Université Catholique de Louvain

Faculté de Droit

Département de Droit Public

LA PROTECTION DES CRÉANCIERS DES POUVOIRS ET ORGANISMES PUBLICS FACE AU PRIVILÈGE DE L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION : ÉTUDE DU DROIT CONGOLAIS ET DES SYSTÈMES JURIDIQUES BELGE ET FRANÇAIS

Volume 1

Dissertation présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

par

Jean-Marcel MULENDA KIPOKE

Promoteur :
DIANE DEOM

Comité d'encadrement
PATRICK WERY
PIERRE d'ARGENT

Année académique 2009-2010

Dédicace

A ma chère épouse

A mes chers enfants

A Caroline, ma mère

Je dédie ce travail.

AVANT-PROPOS

L'auteur tient à exprimer ses vifs remerciements à tous ceux qui, de près ou de loin, l'ont aidé à mener comme il se doit la réalisation de cette étude :

Mme le Professeur DIANE DEOM
M. le Professeur PATRICK WERY
M. le Professeur PIERRE d'ARGENT

Mmes et MM.
MADI KADIMA NZUZI
GEORGES WETSHIODIMA
KANGULUMBA MBAMBI VINCENT
KOMBA LOFALATA
TASSA GASPARD

ainsi qu'à Madame MARIE-ELISE BOUCHONVILLE qui en a assuré la mise en page.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

A.C.D.I.	Annuaire de la Commission du droit international
A.C.T.	Acte Constitutionnel de la Transition
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.F.D.L.	Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo
A.J.D.A.	Actualité juridique-Droit administratif
Art.	Article
B.A.C.S.J.	Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice
B.O.	Bulletin Officiel
C.A.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation de Belgique
Cass. fr.	Cour de cassation de France
C.D.I.	Commission de droit international
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Cour européenne des Droits de l'Homme
C.I.J.	Cour internationale de justice
Civ.	Tribunal civil
Civ. Brux.	Tribunal civil de Bruxelles
C.N.S.	Conférence Nationale Souveraine
C.O.C.J.	Code de l'Organisation et de la Compétence Judiciaires
Concl.	Conclusion
C.P.A.S.	Centre public d'aide sociale
C.S.J.	Cour suprême de justice
D.	Recueil Dalloz
Doc. Parl.	Documents parlementaires
Ed.	Edition (édité par)
EPIC.	Entreprise publique industrielle et commerciale
etc.	*et caetera*
G.P.	Gazette du Palais
Ibidem	Même auteur, même endroit
Idem	Même auteur
J.C.P.	Juris-classeur périodique (La semaine juridique) : Paris
J.C.P. G.	Juris-classeur périodique (La semaine juridique) édition générale
J.L.M.B.	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
J.O. RDC	Journal Officiel de la République démocratique du Congo
J.O. Fr	Journal Officiel de la République française (lois et décrets)

J.T.	Journal des tribunaux
Kin.	Kinshasa
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris)
M.B.	Moniteur belge
M.D.H.	Ministère des Droits Humains
Obs.	Note d'observation
OHADA.	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
op. cit.	Précité (ouvrage déjà cité)
p.	Page
pp.	Pages
Pas.	Pasicrisie
P.U.F.	Presses Universitaires de France
P.U.Z.	Presses Universitaires du Zaïre (RDC)
R.A.	Revue de l'administration et de droit administratif de la Belgique
R.A.D.	Revue de Droit Africain
R.A.D.I.C.	Revue Africaine de Droit international et de Droit comparé
R.A.J.C.	Revue Analytique de la Jurisprudence du Congo
R.A.J.Z.	Revue Analytique de la Jurisprudence du Zaïre
R. Arb.	Revue de l'arbitrage
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.C.A.D..	Recueil des cours de l'académie de droit international
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.C.	République démocratique du Congo
R.D.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
Rev. adm.	Revue administrative
Rép. not.	Répertoire notarial
R.G.D.C.	Revue générale de droit civil belge
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.J.Z.	Revue juridique du Zaïre (RDC)
R.R.D.	Revue régionale de droit
s.	Suivant (e) (s)
T (t).	Tome
T.C.	Tribunal des Conflits
U.C.L.	Université Catholique de Louvain-la-Neuve
ULg.	Université de Liège
UNIKIN.	Université de Kinshasa
Voy.	Voyez (Que l'on veuille bien se référer à…)

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I. POSITION DU PROBLÈME

1. Question complexe située à la frontière du juridique et de l'économique. La problématique de la protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics constitue l'une des questions cruciales qui ont suscité et suscitent encore nombre d'interrogations et de controverses en raison de l'existence d'un principe général de droit interdisant l'usage de voies d'exécution forcée de droit commun à l'encontre des personnes publiques[1]. Elle est une préoccupation inséparable de celle de la garantie des « droits fondamentaux »[2] et du développement. Car, il ne peut y avoir Etat de droit et développement là où l'application rigoureuse de l'immunité d'exécution rend difficile la mise en oeuvre de décisions de justice et érode constamment la crédibilité des pouvoirs publics au point de les empêcher d'avoir facilement accès au crédit et à l'investissement public ou privé.

En effet, la protection des créanciers a souvent été à la base des préoccupations du législateur. Celui-ci n'a cessé de développer, face à l'accroissement de l'endettement, des règles et des mécanismes tendant à vaincre le mauvais vouloir de certains débiteurs récalcitrants qui, pour faire face aux échéances les plus immédiates ou simplement pour échapper, en tout ou en partie au recouvrement de la créance, sont tentés soit d'aggraver leur endettement, soit d'organiser leur appauvrissement fictif.

En droit commun, les créanciers disposent contre un débiteur défaillant des moyens d'action directs et indirects. Ils peuvent notamment faire usage à son encontre de l'action oblique[3], de

---

[1] Cette étude est consacrée à la protection des créanciers des personnes assurant une mission de service public : pouvoirs et organismes publics, mais aussi les concessionnaires de service public.

[2] AHMED SALEM OULD BOUBOUTT : « Les voies d'exécution contre les personnes publiques en droit mauritanien », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993, Montréal, Ed. Aupelf-Uref, 1994, pp. 583 et s.

[3] L'action oblique est celle qui est exercée par le créancier pour venir à bout d'un débiteur qui néglige de faire valoir ses droits (P. WERY, *Droit des obligations*, tome II, diffusion universitaire, CIACO, Bruxelles 2008-2009, p. 425). C'est l'action exercée par le créancier contre le débiteur de son débiteur (sous-débiteur). La particularité de l'action oblique est que le produit récupéré n'appartient pas directement au créancier

l'action directe[4], de l'action paulienne[5], de la menace d'action en résolution[6], de l'exception d'inexécution[7], mais aussi et surtout de voies d'exécution forcée[8] de droit commun. Celles-ci permettent au créancier non payé et échaudé par des déconvenues antérieures de son débiteur d'agir directement sur ses biens en vue d'obtenir, par les mécanismes de saisie (conservatoire ou exécutoire), paiement de ce qui lui est dû.

Cependant, si l'exécution forcée sur les biens d'un débiteur insolvable, personne privée, ne semble soulever aucun problème en tant qu'elle permet d'assurer l'effectivité du droit dit par les juridictions et demeure autorisée dans l'ensemble des législations positives, tel n'est pas le cas en droit administratif où il est un principe général du droit selon lequel les biens des personnes morales de droit public sont insaisissables et sont, de ce fait, frappés d'immunité d'exécution. En vertu de ce principe, une personne privée titulaire d'une décision de justice exécutoire portant reconnaissance de son droit vis-à-vis de la puissance publique ne peut donc, par principe, recourir à l'exécution forcée et pratiquer la saisie-conservatoire ou exécutoire sur les biens de son débiteur[9].

---

poursuivant. Il tombe d'abord dans le patrimoine du débiteur principal où il constitue le gage commun de ses créanciers (P. WERY, *op. cit.*, p. 425).

[4] L'action directe est exercée directement par le créancier contre le débiteur de son débiteur (sous-débiteur). Cette action profite exclusivement au créancier poursuivant (P. WERY, *op. cit.*, p. 422).

[5] L'action paulienne est une action exercée par le créancier contre les actes accomplis par son débiteur en fraude de ses droits. Elle est une action révocatoire parce qu'elle tend à rendre inopposable au créancier poursuivant les actes accomplis par le débiteur en fraude de ses droits. Ceci permet de préserver le patrimoine du débiteur en tant que gage général de ses créanciers. Pour plus des détails, voy. P. WERY, *op. cit.*, pp. 434 et s.

[6] L'action en résolution permet à la partie victime de l'inexécution d'obtenir du juge le rétablissement de la situation antérieure ou originaire, c'est-à-dire, la fin du contrat. La résolution est en principe judiciaire.

[7] L'exception d'inexécution dite « *exceptio non adimpleti contractus* » est un droit reconnu à une partie au contrat de refuser d'exécuter son obligation lorsque l'autre partie n'a pas exécuté la sienne. Exemple, le vendeur peut refuser de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix.

[8] A propos de l'expression « exécution forcée », P. WERY note : « *Pour être usuelle, l'expression n'en reste pas moins polysémique. Dans le sens que lui donnent les processualistes, elle s'entend des voies d'exécution qui permettent au créancier, le cas échéant avec l'aide de la force publique, d'obtenir l'exécution de la condamnation du débiteur contre son gré* » (P. WERY, *op. cit.*, p. 420).

[9] La saisie conservatoire est, selon M. FONTAINE, une procédure judiciaire par laquelle le saisissant obtient une interdiction faite à une personne (le saisi) de se dessaisir de certains biens en sa possession. Cette procédure est opérée soit uniquement à des fins conservatoires (saisies conservatoires), soit à des fins d'exécution forcée sur les biens saisis, pour obtenir un paiement dû (saisie-exécution). Voy. P. WERY, *op. cit.*, p. 423. Les saisies conservatoires sont considérées comme un premier pas dans la voie de l'exécution forcée (A. M. STRANART et P. GOFFAUX : « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412*bis* du Code judiciaire », *J.T.*, 1995, p. 438.

Cette règle trouve sa justification, selon la doctrine[10], dans la nécessité d'assurer la continuité et la régularité du service public parce que la mission de satisfaction de l'intérêt général dévolue à l'Administration ne peut être mise en péril par des interventions intempestives des particuliers poursuivant l'exécution, à des fins personnelles, des condamnations judiciaires prononcées en leur faveur. Il s'agit là d'un régime de faveur accordé à la puissance publique dans ses rapports avec les particuliers et qui, considéré dans certains systèmes juridiques comme un principe « sacro-saint » auquel on ne peut déroger[11], place l'Administration dans une situation privilégiée par rapport à ses partenaires.

2. Immunité d'exécution des personnes publiques : un principe général de droit à caractère absolu. La prohibition de la contrainte à l'égard de l'Administration fut d'abord affirmée en droits français et belge en tant que principe de droit général et absolu auquel on ne pouvait déroger. Elle fut d'autant plus rigoureuse qu'elle eût, en définitive, un caractère dogmatique[12]. Ce dogme s'est maintenu au fur et à mesure du contrôle juridictionnel de l'Administration et la jurisprudence traditionnelle en a fait de nombreuses applications en dépit du fait qu'il n'était consacré par aucun texte légal[13].

Ainsi, en droit français, le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques fut très tôt reconnu à l'Etat par la Cour de cassation dans son arrêt *Enregistrement c/ Jousselin* du 31 mars 1819[14]. Il fut ensuite étendu aux collectivités publiques territoriales[15] et aux

---

[10] Notamment F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN : « L'immunité d'exécution des personnes juridiques en droit public », *R.R.D.*, n° 45, janvier 1988, p. 9 ; M.A.FLAMME, « Un principe général de droit administratif : l'interdiction des voies d'exécution forcée à l'égard des personnes publiques », *Rev. adm.*, 1966, pp. 126-131 ; M VAUTHIER, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *R.I.D.C.*, 1958, p. 394.

[11] Cas de la RDC qui considère, même à l'heure actuelle, que ce principe doit être appliqué dans toute sa rigueur. Par ailleurs, l'immunité d'exécution n'est pas le seul privilège dont jouit l'Administration. Celle-ci bénéficie également du privilège du préalable et du privilège de l'exécution d'office. Le premier permet à l'acte administratif de lier unilatéralement le tiers par la présomption de conformité au droit dont il bénéficie dès sa naissance ; le second autorise l'administration compétente, en cas de résistance, à recourir à la force publique sans l'autorisation préalable du juge. Pour une étude approfondie de deux privilèges, voy. notamment M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, éd. La charte, Bruxelles 2001, p. 2.

[12] J. LE BRUN et D. DEOM, « L'exécution des créances contre les pouvoirs publics », *J.T.*, 1983, p. 261 ; A. VERHEYDEN, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *R.R.D.*, 1991, p. 387.

[13] J. LE BRUN et D. DEOM cités par F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 9. Depuis la loi du 30 juin 1994 introduisant dans le Code judiciaire un article 1412*bis*, ce principe est légalement consacré en droit belge. De même, il est actuellement prévu à l'article 1er alinéa 3 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

[14] Cass., 31 mars 1819, *Enregistrement c/Jousselin* (Ainsi, était-il affirmé qu'un particulier persévérant et obstiné, soucieux avant tout de ses légitimes et égoïstes intérêts au mépris de l'intérêt général, ne pouvait ni obliger, ni contraindre l'autorité publique[14]. Voy. AHMED SALEM OULD BOUBOUTT, *op. cit.*, p. 585).

établissements publics traditionnels[16] avant d'être appliqué aux établissements publics à caractère industriel et commercial[17]. Quant à la Belgique, la consécration jurisprudentielle de l'interdiction de la force à l'encontre des personnes morales de droit public remonte à l'arrêt de la Cour de cassation du 30 décembre 1841[18]. Cette jurisprudence fut reprise par la Haute cour dans ses nombreux arrêts ultérieurs[19]. Mais, la tendance à la protection des personnes publiques par la Cour suprême belge franchit un pas décisif dans son célèbre arrêt du 26 juin 1980 qui, selon les commentateurs, eût non seulement le mérite de condamner l'Administration à une obligation de faire, mais aussi d'interdire, au nom de l'immunité d'exécution, toute substitution de particuliers à l'Etat dans l'exécution de la condamnation[20].

Cette prohibition jurisprudentielle de la contrainte vis-à-vis de l'Etat n'a malheureusement pas été appréhendée par les tribunaux de la République démocratique du Congo (ci-après RDC). En effet, bien que repris en tant que principe général de droit absolu et intransigeant, le privilège de l'immunité d'exécution n'a jamais été solennellement affirmé par la jurisprudence en RDC. L'importance pratique de ce privilège a toujours été mise en exergue dans ce système au motif qu'il est appelé à guider tous les acteurs de la vie administrative au quotidien, qu'il s'agisse du fonctionnaire, du juge, du décideur politique et même du simple administré.

---

[15] Le principe de l'immunité d'exécution des communes et des départements a été nettement affirmé en France par la Cour de cassation dans son arrêt de 1938 (Req., 15 février 1938, *D.*, 1938, I, 126). Mais, on peut citer avant cette intervention de la Haute cour, deux avis du Conseil d'Etat datant respectivement du 12 août 1807 et du 26 mai 1813. Ces avis énoncent que « pour obtenir un paiement forcé, le créancier d'une commune ne peut jamais s'adresser qu'à l'Administration » ; « il n'y a lieu ni à délivrance de contrainte contre le receveur, ni à citation devant les tribunaux, ni à saisie-arrêt entre les mains du receveur de la commune ou des débiteurs de la commune… ». Une seule solution : « se pourvoir par-devant le préfet » (CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, « Les personnes de droit public bénéficiaires de l'immunité d'exécution », in Colloque sur *Les immunités des Etats en droit international*, 31 janvier et 1er février 1969, Bruxelles, p. 39).

[16] Arrêt *Canal de Gignac* (T. C., 9 déc. 1899, *Association Syndicale du canal de Gignac*, *Rec. Leb.*, 731, *S*, 1900, 3, 49, note Hauriou, Gr. Ar., p. 28). Dans cet arrêt, le tribunal affirme que « *les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances entre particuliers ne peuvent être suivies vis-à-vis des établissements publics* ».

[17] Arrêt de la Cour de cassation du 21 déc. 1987 dit *arrêt BGRM* (Bureau de Recherches Géologiques et Minières). Cet arrêt apporta un certain nombre de précisions sur l'immunité d'exécution de ces établissements après les incertitudes créées à cet égard par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 1951 dit *arrêt SNEP* (Société Nationale Des Editions des Presses). Pour plus de détails voy. AHMED SALEM OULD BOUBOUTT, *op. cit.*, p. 585 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 40-41.

[18] Cass., 30 décembre 1841, *Pas.*, 1841, I, 25.

[19] Notamment Cass., 13 octobre 1966, *J.T.*, 1967, 78 ; Cass., 26 avril 1966, *Rev. adm.*, 1966, 126.

[20] Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1341.

3. Critiques doctrinales de l'absolutisme attaché au principe. Mais, fallait-il faire confiance à l'Etat et s'attendre à ce que, en honnête personne, il respecte le droit qu'il avait lui-même forgé d'autant qu'il pouvait se montrer récalcitrant et refuser par malveillance d'exécuter une décision de justice rendue en son encontre ? Par ailleurs, le créancier bénéficiaire du droit consacré par les juges, devait-il demeurer dans l'impasse et assister impuissant à l'inexécution de la décision de justice sans que soient proposées des solutions assurant au mieux la protection de ses intérêts ?

Face à ces interrogations fondées sur la crainte de l'omnipotence des pouvoirs publics jugés incapables de se contraindre eux-mêmes, apparut (vers la deuxième moitié du 20ème siècle) la nécessité de protéger les créanciers contre un privilège exorbitant dont l'application rigoureuse plaçait les débiteurs publics à l'abri de pressions de leurs partenaires. Des voix s'élevèrent en doctrine pour s'opposer contre une prérogative jugée injuste et contraire aux idéaux fondamentaux d'un Etat de droit dont le concept implique que l'Etat ne soit pas au-dessus des lois, mais exécute des fonctions régies et encadrées par le droit[21].

J. LE BRUN et D. DEOM notèrent à cet égard : « … *Au moment où les pouvoirs publics sont décidément descendus dans l'arène de la vie économique, il a paru nécessaire de s'interroger si les solutions admises ne devaient pas souffrir des exceptions et de soumettre à la réflexion certaines formules aptes à protéger davantage les droits des créanciers des pouvoirs et organismes publics* »[22].

---

[21] Pour la doctrine opposée à l'absolutisme de l'immunité d'exécution en droit français voy. notamment : J. TERCINET, « Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ? », *A.J.D.A.*, 1981, p. 3 ; D. LINOTTE : « Exécution des décisions de justice administrative et astreinte en matière administrative (Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980), *JCP*, 1981 n° 3011. En droit belge voy., à titre exemplatif : A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3ème éd., Larcier, Bruxelles 1959 ; J.J. STRYCKMANS, « L'application des voies d'exécution forcée aux associations des Communes », *J.T.*, 1964, pp. 321-325 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 1-48 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Examen de la jurisprudence ; droit judiciaire privé. Saisies conservatoires et voies d'exécution », *R.C.J.B.,* 1987, pp. 413-425 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 261-272 ; M. DONY, « L'interdiction totale des voies d'exécution à l'égard des personnes publiques est-elle justifiée ? », *Rev. adm.*, 1985, pp. 82-96 ; A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, pp. 437-447. *En droit congolais*, voy. notamment : KALONGO MBIKAYI, « Le régime des sûretés des entreprises publiques en droit zaïrois », *R.J.Z.*, 1978, pp. 21-27 ; NSAMPOLU IYELA : « Exécution des décisions rendues en matière de droit privé par les juridictions de droit écrit », *R.J.Z.*, 1984, pp. 66-67 ; MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendues en matière administrative », *R.J.Z.*, 1984, p. 85 ; KISAKA KIA NGOY, « La suspension administrative de l'exécution des décisions judiciaires », *R.A.J.Z.*, 1997, pp. 85-94 ; V. KANGULUMBA MBAMBI, « L'exécution des décisions judiciaires par les personnes morales de droit public en droit judiciaire congolais », *R.A.D.I.C.*, juin 1999, pp. 296-315.

[22] J. LE BRUN et DIANE DEOM, *op. cit.*, p. 261.

De même s'appuyant sur l'idée d'un Etat de droit A. VAN DER STICHELE fit observer : « *Si la régularité des services publics ne peut être ni interrompu, ni suspendue pour des intérêts personnels, la sauvegarde des droits des créanciers cocontractants des pouvoirs et organismes publics implique que l'interdiction de toute exécution forcée contre les personnes publiques soit relativisée afin de ne pas porter atteinte à ces droits et sauvegarder, ipso facto, les exigences d'un Etat de droit démocratique. Car la logique d'un tel Etat s'oppose à ce qu'au nom de l'intérêt général, l'administration puisse méconnaître impunément des droits manifestes des créanciers et fasse abstraction de l'autorité de la chose jugée…* »[23].

Enfin, soucieux de mettre l'accent sur l'aspect « égalitaire » des partenaires dans les relations d'affaires A.J. TAMMES soutint : « *lorsque la personne juridique que l'Etat constitue, descend de son sommet souverain pour rejoindre l'agitation de la place du marché, il n'y a pas lieu de lui réserver une place exceptionnelle au détriment des autres personnes juridiques qu'elle y rencontre* »[24].

Pour tout dire, l'approche doctrinale adoptée tant en France qu'en Belgique au sujet de la protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics dans un monde de plus en plus marqué par la présence de l'Etat dans l'activité économique (Etat entrepreneur, Commerçant, Assureur, Financier, Agriculteur), marqua une certaine évolution dans la perception de leurs besoins et de leurs droits. Sans contester l'importance du privilège de l'immunité d'exécution dans la satisfaction, par l'Administration, des intérêts de la communauté, la doctrine estimait néanmoins que le temps était venu pour s'opposer contre l'absolutisme généralement et séculairement attaché à ce privilège afin d'assurer dans une certaine mesure l'égalité dans les rapports d'affaires entre l'Etat et ses partenaires.

4. Revirement jurisprudentiel. Cette évolution doctrinale ne laissa pas indifférente la jurisprudence. Ainsi s'inscrivant dans la logique instituée par les auteurs[25] tendant à voir atténuer le dogmatisme attaché à l'immunité d'exécution, certaines juridictions s'engagèrent totalement sur le chemin de la contestation à l'Administration d'un privilège jugé vicieux et excessif.

---

[23] A. VAN DER STICHELE, cité par F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 10.

[24] A. J. TAMMES, *International Publiekrecht*, Haarlem, 1966, p. 111. Voy. aussi R. VENNEMAN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, éd. de l'Institut de Sociologie, 1971, pp. 123 et s.

[25] Notamment ceux cités ci-dessus.

5. Restriction jurisprudentielle belge du principe. Le revirement le plus frappant fut observé en droit belge[26]. Rejetant en effet la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation ayant consacré l'absolutisme du principe, le juge des saisies de Bruxelles affirma dans son jugement du 5 juin 1986 rendu dans l'affaire *Ville de Bruxelles c/L.*[27] que l'interdiction de la contrainte à l'égard de l'Administration fondée principalement sur la continuité du service public ne devait plus être considérée comme ayant un caractère absolu. Ce faisant, le juge des saisies brisa l'absolutisme jadis reconnu à l'immunité d'exécution et consacra le pouvoir du juge de mesurer, par la mise en balance des intérêts en présence, le rapport entre les nécessités du service public et l'exécution forcée.

Cette position du juge des saisies de Bruxelles eut un grand retentissement en milieu juridictionnel où elle exerça une grande influence sur d'autres juridictions au point qu'elle permit même à la Haute cour (Cour de cassation belge) d'opérer un changement d'attitude en se montrant par la suite plus favorable aux restrictions à imposer à l'immunité d'exécution.

La Cour de cassation reconnut, pour la première fois, le caractère relatif de l'immunité d'exécution des personnes publiques dans un cas particulier de saisie-description pratiquée entre les mains de la Région wallonne sur un brevet soupçonné de contrefaçon. Dans cette affaire, la Cour affirma solennellement que « *le principe de l'immunité d'exécution qui tend seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonction ne s'oppose pas à ce qu'un juge adresse des injonctions à l'administration et ordonne la saisie d'un bien de l'Etat dans la mesure où celle-ci ne porte pas atteinte à la continuité du service public* ». *Quod non a contrario*.

Ainsi fut scellé en jurisprudence belge, quoique de façon moins unanime[28], le caractère relatif de l'immunité d'exécution des personnes publiques afin d'assurer la défense des intérêts des créanciers, partenaires publics ou privés de l'Etat.

6. Attitude ambivalente française. Quant à la France, elle eut une attitude ambivalente en matière d'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Car, elle demeura

---

[26] Ce mouvement fut surtout observé en Belgique car la France était restée fidèle à l'absolutisme lié au principe, alors que la RDC ne cherchait nullement à y apporter des restrictions.

[27] Civ. Bruxelles, 5 juin 1986, *R.R.D.* 1986, pp. 335 et s.

[28] En dépit de l'évolution sus indiquée, d'autres tribunaux belges préféraient rester fidèles à l'immunité d'exécution des personnes publiques (cfr *infra,* nos développements ultérieurs à ce sujet, surtout au n° 127).

partagée entre le souci de préserver la rigueur attaché au principe et la volonté d'y apporter certaines restrictions.

7. Volonté de consécration légale des restrictions de l'immunité d'exécution en France et en Belgique. De ce qui précède, la nouvelle préoccupation des systèmes juridiques belge et français fut désormais de couler, sous forme de lois, les différentes tendances évolutives afin de fixer définitivement les esprits sur la question de la « remise en cause » de l'immunité d'exécution.

Dans cette perspective, un pas décisif fut franchi vers la fin du siècle dernier. Suivant, en effet, les évolutions doctrinales et jurisprudentielles sus-évoquées, les législateurs français et belge ont, par le jeu des réformes successives, apporté d'importantes restrictions au privilège de l'immunité d'exécution[29] au point d'en atténuer fortement la rigueur. La loi française n° 80-539 du 16 juillet 1980, telle que modifiée et complétée à ce jour, relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public[30] ainsi que celle belge du 30 juin 1994 insérant dans le Code judiciaire un article 1412*bis* autorisant la saisissabilité limitée des biens des personnes publiques[31] en constituent des illustrations les plus remarquables. Elles forment, pour reprendre l'heureuse expression d'AHMED SALEM OULD BOUBOUTT, le « noyau dur » de la protection des créanciers contre les personnes publiques dans ces pays.

Par ces consécrations législatives, la France et la Belgique ont donc inscrit en lettres d'or, quoique avec des recettes différentes, leurs systèmes juridiques respectifs dans le mouvement général d'atténuation du privilège de l'immunité d'exécution, laissant ainsi la RDC seule attachée à l'absolutisme du principe.

8. Oppositions entre les droits belge et français en matière de tempéraments à l'immunité d'exécution des personnes publiques. Cependant, en dépit de ces réformes dont l'importance dans la sauvegarde des droits des créanciers de l'Etat n'est plus, à l'heure actuelle, sujette à caution, force est de souligner que la mise en œuvre de celles-ci demeure

---

[29] Ainsi, la RDC demeurait le seul Etat sous examen à appliquer rigoureusement le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques sans y apporter formellement aucune restriction.

[30] *J.O.* Fr, 17 juillet 1980.

[31] *M.B.*, 21 juillet 1994, p. 19108-19110.

souvent confrontée à quelques difficultés d'ordre pratique que nous ne manquerons pas d'épingler dans nos développements ultérieurs[32].

Relevons simplement dès à présent que si le droit belge rejoint le droit français sur l'idée d'une conception limitée du privilège de l'immunité d'exécution des personnes publiques, une importante distinction oppose les deux systèmes juridiques au sujet de la problématique qui nous occupe. Alors que le droit français met l'accent sur la nécessité d'une exécution rapide des condamnations pécuniaires infligées aux personnes publiques en instituant un système d'ordonnancement et de mandatement d'office des sommes dues[33] ; le droit belge, par contre, se contente d'atténuer la rigueur du privilège de l'immunité d'exécution des personnes publiques en autorisant une saisissabilité limitée non seulement des biens de ces personnes jugés manifestement pas utiles à leur mission de service public, mais aussi des biens figurant sur une liste établie, à cet égard, par l'organe ou les organes compétents de la personne publique[34].

Il en résulte que le législateur belge est favorable à la saisie des biens des personnes publiques jugés non utiles à l'exercice par elles de leur mission de service public tandis que son homologue français demeure toujours opposée à l'usage de toute voie d'exécution forcée de droit commun sur les biens de l'Etat et de ses démembrements. A la place de la saisie, le législateur français privilégie le recours aux voies d'exécution forcée d'une nature particulière dénommées « voies d'exécution administratives ».

Par ailleurs, le droit français soumet toutes les personnes publiques à un même régime juridique. Ainsi, aucune distinction n'y est établie entre les personnes publiques traditionnelles (Etat, Collectivités locales, Etablissements publics à caractère administratif) et les établissements publics à caractère industriel et commercial qui, tous, bénéficient du privilège de l'immunité d'exécution[35]. Cette solution n'est pas applicable en droit belge où

---

[32] Allusion faite au défaut du caractère obligatoire d'établissement de la liste des biens saisissables en Belgique et à la reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution aux établissements publics à caractère industriel et commercial en France.

[33] Du moins en ce qui concerne les condamnations infligées à l'Etat. Article 1er, point I de la loi du 16 juillet 1980 (texte mis à jour le 15 avril 2000 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000).

[34] Article 1412*bis*, §2, points 1° et 2°.

[35] Le droit mauritanien, par contre, établit une nette distinction entre les personnes publiques traditionnelles (Etat, collectivités publiques territoriales, établissements publics à caractère administratif) non soumises aux voies d'exécution forcée de droit commun et les établissements publics à caractère industriel et commercial non

une certaine différenciation semble être établie, en matière de saisie, entre les biens des entreprises publiques autonomes et ceux des autres personnes publiques.

En effet, bien que les tempéraments apportés à l'immunité d'exécution en droit belge portent davantage sur le champ d'application *ratione materiae* que *ratione personae*, le législateur belge soustrait expressément de la portée de l'article 1412*bis* les entreprises publiques autonomes dont les biens ne sont insaisissables, d'après l'article 8 alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991, que dans la mesure où ils sont entièrement ou partiellement affectés à la mise en œuvre par elles de leurs tâches de service public. Bien plus, une certaine tendance doctrinale[36] considère que malgré les termes généraux utilisés par le législateur pour définir la portée de l'immunité d'exécution des personnes publiques en droit belge « *Les biens appartenant à l'Etat, aux Régions… et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables* »[37], une distinction doit être établie entre le service public économique, bénéficiant de l'immunité d'exécution et les entreprises publiques au sens strict (ou entreprises à participation publique) qui devront, selon ces auteurs, rester soumises au droit commun.

Dès lors, l'application du privilège de l'immunité d'exécution aux organismes publics reste strictement limitée, en droit belge, aux établissements publics dits traditionnels et aux services publics économiques. Les entreprises publiques proprement dites auxquelles les pouvoirs publics apportent leur concours financier sous forme de prises de participation, sans leur assigner une mission de service public industriel et commercial, sont donc exclues de la sphère de l'immunité d'exécution.

Toutefois, au regard des difficultés liées à l'établissement de la frontière entre le service public à caractère économique et l'entreprise publique au sens strict, la saisissabilité des biens devra ici être appréciée, selon les auteurs précités, en fonction du critère de finalité dit

---

bénéficiaires de l'immunité d'exécution (voy. AHMED SALEM OULD BOUBOUTT, *op. cit.*, p. 584). En RDC, les établissements publics à caractère industriel et commercial sont à l'heure actuelle transformés en sociétés commerciales, dès lors ils ne sont plus soumis à l'immunité d'exécution (voy. nos développements ultérieurs à ce sujet, surtout au n° 61).

[36] Représentée notamment par J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 266 ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 392.

[37] Article 1412*bis*, §1.

fonctionnel en tenant compte du contexte du cas d'espèce, c'est-à-dire, de la loi ou du décret ayant prévu la participation des pouvoirs publics[38].

9. Cas particulier de la RDC : attachement au caractère absolu de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Le principe de l'interdiction de toute voie d'exécution forcée contre les pouvoirs et organismes publics fut, à l'instar d'autres principes généraux du droit, introduit dans l'arsenal juridique congolais par le droit belge[39], lui-même issu du droit français. Cependant, à la différence des droits belge et français qui l'ont inspiré, le droit congolais n'a subi aucune évolution sur la question qui nous préoccupe. Des décrets, arrêtés, circulaires, instructions de service, lettres et déclarations ont été pris soit pour interdire toute condamnation, soit pour exiger, le cas échéant qu'aucune exécution ne s'en suive[40] malgré le soutènement d'une certaine doctrine très critique à l'égard du dogmatisme attaché au privilège de l'immunité d'exécution des personnes publiques congolaises[41].

De manière particulière, les autorités judiciaires congolaises ont cherché, depuis 1975, à régler cette question cruciale de société sans clairement vouloir se démarquer de l'application intransigeante du principe. Le premier texte y relatif est la lettre circulaire du Premier président de la Cour Suprême de Justice du 13 août 1975 ainsi libellé : « *Aucun greffier et huissier (sic) ne sont autorisés à dater de ce jour à pratiquer une quelconque saisie-exécution sur un bien appartenant à une entreprise zaïrianisée*»[42].

Bien plus, revenant sur cette importante question suite aux nombreuses difficultés enregistrées dans la mise en œuvre du principe, le Commissaire d'Etat à la justice (Ministre de la Justice) déclarait en 1984 ce qui suit : « *Les difficultés relevées ci-dessus m'ont poussé, de lege ferenda, à envisager une solution légale qui mettrait un terme sur le comportement de certains magistrats et huissiers de justice qui méconnaissent le privilège d'inexécution forcée contre les parastataux et surtout à celui des responsables des sociétés paraétatiques qui*

---

[38] A. VERHEYDEN, *ibidem*., p. 392.

[39] Sous l'effet de la colonisation.

[40] V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit*., p. 297.

