la Cour Africaine de Justice (CCJA) ont consacré le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, mais aussi et surtout celles des entreprises publiques. Le critère pour déterminer si une société pouvait bénéficier de l'immunité d'exécution reposait alors sur la mission de service public et le caractère public des capitaux. Ainsi, les sociétés investies d'une mission de service public et détenant des capitaux publics étaient généralement considérées par la Cour comme éligibles à cette immunité, nonobstant la volonté de certaine législation de les soustraire à ladite immunité.⁴

Peu après, la jurisprudence de la CCJA a amorcé un revirement significatif sur la question de l'immunité d'exécution. Un arrêt majeur du 26 avril 2018 a marqué ce tournant en affirmant que le simple fait qu'une société ait une mission de service public et des participations publiques dans son capital ne suffit pas à la qualifier d'entité publique bénéficiant de l'immunité d'exécution.

Le nouvel acte uniforme, promulgué le 17 octobre 2023, marque une avancée significative vers une justice plus équitable et efficiente dans le domaine de l'immunité d'exécution des entités publiques. Ainsi, les entreprises publiques aujourd'hui transformées en sociétés commerciales tout en prenant l'une des formes prévues par le droit OHADA, n'avait aucune raison valable pour ses soustraire des règles de droit privé.

Le législateur communautaire a retirés les entreprises publiques transformées en société commerciales, des bénéficiaires des immunités d'exécution, logiquement ces dernières sont désormais soumises aux règles de saisissabilité comme tout débiteur défaillant. Quid alors de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques instauré par le décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques et établissements publics, et services publics ?

Ainsi, la présente étude s'articulera autour trois points principaux :

- la position du législateur communautaire OHADA ;
- la particularité des entreprises publiques congolaises ;
- analyse critique du décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde des biens des entreprises publiques et établissements publics et services publics.

I. LA POSITION DU LEGISLATEUR COMMUNAUTAIRE OHADA

La question de l'immunité d'exécution a longtemps constitué une ambiguïté persistante dans l'espace OHADA, cette réalité devenait une entorse à la sécurité juridique et judiciaire dans les affaires et érode constamment la crédibilité des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales au point de les empêcher d'avoir facilement accès au crédit et à l'investissement public ou privé.⁵ On se demandait à quoi servirait une décision judiciaire bien rédigée condamnant une société d'Etat ou d'économie mixte, si celui à faveur de qui la décision a été prononcée ne peut l'exécuter ? Ne dit-on pas que le droit sans la force n'est qu'un discours ? Les décisions de la CCJA précitées ont été cruciales dans la redéfinition de l'article 30 du nouvel acte uniforme. Le nouvel acte uniforme, prévoit désormais de manière explicite que "sauf renonciation expresse, il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre les personnes morales de droit public, notamment l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics." Ce revirement législatif marque un changement majeur dans l'entendement de l'immunité d'exécution des entités publiques, mettant fin à l'ambiguïté qui régnait auparavant. Elle écarte désormais les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales du champ de l'immunité d'exécution.⁶

En réalité, le législateur communautaire a répondu à l'objectif de l'OHADA, celui de consacrer la sécurité juridique et judiciaire dans le monde des affaires. Pour cela, cette modification législative, avec son énoncé clair sur l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, apporte une

⁴ Idem p 2

⁵ J.M MULENDA, *La protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : Etude du droit congolais et des systèmes juridiques belge et français*, vol.I, Thèse, UCL, 2009-2010, p 1, inédit.

⁶ A. Jean Bruno MINEME, op.cit, p2

stabilité □ bienvenue et clarifie les contours de cette question complexe, établissant un équilibre entre les besoins de recouvrement et la protection des intérêts publics. Elle instaure une démarche plus transparente et prévisible, favorisant ainsi la confiance dans le système juridique et contribuant à une meilleure compréhension des droits et obligations des parties prenantes. En définitive, cette évolution marque une avancée significative vers une justice plus équitable et efficiente dans le domaine de l'immunité d'exécution des entités publiques.⁷ Ainsi, les entreprises publiques aujourd'hui transformées en sociétés commerciales tout en prenant l'une des formes prévues par le droit de l'OHADA, n'ont aucune raison valable pour se soustraire des règles de droit privé. Aujourd'hui, dans l'espace OHADA une concurrence loyale s'observe entre les sociétés d'Etat et les privées.