[41] Pour la doctrine congolaise opposée au caractère absolu du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques, voy. *supra* n° 3 ainsi que les références reprises en bas de page.

[42] MUEPU MIBANGA, *op. cit*., p. 85.

narguent l'autorité et le prestige qui s'attachent aux décisions judiciaires régulièrement rendues et dont l'exécution est assurée au nom du Président-Fondateur du Mouvement Populaire de la Révolution, Président de la République. C'est dans cet objectif que mon Département vient de proposer au Conseil exécutif (Gouvernement) l'adoption d'un texte de loi affirmant expressément en droit positif zaïrois le principe de non-exécution forcée contre l'Etat, ses entités décentralisées et les parastataux (…). Ce texte est déjà adopté par le Conseil Exécutif et sera soumis incessamment à la sanction du Chef de l'Etat »[43].

Bien que la sanction souhaitée du Président de la République n'intervint jamais à propos de ce prétendu projet de loi, il n'en demeure pas moins que les déclarations et prises de position ci-dessus reprises traduisent l'option du droit positif congolais de demeurer fidèle au « dogme » de l'immunité d'exécution des personnes publiques étendue curieusement, à l'époque, même au-delà du champ d'application de l'immunité parce que celle-ci devait bénéficier également aux entreprises zaïrianisées et parastatales qui, par définition, n'avaient pas toutes un caractère public.

En effet, au regard des mesures du 30 novembre 1973 dites de la « Zaïrianisation », les entreprises zaïrianisées étaient celles dont la propriété fut transférée, moyennant indemnisation, à des Congolais (personnes privées) appelées pour la circonstance « acquéreurs ». Ces entreprises furent pour la plupart des entreprises industrielles, commerciales ou agricoles. Les grandes entreprises du secteur agro-industriel étaient, quant à elles, acquises par l'Etat[44].

Ainsi, le concept « entreprises zaïrianisées » désignait aussi bien les entreprises privées acquises par les Congolais, personnes privées, que les entreprises agro-industrielles dont la propriété fut transmise à l'Etat[45]. Cette imprécision du concept eut pour conséquence d'étendre l'application du privilège de l'immunité d'exécution aux entreprises non-publiques,

---

[43] BAYONA BA MEYA, *op. cit.*, p. 104.

[44] R. MASAMBA MAKELA, *Droit économique congolais*, éd. Droit et Idées nouvelles, Louvain-la-Neuve, Académia Bruylant, 2006, p. 88.

[45] Souligné par nous.

c'est-à-dire, aux entreprises privées et parastatales, qui en principe ne sont pas bénéficiaires de cette prérogative[46].

Mais, l'attachement de la RDC au caractère absolu de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public ne fut pas seulement exprimé en termes de déclarations et prises de position politiques. La Conférence Nationale Souveraine (C.N.S.) appelée à jeter les bases d'un Etat congolais véritablement démocratique s'est également inscrite dans la même logique en prônant (huit ans après l'intervention du Ministre de la justice, soit en 1992) *l'élaboration d'une loi interdisant formellement l'exécution forcée des décisions judiciaires contre l'Etat et les établissements publics*. Cela ressort du rapport de la Commission juridique de cette instance ainsi libellé :

« *Considérant que dans l'état actuel du droit judicaire zaïrois, aucun texte législatif n'interdit formellement l'exécution des décisions judiciaires ni contre l'Etat, ni contre les établissements publics ;*

« Considérant que dans l'intérêt de la Communauté nationale, le fonctionnement des services publics ne peut être interrompu par l'exécution intempestive des décisions judicaires ;

Recommande :

— *l'élaboration d'une loi interdisant formellement l'exécution forcée des décisions contre l'Etat et les établissements publics ;*

— *l'allocation au Gouvernement chaque année d'un crédit conséquent pour l'exécution des décisions judicaires »*[47].

---

[46] Une entreprise parastatale est définie au sens étymologique comme étant une entreprise semi-publique, c'est-à-dire, une entreprise mixte (voy. petit Larousse illustré 2001). C'est une entreprise dans laquelle le capital social associe la participation de l'Etat à celle des particuliers (voy. L. JACQUIGNON, « Régime des entreprises publiques », *Juris-classeur Administratif*, vol. II, fasc. 160, n° 1 à 14). Selon la doctrine et la jurisprudence françaises, les sociétés d'économie mixte ne jouissent pas de l'immunité d'exécution car leurs activités n'ont pas le caractère de service public proprement dit. On ne peut, dès lors, que s'étonner de l'extension en droit zaïrois (congolais) de l'époque, du bénéfice de l'immunité d'exécution à cette catégorie d'entreprise.

[47] Ce texte marque une certaine évolution dans l'énumération au Congo des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution dans la mesure où, contrairement aux anciens textes de la Zaïrianisation qui ont inclus parmi les bénéficiaires de ce privilège les personnes morales de droit privé et les sociétés parastatales, il ne prévoit l'octroi de l'immunité qu'au profit de l'Etat et des établissements publics. Ce faisant, il paraît plus précis que les précédents.

Ce faisant, la RDC se situe en marge d'un mouvement protecteur des créanciers des pouvoirs et organismes publics car au lieu d'évoluer vers la recherche des tempéraments au principe à l'instar des droits belge et français qui l'ont inspiré, ce pays défend toujours et encore la thèse d'une interdiction formelle de toute procédure d'exécution forcée contre les personnes publiques, privant ainsi de nombreux créanciers des moyens d'action contre leurs débiteurs publics.

Et c'est là le nœud du problème, car non seulement cette prérogative apparaît comme moins favorable aux créanciers des pouvoirs publics à une époque où ces derniers, ayant abandonné leur neutralité traditionnelle, jouent un rôle croissant dans la vie économique en y intervenant dans les mêmes conditions que les personnes privées, ce qui ne justifie plus le recours de manière systématique aux privilèges ; mais aussi, faut-il le souligner, cette prérogative semble excessive. La bonne foi présumée de l'Etat servant parfois de justification à cette immunité prête souvent à discussion lorsque, à maintes reprises, l'Administration se révèle récalcitrante et refuse délibérément de donner effet au droit dit par le juge.

Or, à l'instar de tout litige non tranché, la non-exécution des décisions de justice alimente le trouble social et réduit la décision du juge en un « simple avis du droit » selon la juste appréciation du tribunal fédéral suisse[48].

D'ailleurs, le Procureur Général de la République, Monsieur LUHONGE KABINDA NGOY est formel à cet égard lorsqu'il affirme dans sa Mercuriale prononcée le 30 novembre 1999 à l'audience solennelle de la rentrée judiciaire de la Cour Suprême de Justice congolaise que : « *De tous les temps, la justice a toujours été considérée par tous – nations et peuples – comme l'une des qualités premières d'un ordre politique. Elle est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. La loi est son nerf, l'exécution des décisions de justice y afférentes, son fondement (…). Cette exécution est le thermomètre de la moralité des sociétés ; la manifestation majeure d'un Etat de droit et l'accomplissement de ce qu'une décision judiciaire ordonne ou de ce à quoi un acte oblige* »[49].

---

[48] P. F. LALIVE, *Chronique de jurisprudence Suisse*, Clunet, 1987, pp. 673 et s., spéc., p. 1000.

[49] LUHONGE KABINDA NGOY, « Des causes d'inexécution des décisions de justice en droit congolais », *B.A.C.S.J.*, 30 novembre 1999, numéro spécial, p. 1 et p. 42.

Il s'ensuit, dès lors, que l'exécution des décisions de justice ne peut être bafouée sans troubler l'ordre social ni fragiliser les institutions publiques sur lesquelles sont bâties les sociétés humaines.

Elément de la coexistence pacifique et pierre angulaire de l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'exécution de décisions de justice assure aux créanciers de l'Etat des garanties nécessaires à la réalisation de leurs droits et contribue de ce fait à la sauvegarde de leurs intérêts.

10. Incidence économique de la protection des créanciers des personnes publiques. En effet, la protection des droits et intérêts des créanciers de l'Etat met en évidence l'incidence économique de cette approche jugée nécessaire à l'essor économique tant des entreprises publiques que de l'Etat lui-même[50]. L'abandon en RDC du caractère absolu du privilège de l'immunité d'exécution constituera donc l'une des garanties recherchées pour le maintien et la promotion de la vie des affaires dans ce pays. Il permettra surtout de ne pas décourager les éventuels partenaires de l'Etat en limitant les cas dans lesquels il leur sera impossible, en cas de litige, de ne pas obtenir exécution, par la force, des décisions de justice rendues en leur faveur par les cours et tribunaux.

On retrouve là l'un des aspects connus des vicissitudes du mimétisme juridique caractérisant les droits africains. Ayant en effet repris les solutions des droits étrangers (français, belge et autres), les Etats africains (dont la RDC) n'en ont pas toujours suivi l'évolution pour en tirer les conséquences législatives ou jurisprudentielles qui s'imposent au point que leurs droits apparaissent le plus souvent dépassés et inadaptés[51].

C'est là une situation préoccupante qui invite à la réflexion afin d'esquisser des perspectives. Car les jeunes Etats africains, en l'occurrence la RDC, doivent, pour affronter les défis du sous-développement et assurer l'essor économique et social de leurs nations, réformer et

---

[50] Ainsi cette protection apparaît comme une condition de l'investissement, de la croissance et du développement.

[51] A cet égard, DJELO EMPENGE OSAKO fait également observer : « En effet, le rapport entre l'évolution des faits et leur traduction juridique accuse généralement un certain retard en Afrique. Et ce retard juridique résultant du non-réajustement rapide du droit aux faits est devenu une véritable constante au point qu'il n'épargne quasiment aucun pays de l'Afrique au sud du Sahara créant souvent une inadéquation préjudiciable entre les phénomènes sociaux et leur expression juridique. D'où il en résulte parfois le caractère suranné et inadapté des droits africains (DJELO EMPENGE OSAKO, *L'impact de la coutume sur l'exercice du pouvoir en Afrique noire : le cas du Zaïre*, éd. Le bel élan, 1990, p. 107).

adapter constamment leurs droits aux réalités. Ils doivent privilégier et surtout favoriser l'avènement d'un droit dit « du développement », c'est-à-dire, des règles juridiques particulièrement souples et moins rigides devant, en toutes circonstances, jouer le rôle de moteur et de catalyseur du développement[52].

Pays pauvre bien que potentiellement riche, la RDC a besoin d'un droit susceptible de lui garantir non seulement des services publics stables et fiables, mais aussi et surtout l'apport financier de nombreux créanciers entrant en relation d'affaires avec l'Administration. Cet apport peut s'avérer d'autant plus important que ceux-ci sont des investisseurs ou des bailleurs de fonds chargés de l'appui de certains projets de développement. Leur méfiance résultant de l'absence de contrainte à l'encontre des pouvoirs publics, peut être lourde de conséquences pour le développement de la nation surtout lorsqu'ils sont, avant tout, préoccupés des garanties mises à leur disposition pour le recouvrement des créances et le paiement des fournitures.

En effet, un débiteur qui honore ses engagements se valorise aux yeux de ses créanciers. Et, lorsque étant, à nouveau, dans le besoin par épuisement de ses réserves, il décide de solliciter encore l'appui de ses créanciers en recourant à des emprunts pour refaire sa santé financière ou accroître ses ressources, il lui sera rarement opposé une fin de non-recevoir. Sa crédibilité, son sérieux et sa bonne réputation auprès de ses créanciers empêcheront ces derniers de lui fermer les portes du crédit.

Ainsi, la mise en œuvre par le débiteur de ses obligations, particulièrement les décisions de justice rendues à son encontre, n'a donc pas simplement pour conséquence d'éteindre sa prestation ; elle lui permet en outre de maintenir le minimum de confiance nécessaire à la conclusion d'autres engagements. Aussi, l'existence dans le chef de l'Administration des prérogatives exorbitantes, telle que l'immunité d'exécution, doit-elle également, pour cette raison, conduire à la limitation de ce privilège, car ses faveurs et avantages n'ont plus de place dans un monde où, pour contracter un emprunt, le débiteur public doit fournir préalablement des garanties de remboursement de sa dette en renonçant, au besoin, à l'immunité.

---

[52] C'est la question cruciale de la fonction du Droit dans les Etats en développement. Celui-ci (droit) doit être conçu dans le sens d'un droit du développement dont les règles permettent d'organiser et de promouvoir l'essor économique de ces Etats.

Par ailleurs, s'agissant toujours de la RDC, il y a lieu de s'interroger sur le bien-fondé et l'efficacité de la recommandation de la Conférence Nationale Souveraine portant sur l'allocation, chaque année, au Gouvernement d'un crédit conséquent pour l'exécution des décisions judiciaires d'autant que les personnes publiques ont, de par la loi, non seulement un patrimoine propre pouvant répondre de leurs obligations financières, mais aussi une gestion et une comptabilité propre et que l'Etat est généralement confronté à un déficit budgétaire chronique[53].

Pareille allocation ne risquerait-elle pas, dès lors, de souffrir de ce déficit au point de compromettre davantage la situation des partenaires de l'Etat incapables de trouver satisfaction ni du côté des personnes publiques dont les biens demeurent insaisissables, ni du côté des pouvoirs publics qui ne pourront régulièrement fournir des crédits nécessaires à l'exécution des décisions de justice ?

11. Préoccupation fondamentale de la recherche. Ainsi conçue, cette interrogation débouche immanquablement sur un double questionnement qui constitue, *ipso facto*, la toile de fond de notre étude :

1. comment assurer une meilleure protection des droits des créanciers des pouvoirs et organismes publics en RDC, pays encore fortement attaché au principe de l'interdiction absolue des voies d'exécution forcée contre l'Administration ?

2. une fois cette protection acquise, qu'elle peut en être l'incidence socio-économique ?

Pour répondre à cette double interrogation, nous avons entrepris de réaliser une étude comparative des droits congolais et des systèmes juridiques belge et français. Le choix de ces deux derniers systèmes n'est pas un fait du hasard. La RDC est, de par son passé colonial, liée à la Belgique dont elle a hérité l'essentiel de son système juridique actuel. La Belgique, quant à elle, a été fortement influencée dans l'élaboration de son système de droit par le droit français, particulièrement, le Code Napoléon de 1804.

Cette considération nous a poussé à nous intéresser à ces différents droits afin d'examiner dans quelle mesure le principe de l'immunité d'exécution a été assoupli dans ces pays et comment le législateur congolais peut tirer profit de certaines solutions y apportées. Car, les

---

[53] V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, p. 303.

évolutions enregistrées dans ces systèmes ne sont pas sans importance pour la compréhension et la maîtrise de cette problématique en RDC. Elles peuvent constituer une richesse pour ce pays et s'avérer d'un grand apport dans l'élaboration du droit congolais moderne.

Bien entendu, il ne sera nullement question, dans cette perspective, d'un mimétisme béat fondé sur une copie servile des solutions étrangères. Toutes les formules susceptibles de protéger davantage les droits et intérêt des créanciers de l'Etat seront soumises à la réflexion afin d'examiner les possibilités de leur application effective, cohérente et efficiente en RDC.

12. Immunité d'exécution en droit international. Enfin, pour brosser un tableau d'ensemble de la question, une étude du droit international de la protection des créanciers de l'Etat sera réalisée afin d'associer à l'étude du droit interne, celle du droit international de l'immunité d'exécution. En effet, tenant compte de nombreuses questions soulevées par l'immunité d'exécution en droit international, notamment l'impact de l'exécution forcée sur les relations interétatiques[54], il sera nécessaire et vraiment indiqué d'aborder également cette problématique afin d'examiner non seulement les orientations prises, en la matière, par les droits nationaux, mais aussi et surtout, d'appréhender la position du droit international sur la question.

Grosso modo, il s'agira de mieux cerner la notion d'immunités d'exécution en droit international, d'en rechercher les fondements, de déterminer les bénéficiaires de ce privilège dans cette sphère juridique, d'examiner le problème de sa consécration ou non en tant que principe de droit international et enfin d'aborder surtout la question cruciale de la pratique des Etats face au privilège de l'immunité d'exécution.

Point n'est besoin de souligner que, contrairement au droit interne, la problématique de la protection des créanciers de l'Etat en droit international se pose dans le cadre d'une relation transnationale née d'un litige mettant aux prises un individu et un Etat étranger (ou son émanation) au travers d'une justice organisée par un tiers Etat dit « Etat du for ». Ce dernier Etat intervenant le plus souvent pour tenter de mettre en cause la responsabilité de l'Etat étranger obligé, de ce fait, d'invoquer son immunité soit pour faire obstacle à l'examen du

---

[54] J.C. SCHULTZ, « Une affaire récente : la faillite du Zaïre devant les tribunaux néerlandais », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, CEDIN, éd. Montchrestien, 22 avril 1988, pp. 83-89.

fond du litige (immunité de juridiction), soit pour éviter d'exécuter la condamnation (immunité d'exécution objet de notre étude)[55].

II. INTÉRÊT DU SUJET

On peut se demander s'il existe un intérêt à entreprendre une étude portant sur la protection des créanciers des personnes publiques d'autant qu'à l'exception du droit congolais resté fidèle à l'immunité d'exécution des personnes publiques, les droits belge et français, ont déjà introduit, dans leurs systèmes juridiques respectifs, des innovations permettant un plus grand assouplissement de ce privilège.

En réalité, notre étude présente un grand intérêt tant pour la science que pour les créanciers et les organismes chargés de la gestion du service public. Pour la science, cette étude constitue un cadre théorique de recherche en ce qu'elle présente une série de suggestions et propositions susceptibles de susciter la curiosité d'autres chercheurs. Elle livre également l'information à la population et surtout aux praticiens du droit sur certaines questions controversées telles que la saisie des biens privés de l'Etat, les personnes publiques couvertes par l'immunité d'exécution, les biens susceptibles de saisie, etc.

Quant aux créanciers, la protection dont il est question dans la présente étude consiste avant tout à rechercher des procédés efficaces et cohérents de défense de leurs droits souvent reconnus par les cours et tribunaux, mais dont le recouvrement s'avère généralement difficile, voire illusoire du fait de l'interdiction de la contrainte à l'égard des personnes publiques. Ceci est vraiment important car même dans les pays où cette protection semble déjà être assurée, comme en France et en Belgique, certaines difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des réformes introduites à cet effet par le législateur commandent, sinon la recherche d'autres solutions, du moins le renforcement ou la réadaptation aux nouvelles réalités de celles qui existent afin de mieux assurer cette protection.

---

[55] M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des Etats*, Paris, éd. A. Pedone, 1996, p. 15. En droit international, la question de l'immunité d'exécution peut se poser également lorsqu'une décision de justice rendue contre un Etat étranger doit être exécutée moyennant *exequatur* dans un autre Etat dans lequel se trouvent les biens de l'Etat étranger mis en cause.

Enfin, un dernier intérêt de cette étude est qu'elle permet d'éveiller l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité de se protéger contre un privilège dont l'application systématique et intransigeante peut, en fin de compte, se révéler contraire et préjudiciable à leurs intérêts : les créanciers rompus aux affaires peuvent toujours leur faire payer cher leur inertie en se résignant de traiter avec eux. Et lorsque cette méfiance atteint un certain degré, c'est l'investissement qui en subit les contrecoups et avec lui la croissance et le développement[56].

III. MÉTHODES DE RECHERCHE

La présente étude commande, de par son intitulé, l'utilisation de trois méthodes jugées complémentaires : la méthode historique, la méthode comparative et enfin, la méthode juridique dite exégétique.

L'approche historique permettra de mieux appréhender le principe de l'immunité d'exécution en remontant à ses origines et en mettant en évidence les évolutions subies par cette notion, partant des critiques doctrinales et des avancées jurisprudentielles. Elle sera principalement descriptive.

Pour ce qui est de l'approche comparative jugée indispensable pour toute solution domestique, elle a pour but de définir et de dégager les grandes lignes des systèmes juridiques belge et français qui ont toujours influencé celui de la RDC, afin d'examiner les possibilités de leur application dans ce pays. L'objectif étant d'enrichir et d'améliorer le droit de cet Etat.

La protection des créanciers des pouvoirs publics face au privilège de l'immunité d'exécution a, en effet, d'une manière ou d'une autre, déjà fait l'objet d'analyses juridiques dans le cadre soit de la condamnation du caractère absolu de l'immunité d'exécution, soit en rapport avec les exigences d'un Etat de droit[57]. Cependant dans la plupart de ces études, elle n'a été

---

[56] Voy. G. DE LEVAL selon lequel : « L'immunité peut être un handicap pour l'Etat cherchant à développer des relations commerciales », in *Traité des saisies*, Faculté de Droit de Liège, 1988, p. 113.

[57] Voy. notamment les études de J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 261-272 ; M. DONY, « L'interdiction totale des voies d'exécution à l'égard des personnes publiques est-elle justifiée, *Rev. adm. pub.*, 1985, pp. 82-96 ; A. M. STRANART et P. GOFFAUX, « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412*bis* du Code judiciaire », *J.T.*, 1995, pp. 437-447 ; D. LINOTTE, « Exécution des décisions de justice administrative et

souvent examinée que dans la sphère d'un système juridique unique mettant généralement en évidence le droit d'un pays[58]. Notre étude se propose de dépasser ce cadre en mettant côte à côte dans une perspective comparative deux systèmes juridiques européens et un système africain, celui de la RDC. Bien entendu, ce dernier système a toujours été influencé par les deux autres et l'absence de règles dans son propre droit sur la question qui nous préoccupe implique que le système juridique congolais présente un caractère plutôt « réceptif ». Mais, l'apport extérieur, avons-nous dit précédemment, ne constitue-t-il pas un enrichissement et une richesse constructive pour le droit interne ? C'est sur ce point que réside, à notre avis, l'originalité de la présente recherche.

Enfin, la méthode juridique sera axée sur l'interprétation des textes de loi afin d'en appréhender l'économie et surtout l'esprit du législateur.

IV. PLAN DE L'ÉTUDE

Les données récoltées pour cette analyse s'articuleront autour de deux parties principales. Celles-ci correspondent aux deux axes principaux fournis par la recherche :

1. la nécessité d'une étude approfondie du principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Car c'est de l'appréhension exacte de cette notion qu'il sera possible de réfléchir sur la mise en place des mécanismes de protection des créanciers efficaces et compatibles avec le respect des droits de l'homme (particulièrement ceux des créanciers des pouvoirs et organismes publics) et la vocation socio-économique des Etats modernes. D'où l'intitulé de la première partie : « *Protection des créanciers, antithèse du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques* ». Elle comprend deux titres : l'immunité d'exécution en droit

---

astreinte en matière administrative », *J.C.P.*, 1981, n° 3011, pp. 1-6 ; J. TERCINET, « Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'Administration ? », *A.J.D.A.,* 1981/37, pp. 3-13, ainsi que de nombreuses études citées sur l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public au Zaïre (RDC).

[58] Sauf à titre exemplatif CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 1-48 ; F. DUMON, « Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Centre de droit international, éd. de l'Institut de sociologie de l'ULB, Bruxelles, 1971, pp. 183-210.

positif des Etats sous examens (Titre I) et, l'immunité d'exécution en droit international (Titre II).

2. la nécessité de la mise en place en RDC d'une immunité d'exécution moins absolue afin de favoriser la mise à effet, par les personnes publiques, des décisions de justice. Il y va de l'intérêt tant des créanciers de l'Administration que des personnes publiques elles-mêmes. Cette considération nous a conduit à donner l'intitulé suivant à la seconde partie de notre étude : « *Plaidoyer pour un principe moins absolu à la lumière des exemples belge et français* ». Elle comprend également deux titres : analyse des mécanismes de protection en vigueur en droits belge et français (Titre I) et, les raisons d'un système moins absolu et éléments du nouveau système (Titre II).

PREMIÈRE PARTIE

LA PROTECTION DES CRÉANCIERS ANTITHÈSE DU PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION DES PERSONNES PUBLIQUES

13. Introduction. La problématique de la protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics ne peut, comme on l'a souligné précédemment, être mieux appréhendée, en RDC comme ailleurs, sans avoir à l'esprit les conséquences ou les frustrations qu'entraîne chez les justiciables, partenaires de l'Etat, l'inexécution, par les pouvoirs publics, des décisions de justice en raison de « l'immunité d'exécution ». Celle-ci est un principe de droit administratif qui a pour but d'exclure de la contrainte les biens de l'administration jugés utiles à la mission de service public.

L'interdiction de la contrainte sur les biens des personnes publiques met donc en évidence le fait qu'en matière d'immunité d'exécution, ce sont surtout les intérêts des créanciers qui sont mis en cause : difficultés de contraindre son débiteur, difficultés de recouvrer son dû et de disposer à temps de son droit, possibilités de tomber en faillite du fait du non-paiement par le débiteur, difficultés d'existence des voies de recours alternatifs pouvant éventuellement statuer sur le dommage résultant du caractère inopérant du droit consacré par le juge etc. Autant d'obstacles qu'il importe de transcender si l'on veut réellement sauvegarder les droits de cette catégorie de citoyens privés du secours de la justice du seul fait que leurs intérêts se trouvent en conflit avec ceux de l'Etat.

Or, celui-ci, se doit d'assurer, en toute hypothèse, la sécurité et la garantie des droits de ses concitoyens, au besoin, par l'exécution des décisions judiciaires.

Il importe donc de rechercher les moyens de rendre applicables les décisions judiciaires prises à l'encontre des pouvoirs publics afin de mettre un terme aux inquiétudes et frustrations sus évoquées d'une part et, d'autre part, de protéger les intérêts de ceux qui en sont bénéficiaires, en l'occurrence les créanciers. L'enjeu étant non seulement de faire régner la justice, l'ordre

et la sécurité, mais aussi de faire en sorte que la « justice rendue » corresponde à la « justice faite »[59].

Le cadre dans lequel s'inscrit la protection des créanciers, envisagée dans cette étude, étant celui de l'immunité d'exécution, il serait convenable de se tourner d'abord vers cette institution en examinant au préalable ses mécanismes de fonctionnement dans les droits des Etats concernés (Titre I). Ensuite, seront analysées les règles régissant le principe de l'immunité d'exécution en droit international (Titre II).

TITRE I.

L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION EN DROIT POSITIF DES ETATS SOUS EXAMEN

Il sera principalement question, dans ce Titre, du système congolais (Chapitre I) et des systèmes belge et français (Chapitre II).

Chapitre I. Le système congolais de l'immunité sans tempérament

L'étude du système congolais de l'immunité d'exécution portera sur le principe lui-même (Section 1), l'étendue de l'immunité d'exécution (Section 2), les bénéficiaires de l'immunité d'exécution (Section 3) ainsi que les fondements et la remise en cause du principe (Section 4).

---

[59] M. VANDER STICHELE, « De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative », cité par J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, *J.T.*, 1983, p. 261.

Section 1. Le principe

Nous nous proposons de montrer, dans les lignes qui suivent, l'attachement de ce pays au principe de l'immunité absolue d'exécution (§1) avant d'épingler le désordre caractérisant sa mise en œuvre (§2).

§1. L'immunité d'exécution : chronique d'un principe constamment affirmé mais non appréhendé par le législateur

A. Origine belge du principe

14. Influence de la colonisation. En RDC, une large immunité d'exécution est reconnue à l'Etat et le principe est que les personnes morales de droit public ne peuvent faire l'objet des mesures d'exécution forcée de droit commun applicables aux particuliers. Cette prérogative de puissance publique qui constitue l'un de ses attributs les plus importants fut introduite dans ce pays par le droit belge, inspiré du Code Napoléon de 1804. Cependant, à la différence des droits belge et français qui l'ont inspiré, le droit congolais n'a quasiment pas subi d'évolution significative en la matière et le principe n'a connu aucune érosion en dépit des progrès du contrôle juridictionnel de l'Administration. Mis à part quelques tâtonnements dus à la référence « aveugle » au droit comparé, particulièrement le droit français[60], le principe de

[60] Avant l'intervention de la loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille, une certaine distinction semblait avoir été établie entre les entreprises publiques à caractère industriel et commercial dont les biens restaient saisissables en raison de leur nature de « commerçant public » et les autres entreprises publiques congolaises revêtues de la qualité d'établissements publics, lesquelles demeuraient complètement exemptées des procédures d'exécution forcée de droit commun, c'est-à-dire, des saisies (ceci relève de nos entretiens avec madame MUGINGA, présidente à l'époque du tribunal de grande instance de Kinshasa / Matete). Mais, le manque de cas pratique en jurisprudence a rendu difficile l'accréditation de cette thèse qui contraste, du reste, avec les prises de position politiques en cette matière). Madame la Présidente invoquait à l'appui de son argumentation, la Mercuriale datée du 10 décembre 1977 de l'ancien Procureur Général de la République, Monsieur KENGO-wa-Dondo qui, s'inspirait en

l'immunité d'exécution a été affirmé et réaffirmé à maintes reprises et étendu, à toutes les personnes morales de droit public au point de devenir une règle générale absolument incontestable. Enfin, ce principe n'est, contrairement aux droits belge et français, consacré dans aucun texte légal.

Deux facteurs d'importance quasi-égale et pouvant, du reste, se combiner peuvent expliquer l'attachement de la RDC à la règle de l'immunité absolue d'exécution des personnes morales de droit public : la mission de service public ainsi que les considérations idéologiques auxquelles peuvent s'ajouter – à l'instar de tout pays en développement – des raisons d'ordre pratique, le tout se réduisant aux mutations du rôle de l'Etat.

15. La mission de service public. Pour s'acquitter des tâches accrues, qu'il ne saurait, par lui-même, matériellement assurer, l'Etat congolais a, à l'instar de tout Etat moderne, confié, dès l'origine, la gestion de certaines activités d'intérêt commun à des institutions détachées des pouvoirs publics mais dotées, dans le cadre de la décentralisation par service, de l'autonomie personnelle et patrimoniale. Leurs interventions revêtent ainsi le caractère de service public qui ne peut souffrir d'interruption. La Régie des Voies Fluviales (RVF), l'Office National du Café (ONC), l'Institut National de Sécurité Sociale (INSS) et l'Institut National de Préparation Professionnelle (INPP) pour ne citer que ces personnes publiques, assurent des activités d'intérêt collectif qui ne peuvent courir le risque d'être paralysées ou perturbées par la saisie de certains de leurs biens. Ce sont des services publics. Le caractère public de leurs activités allié à la nature publique de leur statut[61]suffit pour leur octroyer des privilèges personnels et exorbitants dont le plus représentatif est l'impossibilité des voies d'exécution forcée, particulièrement les saisies.

16. Les considérations politico-idéologiques. Par ailleurs, le souci de matérialiser la conception congolaise de la souveraineté et de l'indépendance économique a conduit les autorités de ce pays à accroître le rôle de l'Etat, appelé à devenir un acteur fondamental de la vie économique de la nation plutôt que d'en être un simple régulateur. Ainsi, par la voie des

---

la matière de l'ancien droit français « hésitant » d'avant l'arrêt BRGM de 1987. A l'heure actuelle, seuls les établissements publics et les services publics peuvent bénéficier de l'immunité d'exécution en RDC. Les entreprises publiques congolaises sont, d'après la loi précitée du 7 juillet 2008, appelées à se transformer soit en sociétés commerciales (relevant du droit privé), soit en établissements publics traditionnels, soit être simplement dissoutes.

[61] Voy. Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics (Service Primature, Kinshasa /Gombe).

nationalisations, des domaines jugés fondamentaux et indispensables au bon fonctionnement de la nation furent pris en charge par les pouvoirs publics, assurant ainsi une intervention remarquable de l'Etat dans la vie économique. Cet interventionnisme étatique jugé juridiquement licite et économiquement raisonnable[62], connut son point culminant au cours de la décennie 1970-1980 avec les mesures de zaïrianisation et de radicalisation. Il donna ainsi l'occasion aux pouvoirs publics de prendre en charge également les domaines estimés peu ou moins rentables économiquement (mais d'une importance primordiale pour la nation) et se révéla une opportunité toute faite pour l'Etat de couvrir des secteurs aussi divers que variés de l'économie et de la vie sociale tels que le commerce, l'industrie, le transport, les mines, le crédit, l'énergie, les assurances, l'enseignement, la santé, la protection sociale des travailleurs etc…

---

[62] C'est du moins la conception générale à l'époque (voy. KALONGO MBIKAYI, « Le régime des sûretés des entreprises publiques en droit zaïrois », *R.J.Z.*, 1978, n° 1-2-3, p. 21). A l'heure actuelle, la zaïrianisation et la radicalisation sont considérées comme les plus graves erreurs qu'eût pu commettre l'Etat congolais en matière de politique économique. En effet, les résultats de la zaïrianisation ont été catastrophiques. Beaucoup de nouveaux acquéreurs n'étaient pas qualifiés pour assurer une bonne gestion des affaires. Ils ont vendu les stocks, vidé les comptes des entreprises zaïrianisées et, enfin, fermer les usines. D'autres tentèrent, sans succès de faire fonctionner leurs nouvelles acquisitions mais firent faillite. Le résultat fut donc un fort accroissement du chômage et un désordre économique sans précédent. La mauvaise gestion de la zaïrianisation et de la radicalisation avait amené les autorités congolaises à abandonner cette politique. Et, dès 1976 la plupart des étrangers frappés par ces mesures de même que les Congolais dont les entreprises avaient été radicalisées commençaient à recouvrer la propriété de leurs affaires, jusqu'à concurrence de 40 % du montant du capital. MASAMBA MAKELA observe, à propos de l'interventionnisme économique au Congo, qu'avant comme après l'indépendance de la RDC, l'interventionnisme économique des pouvoirs publics n'a cessé de se manifester. C'est une réalité qui trouve sa source, non seulement dans le fait que l'Etat a recouvré ses droits de propriété et ses prérogatives légitimes en matière minière et foncière, mais, surtout dans la forte présence de l'Etat dans les différents secteurs de la vie économique. Cependant, note MASAMBA, le rythme que le cours des événements qui émaillent l'histoire de la RDC a imprimé à la stratégie interventionniste de l'Etat révèle quelques tendances contradictoires, qui justifient, du reste, une transformation des options fondamentales de la politique économique (dirigisme sans nom, libéralisme à la sauce occidentale, libéralisme concerté, économie sociale du marché (Voy. MASAMBA MAKELA, « *Droit économique congolais* », 2ème édition, 2006, Académia/Bruylant, p. 74). De la sorte, l'économie congolaise est passée d'une situation où l'interventionnisme de l'Etat était omniprésent et tentaculaire à la situation où l'Etat avait cessé d'exister. Vers les années 1970, l'Etat s'est constitué un portefeuille important notamment par des nationalisations qui lui ont permis de jouer un rôle dominant dans plusieurs secteurs : mines, pétrole, eau, électricité, transport, radio et télévision, assurance, réglementation du commerce extérieur, routes, recherche agricole. Des investissements importants ont été, par ailleurs, engloutis dans plusieurs projets publics. Avec la crise, le rôle de l'Etat s'est considérablement rétréci du fait de la faillite générale des entreprises publiques, de l'inefficacité de l'administration et de l'amenuisement des revenus publics. L'Etat n'assumait même plus ses missions essentielles de justicier, de gestionnaire macro-économique, ni de gardien des personnes et des biens. Des organisations de la société civile se sont substituées efficacement à l'Etat jusque dans la fourniture des services considérés auparavant comme relevant exclusivement du domaine public : éducation, santé, sécurité, téléphonie, transport en commun. C'est, sans doute, ce qui justifie le désengagement, à l'heure actuelle, de l'Etat des entreprises du portefeuille afin d'améliorer la productivité dans l'ensemble des secteurs économiques où les privés devront désormais jouer un rôle prépondérant (Exposé des motifs de la loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille, *J.O.* RDC, 49ème année, 12 juillet 2008, n° spéc., p. 9).

Selon les autorités, en effet, la souveraineté contient une dimension économique sans laquelle l'indépendance politique n'est qu'un vain mot. A cet égard, il est intéressant de citer le Président MOBUTU SESE SEKO[63] déclarant, dans la charte de son parti, le Manifeste de la N'SELE ce qui suit : « *L'indépendance économique est le but essentiel vers lequel tous les efforts de la Nation doivent être orientés. En effet, la conquête de cette indépendance est le seul moyen de parvenir à une amélioration réelle du niveau de vie des populations. Elle permet, en outre, d'affirmer notre indépendance politique. Aussi le M.P.R*[64] *s'engage résolument dans une lutte sans merci pour que notre pays ne soit plus une colonie économique de la haute finance internationale* ».

Par ailleurs, énumérant les tâches de l'Etat, Carré de Malberg ajoute, en guise de conclusion, « *il est permis de soutenir que l'Etat est fondé à revendiquer pour lui toutes les attributions qui répondent à une nécessité ou une utilité nationales du moins dans la mesure où l'activité privée des nationaux se montre impuissante ou insuffisante à y pouvoir. L'apparition de l'Etat dans des domaines qu'il n'avait pas l'habitude de pénétrer peut également reposer sur des bases pragmatiques* »[65].

Cette conception idéologique de la souveraineté et de l'indépendance économique dont l'objectif fut d'assurer un développement autocentré eut pour conséquence de soustraire l'Etat et les personnes morales de droit public des procédures d'exécution forcée de droit commun en vue de préserver l'outil de production[66]. Et, c'est là toute la gravité de la situation. Car, ce privilège censé protéger les pouvoirs publics en leur permettant de remplir sans interruption ni discontinuité leur mission de service public apparaît comme créant une certaine inégalité au détriment des personnes privées. D'où, les nombreuses critiques[67] formulées à son encontre.

---

[63] MOBUTU SESE SEKO, « La révolution par le progrès », in *Manifeste de la N'SELE*, cité par C. MEEUS, « *Anthologie 6ème* », éd. CEEC, 1991, p. 161.

[64] Le MPR est le Mouvement Populaire de la Révolution, parti unique de la défunte dictature mobutienne. Il est devenu, à ce jour, un parti politique « fait privé » dans une nouvelle architecture multi partisane congolaise.

[65] RAYMOND CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, cité par MICHEL COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, éd. A. PEDONE, 1996, p. 271.

[66] Cette exclusion eut officiellement lieu dans les deux années qui suivirent la mise en pratique des mesures de zaïrianisation et de radicalisation précitées, c'est-à-dire, en 1975, au moment où la question du bénéfice, aux établissements publics industriels et commerciaux, du privilège de l'immunité d'exécution fut encore l'objet de discussions en France et en Belgique.

[67] Voy., en ce sens, M. DONY, *op. cit.*, p. 82 ; A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 437. Selon ces auteurs, les privilèges traditionnels de l'administration comprenant le privilège du préalable, la prohibition des injonctions, l'interdiction de la compensation et le privilège de l'exécution forcée font depuis quelques années

Nous y reviendrons. Mais, en attendant, essayons de rechercher les éléments de preuve à l'appui de cette soumission.

B. Preuves de la soumission au principe

17. Propos et prises de position des autorités. Il est symptomatique de constater que, contrairement à d'autres systèmes juridiques en l'étude, notamment les droits belge et français, le droit congolais se caractérise par une absence quasi-totale de position jurisprudentielle en matière d'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Seules prédominent les déclarations et prises de position politiques, sans oublier l'apport considérable de la doctrine. En effet, l'intention des autorités congolaises de régler officiellement et définitivement la question de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public date de l'année 1975[68]. Face à l'absence de texte sur ce principe-clé du droit administratif et suite aux désordres et aux nombreux abus constatés dans l'exécution des décisions de justice rendues contre l'Etat, les entités politico-administratives et les entreprises publiques[69], le Premier Président de la Cour suprême de justice jugea utile de rappeler à l'ordre le personnel judiciaire sur la nécessité du respect de l'interdiction de la contrainte à l'égard de l'Administration, spécialement des entreprises zaïrianisées. Ce rappel à l'ordre fait sous la forme d'une lettre circulaire adressée aux greffiers et aux huissiers de justice ouvrit ainsi la voie à une série de déclarations et prises de position officielles tendant à soutenir le caractère absolu et intransigeant de l'immunité d'exécution.

Est importante de signaler, à cet égard, la Mercuriale du 10 décembre 1977 de Monsieur KENGO-wa-DONDO, Procureur Général de la République, déclarant ce qui suit :

---

l'objet d'interrogations et de remises en question qui ont déjà abouti à des évolutions intéressantes. Dans le même ordre d'idées voy. également D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 1. Parlant de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics en France, cet auteur note : « un nouveau bastion des privilèges de l'administration vient de tomber par la réforme du 16 juillet 1980 (Loi du 16 juillet 1980, *J.C.P.*, 1980, III, 50161) ». Ainsi, on assiste en droit contemporain, à un courant idéologique qui vise à banaliser l'administration en la dépouillant de ses attributs de puissance publique. De là, à concevoir un régime purement égalitaire dans les relations entre parties, il n'y a plus qu'un pas à franchir.

[68] Voy. *supra*, introduction générale, n° 9.

[69] BAYONA-ba-MEYA, *op. cit.*, pp. 102-104.

« *L'exécution volontaire des jugements rendus en matière civile par les personnes morales de droit public ne cause guère de problèmes. Elles sont exactement, dans ce cas comme les personnes privées qui exécutent volontairement. Il n'en va pas de même si lesdites personnes opposent de la résistance ou de l'inertie pour faire ce que prescrit un jugement. La question est donc de savoir si l'exécution forcée est possible contre les personnes morales de droit public. La réponse à la question n'est pas aisée. On admet traditionnellement que celui qui obtient une condamnation contre les personnes publiques ne peut la poursuivre par l'exécution forcée. D'aucuns justifient ce principe par le fait que l'Etat est assez solvable, et qu'il ne peut engager d'autres dépenses que celles inscrites à son budget et s'acquitter de ses dettes sans observer les règles de la comptabilité publique. Le domaine public et privé de l'Etat est insaisissable. Le principe traditionnel est donc que les personnes publiques n'exécutent les jugements que volontairement et non parce qu'elles y sont contraintes »*[70].

Dans le même ordre d'idées, le Commissaire d'Etat à la Justice (Ministre de la Justice) manifestait, en 1984, son intention de proposer, à la sanction du Chef de l'Etat, l'adoption d'un texte de loi affirmant expressément, en droit congolais, le principe de non-exécution forcée contre l'Etat et ses démembrements[71].

Cette approche du Ministre de la Justice eut un écho favorable auprès de la Conférence Nationale Souveraine qui, à son tour, recommanda en 1992 l'adoption d'une loi interdisant formellement l'exécution des décisions judiciaires contre l'Etat et les établissements publics en vue de sauvegarder l'intérêt de la Communauté nationale[72].

Ainsi, le droit congolais qui plonge ses racines dans le droit métropolitain est resté quasi immuable et attaché au privilège de l'immunité absolue d'exécution des personnes morales de droit public, en dépit de l'absence de consécration de ce principe par le législateur. C'est pour sauvegarder cet idéal de fidélité et fixer à nouveau les esprits sur ce principe intangible au moment où les justiciables congolais se plaignaient de se trouver dotés de jugements qu'ils ne pouvaient faire exécuter parce qu'« assimilables à des chèques sans provision »[73], que le Procureur Général de la République revint derechef sur cette problématique dans sa

---

[70] KENGO-wa-DONDO, « L'exécution des jugements », mercuriale du 10 décembre 1977, *B.A.*, 1978, p. 55.

[71] Voy. *supra,* Introduction générale, n° 9.

[72] Voy. *supra,* Introduction générale, n° 9.

[73] LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.*, p. IV.

Mercuriale du 30 novembre 1999 consacrée aux « causes d'inexécution des décisions de justice en droit congolais ».

Dans cette allocution aux allures d'un « état des lieux de la question », l'Organe de la loi justifia encore, par l'immunité d'exécution dont elles bénéficient, la suspension de l'exécution des décisions judiciaires rendues contre les personnes morales de droit public puis exprima, à son tour, son souhait de voir le législateur prendre définitivement position sur ce sujet préoccupant. Ainsi, fit-il observer : *« La règle générale est que les biens des personnes morales de droit public sont insaisissables (…). Les décisions concernant l'Etat, les établissements et les entreprises publics ne sont pas exécutées comme les décisions concernant les entreprises ordinaires ; ceux-là ne peuvent être contraints à une exécution forcée. Il est de doctrine que celui qui obtient une condamnation contre les personnes publiques ne peut les poursuivre par l'exécution forcée. D'aucuns justifient ce principe par le fait que l'Etat est assez solvable, qu'il ne peut engager d'autres dépenses que celles inscrites dans son budget et s'acquitter de ses dettes sans observer les règles de la comptabilité publique. D'autres par contre, le justifient par les nécessités de l'intérêt général ainsi que par celles de la continuité des services publics. Le domaine public et privé de l'Etat est donc insaisissable. Il s'ensuit que les personnes publiques n'exécutent les jugements que volontairement, mais non pas parce qu'elles y sont contraintes. Telle est également la position des législateurs belge et français à laquelle s'apparente la position congolaise. Mais, alors qu'en droit français et belge, une doctrine abondante, de même que d'enrichissements successifs de la loi distinguent l'immunité d'exécution de l'immunité de juridiction en cette matière, il n'existe pas encore au Congo, une loi qui régit de manière expresse l'exécution des décisions de justice contre les personnes morales de droit public. En pratique, l'on s'est toujours référé aux principes généraux du droit et plus précisément à ceux relatifs à la continuité des services publics, à la préservation de l'intérêt général et à la solvabilité toujours présumée de l'Etat, pour justifier l'insaisissabilité des biens de personnes morales de droit public. Cette position est soutenue par la doctrine congolaise récente notamment LUKOMBE, KABANGE et bien d'autres. Nous émettons le vœu que ce que les uns et les autres ont affirmé dans les circulaires, dans les ouvrages et les études particulières, soit traduit sous forme de la loi par le législateur… »*[74].

---

[74] LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.*, pp. 16-17.

L'affirmation du caractère absolu de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public constitue, de ce qui précède, le leitmotiv du système juridique congolais au regard des discours et prises de position des autorités sus évoquées.

18. Le point de vue de la doctrine. S'agissant de la doctrine, il est important de noter que le privilège de l'immunité d'exécution des personnes publiques fait l'objet d'une certaine littérature en droit positif congolais. Cependant, contrairement à la France où cette prérogative a quelques fois essuyé des critiques aussi virulentes que passionnées[75] en raison de son caractère absolu, les auteurs congolais se sont montrés moins violents vis-à-vis de ce principe, même lorsqu'il s'est agi de remettre en cause son application intransigeante. Sans faire recours à des concepts et des qualificatifs du genre « privilège inadmissible, intolérable, vicieux, odieux et même immoral », ils se sont contentés, pour la plupart, soit de dénoncer les inconvénients résultant d'une mise en œuvre rigoureuse de ce principe[76], soit d'attirer l'attention sur l'influence négative de son application sans limite dans l'essor des entreprises publiques[77], tout en restant mesurés dans leurs propos. Soucieux des injustices auxquelles l'immunité absolue peut conduire, ils la considèrent comme « inacceptable » et réclament des changements en justifiant l'immunité restreinte comme étant compatible avec l'idée de justice et de progrès économique.

Toutefois, au-delà de ces considérations, il y a lieu de signaler l'existence, dans cette littérature, d'un « courant » fondamentalement attaché à la conception absolue de l'immunité d'exécution en vue d'une grande protection des personnes publiques. Ce courant représenté, à

---

[75] Certains auteurs ont qualifié ce privilège « d'inadmissible » (voy. notamment B. TRACHTENBERG, note sous *Herzfeld c. Dobroflotte « Etat soviétique »*, France, Tribunal civil de la Seine, 5 mars 1930, *R.C.D.I.P.*, 1930, pp. 284-287 ; HENRI BATHIFFOL, note sous *Etat roumain c. Arricastre*, France, Cour d'appel de Bordeaux, 8 décembre 1937, *R.C.D.I.P.,* 1938, pp. 298-301 ; CHARLES FREYRIA, « Les limites de l'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers, *R.C.D.I.P.*, 1951, p. 224) ; d'autres « d'intolérable » (voy. BRUNO OPPETIT, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, 4ème Journée d'actualité internationale, Cahiers du C.E.D.I.N., n° 4, Paris, Montchrestien, 1990, p. 54) ; de privilège « inique » (voy. G. LEPOINTE, note sous *Chaliapine c. Union des Républiques Socialistes Soviétiques et Société Brenner*, France, Cour d'appel de Paris, 28 juillet 1932, *D.*,1934.2, pp. 139-144, p. 140 ; CHARLES FREYRIA, *op. cit.*, p. 225) ; de privilège « immoral » (note sous *Bernet et autres c. Herran, Dreyfus-Scheyer et autres*, France, Cour d'appel de Paris, 26 février 1880, *D.*, 1886.1, pp. 393-395) ; de privilège « rétrograde » (voy. intervention de JEAN-FLAVIEN LALIVE, *A.I.D.I.*, 1989, vol. 63-II, p. 116) ; de privilège « odieux » (voy. A. PILLET, note sous *Ville de Genève c. Consorts de Civry*, France, Cour d'appel de Paris, 19 juin 1894, *S.*, 1896.1 pp. 225-230) ; d'institution « vicieuse » (G. SCELLE, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat, Montchrestien, 1948, p. 792).

[76] Notamment V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.* pp. 304-315.

[77] Voy., à titre indicatif, KALONGO MBIKAYI, *op. cit.*, p. 21.

l'heure actuelle, par LUKOMBE NGHENDA, KALAMBAY LUMPUNGU, KABANGE NTABALA et bien d'autres auteurs évoqués par le Procureur Général de la République dans sa mercuriale précitée[78], refuse, de manière systématique, l'application des mesures d'exécution forcée de droit commun sur les personnes morales de droit public. Ainsi, par exemple, parlant de la forme juridique des établissements publics en droit congolais KABANGE NTABALA note : « *Il s'agit d'une forme particulière qui n'a pas d'équivalent en droit privé (sic). Il s'ensuit que l'établissement public jouit des privilèges personnels, c'est-à-dire de privilèges juridiques attachés à sa forme de droit public. Le principal est l'impossibilité des voies d'exécution forcée, particulièrement les saisies* »[79].

Ceci prouve qu'à l'opposé des autorités politico-judiciaires, la doctrine congolaise reste, quant à elle, divisée sur la problématique qui nous préoccupe et que, contrairement à d'autres systèmes juridiques où l'unanimité était (presque) de mise sur la nécessité d'une restriction de l'immunité d'exécution, une certaine tendance doctrinale demeure toujours attachée à la conception absolue de ce principe, plaçant ainsi la RDC en marge d'un mouvement protecteur des créanciers des pouvoirs et organismes publics.

19. Une illustration statistique. Cependant, s'agissant d'une étude ayant pour but d'assurer la protection des créanciers à travers la lutte contre le scandale souvent dénoncé de l'inexécution, par les pouvoirs publics, des décisions de justice, il est utile de se faire une certaine idée sur le niveau de l'inexécution, par ces personnes, de ces décisions.

En l'absence de données statistiques précises sur la question, il n'est guère aisé de mesurer l'importance de ce phénomène en RDC. Toutefois, quelques illustrations statistiques fournies par le Procureur Général de la République (PGR) dans sa Mercuriale déjà citée permettent de mesurer l'ampleur du drame des justiciables congolais. Il s'agit des données récoltées au Greffe d'exécution du seul Tribunal de Grande Instance de Kinshasa/Gombe pour les exercices judiciaires 1997 et 1998 (soit du premier janvier 1997 au 31 décembre 1998).

---

[78] LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.* p. 17 (plus précisément KABANGE NTABALA, *Grands services publics et entreprises publiques en droit congolais*, Unikin, 1998, p. 61 ; LUKOMBE NGHENDA, *Droit congolais des sociétés*, P.U.C., Kinshasa, 1999, p. 410).

[79] KABANGE NTABALA, *Grands services publics et entreprises publiques en droit congolais*, Unikin, 1998, p. 61.

Ce Greffe, qui est considéré comme le plus actif de toute la RDC au motif qu'il est situé dans la commune de la Gombe, siège de la plupart de personnes publiques, a inscrit au cours de ces deux années, selon le PGR, **2355** dossiers exécutoires. Et, ajoute le Procureur : « *Sur ces **2355** décisions, **142** décisions seulement ont été exécutées ; soit environ **0,6** %, et ce de la manière suivante. Au cours de 1997, sur les **1075** dossiers enregistrés, **80** dossiers ont été exécutés totalement, **8** partiellement, **7** ont vu leur exécution suspendue par le Ministère de la Justice, et tenez-vous bien, **987** sont restés inexécutés, soit parce que concernant les entreprises publiques non susceptibles d'exécution forcée, soit frappés par des voies de recours manifestement tardifs et dilatoires, soit parce que le ministère public refuse de prêter main-forte à l'exécution, soit enfin et surtout parce que les parties gagnantes ne sont pas en mesure de payer les droits proportionnels devant leur permettre de lever les pièces pour faire exécuter leurs jugements et arrêts. Au cours de cet exercice donc l'exécution n'a couvert que moins de **1** % des dossiers enregistrés (plus ou moins **0,8** %). En 1998, sur les **1280** dossiers inscrits, **56** seulement ont été totalement exécutés, **6** partiellement exécutés, **5** suspendus par diverses autorités ou interférences diverses, **2** réglés par voie de transaction et **1222** non exécutés pour les mêmes raisons qu'en 1997. Au cours de cette période donc, l'exécution n'a couvert que **0,5** % des dossiers inscrits et exécutoires. La tendance, on le voit, est à la baisse ! Le mal est donc profond ! Il nous interpelle ! »*[80].

Bien que ces données statistiques ne se rapportent pas directement et principalement aux décisions de justice rendues à l'encontre des personnes morales de droit public, elles permettent néanmoins, comme nous l'avons déjà relevé précédemment, de se faire une idée sur la triste réalité de l'inexécution des décisions judiciaires en RDC, particulièrement, celles mettant en cause les pouvoirs et organismes publics. En effet, comme l'a souligné le Procureur Général de la République lui-même, une des principales causes de l'inexécution des décisions judiciaires au Congo demeure le fait qu'elles concernent les entreprises publiques qui, par définition, ne peuvent être soumises à des voies d'exécution forcée de droit commun[81].

---

[80] LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.*, p. V.

[81] Le terme « entreprises publiques » est ici considéré dans son sens ancien de la loi du 6 janvier 1978 actuellement abrogée. Il désignait ainsi l'ensemble des organismes publics congolais à savoir, les établissements publics, les entreprises publiques industrielles et commerciales et les services publics. Les entreprises publiques à caractère industriel et commercial étant à l'heure actuelle transformées en sociétés commerciales soumises au droit privé, la question de l'immunité d'exécution en RDC ne se pose désormais qu'à l'égard des personnes publiques traditionnelles (Etat, collectivités publiques territoriales, établissements publics et services publics).

Le mal est donc profond et l'injustice vis-à-vis des créanciers des pouvoirs publics perceptible parce que, ne pouvant réaliser leurs droits, ces créanciers se trouvent souvent dans l'impasse et sont, dès lors, obligés d'assister impuissants au mauvais vouloir de l'Administration dans la mise en œuvre des décisions de justice. C'est là une situation préoccupante qui invite à la réflexion afin d'esquisser des perspectives.

Mais, si telle est la position du droit congolais face au privilège de l'immunité d'exécution, qu'en est-il alors de sa mise en œuvre ?

§2. L'immunité d'exécution : un principe dont la mise en oeuvre est parfois soumise aux multiples interférences au regard du caractère incohérent et désordonné de la justice congolaise

A. Interférences de divers services

20. Interférences des services de l'Inspectorat général des services judiciaires. La volonté de se conformer à l'intransigeance du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques n'a pas seulement conduit les autorités politiques et judiciaires congolaises à s'engager dans la voie de la suspension ou de l'interdiction de la contrainte vis-à-vis de l'Etat. D'autres services tels que « l'Inspectorat général des services judiciaires » se sont également cru « erronément » en droit de suspendre, l'exécution des décisions de justice, en l'occurrence celles rendues à l'encontre des personnes publiques, au nom de l'interdiction de la force contre l'Administration. Ainsi, le Procureur Général de la République LUHONGE KABINDA NGOY faisait-il observer dans sa mercuriale déjà citée qu'« *il arrive qu'un inspecteur désigné de l'inspectorat général des services judiciaires demande le dossier judiciaire en communication et en suspende l'exécution jusqu'à la décision du Ministère de la justice saisi par rapport. Ce service devra disparaître autant qu'il doit laisser la place aux*

services traditionnels de contrôle et d'inspection attachés aux cours, tribunaux et parquets »[82].

L'inspectorat général des services judiciaires, faut-il le noter, est un service créé par Ordonnance n° 87/215 du 23 juin 1987 et ayant pour mission de contrôler le fonctionnement des juridictions, des parquets et de tous les services relevant du Ministère de la justice. Interprétant souvent « à tort » l'économie de ce texte dans le sens qui lui est généralement favorable, ce service s'est arrogé *motu proprio,* le pouvoir extrêmement « dangereux » de suspendre, voire d'interdire, l'exécution de décisions de justice au détriment des intérêts des justiciables et particulièrement des créanciers de l'Etat.

Or, aux termes de l'Ordonnance portant création de ce service, le législateur détermine et définit clairement la mission de ce service dont le rôle est simplement de s'assurer de la bonne administration de la justice et de l'expédition normale des affaires ainsi qu'en témoigne l'article 2, alinéa 2 de cette disposition ainsi conçue : « *Au cours de leur mission, les membres de l'inspectorat général s'assurent, notamment par l'examen des dossiers, des registres et des copies des jugements, de la bonne administration de la justice et de l'expédition normale des affaires ; ils contrôlent et vérifient les écritures comptables et l'exécution des budgets des recettes et des dépenses des services du Ministère de la justice* »[83].

Nulle part donc, dans la disposition susdite, il n'est reconnu à l'Inspectorat ni à l'un quelconque de ses membres le droit de faire obstacle à la mise en œuvre des décisions judiciaires, fût-ce en en suspendant pour quelque temps seulement l'exécution.

Malheureusement, la pratique congolaise offre, à cet égard, une bien triste réalité étant donné que ce service se croit toujours en droit d'intervenir dans l'exécution des décisions judiciaires et même dans la dispensation de la justice.

Il est impérieux de mettre un terme à ce désordre en appelant chaque corps de l'Etat à s'occuper des domaines de sa compétence et à intervenir uniquement dans les attributions spécifiques qui lui sont expressément reconnues par le législateur.

---

[82] LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.*, p. 29.

[83] LUHONGE KABINDA NGOY, *ibidem.*, p. 29.

En somme, les multiples et nombreuses interférences des services de l'Inspectorat général des services judiciaires et de bien d'autres dignitaires et responsables politiques et militaires dans la mise en œuvre des décisions de justice en RDC[84] témoignent de la confusion et de l'imbroglio infernal qui caractérise le fonctionnement de l'appareil judiciaire en RDC.

Comment, dans ces conditions, assurer la protection des droits des justiciables contre les personnes publiques et faire en sorte que la loi soit égale et respectée par tous ; que les décisions judiciaires soient mises en œuvre ; qu'elles ne demeurent point lettre morte et ne soient plus assimilées, comme souligné précédemment à « des chèques sans provision » ou des simples formules dépourvues de toute effectivité ?

Des choix importants devront être opérés afin que les relations économiques entre l'Etat et ses partenaires reposent, désormais, sur une base plus juste.

Certaines affaires ont permis de rendre compte non seulement de la protection dont jouissent les personnes publiques en vertu de l'immunité d'exécution, mais encore de l'application à l'Etat des procédures d'exécution forcée de droit commun, en l'occurrence la saisie, en dépit de l'invocation du privilège. Ce qui a contribué à mettre davantage en évidence le caractère incohérent et désorganisé de la justice congolaise. En témoigne, l'affaire MBANGAMA contre l'INSS actuellement pendante devant la Cour Suprême de Justice.

B. Un exemple récent

21. L'affaire MBANGAMA KABUNDI[85]. Avant de donner quelques précisions relatives au litige principal et pour aider à la bonne compréhension de cette affaire, il est utile d'exposer brièvement la réglementation en vigueur au moment de son instruction.

---

[84] Dans son article paru dans le journal « Le potentiel » intitulé « *Zaïre, le judiciaire pris en otage par l'Exécutif* », G. NGEFA ATONDOKO signalait l'existence des personnes dont les services étaient loués, en fonction de leur influence ou de leur capacité de nuisance, pour la mise à effet de certains jugements. L'auteur citait à cet effet les agents de la Division spéciale présidentielle mobutienne (DSP), du Service d'action et de renseignement militaire (SARM), de la Garde civile, des Forces armées zaïroises (FAZ) voire même certains avocats complices (G. NGEFA ATONDOKO, « Zaïre, le judiciaire pris en otage par l'Exécutif », Journal *Le potentiel*, n° 816 du 30 août 1996, p. 6).

[85] Journal *Le Potentiel*, Kinshasa, n° 839, septembre 1996.

22. Le cadre juridique. En vertu de l'ancienne loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, telle que modifiée et complétée respectivement par la loi n° 78-016 du 11juillet 1978 et par l'ordonnance-loi n° 85-021 du 30 mars 1985, l'INSS (Institut National de Sécurité Sociale) fut une entreprise publique à caractère social[86]. Ses biens furent, aux termes des articles 10 et 210 de la loi du 20 juillet 1973 dite « loi foncière » déclarés hors commerce, c'est-à-dire, incessibles, inaliénables et imprescriptibles tant qu'ils n'étaient pas régulièrement désaffectés. Par ailleurs, l'appartenance à l'Etat de cette entreprise rendait ses biens insaisissables en raison de l'immunité d'exécution dont jouissait la personne publique à laquelle ils étaient attachés.

Outre les dispositions légales précitées était également applicable, dans cette affaire, l'article 118 du Code de procédure civile congolais sur lequel nous reviendrons et dont une certaine doctrine estime, à tort, qu'il constitue la base légale de l'autorisation accordée par le législateur de saisir-arrêter certains biens de l'Etat constitués essentiellement des sommes d'argent. Cet article est ainsi libellé : « *La saisie-arrêt sur les sommes dues par l'Etat est signifiée aux agents désignés par ordonnance du Président de la République. Ces agents visent l'original de l'exploit et font par écrit la déclaration prévue à l'article 114* ». Enfin, l'affaire MBANGAMA requit l'intervention de l'article 119 du Code de procédure civile qui énonce que le tiers saisi qui fait des paiements au mépris d'une saisie régulière, ou qui déclare une somme inférieure à ce qu'il devait, ou qui ne fait pas sa déclaration, peut être condamné au paiement des causes de la saisie[87].

23. Les circonstances factuelles du litige au principal. En 1990, le Comité de gestion de l'INSS décide d'acquérir un immeuble à Matadi, chef-lieu de la province du Bas-Congo, dans

---

[86] Les textes de loi précités sont aujourd'hui abrogés par une série de lois du 7 juillet 2008, notamment la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques ; la loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille ; la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics et la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008, pp. 3-31). Par ailleurs, aux termes du Décret n° 09/12 du 24/04/2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics ou services publics, l'INSS est une ancienne entreprise publique transformée en établissement public (Publications du service de la Primature, Kinshasa/Gombe). Ainsi, le statut de « personne publique » de cet organisme n'a pas changé en dépit de la transformation de sa nature juridique « d'entreprise publique » en « établissement public ». En vue de préserver l'authenticité des données nous avons préféré garder l'ancienne appellation d'entreprise publique de cet organisme ainsi que les anciens textes évoqués en la matière.

[87] Les codes LARCIER, République Démocratique du Congo, tome I, Droit civil et judiciaire, éd. Larcier 2003, p. 280.

le but de stabiliser les services de la Direction régionale de l'INSS/Bas-Congo. Deux immeubles contigus portant respectivement les n° 574 et 575, appartenant aux enfants du sieur MBANGAMA sont alors présentés à l'acheteur INSS. Celui-ci marque son choix pour la maison n° 574 et le contrat de vente est aussitôt conclu puis l'immeuble acheté au prix de 3.000.000 (trois millions) de francs belges (F.B.). Quelques années plus tard, Sieur MBANGAMA prétend que l'INSS avait également marqué son acceptation pour l'achat du second immeuble portant le n° 575 au même prix et l'assigne au Tribunal de Grande Instance de Matadi aux fins d'obtenir non seulement le prix de la seconde maison (3.000.000), mais aussi une plus-value de l'ordre de 6.396.000 F.B. que ladite maison aurait acquise.

24. Les décisions juridictionnelles. Au premier degré devant le Tribunal de Grande Instance de Matadi, l'INSS est condamnée par jugement du 22 mars 1995 à payer au demandeur MBANGAMA la somme de 9.396.000 F.B. L'appel interjeté devant la Cour d'Appel de Matadi ne change rien à cette situation. Il est déclaré tout simplement irrecevable au motif que les cosignataires de la procuration spéciale de l'INSS n'ont pas produit au dossier les actes leur conférant la qualité d'agir pour le compte de cette institution. Non content de la décision de la Cour d'Appel de Matadi, l'INSS se pourvoit alors en cassation devant la Cour Suprême de Justice et l'affaire suit actuellement son cours devant cette haute juridiction.

Entre-temps, le 13 septembre 1996, il avait été procédé à la requête du Sieur MBANGAMA, à la saisie-arrêt des comptes bancaires et des créances de l'INSS sur le PNUD et la GECAMINES ainsi qu'à la saisie immobilière de trois immeubles de l'INSS, y compris le siège de sa Direction générale située sur le Boulevard du 30 juin à Kinshasa.

25. Quelques interférences politiques et judiciaires. Prétextant sa qualité de personne morale de droit public, l'INSS conteste ladite saisie et refuse d'exécuter volontairement le jugement. Le 11 mai 1996, le Ministre de la justice demande à l'INSS de mettre à effet ce jugement alors que le nommé MBANGAMA propose à son tour à l'Avocat-conseil de cette institution d'acheter l'immeuble à son prix réel soit 3.000.000 F.B. Le 11 septembre 1996, soit quatre mois après sa première lettre, le Ministre de la justice rappelle encore à l'ordre l'INSS d'exécuter volontairement le jugement, mais en vain.

C'est sur ces entrefaites qu'interviendra, par sa note référencée n° 2936/RMP/V/055/PGR/96 du 23 septembre 1996, le Procureur Général de la République pour ordonner la mainlevée de

la saisie aux motifs que l'INSS était une personne publique d'une part et que d'autre part, il y aurait eu des abus constatés dans la passation du contrat.

26. Observations particulières. L'affaire MBANGAMA met en évidence, comme on l'a déjà dit, la confusion, les contradictions voire le désordre caractérisant la justice congolaise. En dépit de l'interdiction formelle de l'usage de la contrainte sur les biens des personnes publiques, le juge s'est donc permis, en l'espèce, d'autoriser la saisie de ces biens[88]. Seule l'intervention du Parquet général de la République dans cette affaire, pourtant pendante devant les tribunaux[89], avait permis à l'INSS, personne morale de droit public, d'échapper, au nom de l'immunité d'exécution, à la contrainte.

Ainsi, pour les autorités politiques et judiciaires congolaises, le principe de l'immunité d'exécution demeure un principe immuable dont l'application est justifiée par le souci d'assurer la protection des biens de l'Etat, garant de l'intérêt général. D'ailleurs, soucieux de mettre un terme aux manœuvres de certains juges irrespectueux de l'absolutisme attaché à l'immunité d'exécution des personnes publiques, le Ministre de la Justice soulignait encore dans son intervention de 1984 précitée[90] qu'« *il arrive aussi qu'un justiciable adresse au juge une requête en vue de saisir conservatoirement les biens d'une entreprise publique ou de saisir-arrêter ses comptes bancaires. Malgré le privilège d'inexécution forcée dont bénéficie une telle société, le magistrat saisi fait parfois droit à la requête, en signant l'ordonnance autorisant la saisie conservatoire ou la saisie-arrêt sollicitée. Muni de ce titre, le requérant procède, avec l'aide de l'huissier d'exécution à la saisie conservatoire des biens de la société paraétatique concernée ou au blocage de ses comptes bancaires, gênant ainsi sérieusement ses activités d'intérêt public. L'ordonnance de saisie rendue par le juge dans de pareilles conditions viole gravement le principe de l'inexécution forcée contre l'Etat et les personnes morales de droit public. Le tribunal saisi de l'action en validation d'une telle saisie, doit refuser cette validation ; de même, s'il y a un recours régulièrement formé, le juge d'appel*

---

[88] Il ne s'est pas agi, en l'espèce, d'une décision de justice mais plutôt d'une ordonnance de saisie, rendue sur requête unilatérale d'une partie.