II. LA PARTICULARITE DES ENTREPRISES PUBLIQUES CONGOLAISES

En droit positif congolais, l'entreprise publique congolaise est avant tout une entreprise du portefeuille de l'Etat, c'est-à-dire une société dans laquelle l'Etat ou une autre personne morale de droit public détient la totalité du capital social ou une participation.⁸ Ensuite, la qualification d'entreprise publique n'est réservée qu'aux seules entreprises ayant la forme d'une société commerciale, personne morale de droit privé. Enfin, le législateur congolais fait du critère patrimonial l'unique critère caractéristique de la qualification d'entreprise publique, à savoir une participation publique au capital social ou en actions (ou parts sociales) à hauteur de 100 % ou de la majorité absolue. Lorsque la participation publique est minoritaire, une telle entreprise constitue une société d'économie mixte.

De premier vu, l'on pourrait conclure que le débat sur les entreprises publiques attaquent bénéficiaires de l'immunité d'exécution appartient désormais au passé. Cela pour trois raisons : premièrement le législateur congolais lui-même les a retirées des règles de droit public et les soumettant aux régimes de droit privé. Depuis 2008, lorsque le législateur par une série de quatre lois décide de transformer les entreprises publiques en sociétés commerciales, il est logique que ces dernières ne bénéficiaient plus du privilège reconnu aux personnes publiques, à l'occurrence l'immunité d'exécution. Deuxièmement, en 2018, la CCJA a rendu de nombreux arrêts par lesquels elle retient une interprétation restrictive de l'immunité d'exécution prévue à l'article 30, alinéa 1 de l'AUPSRVE. Ainsi, dans un arrêt du 3 mars 2021, la CCJA a souligné que toute entité, même appartenant à l'Etat, qui opère sous la forme d'une personne morale de droit privé au sens de l'article 1er de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, reste régie par les règles de droit privé et, à ce titre, est susceptible d'exécution forcée.⁹ Enfin, la révision de l'AUPSRVE de 2023 a tranché et levé toute équivoque sur la question en retirant simplement les entreprises publiques dans l'alinéa 2 de l'article 30 de l'AUPSRVE. En combinant toutes ces raisons, l'on pourra bien conclure que les entreprises publiques congolaises transformées en sociétés commerciales sont exclues du bénéfice de l'immunité d'exécution.

Désormais donc les voies contraintes tant conservatoires qu'exécutives sont autorisées à la diligence du débiteur et dans les formes prévues par l'AUPSRVE. Si dans les autres pays membres de l'OHADA cela ne pose aucun problème, la RDC se distingue dans la matière en prenant le décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde des biens des entreprises publiques et établissements publics, et services publics interdit toutes mesures tant conservatoires qu'exécutives à l'égard des entreprises publiques. Un texte du reste illégal.

⁷ Ibidem

⁸ Le législateur congolais du 07 juillet 2008 a clairement défini la notion d'entreprise publique en partant d'un critère patrimonial, abandonnant ainsi la pluralité des critères reconnus de l'entreprise publique qu'avait fixés l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 portant régime général des entreprises publiques, aujourd'hui abrogée. En effet, aux termes de l'article 2, c de la loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille l'entreprise publique est définie comme « 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 ». L'article 3 de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 relative à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat reprend la même définition de l'entreprise publique, à la seule différence qu'il parle de la totalité ou de la majorité absolue des actions ou parts sociales, en lieu et place du capital social.