[89] Aux termes de l'article 111 du Code de procédure civile, seul le tribunal est compétent pour ordonner la main levée d'une saisie. Cette disposition stipule que : « *Le débiteur saisi peut demander au tribunal la main levée de la saisie. Cette demande est formée par assignation signifiée à l'auteur de la saisie et à celui en main de qui la saisie a été pratiquée* ».

[90] Voy. *supra*, introduction générale, n° 9.

doit annuler toute décision du premier juge validant une pareille saisie, manifestement illégale »[91].

Ceci se passe de tous commentaires et il demeure constant que l'exécution forcée contre l'Etat et ses démembrements organiques et territoriaux est strictement interdite en RDC.

27. Conclusion. De ce qui précède, il apparaît que l'immunité d'exécution est un privilège reconnu aux pouvoirs et organismes publics congolais en tant que principe général de droit non encore appréhendé par le législateur. Toutefois, la RDC ayant, depuis 2004, exprimé sa volonté d'adhérer à l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), il y a lieu de penser qu'avec sa future intégration dans cette structure, la prérogative de l'immunité d'exécution acquiert un jour un caractère légal dans ce pays. Cela, en vertu l'article 30, alinéa 1er de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux sûretés et voies d'exécution qui porte que : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution, ce qui est le cas non seulement de l'Etat et de ses divers démembrements, mais éventuellement aussi des entreprises publiques* ». Par ailleurs, l'article 10 du traité OHADA dispose que : « *Les Actes uniformes de l'OHADA sont d'application directe dans tous les Etats membres, et se substituent à la législation nationale préexistante dans les pays concernés, dans la mesure où les dispositions de cette législation sont contraires à celles des Actes uniformes »*[92].

C'est donc sur la base de cette dernière disposition rendant directement applicable, dans les Etats membres, les Actes uniformes de l'OHADA que le privilège de l'immunité d'exécution pourra un jour être érigé au rang de principe légal en RDC, faute d'être expressément consacré par le législateur. Néanmoins, en attendant l'accomplissement des formalités juridiques requises pour cette adhésion, on peut affirmer que cette prérogative reste encore et toujours un principe extra-légal admis dans l'ordre juridique congolais.

28. Mise en garde. Faut-il préciser, en passant, que l'interdiction de la contrainte ne veut nullement signifier que la personne publique condamnée est libre de s'exécuter ou pas, bien au contraire. L'immunité d'exécution n'a pas pour but de favoriser l'inexécution, pas plus

---

[91] BAYONA BA MEYA, *op. cit.*, pp. 103-104.

[92] B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, éd. du Juris-classeur, 2004, p. 232.

qu'elle ne vise à soustraire l'administration au respect du droit. Elle tient seulement à la nécessité d'exclure les pouvoirs publics de la contrainte en vue d'assurer le fonctionnement régulier du service public. Elle constitue donc en tant que telle une prérogative qui a pour effet de dissocier l'obligation juridique, même inscrite dans un titre exécutoire, de sa sanction ultime qu'est le recours à la contrainte[93]. De même, la prérogative de l'immunité d'exécution n'entame en rien l'autorité de la chose jugée considérée comme ayant un caractère impératif pour l'administration. Celle-ci ne peut, en effet, sous aucun prétexte, s'en passer ni l'ignorer parce que les exigences d'un Etat de droit[94] de même que le besoin de soumission à la légalité s'accommodent mal des privilèges aussi exorbitants.

Enfin, l'immunité d'exécution exclut la mise en œuvre des procédures contraignantes qui constituent des moyens de contrainte vis-à-vis des personnes publiques (saisie-conservatoire, saisie-exécution, saisie-arrêt), pas plus qu'elle n'autorise l'usage de toutes celles qui risquent de perturber, en cas d'application, le bon fonctionnement du service public en amenant la personne publique à exécuter, sans son consentement, une obligation qui lui incombe. Tel est le cas de la compensation, de l'exécution en nature reconnue aux particuliers, de la décision judiciaire tenant lieu d'acte juridique à accomplir et de l'astreinte.

Section 2. Portée ou étendue de l'immunité d'exécution en RDC

L'immunité d'exécution exclut non seulement l'usage de la contrainte (§1), mais aussi de tout moyen de pression exercée sur le débiteur public (§2).

---

[93] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 261.

[94] J. TERCINET, « Vers la fin de l'inexécution des décisions judiciaires par l'administration ? », *A.J.D.A.*, 1981, p. 4

§1. Les saisies en tant que mesures de contrainte interdites par l'immunité d'exécution

29. Précision terminologique. On doit se garder de la confusion pouvant exister entre l'expression « *mesures de contrainte* » et celle de « *mesures d'exécution* ». La première recouvre en principe une notion plus large et plus vague que la seconde parce qu'elle peut englober tout acte contraignant émanant d'une quelconque autorité de droit interne, en dehors de la procédure judiciaire, tel que nationalisation, expropriation, réquisition, confiscation ou toute autre forme de dépossession d'un bien. Par contre, les « *mesures d'exécution* » se limitent aux mesures liées à une procédure intentée devant le tribunal. Elles représentent un ensemble des formalités et des règles de procédure qui ont pour objet de permettre au créancier d'obtenir par la force l'accomplissement ou la mise à effet de son droit, c'est-à-dire, le règlement de sa créance lorsque l'exécution amiable ne peut être obtenue.

Les mesures d'exécution constituent l'essence même des voies d'exécution parce qu'elles vont au-delà non seulement des moyens de pression destinés simplement à effrayer le débiteur afin de le pousser à payer sa dette, mais aussi des mesures conservatoires dont l'objet n'est que la mise sous main de justice des biens du débiteur afin de les conserver comme gage et de pouvoir recourir ensuite, si besoin est, à l'exécution forcée. Elles sont donc l'aboutissement d'un long processus qui commence par la notification au débiteur des actes authentiques jusqu'aux procédures autorisant la réalisation des droits du créancier.

M. et J.B. DONNIER notent à cet égard que : « *l'exécution sur la personne ayant été écartée depuis longtemps, le meilleur procédé d'exécution théoriquement concevable était l'exécution en nature (ou exécution directe) mais que celle-ci se heurtait fréquemment au principe posé par l'article 1142 du code civil et à l'interdiction faite au créancier de contraindre le débiteur à agir contre son gré. Dans ces conditions, c'est l'exécution sur les biens (ou exécution pécuniaire), pratiquée sur l'actif du patrimoine du débiteur considéré comme le gage de ses créanciers, qui est devenue la règle habituelle* ». Les mesures d'exécution concernent notamment les saisies (saisie conservatoire, saisie-exécution, saisie-arrêt, saisie mobilière et immobilière) et la faillite.

Notre étude sera marquée par l'emploi indifférencié de ces deux expressions « *mesures de contrainte* » et « *mesures d'exécution* » pour désigner non pas des mesures administratives ou législatives pouvant viser les biens des personnes publiques, mais bien des mesures prises en rapport avec une décision judiciaire, en l'occurrence la saisie.

A. Fondement légal des saisies en RDC

30. Siège de la matière. Le privilège de l'immunité d'exécution exclut de la contrainte l'Etat et ses démembrements. Ceci implique que toutes les mesures d'exécution forcée, particulièrement les saisies, ne peuvent être dirigées contre ces entités qui, d'après la doctrine[95], échappent aux principes énoncés par le droit civil relatifs à l'exécution sur les biens des engagements pris personnellement. En RDC, la saisie sur les biens présents et avenir du débiteur est régie par le législateur à l'article 245 de la loi n° 73-021 du 20 juillet 1973 dite loi foncière telle que modifiée et complétée à ce jour. Aux termes de cette disposition légale : « *Tous les biens du débiteur, présents et à venir, sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légales de préférence* »[96].

Cette formule propre au droit privé ne peut donc, contrairement au soutènement d'une certaine doctrine[97], être utilisée pour justifier la saisissabilité, en droit congolais, des biens des personnes publiques. L'existence dans le chef de ces personnes des éléments de puissance publique, notamment la gestion du service public, la soumission au principe de la comptabilité publique, la mise sous tutelle ainsi que le contrôle par les pouvoirs publics, imposent l'obligation de conférer à ces entités des prérogatives exorbitantes liées à leur qualité de personnes publiques, en l'occurrence l'immunité d'exécution.

---

[95] Notamment J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 261, n° 4.

[96] Voy. Les Codes Larcier, République Démocratique du Congo, Tome I, Droit civil et Judiciaire, p. 113.

[97] Notamment V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, p. 310, selon lequel « *le principe de la saisissabilité des biens des personnes publiques (congolaises) peut être déduit de l'article 245 de la loi du 20 juillet 1973 (les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers), et de façon plus nette, de l'article 118 du Code de procédure civile* ».

B. Autres modalités relatives aux saisies

31. Classification des saisies. Les saisies peuvent être classées soit d'après leur objet, soit d'après leur caractère. D'après leur objet, elles peuvent, selon le choix du créancier, concerner les biens meubles ou immeubles et même les créances pour devenir des saisies mobilières ou immobilières. D'après leur caractère, les saisies sont soit conservatoires, soit exécutoires[98]. Les saisies mobilières sont nombreuses et comprennent une grande variété[99]. Elles sont réputées simples, rapides et peu onéreuses. Ce qui n'est pas le cas des saisies immobilières soumises généralement à des formalités rigoureuses et organisées avec la plus grande minutie.

Considérant la multiplicité et la diversité des saisies applicables en droit positif des Etats sous examens, nous nous contenterons, dans la présente étude, de brosser un tableau général de la matière sans entrer dans les détails spécialement réservés à des analyses plus approfondies.

32. Caractère d'ordre public des saisies. Pour connaître la véritable nature d'une saisie, souligne la doctrine congolaise, on doit surtout s'attacher à la nature et à la portée des actes autorisés par le juge et pratiqués par le saisissant, plutôt qu'à la dénomination donnée à la saisie dans les pièces de la procédure et le jugement de validation[100]. Par ailleurs, les règles relatives aux saisies sont d'ordre public. Il n'est donc pas permis de déroger au droit de gage général que constituent les biens d'un débiteur en rendant directement ou indirectement un bien insaisissable. A. WEILL et F. TERRE écrivent à ce sujet que : « *le droit de gage général est d'ordre public, il ne serait pas possible, par une convention préalable, de décider que tel ou tel bien y échappera ou que l'action des créanciers sera réservée à telle ou telle partie des biens, à l'exclusion des autres* »[101]. Ainsi, d'après ces auteurs, les parties ne peuvent de commun accord, par une clause d'inaliénabilité, empêcher la saisie des biens. Pareille

---

[98] J. BAUGNIET, *Principes généraux des saisies : les saisies mobilières et immobilières*, ULB, 1971, p. 5

[99] En rapport avec les droits belge et français (J. BAUGNIET, *ibidem*, p. 5). Mais, le droit congolais n'organise formellement que la saisie conservatoire, la saisie-exécution et la saisie-arrêt, sans oublier la saisie immobilière.

[100] Voy., à titre indicatif, KENGO-wa-DONDO, « L'exécution des jugements », *Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour Suprême de Justice* du 10 décembre 1977, p. 27.

[101] A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil des obligations*, Dalloz, 1980, p. 934, n° 844.

convention serait simplement nulle parce qu'elle est contraire au caractère d'ordre public reconnu aux normes régissant les saisies.

Toutefois, cette opinion semble actuellement tempérée. On admet de plus en plus comme valable une convention (même implicite) d'insaisissabilité passée entre parties et limitée à un ou plusieurs objets déterminés[102]. Dès lors, le créancier, peut, lors de la conclusion du contrat ou postérieurement à son élaboration, stipuler qu'il ne pourra procéder à la saisie conservatoire d'un ou plusieurs biens. Seule est prohibée une renonciation générale et absolue au droit d'agir en justice et à la faculté de saisir. Ainsi, sont autorisées les renonciations aux saisies ayant un caractère spécial, limité et restreint.

Enfin, et cela demeure un principe constamment affirmé et réaffirmé : « la saisissabilité est la règle et l'insaisissabilité l'exception[103] ».

33. Objet des saisies. Les saisies ont pour effet, soit de rendre indisponibles les biens qui en sont l'objet et d'interrompre la prescription (saisie conservatoire), soit de les faire vendre afin de se payer sur le prix de la vente (saisie-exécution ou saisie-arrêt). On voit là s'établir directement la distinction des saisies en mesures conservatoires[104] et en voies d'exécution ; distinction qui entraîne, en substance, divers intérêts pratiques liés surtout aux conditions requises pour la mise en œuvre de la saisie en tant que mesure de contrainte.

---

[102] G. de LEVAL, *Traité des saisies*, Fac. De Droit de Liège, 1988, p. 99 et p. 268.

[103] Cette formule appelle les conséquences suivantes :

— les règles qui édictent une insaisissabilité sont d'interprétation stricte.
— le débiteur qui allègue une insaisissabilité doit en rapporter la preuve.

[104] M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, éd. Litec 1996, p. 101 ; M. DONNIER et J.B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7ème édition., éd. du Juris-classeur 2003, p. 158. Parlant des *mesures conservatoires*, ces auteurs concluent qu'elles sont connues depuis très longtemps et se situent sur des plans différents. Certaines relèvent du droit civil et judiciaire où elles constituent des procédures spécifiques telles que l'apposition des scellés, la désignation d'un séquestre ou l'attribution d'une provision. D'autres, par contre, sont liées aux voies d'exécution comme la saisie conservatoire. Pour plus de précisions, les scellés sont constitués d'une bande de papier ou d'étoffe que le juge d'instance fixe par un cachet de cire marqué d'un sceau. Ils sont apposés sur les portes d'une maison, d'un appartement, d'une pièce, d'un meuble…afin d'en empêcher l'ouverture car, il est impossible d'ouvrir sans les briser, ce qui constitue un délit correctionnel. Quant au séquestre, celui-ci est une personne désignée par la justice ou par des particuliers pour assurer la conservation d'un bien qui est l'objet d'un procès ou d'une voie d'exécution (M. DONNIER et J.B. DONNIER, *op. cit.*, p. 158). Enfin, l'attribution d'une provision consiste à mettre à la disposition d'une des parties ou des certaines parties, en cours de procédure, la provision ou la somme d'argent nécessaire à sa (leur) subsistance en attendant l'issue de l'affaire. Tel est le cas pour la femme mariée en procédure de divorce.

La saisie conservatoire considérée comme une procédure permettant au créancier d'intercepter provisoirement les sommes ou effets dus à son débiteur relève de la première catégorie. Quant à la saisie-exécution, elle donne le droit au créancier, muni d'un titre exécutoire, de faire mettre sous la main de la justice des meubles dont le débiteur est propriétaire (soit qu'ils se trouvent dans son domicile ou chez un tiers) en vue de les faire vendre et de se faire payer sur le prix.

La plus grande partie de la jurisprudence rencontrée en matière d'immunité d'exécution[105] se rapporte aux cas de saisies-arrêts, encore que dans ce dernier cas, une distinction doit être établie entre les saisies-arrêts pratiquées entre les mains de tiers sur des sommes revenant à l'Administration et la saisie-arrêt des sommes détenues par les personnes publiques pour le compte des personnes privées. Selon la doctrine, ces dernières saisies n'ont aucun lien avec la question de l'immunité d'exécution[106].

S'agissant de la saisie-arrêt proprement dite, elle peut être définie comme une procédure par laquelle le créancier met sous la main de la justice les sommes et effets appartenant à son débiteur, et se trouvant entre les mains d'un tiers[107]. La saisie-arrêt est donc une sorte d'action oblique ou subrogatoire qui permet au créancier d'agir contre le débiteur de son débiteur[108].

De façon générale, la saisie-arrêt est une opération triangulaire se déroulant entre trois personnes : le saisissant créancier du débiteur (partie saisie ou le saisi), lui-même créancier d'une tierce personne appelée tiers saisi[109]. Ce tiers saisi qui s'ajoute aux deux personnages

---

[105] Mise à part l'affaire MBANGAMA déjà citée, le droit congolais se caractérise par une absence quasi-totale de jurisprudence en matière d'immunité d'exécution.

[106] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 262.

[107] GARSONNET et CEZAR-BRU, *Traité pratique de procédure civile*, Tome IV, p. 105.

[108] Article 64 du Code civil congolais livre III : « *Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ». La doctrine admet que dans la mesure où un créancier peut, par voie oblique, exercer les droits et actions de son débiteur, il a nécessairement qualité et intérêt pour pratiquer, *en faveur du patrimoine de celui-ci*, une saisie conservatoire ou exécutoire à charge du débiteur de son débiteur (G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, Sirey, 1985, p. 14, n° 15 ; M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, éd. Litec, 1987, p. 48, n° 92 ; J. CARBONNIER, note sous Cass. fr., 25 septembre 1940 et 21 janvier 1942, *D.*, 1943, 134-135 ; L. CREMIEU, « Saisie exécution », *D.*, Proc. Civ., n° 12 ; G. de LEVAL, « La saisie immobilière », *Rép. not.*, n° 392).

[109] Il arrive cependant qu'une saisie-arrêt ne fasse intervenir que deux personnes, dont l'une cumule deux qualités. C'est d'abord le cas de la saisie-arrêt pratiquée par le créancier d'un tuteur sur une créance de ce dernier contre son pupille. Le tuteur est *saisi* en son propre nom et *tiers saisi* en tant que représentant du mineur. C'est aussi le cas d'une personne qui est à la fois créancière et débitrice d'une autre personne et qui, faute d'appliquer la compensation, pratique la saisie-arrêt entre ses propres mains. L'opération est alors qualifiée de *saisie-arrêt*

traditionnels de toute saisie (le saisissant et le saisi) n'intervient pas comme une personne subsidiaire dans le cadre d'un incident (tel un créancier opposant ou un tiers revendiquant). C'est un rouage essentiel dans le mécanisme de cette saisie. Il doit, en effet, constituer une individualité juridique distincte qui lui confère des droits et obligations propres au regard de la chose saisie[110]. Il doit être débiteur du saisi (le terme débiteur étant entendu dans son sens le plus large) et doit transférer au saisi la propriété d'une somme d'argent ou d'une chose ou à tout le moins être tenu à la lui restituer[111]. Le tiers saisi doit donc avoir la qualité du débiteur du débiteur et une présomption raisonnable de cette qualité est suffisante.

La saisie-arrêt est avant tout une saisie des biens mobiliers incorporels, c'est-à-dire, des créances[112] qui font partie du patrimoine du saisi. Mais, elle s'applique aussi aux objets mobiliers corporels se trouvant entre les mains du tiers et sur lesquels le débiteur détient un droit quelconque, fût-ce un droit de propriété ou un autre droit réel. Cela signifie que ces meubles doivent appartenir ou être dû au débiteur saisi et ne doivent pas être déclarés insaisissables par la loi.

L'effet immédiat de la saisie-arrêt est de paralyser l'exercice des droits du débiteur envers le tiers[113]. Cette caractéristique permet de distinguer la saisie-arrêt de la saisie mobilière pratiquée chez un tiers. En effet, il n'est pas toujours aisé d'établir la différence entre la saisie-arrêt et la saisie mobilière qui frappe directement les meubles corporels, surtout lorsque ceux-ci se trouvent chez un tiers.

Pour G. de LEVAL[114], dont nous partageons le point de vue, la saisie mobilière porte sur les meubles corporels qui sont en la possession du débiteur, c'est-à-dire sur lesquels il exerce la maîtrise quand bien même ils se trouveraient en dehors de son domicile, autrement dit chez le

---

sur soi-même, la même personne étant à la fois saisissant et tiers saisi (A. JOLY, *Procédure civile et voies d'exécution*, éd. SIREY 1969, p. 63).

[110] Telle est la situation du mandataire, du dépositaire, du banquier, du transporteur, du tuteur à l'égard du pupille et de l'avocat vis-à-vis de son client. La qualité du tiers s'oppose ainsi à celle du préposé du saisi (caissier, encaisseur ou employé).

[111] V. VAN HERREWEGHE et M. FORGES, *Mémento des saisies*, éd. Kluwer 2006, p. 167.

[112] On notera que les créances ne constituent pas la seule catégorie de biens incorporels. Appartiennent également à ce genre, les droits détachés de tout support matériel et que la loi considère implicitement comme des meubles. Il s'agit de meubles par détermination de la loi tels que les droits intellectuels (brevets et marques de fabrique) ainsi que les titres et les droits des actionnaires et des associés.

[113] G. de LEVAL, « *Traité des saisies* », Fac. De droit de Liège 1988, p. 83.

[114] G. de LEVAL, *op. cit.*, p. 74.

tiers (cas du débiteur bailleur gardant ses biens chez le locataire). Tandis que la saisie-arrêt est pratiquée lorsque les biens corporels se trouvent légalement entre les mains du tiers tenu de les transférer ou de les restituer au débiteur. Bref, cette différence repose, d'après lui, essentiellement sur la nature du lien de droit existant entre le tiers et le débiteur. Si ce dernier possède encore la détention des meubles corporels, on fera recours à la saisie mobilière. Par contre, s'il s'agit des sommes ou effets qui sont dus par le tiers quelle que soit la nature de la dette, on devra solliciter la saisie-arrêt[115].

34. Conditions de saisissabilité de la créance. Le moyen de contrainte que constitue la saisie ne peut être envisagé que pour les créances ayant pour objet des sommes d'argent. Le droit congolais, à l'instar d'autres systèmes juridiques, ne fait aucune distinction quant à l'origine de la créance dont le recouvrement peut donner lieu à une mesure de contrainte. Il peut s'agir des créances civiles, commerciales, délictuelles, quasi-délictuelles, contractuelles ou quasi-contractuelles.

La créance, cause de la saisie, doit, en droit congolais, répondre à une triple conditionnalité sous peine de nullité et des dommages et intérêts : elle doit être certaine, liquide et exigible[116].

Une créance certaine est celle dont l'existence n'est pas contestée. Cette condition est satisfaite lorsqu'il y a un titre exécutoire[117] ou lorsqu'un titre judiciaire l'établit de façon

---

[115] M. VAN REEPINGHEN défend un point de vue contraire selon lequel la saisie mobilière au domicile du tiers n'est possible qu'en cas des biens individualisés et non des biens fongibles. Pour ces derniers, dit-il, on devra surtout appliquer la saisie-arrêt au motif que le tiers est ici débiteur du saisi. Il s'agit bien là d'un critère de distinction fondée sur la nature des biens faisant l'objet de saisie. Critère fort discutable dans la mesure où le tiers peut être débiteur des biens individualisés et le débiteur peut conserver la maîtrise des choses fongibles en les entreposant en un lieu loué chez un tiers (M. VAN REEPINGHEN, cité par G. de LEVAL, *op. cit.*, p. 74, note 306). Toutefois, la saisie-arrêt demeure recommandable en cas de meubles mêlés à ceux dont le possesseur est propriétaire (Lyon, 14 février 1985, *Gaz. Pal.*, 19-21 janvier 1986, p. 12).

[116] KENGO-wa-DONDO, *op. cit.*, p. 27.

[117] Un titre exécutoire est un instrument matériel qui permet l'exercice d'un droit. Il est revêtu de la formule exécutoire et permet à son titulaire de recourir à la force publique pour exercer son droit. (J. BAUGNIET, *op. cit.*, p. 2). Le titre exécutoire est soit privé, soit administratif. En RDC, les titres exécutoires permettant une exécution forcée sont les actes authentiques réguliers et les décisions de justice revêtus les uns et les autres de la formule exécutoire. Il y est également associé des actes notariés qui constatent une obligation certaine, liquide et exigible (KENGO-wa-DONDO, *op. cit.*, p. 197). S'agissant des jugements, il est important de préciser que seuls sont susceptibles d'exécution forcée, les jugements qui emportent condamnation parce qu'ils constituent un titre exécutoire représenté par la grosse ou la première expédition du jugement. Mais certains jugements de condamnation ne sont pas de titres exécutoires. C'est le cas des jugements qui tranchent certains incidents et des jugements conditionnels dont les condamnations prononcées demeurent subordonnées à la vérification ultérieure de certains faits. Cependant, un jugement qui ne prononce aucune condamnation peut être exécuté par la force. A cet égard, on peut citer un jugement de débouté ou un jugement qui casse ou infirme une décision déjà exécutée par provision. Quant à la formule exécutoire, elle oblige le Ministère Public de prêter main forte à l'exécution

précise. Est également reconnue comme certaine, une créance constatée dans un acte sous seing privé tel une reconnaissance de dette. Mais, la créance en étant certaine doit aussi être actuelle et ne doit pas être subordonnée à un événement futur. Ainsi, une créance éventuelle et une créance conditionnelle (soumise à une condition suspensive non encore réalisée) ne sont pas considérées comme certaines en RDC et ne peuvent pas donner lieu à la saisie.

Quant à la liquidité, elle s'applique comme la condition d'une créance dont le montant doit être connu et déterminé. En effet, le débiteur doit savoir combien il doit payer et le créancier combien on lui doit. Ceci permet d'éviter que soient frappés d'indisponibilité les biens du débiteur au-delà de ce qu'il doit réellement. En vertu de ce principe, une dette dont l'existence est certaine n'est pas liquide quand sa quotité n'est pas déterminée. Cependant, la règle de la liquidité subit parfois des correctifs en matière de saisie-arrêt et de saisie conservatoire car ces deux saisies peuvent être pratiquées sur base d'une créance non liquide. Mais, pour ce qui concerne la saisie-arrêt, l'alinéa 3 de l'article 107 du Code de procédure civile recommande au créancier sans titre de faire procéder préalablement à une évaluation provisoire de sa créance par le juge.

Enfin, la créance doit être exigible, c'est-à-dire, arrivée à terme pour que le débiteur en soit déchu et que le créancier soit à même d'en exiger le paiement sans différer. L'exigibilité n'est pas nécessaire pour les saisies purement conservatoires. Le créancier étant obligé de prouver ici uniquement la menace de non-recouvrement de sa créance.

Cette triple exigence n'est pas requise pour la saisie conservatoire organisée par la loi française du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992. Ces interventions législatives posent,

---

des actes et des jugements. L'article 105, alinéa 3 du code de procédure civile, recèle encore des vestiges de la colonisation lorsque, plus de quarante années après l'indépendance, il stipule *expressis verbis* que : « Un arrêté royal fixe la formule exécutoire à apposer sur l'expédition des jugements, ordonnances, mandats de justice et actes emportant exécution parée ». Cette formule exécutoire adaptée aux nombreuses circonstances de changement politique en RDC est ainsi conçue : « Nous…, Président de la République démocratique du Congo, A tous présents et à venir, Faisons savoir (suit le texte de l'acte ou du jugement). Mandons et ordonnons à tous huissiers, à ce requis, de mettre le présent jugement, arrêt, ordonnance, mandat ou acte à exécution. Aux procureurs généraux et de la République d'y tenir la main et à tous Commandants et Officiers des FARDC d'y prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi, le présent jugement, arrêt, ordonnance… a été signé et scellé du sceau du Tribunal ou de la Cour de… ». En raison de l'inadaptation au contexte actuel de la RDC (Etat indépendant depuis le 30 juin 1960) de l'article 105 qui en constitue le support juridique, d'une part, et du caractère inconstitutionnel de cette disposition, d'autre part, il est impérieux d'envisager rapidement la possibilité de sa modification en vue de remplacer les termes « arrêté royal » par d'autres expressions plus appropriées telles que « décret présidentiel ou ordonnance présidentielle ». Bref, on peut affirmer avec le législateur que nul jugement ni acte ne peut donc être mis en exécution que sur production de l'expédition ou de la minute revêtue de la formule exécutoire (article 105, alinéa 1er du Code de procédure civile).

en effet, le principe de « *créance qui paraît fondé en son principe* ». Il s'agit là, comme les soulignent M. DONNIER et J.B. DONNIER[118], d'une formule d'une très grande souplesse[119] qui va au-delà de celle anciennement utilisée d'un « *principe certain de créance* » ou d'une « *créance certaine dans son principe* » et dont l'interprétation est laissée à la souveraine appréciation du juge.

Ainsi donc, la rigueur introduite dans le système congolais de la saisie implique que le créancier apporte, pour ce faire, la preuve de sa créance en produisant un titre exécutoire. Car la certitude de la créance en dépend. Le juge s'appuie, pour l'établir, sur les éléments d'appréciation qui doivent lui être fournis avec la requête. Par ailleurs, on ne peut perdre de vue qu'une saisie pratiquée, même en l'absence de titre, reste valable selon les prescrits de l'article 137 du Code de procédure civile congolais[120], à condition d'en demander l'autorisation auprès du juge. Bien plus, le créancier qui dispose d'un titre exécutoire peut toujours recourir à une mesure conservatoire si, en raison de son effet de surprise, celle-ci lui paraît préférable à une mesure d'exécution que le titre exécutoire dont il est muni lui permettrait de pratiquer.

Enfin, il importe de noter que la législation congolaise demeure laconique en matière de saisies. Contrairement à la diversité des saisies et à l'évolution enregistrée en cette matière en droits français et belge, le droit congolais des voies d'exécution forcée est resté le même depuis le Code de procédure civile du 7 mars 1960 hérité de la colonisation. En conséquence, le système congolais ignore certaines institutions organisées en matière de saisie tels que le juge de l'exécution ou des saisies prévu respectivement par la loi française du 9 juillet 1991 (article 69, alinéa 1er) et les articles 1395 et 1396 du Code judiciaire belge. De même l'instance en validation de la saisie instituée en matière de saisie conservatoire demeure toujours d'application en droit congolais, alors qu'elle a déjà été supprimée en droit belge.

---

[118] M. DONNIER et J.B. DONNIER, *op. cit.*, p. 165.

[119] Cette extrême souplesse du législateur au sujet de la créance cause de la saisie conservatoire présente un risque d'abus qui ne doit cependant pas être exagéré car on doit tenir compte de la double garantie que présente le pouvoir d'appréciation du juge et les recours éventuels pouvant être formés contre la décision de celui-ci.

[120] Article 137 : « *tout créancier, même sans titre, peut, sans commandement préalable, mais avec la permission du juge, faire saisir conservatoirement les effets mobiliers de son débiteur* ».

Cette précision nous permet, avant de mettre un terme à cet aperçu général des saisies en droit congolais d'examiner présentement le cas spécial de la saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'une personne morale de droit public.

C. Cas spécial de la saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'une personne morale de droit public

35. Bref aperçu du problème. Une personne morale de droit public peut être détentrice des fonds appartenant à elle-même, à une autre personne publique ou à un organisme privé. La question que l'on peut se poser, dès lors, est celle de savoir si cette personne peut faire l'objet d'une saisie-arrêt sur les fonds lui appartenant (cas où la personne publique serait elle-même saisissant et tiers saisi) ou appartenant à une autre personne publique.

Cette interrogation n'est nullement dépourvue d'intérêt d'autant qu'il existe en droit congolais un courant doctrinal favorable à la pratique de la saisie-arrêt sur les biens de l'Etat. A cet égard, se fondant sur l'article 118 du Code de procédure civile aux termes duquel : « *La saisie-arrêt sur les sommes dues par l'Etat est signifiée aux agents désignés par ordonnance du gouverneur général. Ces agents visent l'original de l'exploit et font par écrit la déclaration prévue à l'article 114* », V. KANGULUMBA MBAMBI[121] observe : « *Cette disposition ne demande pas plus de commentaire. En effet, si la loi déclare que les biens de l'Etat sont saisissables, quel serait, a fortiori, le sort de ceux des personnes et des établissements publics émanant de lui ?* ». Et, l'auteur d'ajouter : « *Le principe de la saisissabilité des biens des personnes publiques qui peut être déduit de l'article 245 de la loi du 20 juillet 1973 (les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers), est encore exprimé, de façon plus nette, dans l'article 118 du Code de procédure civile* »[122].

Ainsi, pour V. KANGULUMBA, la saisissabilité des biens de l'Etat serait, en RDC, fondée non seulement sur l'article 245 de la loi dite foncière, mais aussi sur l'article 118 du Code

---

[121] A titre indicatif, voy. V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, p. 309.

[122] V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, p. 130.

congolais de procédure civile, lequel autoriserait la saisie-arrêt des sommes appartenant à l'Etat, autrement dit, des biens de l'Etat.

Dès lors, il s'avère opportun, par souci de clarté, de faire une relecture de cette dernière disposition (art. 118) afin d'en préciser définitivement le sens et d'éviter ainsi bien d'incertitudes et de malentendus.

La démarche suivie, à cet effet, consistera d'abord à restituer à la disposition précitée toute son intelligibilité et sa force évocatrice avant de livrer notre point de vue au regard de la doctrine majoritaire et d'un affinement de la notion de saisie-arrêt.

36. Relecture de l'article 118 du Code de procédure civile. S'il est un principe général de droit selon lequel l'Etat bénéficie en RDC d'une immunité d'exécution attachée à sa qualité de personne morale de droit public, peut-on juridiquement soutenir qu'est autorisée la saisie de ses biens sur pied de l'article 118 du Code de procédure civile ?

Une lecture hâtive et moins attentive de cette disposition légale laisserait croire, à première vue, que le législateur offrirait là une possibilité au créancier de pratiquer une saisie-arrêt sur les sommes et deniers appartenant à l'Etat (débiteur). Loin s'en faut.

L'appréhension exacte de l'article 118 implique que soit préalablement retenu le fait que cette disposition règle un problème de saisie-arrêt dont le mécanisme suppose l'existence d'une relation triangulaire : le saisissant (créancier poursuivant), le saisi (débiteur principal) et le tiers saisi (débiteur du débiteur ou la personne détenant les sommes ou effets *appartenant* au débiteur principal). Ce n'est qu'en ayant à l'esprit cette triple relation et en ne perdant pas de vue, qu'en matière de saisie-arrêt, le tiers saisi détient un bien pour le compte d'autrui (débiteur saisi qui est véritablement la personne faisant l'objet de saisie) qu'on peut déjà amorcer la première tentative de réponse à la question.