⁹ J.M KUMBU et J. MALUNDAMA, *Les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales face à l'immunité d'exécution en droit congolais*, I.A.D.H.D, Kinshasa, p 83

III. ANALYSE CRITIQUE DU DECRET N°24/04 DU 21 AOUT 2024 PORTANT SAUVEGARDE DES BIENS DES ENTREPRISES PUBLIQUES ET ETABLISSEMENTS PUBLICS ET SERVICES PUBLICS

En RDC, la modification de l'acte uniforme a été accueillie à la satisfaction totale des opérateurs économiques créanciers des sociétés d'Etat, d'économie mixte. Alors que du côté du gouvernement congolais, ce dernier pense que la modification de l'AUPRVE constitue un danger pour les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales. Pour cela, la première ministre prendra le décret portant sauvegarde des biens des entreprises publiques et établissements publics, et services publics. Ce décret dans son article 1, rend insaisissable les biens des entreprises publiques et établissements publics, et services publics en combinaison des articles 30 alinéa 2 et 51 de l'AUPSRVE. Ce décret, les huissiers de justice ont non seulement été menacés des poursuites au cas où ils pourraient pratiquer une saisie sur les biens des entreprises publiques entendre parlant des sociétés d'Etat. Cela étant aucune saisie n'est possible à l'égard des entreprises publiques. Nous pensons que la politique gouvernementale pose un sérieux problème, lorsqu'un gouvernement national pense que l'exécution des décisions de justice constitue un danger pour les entreprises publiques.¹⁰ Cette situation nous pousse à réfléchir sur l'existence effective des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales des bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Le décret pose problème aussi bien sur la forme qu'à son fond.

Sur la forme, nous pouvons constater l'incompétence de l'auteur de la décision, car elle est prise en violation de l'article 122 de la constitution ; cet article dispose : « *Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, la loi fixe les règles concernant : ... Le commerce, le régime de la propriété des droits et des obligations civiles et commerciales...* ». La compétence de légifère dans les matières liées au régime des droits et obligations revient au parlement congolais et non au gouvernement congolais, il y a donc usurpation de fonction de la part de la première ministre. En sus, le législateur congolais a déjà fixé les biens qui ne peuvent pas faire l'objet de saisi, l'article 127 du décret du 07 mars 1960 portant code de procédure civile. Il est donc évident que le décret du 21 aout 2024, est prise en violation des règles de compétence et annulable devant le conseil d'Etat pour usurpation de fonction ou abus du pouvoir.

Quant au fond, en droit congolais, l'article 215 de la constitution dispose : « *les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie* ». Alors que l'article 10 du traité de l'OHADA dispose : « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire du droit interne antérieur ou postérieur* ».

En tenant compte des dispositions précitées, nous pensons que le décret dont question est contraire à l'esprit de l'AUPSRVE, en ce sens que le législateur communautaire à retirer les entreprises publiques de bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Cela pour garantir l'égalité des opérateurs économiques et renforcer la sécurité juridiques et judiciaires du climat des affaires de l'espace OHADA. Alors que, le décret dans son premier article rend insaisissable tous les biens des entreprises publiques... le gouvernement congolais pense prendre cette disposition conformément à l'article 51 alinéa 10 de l'AUPSRVE.

Lorsque le législateur communautaire OHADA parle des biens et droits déclarés insaisissables par les Etats parties, en croire la ratio legis, il ne s'agit pas d'énumérer les personnes dont les biens sont insaisissables mais par contre faire une liste des biens et droits déclarés insaisissables. Il s'agit donc de nature spécifique et indispensable à la survie de la personne débitrice ou à son activité. Il sied également de préciser que l'insaisissabilité protège un bien du débiteur, alors que l'immunité d'exécution quant à elle, protège l'ensemble du patrimoine du débiteur en raison de qualité. Ainsi, le décret dont question consacre l'immunité d'exécution et non l'insaisissabilité tel que voulu par le législateur communautaire.

On peut donc conclure que l'article 30 alinéa 2 donne pouvoir au juge de prendre les mesures urgentes appropriées à la demande de la personne morale intéressée ou du ministère public, la disposition s'appliquera au moment où la saisie sera pratiqué mais dans le contexte du décret, le créancier ne peut même saisir. Quant à l'article 51, en réalité l'Etat congolais fait de l'usage inapproprié de cette disposition, car l'objectif poursuivi est de créer une insécurité juridique mettant en péril les droits des créanciers.

¹⁰ J.R NGENGE, L'immunité d'exécution des biens des personnes et entreprises publiques en droit OHADA, mémoire de fin d'Etude, UNIKIN, 2018-2019, p 63

CONCLUSION

Au fil du temps, les cours et tribunaux ont rendu un bon nombre des décisions judiciaires condamnant les entreprises publiques à de paiement des sommes d'argent. Jouissant du privilège de l'immunité d'exécution, ces dernières n'ont cessé de montrer leur insolvabilité sachant qu'aucune voie de contrainte ne pouvait être entreprise à leurs égards.