En effet, en édictant que « *la saisie-arrêt sur les sommes dues par l'Etat est signifiée aux agents désignés par le Gouverneur général* », l'article 118 vise effectivement l'Etat, personne publique. Cependant, ce dernier n'est pas en l'espèce cité en tant que débiteur principal et propriétaire des sommes saisies, mais, uniquement en qualité de tiers saisi détenant les deniers ou les effets appartenant à une autre personne, en l'occurrence, le débiteur saisi. Dès lors, on ne peut affirmer à ce premier stade de la réflexion que c'est la personne publique de l'Etat qui fait l'objet de saisie.

Quant à la suite de la réflexion, elle concerne surtout la détermination de la nature des biens détenus par le tiers saisi et pouvant faire l'objet de saisie. Ceci est très important dans la mesure où l'immunité d'exécution devra, normalement, trouver application dans cette phase. S'agit-il des biens privés, c'est-à-dire, des biens détenus par la personne publique pour le compte d'une personne privée et l'immunité d'exécution sera écartée, la saisie-arrêt étant, dans ce cas, autorisée[123]. Par contre, lorsqu'il sera question des biens publics, autrement dit, des biens que le tiers saisi (personne publique) devra normalement à une autre personne publique, l'immunité d'exécution sera d'application et la saisie-arrêt automatiquement interdite[124].

On le constate, à la lumière de ce qui précède, la saisie-arrêt n'est pas autorisée sur les biens détenus par l'Etat pour le compte d'une personne publique. C'est donc à tort qu'une certaine doctrine congolaise considère l'article 118 du Code de procédure civile comme constituant une base légale de l'autorisation de saisir-arrêter les biens des personnes morales de droit public. Cette disposition s'entend plutôt d'une permission légale d'effectuer la saisie-arrêt au cas où la personne publique serait un *tiers « saisi »* détenant un bien pour le compte d'une personne privée. C'est en ce sens qu'intervient OKITAKULA DJAMBAKOTE lorsqu'il déclare : « *le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public est*

---

[123] FLORES, *« La personne publique tiers-saisie »*, *Le Courrier juridique des finances*, mai 1996, n° 65, p. 1. Dans le même sens, F. DUMON, « Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, éd. Institut de sociologie, U.L.B. 1971, p. 1853. L'auteur note : *« La saisie-arrêt donne lieu à certaines confusions… Si au contraire, il s'agit d'une saisie-arrêt entre les mains de ces autorités ou services, de fonds ou autres biens revenant à un tiers (qui n'est pas lui-même une telle autorité ou service), il n'y a aucune raison d'interdire cette saisie* » ; toujours dans le même sens J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p.262 ; G. LESCAILLON, « Les saisies-arrêts pratiquées entre les mains de personnes morales de droit public », *Rev. Huissiers*, 1986, p. 337 ; G. LESCAILLON, « La saisie des rémunérations des fonctionnaires », *Rev. Huissiers*, 1986, p. 1665 ; A. JOLY, *op. cit.*, pp. 76-77 ; M. DYMANT, « La saisie-attribution aux comptables publics, aux centres de chèques postaux et à la caisse nationale d'épargne », *Rev. Huissiers,* 1993, p. 180 et s. Par ailleurs, le Conseil d'Etat français a rappelé, à propos d'une saisie-arrêt pratiquée entre les mains d'un établissement public à caractère industriel et commercial (personne morale de droit public) que tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, peut saisir entre les mains d'un tiers (personne publique) les créances de son débiteur (privé). Cfr. CE, avis n° 350.083, 30 janv. 1992, *Grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 1997, n° 36, p. 339, obs. CLAISSE.

[124] En ce sens S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit*, p. 735 : « *Les personnes publiques bénéficient d'une immunité d'exécution qui conduit à l'insaisissabilité de leurs biens. Cette règle ne souffre d'aucune exception et s'applique aux établissements publics même exerçant une activité industrielle et commerciale. En raison de ce principe, une saisie-arrêt (solution transposable à la saisie-attribution) ne peut être pratiquée à l'encontre d'une personne publique sur des fonds devant revenir à une autre personne publique* ». (Cass. Com., 9 juillet 1951, *JCP G*, 1951, I, 6437 ; *D.*, 1952, p. 141, note BLAEVOET ; *S.*, 1952, 1, 125, note DRAGO).

absolu et ne souffre d'aucune exception. Toutefois, on admet que ces personnes morales peuvent être tiers saisies, lorsqu'elles détiennent des sommes dues à des particuliers »[125].

Cette opinion peut encore être justifiée au regard du soutènement de J. VINCENT et J. PREVAULT[126] selon lequel les personnes morales de droit public qui ne pourraient elles-mêmes faire l'objet d'une saisie-arrêt, peuvent être tiers saisi lorsqu'elles détiennent des fonds qu'elles devraient verser à des particuliers. L'exploit de saisie-arrêt est dans ce cas signifié aux comptables publics, c'est-à-dire, aux détenteurs des deniers publics tels que les trésoriers-payeurs, les percepteurs et non aux ordonnateurs des dépenses comme les ministres, les préfets ou les maires.

§2. Immunité d'exécution et moyens de pression exercés sur le débiteur public

Les précisions sur les saisies étant données, il devient possible d'examiner présentement une autre catégorie de mesures d'exécution couvertes par l'immunité. Il s'agit des mesures qualifiées de « moyen de pression », autrement dit, des mesures qui sans constituer des moyens de contrainte au sens strict, comportent cependant le risque de perturber, en cas d'application, le bon fonctionnement du service public parce qu'elles amènent la personne publique à exécuter sans son consentement, une obligation qui lui incombe. On pense notamment à la compensation, à la substitution des particuliers à l'Etat dans l'exécution d'une condamnation, aux décisions tenant lieu d'actes juridiques à accomplir ainsi qu'à l'astreinte.

---

[125] OKITAKULA DJAMBAKOTE, *op. cit.*, p. 100.

[126] J. VINCENT et J. PREVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 17ème édition, 1993, pp. 127-128.

A. La compensation

37. Sens du mot compensation. La compensation est l'un des moyens de pression interdit par le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques. Elle est une opération juridique consistant en l'extinction de deux obligations de la même espèce, en particulier de deux obligations des sommes d'argent et suppose que deux personnes sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre[127]. Elle éteint les deux dettes soit en totalité, si elles sont égales, soit jusqu'à concurrence de la plus faible, si elles sont inégales. Dans tous les cas, elle dispense les parties d'un versement de fonds et apparaît ainsi comme un double paiement abrégé. La compensation ne peut jouer, s'agissant des pouvoirs et organismes publics que si les dettes et les créances concernent la même personne publique. Ainsi, par exemple, il ne peut y avoir compensation entre dette fiscale à l'égard de l'Etat et une créance à l'égard d'une entreprise publique.

38. Application à l'égard des personnes publiques en RDC. Alors qu'en France et en Belgique, la doctrine semble fort divisée quant à l'application de la compensation à l'égard des personnes morales de droit public[128], l'absence de décisions de justice en la matière, en RDC, ne permet pas de dégager la position de la jurisprudence dans ce pays. Ceci est tout aussi valable pour la doctrine congolaise demeurée, à ce jour, quasiment muette sur la question. Néanmoins, le droit congolais inspiré des systèmes belge et français peut s'interpréter comme favorable à l'application aux pouvoirs publics de la compensation au regard de la position jurisprudentielle admise dans ces pays, particulièrement, celle du Conseil d'Etat[129].

Par ailleurs, la RDC ayant, comme souligné précédemment, manifesté depuis 2004 son intention d'adhérer à l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des

---

[127] H. DE PAGE, *Traité*, t., 3, 1967, p. 613 et s. ; M.C. ERNOTTE, « L'extinction des obligations : la compensation », in *La théorie générale des obligations*, vol. XXVII de la formation permanente CUP, déc. 1998, p. 279 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chronique », *J.T.*, 1996, p. 846 et s.

[128] M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, 1989, p. 30 ; M. DONY, *op. cit.*, p. 85.

[129] Cet organe estime notamment que la compensation peut être appliquée contre les personnes publiques parce qu'elle ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité publique (C.E., fr., 23 février 1935, *Rec. Lebon*, 1935, p. 95).

Affaires), la concrétisation de cette volonté politique rendra possible l'application, à l'avenir, dans ce pays, de l'article 30 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sûretés et voies d'exécution qui dispose que : « *Les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité. Les dettes des personnes et entreprises publiques ne sont considérées comme certaines que si elles font l'objet d'une reconnaissance par celles-ci ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent ces personnes ou entreprises* »[130].

Il résulte clairement de cette disposition que l'OHADA autorise l'application, à l'égard des pouvoirs publics, de la compensation sous réserve du respect, pour sa mise en œuvre, des conditions limitatives requises à cet effet à savoir :

- dette certaine, liquide et exigible,

- dette faisant l'objet d'une reconnaissance de dette par la personne publique mise en cause ou,

- dette consacrée dans un titre exécutoire dont dispose le créancier.

Il est ainsi remarquable que quoique faisant l'objet de discussions, l'interdiction traditionnelle de la compensation appliquée aux pouvoirs et organismes publics connaît aujourd'hui des limites manifestées, en l'occurrence, par l'Acte Uniforme OHADA.

B. Substitution des particuliers à l'Etat et décision tenant lieu d'acte juridique à accomplir

39. Un particulier peut-il faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens de l'Etat condamné et inerte ? Cette interrogation n'est nullement dépourvue d'intérêt au regard de certaines décisions de justice ayant consacré ce pouvoir de substitution en droit belge.

---

[130] B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, *op. cit.*, p. 232.

Néanmoins, retenons simplement à ce stade que le manque de décisions de justice observé à ce jour en RDC, n'a pas permis de dégager la position du droit congolais en la matière. Toutefois, la tendance à l'application rigoureuse de l'immunité d'exécution laisse penser que le droit congolais demeure encore attaché à la règle de l'interdiction de la substitution des particuliers à l'Etat dans la mise en œuvre d'une décision de justice. Cette situation semble d'autant plus justifiée actuellement en raison, d'une part, du peu d'intérêt accordé par la doctrine à cette question cruciale et, d'autre part, de l'absence, en droit positif congolais, de la notion d'astreinte.

40. Décision tenant lieu d'acte juridique à accomplir. Outre l'interdiction de substitution des particuliers à l'Etat dans l'exécution de la condamnation, l'immunité d'exécution interdit de reconnaître au juge le pouvoir de décider que son jugement ou arrêt tiendra lieu d'acte juridique à accomplir à défaut pour l'administration de se conformer à sa décision, en l'occurrence, nommer un fonctionnaire illégalement limogé, délivrer une autorisation de bâtir ou établir un acte authentique de vente.

L'argument traditionnellement émis à l'appui de cette thèse est celui de la séparation des pouvoirs entre le juge et l'administration. Cependant, comme l'observe M. DONY[131], on se rend compte lorsqu'on examine le fondement de cette interdiction qu'elle repose plutôt sur deux aspects différents :

— l'appréciation de l'opportunité de l'exécution laissée à la seule administration. Ceci implique l'interdiction pour le juge de dicter à l'administration un comportement entre plusieurs solutions légalement admissibles ;

— l'immunité d'exécution qui impose que l'administration soit maîtresse de l'exécution de la décision de justice la condamnant, même lorsqu'il n'existe qu'une solution possible et qu'apparemment elle ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

La question de l'interdiction de substitution du juge à l'administration fut, à l'instar de celle précédemment examinée (de substitution de particulier à l'Etat), longtemps au centre des préoccupations en droit comparé. Faute de décisions de justice et en l'absence d'une position tranchée sur cette problématique en RDC, on peut supposer qu'il est également interdit au

---

[131] M. DONY, *op. cit.*, p. 85.

juge congolais de se substituer à l'administration en décidant que son jugement tiendra lieu d'acte juridique à accomplir. A la base de ce soutènement se trouvent deux arguments : le premier est fondé sur l'application intransigeante, en droit congolais, du principe de l'immunité d'exécution et le second se réfère à la mise en œuvre au Congo des solutions juridiques belges et françaises au titre de principes généraux de droit.

S'agissant de la première raison évoquée, on peut simplement retenir que l'application rigoureuse, en droit congolais, de l'immunité d'exécution a entraîné une telle séparation entre les actes de l'Exécutif et du Judiciaire qu'il s'avère actuellement difficile d'imaginer toute substitution du juge à l'Administration dans l'accomplissement des actes relevant de cette autorité. Ceci est d'autant plus vrai qu'il est ici constamment rappelé au juge son rôle strictement limité à trancher les litiges plutôt que de s'immiscer au fonctionnement de l'Administration.

Quant à la seconde raison liée à la mise en œuvre au Congo des solutions juridiques belges ou françaises, elle ne peut étonner dans la mesure où la RDC s'est inspirée, dans l'élaboration de son propre droit, des systèmes juridiques précités. Cette situation l'oblige souvent, en cas de lacune observée dans son propre système, à se référer aux droits belge et français. Dès lors, le système juridique congolais reste constamment tributaire des principes de solutions applicables dans ces deux Etats et ce qui est admis ou rejeté dans ces systèmes l'est généralement aussi pour le Congo.

A. RUBBENS exprime bien cette situation lorsqu'il déclare à propos des principes généraux de droit à suivre dans les décisions judiciaires congolaises que : « on entend par principes généraux de droit, les conceptions dominantes dans les droits positifs nationaux les plus évolués »[132].

Cette approche du lien entre le droit congolais et les systèmes métropolitains, en l'occurrence le droit belge, est encore et davantage mise en exergue par une sentence arbitrale[133] qui estime « *qu'il faut admettre que le droit belge est considéré par l'ordonnance de l'Administrateur général de l'Etat indépendant du Congo du 14 mai 1886 (à ce jour abrogée par l'article 199 du Code de procédure civile) comme devant l'emporter en cas de divergences sur le droit*

---

[132] A. RUBBENS, *Droit judiciaire congolais*, Tome I, p. 42

[133] Sentence arbitrale, 11 décembre 1931, *Jur., Col.*, 1936, p. 223.

d'autres Etats d'un même degré de civilisation ». Toutefois, cette faculté ne peut s'étendre jusqu'à permettre l'application pure et simple des lois belges au Congo[134].

Ceci prouve à suffisance que le pouvoir de substitution du juge à l'administration paraît difficilement concevable en RDC, en dépit de l'inexistence d'une position tranchée sur la question.

C. L'astreinte

41. Observation. La délimitation imposée à ce sujet essentiellement consacré aux condamnations pécuniaires infligées aux personnes publiques par les cours et tribunaux, impliquait, d'emblée, l'exclusion, de cette analyse, de la notion d'astreinte en tant qu'elle est légalement interdite en ce qui concerne les créances des sommes d'argent[135]. Cependant, considérée comme un moyen de pression[136] rangé parmi les mesures exclues par l'immunité

---

[134] J.M. PAUWELS, « L'adaptation du droit africain par voie jurisprudentielle. Expérience et projets au Congo », *Rev. Congolaise de droit*, Kinshasa, 1971, pp. 61-81, spéc. n° 20.

[135] C'est du moins la conception en vigueur dans certains pays qui ont adopté ce moyen de pression destiné à briser la résistance du débiteur comme la Belgique. En effet, l'article 1385*bis* du Code judiciaire belge dispose que : *« Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Toutefois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent, ni en ce qui concerne les actions en exécution de contrats de travail »*. Cette prise de position législative est cependant critiquée par une certaine doctrine qui estime que l'astreinte devait être prononcée même en ce qui concerne les condamnations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent. Car si l'astreinte n'est qu'un moyen de pression mis à la disposition du juge pour fléchir la résistance du débiteur récalcitrant en l'amenant à exécuter en nature son obligation, elle devrait s'appliquer aussi en tant que telle aux obligations des sommes d'argent. I. MOREAU-MARGREVE observe à cet égard que le procédé de l'astreinte non seulement : « *pouvait faciliter les choses pour le créancier en lui évitant les ennuis d'une exécution indirecte, mais aussi pouvait anticiper l'exécution d'une obligation. Ces raisons valent tout autant pour le créancier d'une obligation de sommes* » (I. MOREAU-MARGREVE, « L'astreinte », *Ann. dr. Lg*, 1982, p. 40. Quant à la France, l'article 33 alinéa 1er de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ainsi conçu : « *Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* » ne dit rien en ce qui concerne son application aux condamnations ayant pour objet des sommes d'argent (cfr. « http : admi.net/jo/JUSX8900065L.html »). Ce silence du législateur rend ici possible l'application de l'adage « ce qui n'est pas interdit est permis » pour tenter d'étendre aux obligations des sommes d'agent la notion d'astreinte.

[136] Il existe plusieurs autres moyens de pression et d'intimidation qui ne pouvaient être examinés dans le cadre strictement limité de cette étude. Tels sont, par exemple, les moyens qui concernent les effets spéciaux des contrats synallagmatiques à savoir la résolution judiciaire ou conventionnelle pour inexécution et l'exception d'inexécution. D'autres se rattachent aux conventions sur la responsabilité telles que les clauses pénales. D'autres, enfin, relèvent du droit de sûretés réelles tels que le droit de rétention, l'hypothèque judiciaire

d'exécution et dont l'application, à l'encontre des personnes publiques, fut longtemps interdite au regard de ce même principe, l'astreinte mérite d'être examinée dans cette étude fût-ce de façon sommaire.

42. Notion. L'astreinte est un procédé indirect de contrainte consistant pour le juge à condamner le débiteur qui refuse ou qui retarde à s'exécuter, à payer au créancier une somme d'argent égale à tant par jour, et ce pour toute la durée de l'inexécution ou du retard dans l'exécution[137]. Elle vise surtout les obligations de faire et de ne pas faire et constitue l'accessoire d'une condamnation principale prononcée par le juge, dont elle a pour but d'assurer l'exécution.

Ainsi, une personne publique condamnée à une obligation de faire, en l'occurrence, détruire les constructions érigées en violation de la loi ou déguerpir des lieux loués dont elle ne peut ou ne veut acquitter régulièrement les loyers convenus, peut voir le juge assortir sa décision d'une astreinte.

43. Nature comminatoire de l'astreinte. Le caractère comminatoire de l'astreinte explique que le montant de la peine ne soit pas prononcé en fonction du préjudice subi, mais, uniquement en tenant compte du degré de résistance du débiteur. Dès lors, le chiffre variera suivant la résistance opposée par le débiteur et même suivant le degré de sa fortune. L'astreinte est donc une espèce « d'épée de Damoclès » suspendue sur la tête du débiteur et qui vise à le faire fléchir, à le forcer de s'exécuter, faute de quoi, il aura à payer des sommes arrêtées par le juge. Elle constitue un important moyen de pression et d'incitation à l'exécution des décisions judiciaires.

44. Domaines de l'astreinte et condition de mise en œuvre. L'astreinte ne peut être prononcée lorsqu'il s'agit des condamnations pécuniaires[138] et ne concerne pas les actions en

---

conservatoire, le nantissement conservatoire des fonds de commerce (M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Les voies d'exécution et procédures de distribution*, 7ème éd. Litec 2003, pp. 129 et s.

[137] I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, p. 11 et s. ; I. MOREAU-MARGREVE, « Principes généraux », in *Dix ans d'application de l'astreinte*, Bruxelles, Créadif, 1991 ; J. Van COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t., 13, livre 4, titre 6, 1992 ; C. J. Benelux, 20 octobre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 429, note CLESSE, KALONGO MBIKAYI, *Droit civil des obligations*, Unikin, 1981, pp. 192-194.

[138] C'est du moins la position légale en Belgique (article 1385*bis* du Code judiciaire). Cependant, il y a eu, en droit comparé, des cas où le juge a fait une application large de l'astreinte allant jusqu'à prononcer la peine alors que la condamnation principale était fondée sur le paiement d'une somme d'argent en l'occurrence « une obligation de consignation d'une somme d'argent ». Le juge qualifia de « faire » l'obligation de consigner la somme fixée pour éviter de se trouver dans le cas d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent où

exécution d'un contrat de travail. Par ailleurs, le juge ne peut d'office accorder l'astreinte même s'il dispose d'un large pouvoir d'appréciation à ce sujet. Il faut que le créancier à qui est destiné le produit de la peine le réclame[139].

45. Situation en RDC. En RDC, le procédé d'astreinte n'a pas encore été introduit et la majorité de la jurisprudence reste opposée à ce moyen de pression[140].

46. Raisons de l'opposition. A en croire KALONGO MBIKAYI, les raisons de cette opposition seraient les mêmes que celles ayant prévalu pour son rejet, à une certaine époque en Belgique. Il est argué, en effet, que l'astreinte ne reposerait, en droit congolais sur aucun texte légal ; qu'elle donnerait au juge le pouvoir de sanctionner ses injonctions par des condamnations pécuniaires à titre de contrainte, ce qui serait contraire aux articles 48 et 49 du Code civil ; qu'enfin, l'astreinte violerait l'autorité de la chose jugée.

47. Discussion en droit. Ce soutènement en trois branches ne peut résister à la critique. D'abord parce qu'on peut observer, s'agissant de la première branche, qu'un texte légal n'est pas toujours requis pour combler certaines lacunes, réparer ou corriger des situations juridiques injustes ou inadaptées au regard de l'évolution des faits. L'exemple de l'immunité d'exécution est à cet égard révélateur. La jurisprudence appuyée par une certaine doctrine très critique à l'idée de « toute puissance » générée par l'application de ce principe à l'égard des personnes publiques, n'a pas hésité, dans l'intérêt des créanciers, à imposer des limitations au principe. Et cela, bien avant l'intervention des textes légaux en la matière. Une autre illustration nous est fournie par l'arrêt de la Cour de Cassation belge du 26 juin 1980 que nous examinerons plus tard. Dans cet arrêt, en effet, le juge n'a pas hésité à condamner l'Etat à

---

l'astreinte est interdite (Gand, 14 juillet, 1981, *R.W.* 1981-1982, Col. 690 et note de H. BAERT et M. STORME).

[139] L'octroi au requérant, selon le droit commun, du produit de l'astreinte est justifié par le souci de mieux distinguer l'astreinte de l'amende pénale (G. de LEVAL, « L'astreinte », *Rép. not.*, XIII, p. 31, n° 18). En droit belge, par exemple, l'astreinte prononcée en matière administrative par le juge administratif est versée, contrairement au droit commun, à un fonds spécial doté de la personnalité juridique. Les moyens devront ici être utilisés pour la modernisation et l'organisation de la jurisprudence administrative (P. NIHOUL, « La loi du 17 octobre 1990 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat », *J.T.*, 1991, p. 604). En France, ce produit est destiné en totalité ou en partie, par le Conseil d'Etat, à un fonds spécial d'équipement des collectivités locales (FECL) actuellement remplacé par le fonds de compensation pour taxe sur valeur ajoutée (FCTVA). Mais, il existe également la possibilité de verser l'astreinte en totalité ou en partie au requérant (X. DELGRANGE, « L'astreinte dans le contentieux administratif : le nouvel article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat », *R.R.D.*, p. 20).

[140] KALONGO MBIKAYI, *op. cit.*, p. 193. L'auteur cite sans les développer plusieurs jurisprudences opposées à l'astreinte et dont l'ensemble date de l'époque coloniale. Il s'agit de Ière Inst. Coq. 15 nov. 1926, *R.J.C.B.*, 1930, p. 269 ; Ière Inst. Elis., 20 mai 1932, *R.J.C.B.*, 1932, p. 255 ; 27 juillet 1939, *R.J.C.B.*, 1947, p. 65.

l'exécution en nature des obligations alors qu'aucun texte légal ne lui avait au préalable accordé ce pouvoir. Le juge n'avait été guidé, en l'espèce, que par le souci d'adapter le droit aux réalités et la position de la Cour de cassation semblait parfaitement justifiée à cet égard en fonction du rôle joué par la jurisprudence en tant que source formelle du droit.

On pourrait encore multiplier les exemples, mais ces quelques illustrations suffisent à faire prendre conscience qu'il ne faut pas nécessairement disposer d'un texte légal pour venir à bout de situations jugées inadmissibles – parce que susceptibles de troubler la paix sociale – comme c'est le cas de l'inexécution des décisions de justice par l'administration. La jurisprudence serait donc appelée, dans ce cas, comme dans bien d'autres, à jouer un rôle déterminant d'anticipation en faisant déjà assortir d'astreintes les condamnations auxquelles les personnes publiques ou privées se montreraient réticentes à exécuter.

Quant à la seconde branche de l'opposition, fondée sur la violation des articles 48 et 49 du Code civil, force est de se rendre à l'évidence que l'introduction, en droit congolais, de l'astreinte, fût-ce en dehors de la loi, ne constituerait pas un obstacle de principe aux dispositions précitées[141]. Car, s'il est vrai que ces dispositions n'autorisent pas des sanctions civiles sans loi, il y a lieu de relever que l'astreinte n'est pas une sanction civile. Elle est un moyen de pression, mieux, une sanction d'un genre particulier, c'est-à-dire, *sui generis*. Elle ne permet pas au juge de dicter aux pouvoirs publics le choix du moment et des moyens en vue de l'exécution. Ceux-ci restent libres de déterminer les solutions légalement admissibles en vertu du pouvoir d'appréciation en opportunité d'exécution laissée à leur entière discrétion. L'astreinte les invite simplement à tirer les conséquences de leur inexécution ou de leur exécution tardive parce que, même en cas d'injonction ordonnant un délai d'exécution à ces derniers en leur faisant perdre juridiquement leur liberté d'action, le juge ne pourra en aucun cas prétendre que sa décision vaudra exécution du devoir prescrit.

---

[141] Ces dispositions sont ainsi libellés : article 48 « *Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui n'ont été prévus ou qu'on a pu prévoir dans le contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* » et article 49 *: « Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que de ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».*

Comme on peut le remarquer ces deux dispositions légales ne prévoient en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur que deux sanctions : soit que l'exécution directe de l'obligation est possible et, dans ce cas, le tribunal doit y condamner le débiteur ; soit que cette exécution n'est pas possible, auquel cas le créancier n'aura droit qu'à des dommages-intérêts dont l'étendue est déterminée au regard de ces deux dispositions. Toute autre sanction civile prononcée en dehors des dommages-intérêts peut donc paraître illégale.

Par ailleurs, l'astreinte étant surtout fondée sur l'exécution en nature des obligations, son introduction en droit congolais ne saurait énerver les articles 48 et 49 du Code civil si l'on s'en tient à la bonne et judicieuse interprétation donnée à l'article 1142 du Code civil belge par le professeur P. WERY[142]. En effet, cet article dispose que : « *Toute obligation de faire et de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* »[143]. Dès lors, il en résulte l'impossibilité pour le créancier de faire exécuter par la force les obligations de faire et de ne pas faire, dont les cas d'inexécution ne pourraient se résoudre, au regard des prescrits de l'article 1142, qu'au paiement pur et simple de dommages et intérêts.

Cependant, pour le professeur P. WERY[144], l'article 1142 (48 du Code civil congolais) ne s'opposerait pas à l'exécution en nature des obligations et les dommages et intérêts évoqués par le législateur dans cette disposition, ne seraient dus qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire, à défaut d'exécution en nature[145]. Dès lors, conclut le professeur, et cela paraît se justifier, il n'y a pas d'inconvénient pour le juge de rappeler le débiteur à ses devoirs en le condamnant à s'exécuter en nature parce que le législateur n'a pas érigé, dans cet article (1142), le principe des condamnations exclusivement pécuniaires des obligations de faire et de ne pas faire. Cette considération ouvre donc, à notre avis, une brèche favorable à l'introduction en droit congolais de l'astreinte au motif que sa consécration ne violerait pas l'article 48 du Code civil, les condamnations en nature des obligations de faire et de ne faire n'étant pas d'office exclues par le législateur. Bien plus, cet argument offre l'occasion d'étendre l'astreinte aux condamnations fondées sur le paiement des sommes d'argent[146] en tant qu'il considère ce mécanisme comme un moyen efficace de pression et de rappel à l'ordre en vue de l'exécution, en premier lieu, de l'obligation principale, fût-elle réduite simplement au paiement d'une somme d'argent[147].

---

[142] La disposition correspondante en droit congolais est l'article 48 du Code civil.

[143] Voy. Les codes LARCIER, République Démocratique du Congo, Tome I, Droit civil et judiciaire, p. 151.

[144] P. WERY, *L'exécution en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, préface I. MOREAU-MARGREVE, Kluwer éditions juridiques, Belgique, 1993, p. 89 et s. ; P. WERY, « L'article 1142 du code civil et les condamnations à l'exécution en nature en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire », *R.R.D.*, 1996, p. 211 et s.

[145] Voy. Liège, 14 février 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 416 ; Civ. Liège, 6 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 881.

[146] Cfr. *infra*, n° 292.

[147] On consultera utilement à cet effet I. MOREAU-MARGREVE pour qui cette opinion aurait logiquement dû conduire au rejet de l'exclusion de l'astreinte des condamnations à des sommes d'argent. D'ailleurs observe-t-

Enfin, l'astreinte ne violerait pas le principe de la chose jugée parce qu'elle ne porte pas atteinte à la condamnation principale à laquelle est attachée cette autorité. Elle n'est, rappelons-le, qu'un moyen de pression destiné à briser la résistance du débiteur. En d'autres termes, elle est une « épée de Damoclès » qui pend sur la tête de ce dernier et qui vise à le faire fléchir, à l'inviter à s'exécuter, à défaut de quoi, il aura à payer les sommes fixées par le juge.

48. Conclusion. Tout ceci rend inopérantes les critiques reposant sur l'introduction du procédé d'astreinte en RDC. Car, il s'agit surtout de lutter contre le scandale souvent dénoncé de l'inexécution ou de l'exécution tardive, par les pouvoirs publics, des décisions judiciaires. La justice sociale étant considérée comme l'âme d'un Etat de droit, la pression exercée par l'astreinte sur le débiteur public l'obligeant à exécuter sa condamnation, sous peine de payer des sommes exorbitantes, peut donc constituer un moyen efficace d'y parvenir. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique, une réforme législative consacrant officiellement l'avènement de l'astreinte au Congo devrait être envisagée afin, non seulement, de se conformer aux exigences d'un Etat de droit, mais aussi et surtout, de permettre aux cours et tribunaux de conforter chaque fois l'effectivité des injonctions qu'ils auront à prononcer. L'astreinte est donc capable de rapprocher autant que possible la force et le droit.

Quoi qu'il en soit, les développements précédents ont permis de constater que dans l'Etat actuel du droit positif, l'immunité d'exécution qui est à la base de cette étude, exclut l'usage, non seulement des mesures de contrainte à l'encontre des personnes publiques (saisies,

---

elle, il découle du texte de loi elle-même éclairé par les travaux préparatoires que la condamnation au paiement d'une somme d'argent n'est exclue que si est concevable son exécution forcée en nature par la voie des saisies. Dès lors que la condamnation est seulement relative à une somme d'argent et ne peut déboucher sur une saisie, le principe reprend vigueur ; le juge, si on le lui demande, peut alors assortir la condamnation qu'il prononce d'une astreinte. L'auteur cite, pour étayer son argumentation, le cas soumis, sur recours préjudiciel, par la Cour d'appel d'Amsterdam à la Cour de justice Benelux relativement à la situation d'un époux qui lors de la procédure en divorce, avait pris l'engagement vis-à-vis de son épouse de supporter certaines dettes de la communauté. Le mari ne respectant pas cet engagement, l'ex-épouse l'assigna pour le voir condamner à payer ces dettes au créancier sous peine d'astreinte. La Cour de justice Benelux considéra que l'astreinte pouvait être prononcée en la cause et décida que : « *Le paiement d'une somme d'argent au sens de l'article 1er, alinéa 1er, seconde phrase de la loi uniforme relative à l'astreinte ne vise pas le paiement d'une somme d'argent à une personne autre que celle qui demande en justice la condamnation à ce paiement* ». Pour l'auteur, cette décision de la Cour de justice Benelux paraît fondée au motif que l'ex-épouse avait demandé la condamnation du mari non pas à lui payer les sommes dues, mais plutôt à effectuer ces paiements au profit des tiers créanciers. Ainsi, n'étant plus, de ce fait, créancière de l'obligation en sa qualité de demanderesse en la cause, elle n'était pas en droit de pratiquer, en cas d'insatisfaction, la saisie sur les biens de son mari débiteur. Ce qui justifia sa demande de condamnation de ce dernier au paiement d'une astreinte (I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, p. 71-73).

contrainte par corps[148], force publique), mais aussi de certains moyens de pression susceptibles de compromettre, en cas d'application, la poursuite du bien commun.

Aussi, pour en finir avec l'étude de ce principe tel qu'il est appréhendé dans sa substance et sans préjuger de ce qui sera dit prochainement à propos de ses fondements, il est important de déterminer les types de personnes morales pouvant bénéficier de ce privilège.

Section 3. Les personnes publiques bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit congolais

49. Introduction. Fonder l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public sur les nécessités de fonctionnement du service public revient à limiter la portée de ce privilège. Les législations nationales[149], la doctrine et la jurisprudence s'accordent à poser le principe que la prérogative de l'immunité d'exécution appartient, dans l'ordre interne, à toutes les personnes publiques chargées de pourvoir à l'intérêt général. Elle concerne donc uniquement ces personnes et couvre l'ensemble de leurs biens affectés à cette activité.

S'agissant précisément des personnes publiques, ce privilège fut d'abord reconnu à l'Etat pour être, enfin, étendu à d'autres institutions nées du besoin pour la puissance publique de faire face à des multiples tâches requises par le bien public. La création de ces institutions relève généralement de la décentralisation territoriale et par service[150]. Elle a permis de distinguer, parmi les personnes morales de droit public, celles disposant d'une compétence générale au plan matériel, mais limitée sur le plan territorial, appelées « collectivités

---

[148] La contrainte par corps ou la prison pour dette est prohibée tant en RDC que dans les deux autres systèmes juridiques. En droit belge, par exemple, elle a été abolie par la loi du 31 janvier 1980 relative à l'astreinte.

[149] Il ne s'agit pas d'une législation commune à tous les pays, mais uniquement de certains Etats comme la Belgique, la France, le Canada et d'autres qui ont coulé sous forme de loi le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques.