Après la révision de l'AUPSRVE de 2023, le législateur communautaire OHADA a tranché et levé toute équivoque sur la question a retirant simplement les entreprises publiques dans l'alinéa 2 de l'article 30 de l'AUPSRVE. Une route fut balisée pour le créancier, des entreprises publiques congolaises transformées en sociétés commerciales, car ces dernières sont dorénavant exclues du bénéfice de l'immunité d'exécution. Désormais donc les voies contraintes tant conservatoires qu'exécutives sont autorisées à la diligence du débiteur et dans les formes prévues par l'AUPSRVE. Si dans les autres pays membres de l'OHADA cela ne pose aucun problème, la RDC se distingue dans la matière avec le décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde des biens des entreprises publiques et établissements publics, et services publics du reste illégal.

En RDC, les entreprises publiques ont une influence considérable sur la vie nationale. Dans la mesure où, elle constitue un palier fort de l'économie nationale, ainsi, le gouvernement doit veiller à leurs épanouissements. Après l'entrée en vigueur du nouvel acte uniforme sur les procédures recouvrement et voies d'exécution, un bon nombre de saisies des biens des entreprises publiques par les créanciers en soif de l'exécution des jugements longtemps gardé dans leurs tiroirs ont menacés, non seulement le fonctionnement régulier des entreprises publiques, mais aussi leurs existences. C'est dans ce contexte que la première ministre a pris le décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde des biens des entreprises publiques et établissements publics, et services publics.

Malgré le contexte, le gouvernement devrait faire confiance à la justice, en mettant en application l'article 30-2 de l'AUPSRVE, en soumettant la question au juge qui doit constater une atteinte grave à la continuité de service public et prendre toutes mesures urgentes à l'accomplissement par le débiteur des actes propres à faciliter ou garantir le paiement de la dette. Nous avons pu noter que le décret n°24/04 du 21 Aout 2024 rendant insaisissable les biens des entreprises publiques congolaises transformées en sociétés commerciales sont régies par le droit commun des sociétés et soumises à la comptabilité privée, et ce malgré la modification de l'AUPSRVE est contestable et brouille le message lancé en direction des investisseurs. Elle s'insère à contre-courant de la tendance actuelle qui réduit au plan interne de telles immunités au nom de l'exigence d'effectivité. La solution résiderait sans doute dans le retrait pur et simple du décret n°24/04 du 21 Aout 2024.

BIBLIOGRAPHIE

- Acte Uniforme portant Procédure Simplifié de Recouvrement et Voies d'Exécution, in n° spécial-RDC du 15 novembre 2023.
- MINEME J.-B. A., Exécution forcée sur les biens des entités publiques www.Google.Com, consulté le 02 décembre 2024.
- KOLONGELE D.-C., « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit de l'OHADA contre les entreprises publiques et personnes publiques ? » In *Doc et Juris Revue de droit privé, Actualités du droit congolais et OHADA* ; n°001, Kinshasa, Janvier-Février-Mars 2014.
- KUMBU J.-M et MALUNDAMA J., *Les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales face à l'immunité d'exécution en droit congolais*, I.A.D.H.D, Kinshasa, 2022.
- MULENDA J.-M, *Droit civil des obligations, Notes de cours, deuxième graduant*, ULK, 2012-2013.
- MULENDA J.-M, *La protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : Etude du droit congolais et des systèmes juridiques belge et français*, vol.I, Thèse, UCL, 2009-2010.
- NGENGE J.-R, *L'immunité d'exécution des biens des personnes et entreprises publiques en droit OHADA*, mémoire de fin d'Etude, UNIKIN, 2018-2019.
- Constitution congolaise du 18 février 2006, telle que modifiée et complétée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution de la République démocratique du Congo ; in J.O. RDC, 52^{ème} année, n° spécial.

- Décret n°24/04 du 21 Aout 2024 portant sauvegarde du patrimoine des entreprises publiques et établissements publics, et services publics (Service de documentation de la Primature, Kinshasa/Gombe).