[150] CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 4 et s. ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 391 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 264 et s ; A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 438 ; M. DONY, *op. cit.*, pp. 91 et s.

publiques territoriales » ou « pouvoirs publics », d'une part et, d'autre part, les personnes de droit public à compétences spéciale, c'est-à-dire les organismes publics.

L'énumération des personnes publiques à compétence générale bénéficiaires de l'immunité d'exécution révèle une certaine identité entre les trois systèmes juridiques à l'étude car cette prérogative est partout reconnue à l'Etat et à ses différentes composantes territoriales. Ainsi, sont généralement cités comme titulaires de l'immunité d'exécution selon le système d'organisation territoriale propre à chaque pays : l'Etat lui-même, les Régions, les Communautés, les provinces, les communes, les départements, les villes, les secteurs et les chefferies[151].

Pour ce qui est des personnes publiques à compétence spéciale, on peut seulement retenir qu'elles incarnent l'Etat au sens large. En effet, les mécanismes institutionnels par lesquels l'Etat peut agir se caractérisent par leur diversité. Mais, cette variété ne peut les empêcher d'être des « bras séculiers ou des relais » des décisions du pouvoir exécutif. Aussi, sont-ils autorisés à invoquer l'immunité de l'Etat dont ils constituent des éléments structurels.

On est donc ici en présence du critère organique qui a permis de justifier la possibilité d'accorder l'immunité d'exécution à des personnes publiques très nombreuses et aux statuts forts variés

Dans cette section, nous examinerons d'une part, les personnes publiques territoriales ou « pouvoirs publics » bénéficiaires de l'immunité d'exécution (§1) et, d'autre part, les personnes de droit public à compétence spéciale et aux statuts fort variés dits « organismes publics » (§ 2).

---

[151] On notera qu'il s'agit pour la Belgique de l'Etat, des provinces, des communes, des Régions et des Communautés et, pour la France, de l'Etat, des Communes et des Départements. S'agissant de la RDC, voy. *infra*, les développements consacrés à l'Etat, spécialement les n^{os} 51 à 53.

§1. Les pouvoirs publics

Outre l'Etat au sens strict (A), nous analyserons également dans ce paragraphe les provinces et les communes (B). Les autres collectivités publiques territoriales telles que les villes, les secteurs et les chefferies ne seront pas visées, en l'espèce, en raison non seulement de l'absence des décisions judiciaires rendues à leur encontre, mais surtout du défaut des règles formelles régissant le fonctionnement de leurs budgets.

A. L'Etat

50. Etat : personne publique par excellence. La prérogative de l'immunité d'exécution appartient tout d'abord et en premier lieu à l'Etat, personne publique par excellence chargée de pourvoir au bien commun sous tous ses aspects. C'est là une règle si évidente que la jurisprudence ne semble pas avoir eu à se prononcer sur la question dans les trois systèmes sous examen.

L'immunité d'exécution est donc un privilège attaché à la personne publique « Etat » dont elle constitue un attribut. Elle n'est pas une prérogative liée aux biens. Ces derniers ne jouissent de ce privilège que pour autant qu'ils appartiennent à une personne publique ayant la capacité d'invoquer cette faveur. M. KORONA[152] exprime judicieusement cette idée lorsqu'il déclare :

---

[152] Cité par M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, éd. A. Pedone, Paris 1996, pp. 180 et s. Dans le langage courant, beaucoup de personnes associent l'immunité d'exécution aux biens, particulièrement ceux du domaine public. Ainsi, certaines gens parlent de l'immunité des biens ou prétendent que certains biens bénéficient de l'immunité. Il s'agit là d'un abus de langage. Car un bien ne peut jamais être titulaire d'un droit, mais seulement son objet. Par ailleurs, il est curieux de constater qu'en RDC une certaine doctrine, sans doute mal informée, continue de soutenir la saisie des biens des personnes publiques au motif que le seul bateau congolais de la Compagnie Maritime Zaïroise (CMZ) avait fait l'objet de saisie à Ostende (Belgique) et vendu aux enchères publiques (4.000.000 FB). Cette référence nous semble mal à propos. La saisie de ce bateau fut opérée sur base de la loi du 28 novembre 1928 soumettant au régime de droit privé – en ce compris les saisies – les navires d'Etat exploités à des fins commerciales. Cette loi non reprise dans la législation positive congolaise est considérée comme prévoyant une exception au principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques conformément à la Convention internationale du 10 avril 1926 à laquelle la Belgique a adhéré et ne peut être invoquée comme modèle de saisie des biens de l'Etat, surtout dans un Etat du tiers-monde non partie à cette Convention. Le même auteur (V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, p. 313) cite le cas de la

« *cette immunité est attachée à l'Etat et non à ses biens et, par conséquent, une fois qu'un Etat a établi son droit de propriété, en vertu de son droit interne, l'Etat et ses biens jouissent de l'immunité* ».

L'Etat n'est donc pas en mesure d'être contraint par des procédures d'exécution forcée de droit commun. C'est pourquoi, le mode d'exécution d'une dette étatique, lorsqu'elle résulte d'une décision de justice, ne relève que des voies d'exécution administratives (cas du droit français actuel) ou des mécanismes administratifs suivis, en cas d'échec, de la saisie des biens jugés non utiles au fonctionnement régulier du service public (droit belge).

51. Etat de la question en droit congolais. En droit congolais, la règle de l'immunité d'exécution de l'Etat a été accueillie comme un principe général de droit admis par la doctrine et les autorités politico-judiciaires[153]. Elle repose indirectement[154], à l'heure actuelle, sur l'article 10 de la loi dite foncière aux termes duquel les biens de l'Etat qui sont affectés à un usage ou à un service public sont hors commerce, tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés. Le concept Etat est ici considéré dans son sens large[155] désignant la personne morale organisée géographiquement et territorialement. Ainsi, s'appuyant sur cette organisation interne, la doctrine[156] accorde-t-elle à l'Etat, à tout organe par lequel il s'exprime et à tout service habilité à user des pouvoirs de l'Etat, le droit de revendiquer son immunité.

---

défunte société AIR ZAÏRE (société d'aviation congolaise) dont les biens furent également saisis en BELGIQUE. Toutefois, il faut noter s'agissant de cette dernière saisie qu'elle n'avait rien à voir avec le principe de l'insaisissabilité des biens publics parce qu'elle fut pratiquée au motif d'après les juridictions (tribunal de première instance et Cour de Cassation belge) que AIR ZAÏRE se présentait, à l'examen de la cause, plus comme une société de droit belge que de droit congolais. Les renseignements contenus dans ses papiers à en-tête reprenaient BRUXELLES (Belgique) comme siège social de la société. Du reste, son immatriculation au registre commercial belge a suffi pour que les juges la considèrent comme une société commerciale de droit belge. Aussi l'ont-ils déclaré en faillite et ordonné la saisie de ses biens pour désintéresser ses nombreux créanciers. Enfin, on retiendra que sur le plan du droit international, cette société ne fut pas totalement à l'abri de saisie étant donné que ce droit enseigne que les biens des émanations de l'Etat disposant d'une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat, ayant un patrimoine propre et exerçant une activité commerciale (cas de la défunte AIR ZAÏRE et de la CMZ) peuvent toujours faire l'objet de saisie.

[153] Cfr *supra*, n^{os} 9, 17 et 18.

[154] Contrairement aux droits belge et français où des dispositions légales expresses posent comme principe que les biens de l'Etat (…) sont insaisissables.

[155] Au sens strict, l'Etat proprement dit désigne un pouvoir institutionnalisé s'exerçant, au sein d'un territoire, par le biais de ses organes eux-mêmes subdivisés en différents services (*Le petit Larousse illustré*, 2001, p. 402).

[156] OKITAKULA DJAMBAKOTE, *op. cit.*, p. 106 ; BIBOMBE-MUAMBA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative » *R.J.Z.*, 1984, p. 95 ; BAYONA-ba-MEYA, *op. cit.*, p. 102.

Aux termes de l'article 2 alinéa 1 de la nouvelle Constitution congolaise : « *La République Démocratique du Congo est composée de la ville de Kinshasa et de 25 provinces dotées de la personnalité juridique* ». Les alinéas 2 et 3 de cette même disposition ajoutent que : « *Les provinces et les entités territoriales décentralisées de la République Démocratique du Congo sont dotées de la personnalité juridique et sont gérées par les organes locaux. Ces entités territoriales décentralisées sont la ville, la commune, le secteur et la chefferie* »[157].

Il s'ensuit, qu'en RDC, l'Etat, les provinces, les communes, les villes, les secteurs et les chefferies constituent des collectivités publiques territoriales ou pouvoirs publics. Les missions accomplies par ces entités dans la poursuite du bien commun local ou régional justifient qu'elles bénéficient des privilèges attachés à leur forme de droit public notamment l'immunité d'exécution.

B. Les provinces et les communes

52. Les provinces. Les provinces bénéficient de l'immunité d'exécution au même titre que l'Etat[158]. Cette immunité est notamment fondée sur des dispositions reconnaissant à la province des pouvoirs très particuliers pour assurer le règlement des intérêts provinciaux et principalement des prescriptions de la comptabilité publique.

Pour des raisons liées tant aux impératifs d'ordre budgétaires qu'aux dispositions organiques des provinces, il n'est pas contesté que les provinces jouissent de l'immunité d'exécution en RDC. La loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces[159] étant muette en matière d'exécution et de gestion du budget de la province, il y a lieu de se référer à cet effet à la loi financière n° 83-003 du 23 février 1983 déterminant les modalités d'élaboration, de présentation et d'exécution du budget en RDC. Ce recours est d'autant plus justifié que la loi du 31 juillet 2008 sur la libre administration des

---

[157] Constitution issue du référendum populaire des 18 et 19 décembre 2005 et promulguée le 18 février 2006.

[158] OKITAKULA DJAMBAKOTE, *op. cit.*, p. 107.

[159] *J.O.* RDC, 31 juillet 2008, 49ème année, n° spéc., p. 17.

provinces autorise indirectement en son article 77 l'application de toutes dispositions non contraires à l'ensemble de matières régies par elle[160].

Aux termes de l'article 10 de la loi financière n° 83-003 du 23 février 1983 « *Chaque année… les Gouverneurs de Régions (*Gouverneurs de provinces*) …, élaborent leurs prévisions budgétaires respectives en se conformant aux instructions données par le Commissaire d'Etat (Ministre) aux Finances et Budget après avis du Conseil Exécutif (Gouvernement)* ». Par ailleurs, l'article 28 de ce texte législatif édicte qu'« *Aucune dépense non prévue au budget ne peut être engagée sans un aménagement préalable du budget, tant en recettes qu'en dépenses* ». Les aménagements et rectifications, ajoute l'article 29 alinéa 1, font l'objet d'une loi ou d'une décision budgétaire présentée dans les mêmes formes que la loi ou décision budgétaire annuelle.

Il s'ensuit qu'eu égard à la manière tout exceptionnelle selon laquelle doivent être effectuées les dépenses de la province, manière requérant une inscription budgétaire préalable, les mesures d'exécution forcée sur les biens de la province ne peuvent avoir lieu au risque de compromettre l'exécution harmonieuse du budget de cette entité et de créer ainsi des désordres dans les finances de cette collectivité publique.

53. Les communes. Les voies d'exécution forcée ne sont pas davantage ouvertes contre les communes. C'est là une règle unanimement admise tant en France, en Belgique qu'en RDC[161]. Cependant, comme le principe de l'immunité d'exécution lui-même, cette règle n'est exprimée, en droit congolais, dans aucun texte légal. Elle est déduite d'un ensemble des textes dont l'article 10 déjà cité à propos de l'Etat, mais également des dispositions organiques propres aux communes telles que l'article 59 points 2 et 5 et l'article 60, point 4 de la loi organique n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement

---

[160] Article 77 : « *Toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi sont abrogées* ». Cette formulation laisse supposer que demeurent toujours applicables non seulement les dispositions antérieurs réputées non contraires à la nouvelle législation sur la libre administration des provinces, mais aussi toutes les matières non expressément réglées par cette législation et reprises dans les lois antérieures telles que la question relative à l'exécution par les provinces de leurs budgets. Aussi, est-il souhaitable de se référer sur ces questions aux autres textes (cas de la loi financière n° 83-003 du 23 février 1983).

[161] Pour la doctrine voy. notamment : M. VAUTHIER, *op. cit.*, p. 396 ; F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 9 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 7-39 ; BAYONA-ba-MEYA, *op. cit.*, p. 102 ; BIBOMBE-MUAMBA, *op. cit.*, p. 95 ; MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, p. 85.

des Entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces[162]. Ces dispositions prévoient des modalités de perception des recettes et soumettent les dépenses de la commune à un ensemble de prescription régissant chacune des opérations successives les concernant[163].

Ainsi, les dépenses de la commune doivent être conformes au budget approuvé. Le Collège exécutif communal dispose, à cet effet, des pouvoirs très larges pour préparer et présenter au Conseil communal le projet du budget de la commune. Il soumet en outre au Conseil communal les comptes annuels des recettes et des dépenses et veille en tant qu'organe exécutif de la commune à ce que la comptabilité de cette entité demeure toujours en équilibre.

On le voit, les procédures légales d'exécution des dépenses communales telles que prévues par la législation congolaise s'opposent à l'usage par les créanciers des mécanismes contraignants de recouvrement des dettes parce qu'elles organisent un régime de dépenses strictement limité par le budget. Et, c'est la raison pour laquelle la doctrine admet l'insaisissabilité des biens des communes considérées comme des entités publiques territoriales décentralisées chargées de la mission de service public. Toutefois, l'absence de décisions de justice ne permet pas de dégager la position de la jurisprudence sur la question.

§ 2. Les organismes publics

54. Présentation. Les organismes publics sont des personnes publiques à compétence spéciale, c'est-à-dire, limitée quant à leur objet et du point de vue de leurs activités. Ces organismes exercent pour la plupart des activités spécialisées d'intérêt général qui s'affirment à travers leur fonctionnement. Afin de clarifier la présentation des plus caractéristiques, il est possible de distinguer deux sous-groupes. Le premier et le plus ancien est composé d'institutions personnalisées dont l'existence est justifiée par la volonté de l'Etat de confier la

---

[162] *J.O.* RDC, 10 octobre 2008, 49ème année, n° spéc., pp. 1-28.

[163] Article 59, point 2 « *Le Collège exécutif communal prépare et propose au Conseil communal le projet du budget de la commune, le projet des crédits supplémentaires et de virement des crédits* » ; article 59, point 5 « *Le Collège exécutif communal soumet au Conseil communal les comptes annuels des recettes et des dépenses* » ; article 60, point 4 « *Le Bourgmestre est l'ordonnateur principal du budget de la commune* ».

gestion de certains services publics à des organismes exerçant, comme lui, une mission à caractère administratif. Ce sont des organismes qualifiés d'« établissements publics à caractère administratif », d'« établissements publics traditionnels » ou d'« établissements publics » tout court.

Quant au second groupe, il est constitué des personnes publiques dites « de type nouveau », autrement dit, des personnes publiques nées de l'évolution des mentalités dans les conceptions relatives à la mission des pouvoirs publics surtout au lendemain de la première guerre mondiale. Les administrations publiques ayant de manière considérable développé leur rôle dans le domaine social, l'avènement de la société industrielle, qui, depuis le dix-neuvième siècle, s'est traduit en Occident par une concentration de la puissance économique entraînant une production et une distribution de masse, a rendu indispensable l'intervention de l'Etat dans l'économie, le commerce et l'industrie pour assurer le progrès et le bien-être des populations. Cette situation a eu pour conséquence, l'apparition et la prolifération d'institutions nouvelles aux statuts juridiques très diversifiés et aux règles de fonctionnement plus souples, parfois proches de celles des entreprises du secteur privé mais, différentes de celles applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics traditionnels. Ces règles apparaissent parfois tellement différentes que l'application de l'immunité à ces institutions soulève, en pratique, de nombreuses difficultés.

A. Les organismes publics à mission administrative

55. Etablissements publics classiques. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'immunité d'exécution attribuée aux pouvoirs publics est également reconnue aux personnes publiques chargées d'une mission administrative qualifiées d'établissements publics traditionnels ou classiques. Cette reconnaissance paraît justifiée notamment par la raison que ces personnes sont, à l'instar de l'Etat, présumées solvables et que leurs créanciers étant, dès lors, assurés d'être payés, n'ont pas besoin de recourir à des mesures d'exécution forcée. Mais, comme le

souligne pertinemment M. DONNIER[164], la véritable justification de cette immunité repose, d'une part, sur la mission de service public liée à leurs activités et, d'autre part, sur la soumission de ces organismes aux lois et règlements administratifs ; particulièrement ceux relatifs à leur mode de gestion (application des règles sur la comptabilité publique), de fonctionnement ainsi qu'à l'origine et à la nature de leurs ressources qui s'apparentent au caractère de l'impôt.

56. Etat du droit congolais en vigueur. En droit congolais, l'article 2, alinéa 1er de la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics définit l'établissement public comme toute personne morale de droit public créée par l'Etat en vue de remplir une mission de service public[165]. Il en résulte que l'établissement public jouit en RDC de l'immunité d'exécution. N'aurait-il pas bénéficié de cet important privilège qu'il lui aurait été reconnu en fonction de sa qualité de personne morale de droit public et de la mission de service public liée à ses activités. C'est ce qu'exprime, du reste, la doctrine lorsqu'elle déclare : « *Il s'ensuit que l'établissement public jouit des privilèges personnels, c'est-à-dire, des privilèges juridiques attachés à sa forme de droit public. Le principal est l'impossibilité des voies d'exécution forcée, particulièrement les saisies* »[166].

Le Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établit la liste des entreprises publiques congolaises transformées en établissements publics conformément à l'article 9 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques. Il s'agit de :

- ONC (Office National du Café),
- RVF (Régie des Voies Fluviales),
- OGEFREM (Office de Gestion du Fret Maritime),
- CITYTRAIN (City train),
- ACP (Agence Congolaise de Presse),

---

[164] M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 4e édition, 1996, p. 52 ; M. VERON, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, éd. MASSON, 1989, p. 24 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 26.

[165] Dans le même sens, l'article 3, point 2 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables à la transformation des entreprises publiques (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008, p. 6).

[166] Cl. KABANGE NTABALA, *op. cit.* p. 98 ; NSAMPOLU IYELA, *op. cit.*, p. 66 ; S. BIBOMBE-MUAMBA, *op. cit.*, p. 95 ; MUEPU MIBANGA, *op. cit.* p. 85 ; BAYONA-ba-MEYA, *op. cit.*, p. 102 ; LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.* p. 9 et pp. 16-17.

- RTNC (Radio Télévision Nationale Congolaise),
- FPI (Fonds de Promotion de L'industrie),
- INSS (Institut National de Sécurité Sociale),
- OR (Office des Routes),
- OVD (Office des Voiries et Drainage),
- ONT (Office National du Tourisme),
- OPEC (Office de Promotion des Petites et Moyennes Entreprises du Congo),
- FIKIN (Foire Internationale de Kinshasa),
- OCC (Office Congolais de Contrôle),
- INS (Institut National des Statistiques),
- INERA (Institut National d'Etudes et de Recherches Agronomiques),
- ICCN (Institut Congolais pour la Conservation de la Nature),
- IJZBC (Institut des Jardins Zoologiques et Botaniques du Congo),
- IMNC (Institut des Musées nationaux du Congo),
- INPP (Institut National de Préparation Professionnel).

Tous ces établissements publics bénéficient donc de l'immunité d'exécution et ne peuvent faire l'objet de procédures d'exécution forcées de droit commun. En fait, l'immunité a ici pour objectif de faire respecter certaines exigences de l'organisation et du fonctionnement de ces entités et n'est donc pas destinée à favoriser l'inexécution par elles des jugements ni à les soustraire au respect du droit.

57. Une réforme manquée : consécration formelle de l'immunité d'exécution des établissements publics renvoyée aux Calendes grecques. Le projet de loi portant dispositions générales applicables aux établissements publics[167] avait pourtant franchi un pas important dans l'appréhension législative du principe de l'immunité d'exécution des établissements publics dits traditionnels. Soucieux de mieux protéger ces entités qui furent, au regard de la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978[168], assujetties aux mêmes contraintes que des structures opérant dans le secteur marchand (entendez, les établissements publics à caractère industriels et commercial), l'article 26 de ce projet avait proposé un texte consacrant

---

[167] Voy. le texte définitif adopté par le Conseil des Ministres du 20 juillet 2007 (Ministère du Portefeuille de la RDC, Kinshasa 2007, p. 9).

[168] Loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, actuellement abrogée par une série des lois du 7 juillet 2008 (cfr. *infra*, n° 60).

l'insaisissabilité des biens des établissements publics en ces termes : « *L'ensemble du patrimoine de l'établissement public, à savoir ses biens meubles et immeubles, est insaisissable* »[169].

Malheureusement, ce texte fut mis de côté à la suite des débats à la Chambre et au Sénat. Peut-être le législateur voulait-il se ménager un temps suffisant de réflexion sur cette question complexe et délicate. Néanmoins, il n'en reste pas moins vrai que le rejet par les parlementaires de cette disposition du projet de loi constitue une occasion manquée pour le législateur congolais de mettre un terme au silence longtemps observé en matière d'immunité d'exécution des personnes publiques en droit congolais.

B. Les organismes publics à mission économique

58. Institutions et leurs spécificités. Le souci des pouvoirs publics d'intervenir dans le domaine économique a entraîné la création des divers services intégrés à leurs administrations. L'application de l'immunité d'exécution à ces entités est d'autant plus compliquée que celles-ci se présentent sous des formes parfois très différentes. Certaines d'entre elles ne disposent pas de la personnalité juridique et fonctionnent en « régies » comme des « services d'Etat à gestion séparée » ; d'autres sont formées par association des pouvoirs publics entre eux et, bénéficiant de la personnalité juridique propre, sont affectés à des tâches d'ordre économique : ce sont des « entreprises publiques ou établissements publics à caractère industriel et commercial ». Enfin, certaines entités sont constituées par association des pouvoirs publics avec des personnes privées et disposent de la personnalité juridique. On les nomme « sociétés d'économie mixte »[170].

Le second groupe de ces organismes composé d'établissements publics industriels et commerciaux nous intéresse particulièrement dans cette section et fera l'objet de développements qui suivent.

---

[169] Projet de loi adopté par le Conseil des Ministres du 20 juillet 2007.

[170] CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 29 et s.

59. Intelligibilité du concept et sa complexité. Il est, en effet, difficile de définir l'établissement public à caractère industriel et commercial. Néanmoins, on peut en épingler les traits principaux et le considérer comme une entreprise publique dont l'essentiel ou la totalité de l'activité consiste à gérer un service public à caractère industriel ou commercial[171].

C'est, jusqu'en juillet 2008, le mode de gestion le plus répandu des entreprises publiques en RDC[172].

La prolifération d'établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) ayant, à biens d'égards, des affinités avec les entreprises privées (règles de gestion privée, compétences de juridiction de l'ordre judiciaire etc.) a soulevé, en RDC, de nombreuses

---

[171] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 266 ; J.M. AUBY et DUCOS-ADER, « *Grands services publics et entreprises nationales* », Paris, P.U.F., T. I, p. 161. Pour plus de clarté quant à la définition de l'entreprise publique, nous préférons résumer ici le point de vue extrêmement intéressant développé à ce sujet par le professeur CH. GOOSSENS cité par CH. HUBERLANT et F.DELPEREE (*op. cit.*, pp. 30-32). En effet, souligne le professeur GOOSSENS, on donne la définition d'entreprise publique aux organismes par lesquels les pouvoirs publics prennent part à l'activité économique. Ainsi, la qualification *d'entreprise publique* est attribuée à *tout organisme* quelles qu'en soient la forme et la structure juridique qui à la fois :

- présente un caractère public, c'est-à-dire, a été *créé* par l'Etat ou tous autres pouvoirs publics, est *géré* par eux ou *se trouve sous leur contrôle* ou *leur tutelle* ;

- est affecté à des tâches d'ordre économique, c'est-à-dire, à la production, à l'échange ou à la distribution de biens ou de services, au sens où les économistes entendent cette notion.

Le professeur GOOSSENS poursuit en ajoutant qu'il existe des entreprises publiques non personnalisées : ce sont des « entreprises d'Etat » et les services d'Etat à gestion séparée appelés les « régies provinciales et les régies communales ». Mais, certains de ces organismes sont des « administrations personnalisées » comme la Régie des voies aériennes ou des « établissements publics à caractère industriel et commercial » au sens donné par la doctrine récente à cette expression. La plupart des entreprises publiques, fait-il encore remarquer, sont des « associations de droit public » créées à l'initiative des pouvoirs publics entre eux pour intervenir dans l'activité économique. Toutefois ces pouvoirs publics peuvent s'associer à des personnes privées (physiques ou morales) et constituer des « sociétés d'économie mixte ». Ainsi, les associations de droit public se subdivisent en : « association de pouvoirs publics » composées exclusivement de pouvoirs publics et gérées pas eux comme *entreprises publiques* d'une part et, d'autre part, les « sociétés à économie mixte » à la gestion desquelles les pouvoirs publics participent aux côtés des particuliers. Encore que, parmi ces derniers organismes, on doit encore faire la distinction selon qu'il y a dans leur gestion, prépondérance des pouvoirs publics, équilibre entre l'influence des pouvoirs publics et celle des personnes privées, ou prépondérance des personnes privées. Le *régime juridique* des entreprises publiques a donc un caractère mixte. *Il relève à la fois du droit public et du droit privé*. Et ne peut uniquement ressortir du seul droit public ou du seul droit privé. Cette complexité ne tient pas seulement à l'état des textes, elle est due aussi à la nature intrinsèque des organismes envisagés. Dès lors, les entreprises publiques sont considérées comme des organismes de caractère hybride dont le statut doit correspondre à la fois aux exigences propres du fonctionnement des services publics et aux nécessités inhérents à la nature économique de leur activité.

Bref, s'il peut être possible de tracer, dans certaines matières, la ligne de démarcation entre le droit privé et le droit public dans le régime juridique des entreprises publiques ; dans d'autres, les règles de ces deux disciplines s'entremêlent au point que même si dans leurs rapports avec les privés ces entreprises concluent des contrats de droit privé et sont souvent soumises aux principes de droit commercial, le droit public peut toujours avoir des incidences et imposer des dérogations au droit privé (CH HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 30-32).

[172] Année du désengagement de l'Etat des entreprises publiques industrielles et commerciales.

difficultés d'ordre pratique[173] quoi que l'irrecevabilité des procédures d'exécution forcée contre ces organismes n'a pas été remise en question[174].

60. Assimilation de l'entreprise publique à l'établissement public. La loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, actuellement abrogée, avait unifié le statut juridique des personnes publiques congolaises, en soumettant les entreprises publiques industrielles et commerciales et les établissements publics à un même régime juridique. En effet, aux termes de l'article 2 de cette loi, l'entreprise publique fut définie comme **tout établissement** :

- créé et contrôlé par les pouvoirs publics pour remplir une tâche d'intérêt général (souligné par nous) ;
- créé à l'initiative des pouvoirs publics entre eux pour l'exploitation en commun d'un service ou d'une activité donnée ;
- 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 ;
- 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.

Dès lors, il en est résulté une malencontreuse assimilation de l'entreprise publique (EPIC) à l'établissement public incompatible avec le cadre général de l'organisation et du fonctionnement des établissements publics. Aussi, les entreprises et établissements publics congolais furent-ils reconnus tous capables de bénéficier de l'immunité d'exécution dans un contexte politico-économique favorable à la protection des personnes publiques à caractère économique en vue de stimuler et de promouvoir le développement.

Cependant, l'incapacité des entreprises publiques industrielles et commerciales à atteindre les objectifs économiques et sociaux leur assignés par l'Etat, a poussé ce dernier à changer le fusil d'épaule. C'est pourquoi l'Etat congolais a récemment décidé, non seulement, d'opérer une nette distinction entre les entreprises publiques et les établissements publics dont la

---

[173] Cfr. *supra*, n° 21, affaire MBANGAMA notamment.

[174] Cfr. *supra*, n° 17, position des autorités politico-judiciaires.

mission serait désormais limitée à la réalisation des activités non-marchandes[175], mais aussi, de se désengager des entreprises publiques marchandes conformément à sa nouvelle option de libéralisation de l'économie et d'encouragement de l'initiative privée[176].

61. Conséquence du désengagement de l'Etat des entreprises publiques. Le désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille a donc pour conséquence de soumettre les entreprises publiques congolaises au régime de droit commun[177] et de les exclure ainsi du bénéfice de l'immunité d'exécution. Celle-ci ne pourra désormais profiter qu'aux établissements et services publics[178] dotés, dans l'intérêt de la communauté, des missions d'intérêt général.

En vue d'assurer aux entreprises publiques un cadre juridique approprié au mode de gestion privée, le législateur contraint ces entreprises à prendre l'une des formes prévues par le Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales. Il s'agit, selon l'article 5 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008, de la forme juridique de « Société par action à responsabilité limitée (SARL) » dans laquelle les actionnaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports. Aucune autorisation n'est requise pour sa constitution et l'Etat en est l'unique actionnaire. Par ailleurs, soucieux d'harmoniser ce statut de droit privé avec le régime juridique propre à chaque entreprise, le législateur précise que les représentants de l'Etat dans les entreprises du portefeuille appelés « mandataires publics » devront désormais exercer leur

---

[175] Voy. Loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques et Loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics (*J.O*. RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008). L'article 2 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 édicte que : « *Les entreprises publiques sont selon le cas transformées en sociétés commerciales (*avec l'Etat comme actionnaire unique*), en établissements publics ou en services publics ou simplement dissoutes et liquidées)*.

[176] Loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille (*J.O*. RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008).

[177] Article 4 de loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques : « *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* ».

[178] Le service public désigne tout organisme ou toute activité d'intérêt général relevant de l'Administration publique (article 3, troisième tiret de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008). Sont transformées en services publics conformément à l'article 9 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2007, les entreprises publiques congolaises suivantes : ONDE (Office National de Développement de l'Elevage), CEEC (Centre d'Expertise, d'Evaluation et de Certification des Substances minérales Précieuses et Semi-Précieuses), OGEDEP (Office de Gestion de la Dette Publique), OFIDA (Office des Douanes et Accises) et RENAPI (Régie Nationale d'Approvisionnement et d'Imprimerie). Sources : Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en Sociétés commerciales, Etablissements publics ou services publics. Voy. services de documentation de la Primature, Kinshasa /GOMBE).

mandat non seulement en rapport avec la législation sur les sociétés commerciales, mais aussi conformément aux statuts propres de chaque société[179].

Eu égard au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille, une interrogation demeure cependant quant à l'avenir de l'entreprise publique en RDC. Peut-on, du fait de ce désengagement, conclure à la disparition de l'entreprise publique du paysage juridico-économique congolais ?

L'exposé des motifs de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat semble fournir quelques éléments de réponse à cette interrogation[180]. En effet, aux termes de cette loi, le législateur déclare notamment que : « *Le Gouvernement de la RDC a décidé d'entreprendre une réforme du portefeuille de l'Etat compte tenu des contre-performances observées dans ce secteur. Au terme de cette réforme, l'Etat conservera, dans son portefeuille, un certain nombre d'entreprises, notamment dans les secteurs stratégiques. Le portefeuille de l'Etat est organisé et géré conformément aux dispositions de la présente loi. Cette loi définit le contenu et l'organisation dudit portefeuille, fixe les statuts de l'entreprise du portefeuille de l'Etat, de la nouvelle entreprise publique et détermine la représentation de l'Etat-actionnaire ainsi que la prise, le maintien ou l'augmentation des participations de l'Etat. A ce titre les entreprises du portefeuille sont régies par le droit commun et prennent l'une des formes prévues par le Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales* ».

Il s'ensuit qu'en dépit du désengagement de l'Etat des structures opérant dans le secteur marchand, celui-ci devra normalement conserver, dans son portefeuille, quelques entreprises publiques des secteurs stratégiques, cependant soumises au régime de droit commun. Car selon l'article 4, alinéa 1er de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 précitée, les entreprises du portefeuille[181] dont font partie les entreprises publiques sont régies par le droit commun et

---

[179] Exposé des motifs de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008).

[180] Voy. exposé des motifs de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008, p. 25.

[181] Par entreprise du portefeuille, il faut entendre toute société dans laquelle l'Etat ou toute personne morale de droit public détient la totalité des actions ou une participation (article 3, premier tiret de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008). L'entreprise publique se définit quant à elle comme étant toute entreprise du portefeuille dans laquelle l'Etat ou toute personne morale de droit public détient la totalité ou la majorité absolue des actions ou des parts sociales (article 3, deuxième tiret de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008). Il s'ensuit, dès lors, que l'entreprise publique est une entreprise du portefeuille.

prennent l'une des formes prévues par le Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales.

Dès lors, l'entreprise publique n'est pas appelée à disparaître et demeure présente dans le paysage juridico-économique congolais. Il ne peut d'ailleurs en être autrement d'autant que le terme « entreprise publique » est parfois utilisé pour désigner l'ensemble des entités à activité économique relevant du secteur public[182]. Toutefois, la nouvelle entreprise publique congolaise demeure différente de l'ancienne entreprise industrielle et commerciale en raison de sa soumission au droit privé et de sa nature purement marchande. Aucune mission de service public ne lui est assignée en dehors de l'activité économique considérée en tant que telle. Cette considération implique que la nouvelle entreprise publique congolaise n'est plus bénéficiaire de l'immunité d'exécution et s'expose ainsi à la rigueur des voies d'exécution forcée de droit commun.

De la sorte, la nouvelle entreprise publique congolaise s'apparente à l'entreprise publique belge de droit privé autrement appelée « entreprise à participation publique ». Il s'agit d'une entreprise à laquelle les pouvoirs publics apportent leurs concours financiers sous forme de prise de participation sans lui assigner d'autres objectifs que celui de l'activité économique considérée en tant que telle[183]. Une telle entreprise est en raison de son statut juridique, de son organisation, de ses activités et de sa finalité soumise au droit privé en dépit de l'initiative publique de sa création. Elle peut être déclarée en faillite et ne peut bénéficier des privilèges personnels reconnus aux personnes morales de droit public.

Par cette réforme, le législateur congolais voudrait imprimer une nouvelle dynamique à l'entreprise publique afin de promouvoir sa rentabilité et de faciliter au besoin le désengagement de l'Etat au cas où sa présence en son sein ne serait plus jugée indispensable[184].

Est important à signaler, par ailleurs, le fait que le droit positif congolais ne connaît plus, en raison du désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille, la notion d'entreprise

---

[182] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 266.

[183] J. LE BRUN et D. DEOM, *ibidem*, p. 266.

[184] Exposé des motifs de la loi n° 08/010 du 7 juillet 2008, p. 25.

publique à caractère industriel ou commercial. Seules subsistent les entreprises publiques au sens strict qui, à l'instar du droit belge, demeurent régies par le droit privé.

En somme, le désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille traduit la volonté des nouvelles autorités congolaises de procéder à la privatisation des entreprises publiques en vue de faire de celles-ci des vecteurs du développement économique à travers un partenariat public-privé susceptible d'améliorer la gestion de ces entreprises et de leur apporter des capitaux privés dont elles ont tant besoin pour leur essor. Cette volonté vient de se concrétiser à travers le Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 du Premier Ministre établissant la liste des entreprises publiques congolaises transformées en sociétés commerciales conformément à l'article 4 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2007 précitée. Il s'agit de :

- GECAMINES (Générales des Carrières et des Mines),
- SODIMCO (Société de Développement Industriel et Minier du Congo),
- OKIMO (Office des Mines d'Or de Kilo-Moto),
- EMK-Mn (Entreprise Minière de Kisenge Manganèse),
- REGIDESO (Régie de Distribution D'eau),
- SNEL (Société Nationale d'Electricité),
- COHYDRO (Congolaise des Hydrocarbures),
- SOSIDER (Société Sidérurgique de Maluku),
- AFRIDEX (Société Africaine d'Explosifs),
- SNCC (Société Nationale de Chemins de Fer du Congo),
- ONATRA (Office National des Transports),
- RVA (Régie des Voies Aériennes),
- RVM (Régie des Voies Maritimes),
- LAC (Lignes Aériennes Congolaises),
- CMDC (Compagnie Maritime du Congo),
- CFU (Chemin de Fer des Uélés),
- OCPT (Office Congolais des Postes et Télécommunications),
- CADECO (Caisse d'Epargne du Congo),
- SONAS (Société Nationale d'Assurance),
- KARAVIA (Hôtel Karavia).

Considérant l'importance et l'étendue des secteurs ainsi soumis au droit commun et susceptibles de vente[185], il y a lieu de s'interroger sur les domaines stratégiques dont l'Etat pourrait prétendre conserver la maîtrise dans l'intérêt de la communauté.

Le privilège de l'immunité d'exécution engendre une situation d'impasse et de non-droit lorsqu'aucune restriction n'est imposée à son caractère absolu. Comment une telle prérogative a-t-elle été rendue possible et quelles sont les considérations qui fondent sa mise en application au profit des pouvoirs publics ?

Section 4. Fondements et remise en cause de l'immunité d'exécution

§1. Les fondements de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public

62. Introduction. Comme l'indique Charles Leben, le terme « fondement » peut désigner des principes d'explication d'ordre différent. L'auteur en distingue trois : fondement logique, fondement normatif et fondement politique. Le fondement logique serait, d'après l'auteur, basé sur le bon sens tandis que le fondement juridique ou normatif est celui qui est tiré directement ou indirectement des règles de droit. Quant au fondement politique, il étudie et explique les raisons pour lesquelles une règle de droit existe dans un système juridique donné à un moment donné[186].

63. Diverses justifications invoquées. Plusieurs justifications ont été invoquées à l'appui de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Elles relèvent tantôt du droit civil, tantôt de la procédure civile, tantôt du droit administratif. Cependant de tous les

---

[185] Ces secteurs vont, on le constate, de l'énergie au transport en passant par l'eau, les mines, l'épargne, les assurances, les hydrocarbures, etc.

[186] CHARLES LEBEN, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des Etats », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, 4ème journée d'actualité internationale, cahiers du C.E.D.I.N. n° 4, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 7-39.

fondements traditionnellement donnés au principe, seuls deux semblent avoir retenu l'attention des auteurs en raison de leur intérêt pratique. Il s'agit de l'article 537, alinéa 2 des Codes civils français et belge dont la disposition correspondante en droit congolais est l'article 9 de la loi du 20 juillet 1973 dite loi foncière d'une part et, d'autre part, du principe de la continuité et de la régularité du service public. Mais, même dans ce cas, la doctrine majoritaire, à laquelle nous nous rallions, estime que seul le principe de la continuité et de la régularité du service public constitue une justification pertinente à l'interdiction de la contrainte à l'égard de l'administration[187]. Car, s'il est admis que le service public doit, pour des raisons de satisfaction des besoins collectifs, être assuré de manière permanente et continue, toute mesure d'exécution forcée devra, de la sorte, être proscrite du moment qu'elle perturbe cette continuité. On voit, déjà là, se profiler la nécessaire relativité du principe.

Par souci d'exhaustivité, nous avons jugé utile d'examiner, dans ce paragraphe, tous les fondements généralement invoqués en faveur de l'immunité d'exécution, mais considérés uniquement d'un point de vue purement congolais. En effet, les justifications de l'immunité d'exécution sont, en raison de la parenté existant entre les trois systèmes juridiques étudiés, les mêmes aussi bien en droit français, belge que congolais. Toutefois, des nuances importantes résultant des spécificités propres à chaque Etat existent et feront l'objet de commentaires appropriés. Nous allons étudier tour à tour le fondement de l'immunité d'exécution en droit congolais en commençant d'abord par la version congolaise des articles 8 (du décret du 22 novembre-1er décembre 1790) et 537, alinéa 2 des Codes civils français et belge.

---

[187] Voy. notamment F. DUMON qui déclare à ce sujet ce qui suit : « La meilleure, peut-être la seule, et en tout cas la déterminante justification de l'immunité d'exécution est la nécessité de sauvegarder la continuité et la régularité du service (F. DUMON, « Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Actes du colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, éd. de L'Institut de sociologie, 1969, p. 198). Pour sa part, A. BUTTGENBACH note que s'il n'y a pas d'exécution forcée contre l'Etat, les provinces et les communes, c'est parce que l'action des créanciers ne peut entraver la marche des services publics et c'est pourquoi, même après une condamnation, l'Administration choisira le moment et le moyen de faire droit au particulier sans entraver la marche de ses services (voy. A. BUTTGENBACH cité par F. DUMON, « Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé », *op. cit.*, p. 198).

A. L'article 8 du décret du 22 novembre-1er décembre 1790
et l'article 537, alinéa 2 des Codes civils

64. Justifications relevant du droit civil. L'insaisissabilité des biens des pouvoirs et organismes publics est traditionnellement[188] justifiée par référence à l'article 8 du décret du 22 novembre-1er décembre 1790 relatif à l'inaliénabilité des domaines nationaux et des droits qui en dépendent. Ces domaines, dit cet article, demeurent inaliénables sans le consentement et le concours de la nation.

Outre cette disposition applicable uniquement aux biens publics, une seconde justification traditionnellement invoquée par la jurisprudence[189] pour étayer le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques est l'article 537, alinéa 2 des Codes civils français et belge aux termes duquel : *« Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et selon les règles qui leur sont particulières »*[190].

De cette dernière disposition légale fut donc déduit le principe de l'insaisissabilité comme conséquence du caractère inaliénable des biens de ces personnes[191]. En effet, les biens du domaine public étant définis comme ceux affectés à l'usage ou au besoin du service public, la doctrine en conclut qu'ils étaient incontestablement visés par l'article 537, alinéa 2 en tant que biens n'appartenant pas aux particuliers. Aussi, s'employa-t-elle à en déterminer, en combinaison avec les article 538 et suivants[192], le régime juridique. L'inaliénabilité résultant

---

[188] Par référence aux droits belge et français.

[189] Civ. Bruxelles, 13 août 1960, *J.T.*, 1960, pp. 670 et s. ; Cass., 21 avril 1966, *Rev. adm.*, 1965, p. 126 ; *Pas.*, I, p. 1060 ; Civ. Gand., 29 novembre 1976, *R.J.D.A.*, 1979, n° 22191, pp. 420 et s. ; Bruxelles, 30 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 676 ; Cass., 26 juin 1980, *Adm. publ.*, 1981, pp. 127 et s.

[190] Pour la doctrine, la lecture littérale de cette disposition pourrait prêter le flanc à une certaine confusion dans la mesure où elle peut renvoyer aussi à des personnes morales de droit privé. Mais, ce regard exclurait le contexte juridique dans lequel la disposition fut conçue et même les intentions exprimées dans les travaux préparatoires (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 267, n° 26).

[191] M. VAUTHIER, *op. cit.*, p. 394 ; M.A. FLAMME, *op. cit.*, *Rev. adm.*, 1966, p. 126 ; M. DONY, *op. cit.*, p. 88 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 267 n° 26 ; F. DUMON, *op. cit.*, p. 14 ; VAN VOLSEN et VAN HEUVEN, « L'immunité d'exécution des personnes juridiques en droit public », *R.R.D.*, n° 45, janvier 1988, p. 10.

[192] Ces articles utilisent, sans la préciser, la notion de la domanialité publique.

de la mise hors commerce de ces biens en fut le critère décisif duquel en ressortit l'insaisissabilité comme corollaire inévitable[193]. Ainsi fut scellé définitivement le statut juridique des biens du domaine public de l'administration jugés : inaliénables, insaisissables et imprescriptibles.

65. Discussion quant à la portée de l'article 537. Cependant, une polémique survint aussitôt quant à savoir si l'article 537, alinéa 2 s'appliquait également aux biens du domaine privé de l'Etat considérés comme non affectés à l'usage de tous et soumis en principe aux règles de droit commun. Cela d'autant que la doctrine avait, postérieurement au Code civil, en France comme en Belgique, introduit la théorie de la domanialité publique établissant dans le patrimoine étatique, une distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé.

La question ne manquait nullement d'importance car, s'il ne faisait l'ombre d'aucun doute que les biens du domaine public étaient placés sous un régime général d'insaisissabilité, la solution contraire n'était pas toujours vraie pour ceux du domaine privé dont les aliénations parfois soumises aux règles administratives particulières pouvaient, de ce fait, justifier que l'entière saisissabilité ne soit affirmée sans réserve.

66. Situation en RDC. En RDC, l'insaisissabilité des biens du domaine public de l'Etat est reconnue tout comme l'est la saisissabilité de sa domanialité privée. Ainsi, si l'article 9, alinéa 1er de la loi dite foncière dispose que : «*Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sauf les modifications établies par la loi* », l'alinéa 2 de cette même disposition qui reprend comme un écho l'article 537, alinéa 2 des Codes civils belge et français porte que : « *Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers ne sont administrés et en peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières »*[194].

On voit déjà ici apparaître la distinction entre les biens des particuliers soumis au régime de la libre disposition et les biens de l'Etat, c'est-à-dire, ceux qui n'appartiennent pas aux

---

[193] J. DEMBOUR, « *Droit administratif* », 3ème édition, 1978, p. 400. Pour cet auteur, la règle de l'insaisissabilité apparaît comme le corollaire de l'inaliénabilité parce que la saisie aboutit normalement à la vente. Autrement dit, ce qui est aliénable ou ce qui peut être vendu est sujet à saisie. Par contre ce qui est inaliénable ne peut faire l'objet de saisie au risque de déboucher sur la vente (l'aliénabilité).

[194] Les Codes Larcier, République Démocratique du Congo, tome I, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, p. 96.

personnes privées et auxquels doivent s'appliquer des règles spécifiques d'administration et d'aliénabilité en raison de leur appartenance à une personne publique.

Toutefois, l'article 10 de la loi foncière semble, à cet égard, plus clair et précis en énonçant que : « *Les biens de l'Etat qui sont affectés à un usage ou à un service public sont hors commerce tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés* »[195]. La conséquence logique que l'on peut tirer de cette disposition légale est, comme le souligne l'article 11, que : « *Tous les autres biens de l'Etat restent dans le commerce, sauf les exceptions établies par la loi* ». Dès lors, sauf exception légale expresse, tous les biens de l'Etat non affectés à un usage ou à un service public sont saisissables. L'aliénation dont ils sont, en principe, frappés implique que les procédures d'exécution forcée de droit commun, leur soient applicables.

Considérant que le régime juridique de la domanialité publique est moins précisé à l'article 9, alinéa 2, qu'à l'article 10 de la loi foncière, il serait, dès lors, tout indiqué de se référer, s'agissant de l'insaisissabilité des biens publics, à cette dernière disposition (article 10) en tant qu'elle vise tous les biens affectés à un usage ou à un service public. En effet, la conséquence de la domanialité publique est de soustraire les biens du domaine public affectés à la poursuite de l'intérêt général des règles de droit commun de la propriété quant à leur acquisition, leur gestion et leur aliénation. Ces biens acquièrent du fait de cette spécificité, un statut particulier qui le rend inaliénables, insaisissables et imprescriptibles et sont, dès lors, soumis à un régime spécial consistant selon les cas en :

— une affectation-désaffectation préalable ;
— une autorisation préalable ;
— une approbation de l'autorité de tutelle.

Ainsi donc, les biens de l'Etat, tant qu'ils sont affectés à un usage ou à un service public, ne peuvent faire l'objet d'aliénation et donc des voies d'exécution forcée ou des saisies. D'où notre affirmation selon laquelle en RDC, le principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs

---

[195] Les Codes Larcier, République Démocratique du Congo, *ibidem*, p. 96. On retiendra que la loi du 20 juillet 1973 a été modifiée et complétée par celle n° 80/ 008 du 18 juillet 1980 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime de sûretés (*J.O*. RDC, n° 15, juillet 1980). Bien plus, l'article 10 précité ne s'applique qu'aux biens mobiliers. S'agissant des biens fonciers et immobiliers publics, on devra se référer aux articles 55 et 210 de la loi dont voici les libellés respectifs : « *Le domaine foncier public de l'Etat est constitué de toutes les terres qui sont affectées à un usage ou à un service public* (article 55*)* » et : « *le domaine immobilier public de l'Etat est constitué de tous les immeubles qui sont affectés à un usage ou à un service public* (article 210) ».

et organismes publics trouve indirectement son fondement à l'article 10 de la loi dite foncière. Il s'agit là, précisons-le, d'un fondement indirect étant donné que la RDC ne dispose pas d'un texte légal clair et précis en matière d'immunité d'exécution[196]. L'article 10 sus évoqué ne parle pas *expressis verbis* de l'immunité d'exécution et se contente simplement d'énoncer que les biens de l'Etat affectés à un usage ou à un service public sont hors commerce. C'est donc par déduction que la doctrine en est arrivée à la conclusion que ces biens sont insaisissables. L'insaisissabilité étant tirée du caractère hors commerce ou inaliénable de ces biens.

Par ailleurs, fidèle à la division dualiste du patrimoine étatique en vigueur en RDC, cette disposition vise les biens du domaine public parce qu'il s'agit des biens affectés à un usage ou à un service public. Autrement dit, des biens ayant reçu une destination particulière leur permettant de concourir à la satisfaction des besoins de la communauté.

Quant aux biens du domaine privé, leur sort paraît légalement résulter de l'article 11 aux termes duquel tous les autres biens de l'Etat restent dans le commerce[197]. Ainsi, contrairement aux biens du domaine public, les biens du domaine privé de l'Etat demeurent dans le commerce et peuvent faire l'objet de saisies. Cependant, la doctrine congolaise semble fort divisée quant à la saisissabilité de la domanialité privée. Alors que KALAMBAY LUMPUNGU et LUKOMBE NGHENDA[198] soutiennent que ces biens sont insaisissables, Vincent KANGULUMBA[199] penche plutôt pour leur caractère saisissable qu'il justifie, (comme la saisie de tous les biens des personnes publiques en général) par référence à l'article 245 de la loi du 20 juillet 1973. Cette disposition énonce que : « *Tous les biens présents et à venir d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers* »[200].

---

[196] Comparativement à l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge où il est clairement dit que « *Les biens appartenant à l'Etat, aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux communes, aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables…* » et à l'article 1er, alinéa 3 de la loi française du 9 juillet 1991 qui porte que « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

[197] Pour les biens fonciers privés, voy. l'article 56 : « *Toutes les autres terres constituent le domaine privé de l'Etat…* » et pour les biens privés immobiliers, on consultera avec intérêt l'article 211 : « *Tous les autres immeubles font partie du domaine privé de l'Etat…* ».

[198] KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil*, vol. I, *Régime général des biens*, P.U.Z., Kinshasa, 1984, pp. 55-56 ; LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil : Les biens*, P.F.D.U.C., août 2003, p. 352.

[199] V. KANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, pp. 296-315.

[200] Dans son récent ouvrage intitulé : *Précis de droit civil des biens*, l'auteur n'invoque plus cet argument et se contente de faire sienne la formule conclusive de KUATE TAMEGHE selon laquelle « *l'immunité d'exécution des personnes publiques est un anachronisme fondé sur une conception dépassée du rôle de l'Etat et de l'administration, avec comme conséquence, l'indéniable recul de l'Etat de droit…* » (V. KANGULUMBA

Pour séduisante qu'elle puisse paraître cette position de KANGULUMBA ne prête pas moins le flanc à la critique. Cela pour des raisons suivantes :

- les biens du domaine privé de l'Etat sont au Congo, comme ailleurs, en étroite relation avec le service public au point qu'on ne saurait les exclure de l'immunité d'exécution sans perturber le fonctionnement régulier de celui-ci ;

- les revenus des biens privés de l'Etat figurent dans les budgets et comptes de celui-ci. Ce faisant, ils obéissent aux règles budgétaires publiques relatives à l'ordonnancement et à l'exécution des dépenses publiques et échappent, dès lors, à l'exécution forcée. Leur saisissabilité introduirait des troubles dans les finances de l'Etat en rendant impossible le paiement des dépenses[201] ;

- la distinction entre biens publics et biens privés de l'Etat n'est pas toujours très nette en droit congolais en sorte qu'il est parfois difficile de déterminer avec exactitude de quel domaine relève tel ou tel bien à saisir. D'ailleurs voulant stigmatiser l'ambiguïté parfois observée dans la distinction des biens de l'Etat en RDC LUKOMBE NGHENDA note : « *C'est vrai que l'approche législative tenant à régler l'appartenance au domaine public ou au domaine privé, de chacun des biens de l'Etat, finit toujours par déboucher sur des biens pour lesquels le législateur ne se serait pas prononcé de façon expresse. Par exemple, on peut se demander que serait le critère pour déterminer quand tel des biens mobiliers doit-il être pris comme faisant partie du domaine public ou du domaine privé* »[202] ;

MBAMBI, *Précis de droit des biens*, Tome 1, Académie Bruylant, 2007, p. 145). Il s'agit encore ici d'une opinion inadmissible qui nous laisse un peu songeur. En effet, considérer l'immunité d'exécution comme une notion anachronique revient, en d'autres termes, à en nier l'existence. Ce qui ne peut être accepté au regard de l'importance de ce privilège tant dans le maintien des relations interétatiques que dans l'accomplissement par les pouvoirs publics de leur mission de service public. D'un point de vue pratique, rappelons-le, cette prérogative permet d'éviter toute entrave ou toute intervention intempestive des particuliers susceptible de gêner la poursuite harmonieuse de l'intérêt général par l'Etat. Dès lors, le vrai problème de l'immunité d'exécution est moins celui de l'affirmation du principe que de la consécration de son caractère absolu. D'où, l'importance de cette étude fondée sur la recherche des mécanismes tendant à assurer la conciliation des intérêts de l'Etat et de ses partenaires publics ou privés. L'enjeu étant de se conformer aux exigences d'un Etat de droit et de lutter, *ipso facto*, contre l'inégalité dans les rapports économiques et commerciaux.

[201] M. VAUTHIER, *op. cit.*, pp. 394 et s. ; M.VAUTHIER, « *Précis de droit administratif de la Belgique* », n° 284, p. 396 ; GIROH, « Dictionnaire », t 1er, p. 319, *Rev. adm.*, 1982, p. 234.

[202] LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 348.

- les biens des personnes publiques ne constituent nullement le gage commun de leurs créanciers. Admettre le contraire serait donc établir une confusion regrettable entre l'insaisissabilité orientée vers les biens et l'immunité d'exécution qui constitue une faveur personnelle accordée aux personnes publiques en raison de leur mission de service public. L'article 1er, alinéa 3 de la loi française du 9 juillet 1991 confirme ce soutènement en stipulant que : *« L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution »*[203].

Ainsi, quand bien même les biens du domaine privé de l'Etat seraient aliénables en droit congolais, il n'en demeure pas moins qu'au niveau de la pratique, leur saisissabilité pourrait se heurter aux impératifs de la continuité du service public et justifier qu'ils deviennent, finalement insaisissables. C'est sans doute pour cette raison que la France et la Belgique ont aujourd'hui banni – ***en matière de saisies*** – la vieille distinction vague, confuse et parfois artificielle du patrimoine étatique pour ne rencontrer que les besoins du service public. Les biens (publics ou privés) ayant un lien direct ou indirect avec l'intérêt général sont ici réputés insaisissables si leur saisie met en péril l'exercice des missions de la personne publique ; ce qui ne serait pas le cas *a contrario*.

67. Faut-il maintenir la distinction bien public-bien privé de l'Etat en matière de saisie en RDC ? Il reste seulement à se demander, de ce qui précède, si la distinction en matière de saisie entre les biens publics et les biens privés de l'Etat doit encore être maintenue en RDC dans un contexte où il est de plus en plus démontré que les biens du domaine privé des personnes publiques contribuent également à la satisfaction de l'intérêt général – même en l'absence de toute affectation – et doivent, dès lors, être couverts par l'immunité d'exécution.

La réponse à cette interrogation paraît, à notre humble avis, négative. Car l'analogie entre propriété privée et propriété administrative sur le « domaine privé » ne peut être poussée très loin, l'Administration n'étant pas assimilable à une personne privée[204]. En effet, un bien de l'Etat reste et demeure bien de l'Etat. Le manque d'affectation ne peut l'empêcher, comme le démontrent les exemples ci-dessous repris, de contribuer à la satisfaction des besoins collectifs. Son rattachement à l'Etat, personne publique par excellence, lui imprime

---

[203] M. DONNIER, *op. cit.*, pp. 51-52.

[204] LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 353.

généralement une marque qui se résume souvent en l'établissement des liens directs ou indirects avec l'intérêt général.

Ainsi, les loyers des immeubles dits privés de l'Etat, situés dans la commune de la Gombe[205], vont, en principe, dans les comptes du trésor et reçoivent, dès lors, une destination publique, même si, en pratique, ils prennent d'autres directions. De même, les revenus provenant de la vente des véhicules (amortis) des pouvoirs publics alimentent les comptes de l'administration. Leur saisie pourrait paralyser le fonctionnement de celle-ci et donc violer le principe de la continuité et de la régularité du service public. Dans le même ordre d'idées, la saisie des redevances dues à des services publics comme l'OFIDA (Office des Douanes et Accises) et le CEEC (Centre d'Expertise, d'Evaluation et de Certification des substances minérales Précieuses et Semi-précieuses) aurait pour conséquence de priver la collectivité tout entière de la satisfaction des besoins essentiels en vue desquels ces services existent et doivent fonctionner. Enfin, la détention, par l'Etat congolais, des actions dans certaines sociétés n'a pas seulement pour objectif de procurer de l'argent à l'Etat. Elle permet également à ce dernier de contrôler ces sociétés dans un but d'intérêt général.

Ces illustrations mettent en évidence les relations existant entre le service public et les biens dits privés de l'Etat. Elles justifient la nécessité d'un abandon au Congo de la distinction traditionnelle de la domanialité étatique ***en matière de saisie*** et impliquent que soient également soumis à l'immunité d'exécution les biens privés des pouvoirs publics pour autant qu'ils concourent à la satisfaction de l'intérêt général.

M. J. AUBY[206] est encore plus explicite à ce sujet lorsqu'il affirme que le domaine privé participe, lui aussi, à la satisfaction de l'intérêt général soit en constituant le siège d'activités administratives d'intérêt général, soit en servant d'assiette à l'exploitation du service public, qu'il s'agisse de l'enseignement ou du théâtre, soit enfin en procurant des ressources qui sont confondues au sein du budget avec d'autres recettes de l'Etat.

---

[205] La commune de la Gombe est l'une des 24 circonscriptions communales que compte actuellement la ville de Kinshasa, capitale de la RDC.

[206] Cité par M. DONY, *op. cit.*, p. 92. Dans le même sens, M.-A. FLAMME, *Cours de droit administratif*, n° 430.

Dès lors, la détermination du lien entre le fonctionnement régulier du service public et l'objet saisi devient une question de fait devant être appréciée *in concreto* en tenant compte des circonstances de la cause.

B. La continuité du service public

68. Un privilège lié à la mission de satisfaction des besoins vitaux de la collectivité. La continuité du service public est la justification généralement invoquée tant en France, en Belgique qu'en RDC[207] comme constituant le socle juridique de l'interdiction de la contrainte à l'égard de l'Administration. Cette interdiction procède de la volonté d'éviter l'interruption des prestations considérées comme fondamentales pour la collectivité. L'Administration étant appelée à agir dans le but de pourvoir au bien commun, l'on craint que la satisfaction des besoins vitaux et essentiels ne soit compromise du fait des interventions brusques et inattendues des particuliers en quête d'intérêts égoïstes. D'où l'immunité d'exécution lui reconnue comme privilège susceptible de l'aider à garantir le fonctionnement régulier du service public.

Au principe de la continuité et de la régularité du service public se rattachent certaines règles positives qui forment des particularités liées à cette prérogative[208]. En outre, les diverses

---

[207] Voy. notamment A. RUBBENS, *Droit judiciaire zaïrois*, P.U.Z., Kinshasa 1978 ; Léo, 8 mars 1932, Jur. Col., 1935, p. 88 avec note.

[208] Dans ces applications, le principe de la continuité des services publics a fait apparaître, en France, en Belgique comme en RDC, d'autres particularités dont :

- le privilège du préalable (possibilité pour le service public de se donner lui-même un titre exécutoire ou de recourir à l'exécution d'office) et le caractère non suspensif des recours (R. CHRISTINI, *op. cit.*, pp. 183 et 195) ;

- la théorie de l'imprévision née de la constatation qu'un bouleversement de l'équilibre du contrat, à la suite d'événements anormaux et imprévus peut entraîner la ruine du cocontractant et que cette ruine peut compromettre la continuité de la satisfaction des besoins collectifs (C.E., Fr., 30 mars 1916, *Cie des Gaz de Bordeaux*, *S.*, 1916, 3, p. 17) ;

- dans le domaine des contrats de l'Administration, la loi de continuité explique que les sanctions des contrats administratifs n'ont pas uniquement pour but de réprimer les manquements contractuels, mais aussi et surtout d'assurer la marche des services auxquels l'exécution des contrats est utile (A. DE LAUBADERE, « Les sanctions de l'inexécution des contrats administratifs en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1963, pp. 257 et s. ;

applications du principe de continuité montrent que celui-ci tient avant tout à assurer la protection des biens nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général. Aussi ne peut-on, par exemple, imaginer que, sous prétexte d'obtenir paiement de son dû par une entreprise de distribution d'eau, un créancier fasse saisir toutes les stations de captage et d'épuration d'eau de cette société, privant ainsi des nombreux consommateurs de l'eau potable pendant une durée indéterminée. Le caractère collectif de ce besoin implique que la personne publique pourvoyeuse bénéficie d'un ensemble de prérogatives dont l'immunité d'exécution.

Ainsi considérée, l'immunité d'exécution apparaît comme une autre application du principe de la continuité des services publics[209]. Mais, c'est l'établissement des rapports existant entre les deux notions qui permettra de déterminer le caractère saisissable ou non du bien. Autrement dit, il s'agira de déterminer dans quelle mesure la saisie d'un bien peut nuire au bon fonctionnement du service public. De la sorte la contrainte ne sera pas autorisée pour les biens affectés directement ou indirectement aux tâches d'intérêt général. *Quod non a contrario* pour les biens n'ayant pas ou ne faisant plus l'objet d'affectation.

Le critère du rapport entre l'immunité d'exécution et la continuité du service public présente donc l'avantage de donner priorité à la notion de service public dans la détermination des biens saisissables. Et c'est la raison pour laquelle la doctrine moderne ainsi que la jurisprudence le considèrent comme un critère déterminant de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens publics ou privés de l'Etat en lieu et place de l'inaliénabilité.

Notons, par ailleurs, que les concessionnaires et les entrepreneurs de travaux publics remplissent une mission d'intérêt général et la loi de continuité s'applique également à leur égard en vue d'assurer, dans une certaine mesure, la protection des biens affectés à l'accomplissement de cette mission. Ainsi, les créanciers ne peuvent saisir les ouvrages et installations des concessionnaires qui font partie du domaine public. Quant aux biens faisant partie du domaine privé, ils peuvent être saisis ; mais étant donné qu'ils contribuent au fonctionnement du service public, leur aliénation ne peut avoir lieu sans l'assentiment du

---

- la théorie du fonctionnaire de fait : dans la fonction publique, cette théorie explique les limitations du droit de grève des agents, la sanction de l'abandon de poste, etc. (C.E., 26 mars 1954, *R.J.D.A.*, p. 164 ; Cass., 9 déc. 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 409).

[209] Car elle empêche l'utilisation des mesures qui peuvent compromettre la bonne marche du service public.

pouvoir concédant[210], du moins pendant toute la durée de la concession durant laquelle ils sont affectés à un service d'intérêt général.

En somme, la continuité du service public sert de fondement à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et justifie que celles-ci soient exemptées des procédures d'exécution forcée de droit commun afin d'éviter l'entrave à la satisfaction des intérêts de la communauté. D'où l'interdiction de la contrainte sur les biens jugés nécessaires à la satisfaction des besoins collectifs et l'invitation faite au juge à admettre, selon les cas, une restriction à l'immunité d'exécution en cas d'absence de tout lien entre celle-ci (immunité d'exécution) et la continuité du service public.

69. Autorité compétente pour apprécier la continuité du service public. Pareille invitation pose cependant le problème de la détermination de l'autorité normalement habilitée à apprécier le critère de la continuité du service public. Serait-ce le juge ou l'Administration[211] ?

En droit congolais, le mutisme observé, à ce jour, par la jurisprudence sur cette question cruciale ne permet pas de se prononcer à cet égard. Toutefois, au regard de l'évolution actuelle du contentieux administratif exigeant, de plus en plus, du juge un contrôle minutieux et rigoureux des motifs des actes administratifs, il y a lieu d'espérer que, par application de cette technique, le juge congolais, soit, à l'instar de ses homologues belges et français, tenté de se reconnaître le pouvoir de demander, chaque fois, à la personne publique de préciser les motifs ou les raisons pour lesquelles la saisie d'un bien serait, selon elle, de nature à compromettre le fonctionnement régulier du service public. Faute de quoi, il devra l'autoriser.

---

[210] M. DONY, *op. cit.*, p. 90 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 266 ; M. VAUTHIER, *op. cit.*, p. 399.

[211] Cette interrogation a suscité en France et en Belgique une autre question consistant à savoir si l'appréciation du juge devait être consacrée par une disposition légale ou pas. De l'avis général, il était convenu que l'intervention du législateur n'était pas nécessaire pour permettre une telle évolution. Le problème le plus important était de déterminer les critères sur lesquels le juge devait se fonder pour apprécier les exigences de la continuité du service public (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.* p. 270 ; F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 13).

C. Les règles budgétaires et la solvabilité présumée de l'administration

70. Les règles budgétaires. Le respect des règles budgétaires a été également invoqué à l'appui du principe de l'immunité d'exécution. Une certaine doctrine a, en effet, soutenu, en droit comparé, que l'exécution forcée était incompatible avec le respect des règles budgétaires tel que prôné par les lois et les constitutions[212]. Considérant que les personnes publiques sont liées par leurs affectations budgétaires, elle a défendu l'idée que seuls les organes de ces personnes habilités à établir le budget et à effectuer les dépenses sont capables de décider de l'exécution des obligations qui leur incombent. Agir autrement serait non seulement porter atteinte au principe de la correcte exécution du budget adopté, mais aussi aller à l'encontre du pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans l'appréciation de l'opportunité d'exécution des différentes dépenses.

71. Applicabilité en droit congolais. Si la problématique du respect des règles budgétaires comme fondement de l'immunité d'exécution a fait l'objet d'un débat nourri en droit comparé, tel n'a pas été le cas en RDC où le manque d'intérêt affiché de la doctrine sur cette question n'a pas permis de susciter une discussion y relative. Aussi ce fondement est-il accepté par mimétisme, au même titre que les autres, comme justification de l'immunité d'exécution des personnes publiques dans ce pays. En témoignent ces propos du Procureur Général de la République LUHONGE KABINDA NGOY aux termes desquels : « *Les décisions concernant l'Etat, les établissements et entreprises publics ne sont pas exécutées comme les décisions concernant les entreprises ordinaires ; ceux-là ne peuvent être contraints à une exécution forcée. Il est de doctrine que celui qui obtient une condamnation contre les personnes publiques ne peut les poursuivre par l'exécution forcée. D'aucuns justifient ce principe par le fait que l'Etat est assez solvable, qu'il ne peut engager d'autres dépenses que celles inscrites à son budget et s'acquitter de ses dettes sans observer les règles de la comptabilité publique. D'autres par contre, le justifient par les nécessités de l'intérêt*

---

[212] M.-A. FLAMME, note sous Cass., 21 avril 1966, *Rev. adm.*, 1966, p. 128 ; M. VAUTHIER, *op. cit.*, p. 394, n° 4 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 267-268, n° 29 ; M. DONY, *op. cit.*, p. 88 ; A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 438. On notera, à cet effet, que le respect des règles budgétaires ne s'impose, d'après la doctrine, qu'aux organismes publics fonctionnant selon les procédures de la comptabilité publique (voy. notamment J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 268).

général ainsi que par celles de la continuité des services publics (…). Il s'en suit que les personnes publiques n'exécutent les jugements que volontairement, mais non parce qu'elles y sont contraintes. Telle est également la position des législateurs belge et français à laquelle s'apparente la position congolaise »[213].

Par ailleurs, le respect des règles budgétaires imposé aux personnes publiques par la Constitution s'oppose, en droit congolais, à toute affectation budgétaire autre que celle initialement prévue. Ainsi, les articles 175 et 180[214] de la nouvelle Constitution congolaise disposent : « *Le budget des recettes et des dépenses de l'Etat, à savoir celui du Pouvoir central et des provinces, est arrêté chaque année par une loi* (article 175, alinéa 1) » et « *La Cour des comptes contrôle dans les conditions fixées par la loi, la gestion des finances de l'Etat, des biens publics ainsi que les comptes des provinces, des entités territoriales décentralisées ainsi que des organismes publics* (article 180, alinéa 1) ».

En considération de ce qui précède, on peut affirmer que sans en arriver au refus de payer ou d'exécuter leurs obligations – ce qui serait contraire au respect dû à l'autorité de la chose jugée – l'Administration et l'ensemble des personnes morales de droit public congolaises restent soumises aux règles générales de la comptabilité publique relative à l'exécution des dépenses publiques à telle enseigne qu'il ne serait pas admis d'exercer à leur encontre des voies d'exécution forcée qui auraient pour conséquence de les obliger à faire face à des dépenses non prévues au budget.

OKITAKULA DJAMBAKOTE souligne davantage cette idée lorsqu'il affirme que le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques est aussi justifié au Congo par référence au principe de la comptabilité publique, lequel oblige l'Etat à ne satisfaire les engagements contractés que dans les limites de leur inscription budgétaire[215].

72. La bonne foi des personnes publiques et la solvabilité présumée de l'Administration. La doctrine ancienne a souvent invoqué l'idée de la bonne foi et de la solvabilité présumée de l'Administration pour justifier l'inutilité de l'emploi, à son encontre, des voies d'exécution

---

[213] LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.*, p. 16.

[214] Il s'agit de la Constitution adoptée par référendum des 18 et 19 décembre 2005 puis promulguée le 18 février 2006.

[215] OKITAKULA DJAMBAKOTE, *op. cit.*, p. 111.

forcée. Elle considérait que celle-ci était toujours en mesure de faire face à ces obligations financières, ce qui, en principe, ne devait pas susciter des problèmes.

73. Justification jugée peu convaincante à l'heure actuelle. Cependant, les arguments tirés de la bonne foi et de la solvabilité présumée des pouvoirs publics ne sont plus jugés convaincants au regard non seulement du déficit budgétaire chronique de la plupart d'Etats, mais aussi des difficultés financières auxquelles sont actuellement confrontés beaucoup d'organismes publics voire des personnes publiques territoriales. Que l'on songe, pour s'en convaincre, aux difficultés de fonctionnement des communes et des entreprises publiques, particulièrement en RDC[216].

Ainsi, s'exprimant devant les Présidents-délégués généraux des entreprises publiques congolaises, l'ancien Premier ministre LEON KENGO-wa-DONDO dressait un véritable « réquisitoire » contre ces autorités accusées de rendre les entreprises publiques moins performantes en raison de leur mauvaise gestion : « *Vous avez géré jusqu'à présent nos entreprises comme un bien sans maître, alors que l'Etat espérait vous voir gérer l'entreprise publique en bon père de famille… nombre d'entre vous tiennent des réunions du Conseil d'Administration de manière irrégulière, certains ne transmettent même pas à la tutelle les procès-verbaux de leurs réunions ; des acquisitions et aliénations immobilières, des marchés importants de travaux et de fournitures sont réalisés sans recours à l'adjudication ni à l'autorisation préalable ; par ailleurs, vous appliquez des barèmes de rémunération sans accord préalable de la tutelle. Certaines entreprises accusent par trop de retards qui handicapent le suivi de l'exécution des budgets et entravent la préparation des états financiers de fin d'exercice. Les prévisions budgétaires de vos entreprises sont souvent élaborées sans rapport avec le programme d'action de l'entreprise* »[217].

Face à un tel constat de fiasco économique des entreprises publiques, voire des collectivités territoriales et de l'Etat lui-même, est-on encore en droit de compter sur la solvabilité présumée des personnes publiques ?

---

[216] Ces difficultés ont, par exemple, entraîné le désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille. Cfr. *supra*, n° 60.

[217] MASAMBA MAKELA, *op. cit.*, p. 67.

Assurément, non. Car, bon nombre d'entre elles se révèlent aujourd'hui incapables d'assumer pleinement leurs responsabilités financières en raison notamment de la mauvaise gestion. Aussi, ne serait-il pas logiquement et juridiquement concevable d'exclure de la contrainte les personnes morales de droit public au seul motif qu'elles sont présumées capables de faire face aux obligations financières les concernant. OKITAKULA DJAMBAKOTE abonde dans le même sens en concluant que : « *Les arguments tirés de la richesse ou de la solvabilité de l'Etat et de l'honnêteté de celui-ci ne peuvent plus être sérieusement pris en considération compte tenu de la réalité et des fluctuations économiques que connaissent tous les Etats contemporains* »[218].

D. Les voies d'exécution administratives et la séparation des pouvoirs

74. Les voies d'exécution administratives. L'immunité d'exécution a été justifiée du moins à l'égard de certaines personnes publiques, comme étant la conséquence de l'existence des voies d'exécution administratives. La tutelle financière et l'inscription d'office[219] offriraient, en effet, une autre alternative à l'exécution des décisions de justice. Aussi, sont-elles considérées à la fois comme une explication et une contrepartie[220] de cette immunité même si elles ne s'appliquent pas à tous les organismes publics[221].

La violation de la chose jugée étant partout juridiquement constitutive d'illégalité, l'interdiction de la contrainte à l'égard de l'Administration ne peut avoir pour conséquence de laisser la victime totalement démunie. Face à une attitude illégale résultant surtout du refus de l'autorité subordonnée de donner effet à une décision de justice, elle (la victime) doit toujours avoir la possibilité de s'adresser à l'autorité de tutelle de qui relève l'autorité subordonnée défaillante afin, soit de passer outre la mauvaise foi de cette dernière, soit d'assortir

---

[218] OKITAKULA DJAMBAKOTE, *op. cit.*, p. 113.

[219] Celle-ci constitue un des aspects de la tutelle coercitive. Voy. M. DONY, *op. cit.*, p. 87.

[220] Contrepartie qualifiée d'indispensable par M. HAURIOU, note sous C.E., 20 novembre 1908, *S.*, 1910, 3, p. 12.

[221] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 270, n° 38.

l'inexécution des conséquences importantes. L'organisation administrative ayant prévu un ensemble des contrôles de légalité et de conformité à l'intérêt public exercé par l'entremise des autorités exécutives, celles-ci ont le devoir de faire respecter la loi, au besoin, en veillant à l'inscription budgétaire des dépenses obligatoires auxquelles font partie les décisions de justice.

A cet égard, la tutelle de substitution se révèle, à tout le moins, comme la plus efficace de ces contrôles. Elle permet à l'autorité de tutelle, soit d'envoyer auprès de l'autorité décentralisée un commissaire spécial chargé de rétablir la légalité, soit de poser l'acte en lieu et place de l'autorité sous tutelle. Cependant, comme l'observent J. LE BRUN et D. DEOM[222], la tutelle de substitution ne peut être envisagée qu'à l'égard des personnes de droit public relevant de la décentralisation territoriale ou par services. Ainsi, l'Etat serait exclu de cette procédure.

75. Cas de la RDC. Le souci des autorités d'éviter les interférences de la hiérarchie dans l'exécution des budgets décentralisés et d'œuvrer au développement des responsabilités locales a conduit à la mise à l'écart, en RDC, de la technique d'inscription d'office[223]. Dès lors, le pouvoir de tutelle se réduit en un pouvoir d'autorisation, d'approbation et d'opposition. C'est ce qu'expriment respectivement les articles 25, alinéa 3 et 29, alinéa 3 de la loi n° 08-009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics aux termes desquels : « *Le Ministre de tutelle exerce son pouvoir de contrôle par voie* ***d'approbation*** *ou par voie* ***d'autorisation*** *(*article 25, alinéa 3*) »* et *« L'autorité de tutelle reçoit, dans les conditions qu'elle fixe, copie des délibérations du Conseil d'administration. Les délibérations et les décisions qu'elles entraînent ne sont exécutoires que dix jours francs après leur réception par l'autorité de tutelle, sauf si celle-ci déclare en autoriser l'exécution immédiatement. Pendant ce délai, l'autorité de tutelle a la possibilité de faire* ***opposition*** *à l'exécution de toute délibération ou décision qu'elle juge contraire à la loi, à l'intérêt général ou à l'intérêt particulier de l'établissement* (article 29, particulièrement l'alinéa 3 souligné)… »[224].

---

[222] J. LE BRUN et D. DEOM, *ibidem*.

[223] Article 3 de la nouvelle Constitution du 18 février 2006 : « *Les provinces et les entités territoriales décentralisées de la République Démocratique du Congo sont dotées de la personnalité juridique et sont gérées par les organes locaux (…). Elles jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines et techniques…* »

[224] *J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008, pp. 21-22.

Par ailleurs, la loi organique n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités Territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces stipule en son article 96 que la tutelle sur les entités territoriales décentralisées s'exerce par un contrôle ***a priori*** (autorisation) et un contrôle ***a posteriori*** (approbation)[225].

Il ressort donc clairement des dispositions légales sus énumérées que les mécanismes de contrôle tutélaire en vigueur en RDC tournent autour du contrôle *a priori* (autorisation) et du contrôle *a posteriori* (approbation).

Or, ces procédés sont loin d'apporter des solutions adéquates à la mauvaise volonté de l'Administration dans la mise en œuvre des décisions judiciaires. En effet, le pouvoir d'approbation, d'autorisation préalable voire d'opposition ne suffisent pas pour briser la protection fort étendue mise en faveur des personnes publiques par l'immunité. Une dépense préalablement autorisée peut ne pas être réellement exécutée, par exemple, sans que l'on soit en mesure d'utiliser la contrainte contre les pouvoirs publics en raison du privilège de l'immunité dont ils bénéficient. De même, aucune mesure de contrainte ne peut être autorisée à l'encontre d'une administration défaillante même relevant de la décentralisation par service.

Ceci permet de montrer que le pouvoir d'autorisation ou d'approbation demeure parfois inefficace face à l'entêtement des autorités subalternes. Mais, est-ce à dire que le droit congolais soit totalement dépourvu de procédés tendant à faire respecter la loi par lesdites autorités ?

A la vérité, il n'en est rien. Certains mécanismes légaux prévus au profit des autorités de tutelle par le législateur peuvent, en cas d'utilisation rationnelle, conduire à l'exécution des décisions de justice. Il en est ainsi de la possibilité offerte par l'article 10, alinéa 2 de la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant disposions générales applicables aux établissements publics[226]. Cette disposition confère, en effet, à l'autorité de tutelle (en l'occurrence le Ministre en charge du secteur d'activités concerné) la possibilité de faire convoquer les réunions du Conseil d'administration d'un établissement public chaque fois que l'intérêt de l'établissement l'exige.

---

[225] *J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 10 octobre 2008, p. 23.

[226] Article 10 alinéa 2 : *« Il (Le Conseil d'administration) peut être convoqué en séance extraordinaire par son Président, sur ordre du jour déterminé, à la demande du Ministre en charge du secteur d'activités concerné, chaque fois que l'intérêt de l'établissement l'exige ».*

En attendant l'intervention des procédés plus efficaces en la matière, l'exercice rationnel de ce pouvoir pourrait, à notre avis, apporter une certaine solution à la question qui nous préoccupe étant donné qu'aux termes de la loi du 7 juillet 2008, le Conseil d'administration dispose des pouvoirs les plus étendus pour prendre toute décision intéressant l'entreprise[227]. Dès lors, l'autorité de tutelle pourrait, conformément aux prérogatives lui reconnues par la loi, faire inscrire chaque fois à l'ordre du jour des réunions du Conseil d'administration convoquées à son initiative, la question de l'exécution des décisions de justice afin soit d'en obtenir exécution immédiate en cas de disponibilité budgétaire, soit d'en faciliter l'inscription au budget en vue d'une mise en œuvre ultérieure.

Il est à regretter toutefois que ce mécanisme ne soit guère utilisé en pratique, l'autorité de tutelle ayant souvent recours au procédé informel d'injonction. Or, celui-ci, comme on le verra, demeure moins efficace en raison de la tendance des autorités subordonnées à passer outre à l'injonction en l'absence de toute responsabilité personnelle[228].

76. Le pouvoir informel d'injonction. Le pouvoir informel d'injonction consiste, pour l'autorité de tutelle, à donner l'ordre à l'autorité sous tutelle (celle d'une entreprise publique par exemple) d'exécuter la décision de justice. Cependant, l'exercice de ce pouvoir se heurte, en pratique, à de nombreux obstacles, les autorités subordonnées étant en mesure de se cantonner toujours dans leur inertie, soit en prétextant l'absence du budget, soit en opposant au créancier une appréciation d'opportunité selon laquelle elles estiment devoir refuser l'exécution. Par ailleurs, le pouvoir d'injection n'est pas organisé par la loi et ne constituerait pas une alternative efficace à l'interdiction de la contrainte à l'égard des personnes publiques. Aussi, le magistrat NSAMPOLU IYELA invite-t-il le législateur congolais à appréhender ce pouvoir afin de mieux assurer son organisation pour garantir la sécurité juridique des ordres donnés aux autorités subalternes par la hiérarchie. Le magistrat observe, à cet effet, que : « *un compromis est trouvé consistant en une injonction donnée par l'autorité de tutelle ordonnant*

---

[227] Article 7 « *Le Conseil d'administration est l'organe de conception, d'orientation, de contrôle et de décision de l'établissement public. Il définit la politique générale, détermine le programme de l'établissement public, arrête le budget et approuve les états financiers de fin d'exercice* ».

[228] Il est à regretter également que la nouvelle législation n'ait pas repris à son compte l'ancien article 218 du décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la RDC dans lequel le pouvoir de substitution du Ministre de l'Intérieur vis-à-vis des autorités territoriales décentralisées était clairement consacré en ces termes : « *Le ministre des affaires intérieures peut, en cas de carence notoire, après deux rappels demeurés sans suite, se substituer à l'autorité pour prendre des décisions et poser des actes obligatoires qui sont de la compétence de cette dernière* ».

à l'entreprise publique d'exécuter le jugement. Mais, il serait souhaitable que le législateur puisse réglementer la question, la sécurité juridique est à ce prix »[229].

Les faiblesses et les insuffisances du pouvoir d'injonction dans l'exécution des décisions de justice rendues à l'encontre des personnes publiques en RDC sont davantage exprimées par l'ancien ministre de la justice, Monsieur BAYONA ba MEYA[230] qui, stigmatisant l'attitude irresponsable de nombreux représentants des entreprises publiques à cet égard, déclarait notamment : « *Dans le cas des condamnations prononcées contre l'Etat, les entités politico-administratives décentralisées ou les entreprises publiques, le problème de l'exécution est encore plus compliqué (…). Lorsque les justiciables bénéficiaires des condamnations de ce genre se butent au refus catégorique des délégués généraux de les exécuter volontairement, ils saisissent les autorités judiciaires notamment le Premier Président de la Cour Suprême de Justice ou le commissaire d'Etat à la justice pour protester contre l'attitude des délégués généraux concernés et pour solliciter leur concours. Il arrive souvent que malgré les lettres adressées aux délégués généraux en faisant appel à leur sens de civisme et de patriotisme, certains se rendent à la raison et acceptent de s'exécuter volontairement, tandis que d'autres persistent dans leur refus. Dans ce dernier cas, je soumets le problème à mon collègue des Finances, Budget et Portefeuille ou à tout autre chef du Département (Mines, Energie, Transports et Communications, suivant le cas) qui assume la tutelle de la société concernée, pour solliciter son intervention. Mais, il est déjà arrivé que malgré l'injonction du Commissaire d'Etat exerçant la tutelle, les délégués généraux s'obstinent dans leur refus d'exécuter de gré la décision judiciaire rendue contre leurs sociétés ».*

77. Appréciation critique. Il résulte de ce qui précède, que l'organisation de la tutelle administrative en RDC, ne peut être perçue, quant à ses aspects d'autorisation, d'approbation, d'opposition ou d'injonction, comme offrant une alternative efficace à l'exécution des décisions de justice, l'autorité subordonnée étant toujours en mesure de se retrancher derrière son refus d'exécution comme en témoignent les exemples précédents. Un usage rationnel et efficient du pouvoir d'inscription des points à l'ordre du jour des réunions du Conseil d'administration pourrait dans une certaine mesure apporter quelques solutions au problème en permettant chaque fois à l'autorité de tutelle de poser certains actes en lieu et place de

---

[229] NSAMPOLU IYELA, « L'exécution des décisions rendues en matière de droit privé par les juridictions de droit écrit », *R.J.Z.*, 1984, pp. 66-67.

[230] BAYONA-ba-MEYA, *op. cit.*, p. 103.

l'autorité sous tutelle ; en l'occurrence, porter les dépenses relatives à l'exécution des décisions juridictionnelles au budget de la personne publique. Mais, ce pouvoir doit être réorganisé de même que doivent être mis en place d'autres mécanismes administratifs plus efficients.

Nous pensons, par exemple, à la reconnaissance du pouvoir de substitution (tutelle de substitution) au Ministre de l'Intérieur et au Gouverneur de province de qui relèvent administrativement certaines autorités locales décentralisées[231]. Une mise en place limitée de la technique d'inscription d'office ou d'ordonnancement au profit de ces autorités pour certaines dépenses jugées « obligatoires », telles que les condamnations pécuniaires infligées aux personnes publiques par le juge, pourrait ainsi, sans entraver le fonctionnement harmonieux des services ni perturber les relations existant entre autorité de tutelle et autorité subordonnée, permettre le paiement effectif des créanciers de l'Administration. Cela ne ferait donc pas double emploi avec l'atténuation de la portée de l'immunité d'exécution parce que la substitution pourrait intervenir, selon l'appréciation de l'autorité supérieure, dans des cas où les juridictions n'auraient pas ordonné l'exécution forcée[232].

78. La séparation des pouvoirs. Le droit administratif classique a fait de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire un principe fondamental. L'immunité d'exécution a donc été présentée comme la conséquence de cette séparation des pouvoirs entraînant l'interdiction pour le juge judiciaire de donner des injonctions à l'Administration et particulièrement de la condamner à des obligations de faire et de ne pas faire[233].

79. Evolution due au changement des mentalités. L'évolution actuelle a cependant démontré le caractère suranné de cette conception. Non seulement les juges judiciaires n'hésitent plus à condamner l'Administration à des obligations de faire, mais ils peuvent aussi ordonner un sursis à l'exécution des décisions administratives. S'agissant justement des

---

[231] Cfr. *infra*, n° 286.

[232] Dans le même sens, voy. J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 271, n° 38.

[233] L'impossibilité pour le juge d'adresser des injonctions à l'administration a été présentée comme résultant d'une transposition dans le contentieux administratif de la règle de l'article 1142 du Code civil français (article 40 du Code civil congolais) selon laquelle « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». On en a déduit que le juge administratif pouvait alors prononcer des annulations ou des condamnations pécuniaires à charge de l'administration et non pas édicter des obligations de faire ou de ne pas faire à son encontre. Cette prohibition, comme nous aurons l'occasion de le voir au second chapitre de cette étude consacré aux droits belge et français, est actuellement remise en question (J. TERCINET, *op. cit.*, p. 6).

pouvoirs de contrôle du juge sur l'Administration, on peut noter qu'en dépit de l'absence de la consécration de la notion d'astreinte en RDC, le juge congolais dispose des pouvoirs les plus étendus pour constater les abus éventuels de l'Administration et même prévenir leur survenance.

Ainsi, à l'heure actuelle, on observe au Congo un accroissement du pouvoir du juge sur les actes de l'Exécutif, depuis l'autorité locale jusqu'à l'autorité centrale[234]. Tous les recours contre les actes administratifs sont donc en principe organisés par la loi[235] et le juge[236] dispose, dans sa mission de contrôle de la légalité et de protection des administrés contre les actes abusifs de l'Administration, du droit de prononcer l'annulation des actes administratifs irréguliers et de condamner l'Administration au paiement d'une indemnité ou à la réparation du préjudice causé[237].

80. Illustration de cette évolution en RDC. Ainsi, s'agissant des actes administratifs irréguliers, particulièrement ceux relevant du Président de la République, il y a lieu de remarquer qu'une certaine évolution a été observée depuis l'arrêt R.A. 266 du 8 janvier 1993 de la Cour Suprême de Justice[238] rendu dans l'affaire « *Témoins de Jéhovah contre la République du Zaïre* ». En effet, alors que les recours en annulation contre les ordonnances présidentielles faisaient jadis l'objet d'hésitation et donnaient lieu à une consultation préalable et informelle de la Présidence de la République en vue d'obtenir une correction et éviter une

---

[234] MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, p. 88.

[235] Voy. Code de l'Organisation et de la Compétence Judiciaires (O.L. n° 82-020 du 31 mars 1982), *J.O.* RDC, n° 7 du 1er avril 1982, pp. 39 et s., spécialement les articles 87 (annulation), 94 et 97 (indemnité), 136 et s. (Election), 131 et s. (Constitutionnalité). On signalera cependant l'insuffisance de recours de la part des administrés, spécialement contre les actes des autorités administratives locales et régionales. Ce n'est point par manque d'abus, mais surtout en raison notamment de l'ignorance du droit, du coût élevé des procédures dans un pays où la pauvreté touche un grand nombre de la population et de l'existence des mécanismes de contrôle administratif qui jouent parfois pour corriger les abus éventuels, sinon les prévenir ou minimiser leurs effets (dans le même sens : MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, p. 89).

[236] Il importe de noter qu'il n'existe pas actuellement, en droit congolais, un ordre de juridictions administratives différent des Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Les mêmes juges statuent en matière judiciaire et administrative au niveau de la Cour d'appel et de la Cour suprême de justice où existent des sections administratives rattachées à ces juridictions. Toutefois, l'article 154 de la nouvelle Constitution institue au Congo un ordre de juridictions administratives composé du Conseil d'Etat et des Cours et tribunaux administratifs. Cet ordre n'est pas encore fonctionnel à ce jour.

[237] MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, p. 80 et p. 88.

[238] *B.A.C.S.J.*, années 1990 à 1999, Kinshasa, éd. du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, 2003, pp. 78-86.

annulation susceptible d'énerver cette haute autorité[239], l'arrêt sus évoqué s'est permis de relever un grand défi en prononçant, pour la première fois, l'annulation, pour cause d'irrégularité, de l'ordonnance présidentielle n° 86-086 du 12 mars 1986, ouvrant ainsi la voie à une consécration manifestement plus grande du pouvoir du juge sur l'action de l'Administration, particulièrement celle du Président de la République. Et cela à une époque où l'omnipotence du pouvoir dictatorial mobutien ne laissait présager aucun contrôle du juge sur les actes de cette autorité.

En l'espèce, les anciens membres effectifs de l'Association sans but lucratif dénommée « Témoins de Jéhovah » avaient sollicité de la Cour Suprême de Justice l'annulation, pour cause de violation de la Constitution et autres dispositions légales zaïroises (congolaises), de l'ordonnance présidentielle n° 86-086 du 12 mars 1986 abrogeant l'ordonnance n° 124 du 30 avril 1980 ayant accordé la personnalité civile à cette association. Statuant quant à ce, la Haute cour congolaise avait estimé que le grief fait à cette secte de violer, par ses activités, l'ordre public n'était prouvé ni en faits précis, ni en actes ou activités jugés attentatoires à l'ordre ou à la tranquillité publics pour retirer à cette association sa personnalité juridique. Dès lors, la Cour en conclut qu'ayant omis d'apporter les preuves des faits allégués, l'ordonnance mise en cause n'était pas motivée et portait donc atteinte aux droits garantis aux particuliers par les articles 17 et 18 de la Constitution de 1967 en vigueur à la date de la signature de ladite ordonnance. Ainsi, la Cour Suprême de Justice jugea le recours de la secte fondé et prononça l'annulation de l'ordonnance présidentielle n° 86-086 du 12 mars 1986 sans oublier l'allocation à cette association d'une somme de 20.000,00 Zaïres à titre de dommages et intérêts pour divers préjudices subis tant par elle-même que par ses membres à la suite de la dissolution jugée arbitraire.

Cette décision eut ainsi une grande influence tant à l'égard des juridictions inférieures confortées dans leur mission de contrôle des actes administratifs qu'à celui des autorités administratives appelées désormais à inscrire leurs interventions dans le cadre de la légalité au risque de les voir subir un sort équivalent.

81. Cas spécial du sursis à exécution. Pour ce qui concerne le sursis à exécution, on notera, qu'à l'heure actuelle, il n'est consacré dans aucun texte du droit positif congolais. Toutefois,

---

[239] MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, p. 89.

ce principe reste encore d'application au titre de principe général de droit même si le droit congolais n'offre, à ce jour, aucun exemple de surséance à exécution d'un acte administratif ordonné par le juge.

82. Conclusion. L'étude des justifications que la doctrine relie à l'immunité d'exécution, en droit congolais, nous a permis de retenir que, de tous les fondements traditionnellement invoqués à l'appui de ce privilège, deux seulement ont pu retenir l'attention de la doctrine à savoir : l'article 10 de la loi dite foncière et le principe de la régularité et de la continuité du service public avec primauté toutefois accordée à ce dernier principe.

Selon l'angle sous lequel le privilège est avancé, on aura principalement recours à l'une ou l'autre de ces justifications. Ainsi lorsqu'il s'agira d'apprécier la nature des biens saisissables, il sera fait surtout référence tant à l'article 10 de la loi foncière qu'à la continuité du service public ; tandis que la détermination des bénéficiaires de l'immunité d'exécution sera fonction de la seule notion de service public.

Par ailleurs, on ne peut aujourd'hui parler de violation du principe de la séparation des pouvoirs voire d'injonction quand le juge dit le droit autant qu'il le fait pour tout justiciable selon les prescriptions légales. Une violation du principe, au cas où il y en aurait, serait plutôt imputable à l'Administration qu'au pouvoir judiciaire. Car, par sa passivité dans l'exécution des décisions judiciaires, l'Administration porte gravement atteinte à l'autorité de la chose jugée et ébranle gravement l'honneur et le prestige de la Justice ainsi que les espoirs que les particuliers mettent en elle. Attitude particulièrement inconcevable dans un contexte où l'on met l'accent sur l'amélioration des rapports entre l'Administration et ses administrés. D'où, l'adoption des mesures plus contraignantes pour obtenir qu'elle s'acquitte rapidement de ses obligations au nombre desquelles figurent les sentences judiciaires[240].

[240] Il y a également toutes les autres obligations mises à charge de ces organismes par les lois comme les obligations fiscales.

§2. La remise en cause du principe

83. Introduction. L'application rigoureuse de l'immunité d'exécution ne pouvait laisser la doctrine congolaise totalement indifférente face à un privilège excessif. Aussi, des voix se sont-elles élevées pour remettre en cause l'absolutisme du principe et proposer, par la même occasion, son assouplissement. C'est l'objet du présent paragraphe dans lequel on examinera successivement les critiques doctrinales (A), l'attitude de certains juges sur la question (B), sans oublier la recherche dans la législation positive (C) et même continentale (D) de quelques brèches ouvertes pouvant permettre aux justiciables congolais d'obtenir exécution des décisions judiciaires par d'autres moyens que le recours à l'Etat souvent considéré comme juge et partie et même de mauvaise foi.

A. Les critiques doctrinales

84. Existence d'un courant doctrinal très critique vis-à-vis de la rigidité de l'immunité d'exécution. La sphère croissante d'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique surtout après les mesures de zaïrianisation, les difficultés financières récurrentes de l'Etat congolais, la rigueur maintes fois affirmée et réaffirmée du principe de l'immunité d'exécution en vue de protéger la jeune industrie naissante, le sentiment d'insécurité et d'injustice engendrés par la mise en œuvre intransigeante de cette prérogative ainsi que la nécessité de protéger les citoyens contre une administration toute puissante et capable d'abuser de ses forces dans les engagements contractés ont favorisé l'existence en RDC d'un courant doctrinal très critique tendant à circonscrire, dans les limites raisonnables, le privilège de l'immunité d'exécution[241].

Ainsi, certains auteurs, bien qu'ayant relevé le mérite de ce privilège susceptible de contribuer à l'essor économique de la RDC, en ont cependant fortement critiqué le caractère absolu face

[241] Voy. aussi nos développements antérieurs à ce sujet, *supra*, n° 18.

à une certaine injustice faite aux créanciers des pouvoirs et organismes publics[242]. D'autres, par contre, ont souhaité devoir assouplir le principe en soumettant aux procédures de droit commun les biens des entreprises publiques à caractère industriel et commercial jugés non utiles ou d'une utilité accessoire pour le service public[243]. Enfin, les derniers auteurs, croyant trouver dans la législation positive congolaise des assouplissements à l'immunité d'exécution et se fondant sur l'intérêt général qui commande qu'une décision judiciaire soit respectée et exécutée conformément à la loi, ont simplement émis le vœu, sinon de bannir purement et simplement cette prérogative, du moins de la contenir dans les limites raisonnables par l'organisation d'une saisissabilité limitée des biens des personnes publiques[244].

En somme, les critiques émises en RDC contre la rigueur et l'absolutisme attachés à la prérogative d'immunité d'exécution des personnes morales de droit public sont les mêmes que celles rencontrées en droits belge et français. Les liens historiques et juridiques unissant les trois pays expliquent, en effet, que les discussions soulevées dans un pays sur une question de droit s'élèvent et soient quasiment soumises aux mêmes réactions dans d'autres[245]. Aussi, les points de vue et arguments avancés pour la remise en question du principe sont-ils, globalement, ici des positions d'alignement sur celles des auteurs français et belges.

B. Un certain écho jurisprudentiel ?

85. L'affaire MBANGAMA. A vrai dire, il ne s'est pas agi, comme nous l'avons fait remarquer précédemment[246] d'une quelconque décision jurisprudentielle prise dans cette affaire en matière de saisie des biens des personnes morales de droit public en RDC. Cependant, sur requête unilatérale du sieur MBANGAMA, le juge (magistrat saisit de la requête) avait autorisé la saisie des biens de l'INSS (personne morale de droit public) en

---

[242] Notamment MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, p. 85.

[243] A titre indicatif, NSAMPOLU IYELA, *op. cit.*, pp. 66-67.

[244] Notamment V. NKANGULUMBA MBAMBI, *op. cit.*, pp. 308-309.

[245] Surtout à propos d'un principe de droit en application dans les trois systèmes juridiques comme celui de l'insaisissabilité des biens des pouvoirs publics et organismes publics.

[246] Cfr *supra*, n° 26.

signant l'ordonnance de saisie-arrêt sollicitée. Muni de ce titre, le requérant avait procédé, avec l'aide de l'huissier d'exécution, à la saisie-arrêt des comptes bancaires et des créances de l'INSS y compris le siège de sa direction générale située sur le Boulevard du 30 juin[247].

Il s'en est suivi une cacophonie judiciaire marquée par diverses interventions des autorités politico-judiciaires[248]. Mais, l'intérêt de cette affaire est, en effet, de montrer que certains magistrats congolais semblent de plus en plus attentifs aux critiques relatives au caractère absolu de l'immunité d'exécution et se permettent désormais d'autoriser des saisies à l'encontre de personnes morales de droit public.

C. Une dérogation légale d'envergure constitutionnelle

86. L'article 34 de la Constitution congolaise. L'article 34 de la nouvelle Constitution congolaise du 18 février 2006 pourrait, à notre avis, être invoqué à l'appui d'une restriction à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public en RDC. Cette disposition qui est inspirée de l'article 1 du Protocole additionnel[249] à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 stipule que : « *L'Etat garantit le droit à la propriété individuelle ou collective (…). Nul ne peut être privé de sa propriété*[250] *que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité octroyée dans les conditions fixées par la loi* ».

Il en résulte que l'Etat congolais a non seulement l'obligation de garantir à tout individu l'accès au droit de propriété, mais encore d'en assurer le respect dans les conditions prévues par la loi. Aussi, toute personne atteinte dans ses biens, autrement dit dans sa propriété a-t-elle

---

[247] Cfr. *supra*, n° 24.

[248] Cfr. *supra*, n° 25.

[249] Article 1er du Protocole additionnel (du 20 mars 1952) à la Convention européenne (du 4 novembre 1950) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne physique ou morale a le droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

[250] Le terme propriété renvoi ici au terme bien entendu dans son sens le plus large. Ainsi, sont considérés comme biens par la Cour européenne : les créances, les parts sociales, les brevets ainsi que la clientèle (G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 523).

le droit d'en exiger le respect par l'Etat. Le principe de l'immunité d'exécution en tant qu'elle empêche un individu de réaliser ses droits, fût-ce par la force, viole le respect au droit de propriété individuelle garanti par la Constitution et incite à s'interroger sur la compatibilité de ce privilège avec l'article 34 qui protège l'un des droits fondamentaux de l'individu.

Cette considération fait de l'article 34 de la Constitution une dérogation légale au caractère absolu du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques, car le droit au respect de ses biens n'est pas un droit théorique ou illusoire. C'est un droit concret et effectif qui doit être constaté au regard de l'attitude de l'Etat et des particuliers envers les biens. La licéité d'une ingérence dans le droit de propriété ne peut donc s'apprécier qu'en vertu d'un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La structure de l'article 34 reflète bien cet équilibre lorsqu'il prévoit que l'Etat doit garantir la propriété individuelle et ne peut y porter atteinte que pour cause d'utilité publique.

Ainsi, face à la prohibition de la contrainte à l'égard des personnes publiques prônée par un principe général de droit qu'est l'immunité d'exécution, les juges congolais auraient intérêt à invoquer, en l'absence d'une loi, l'article 34 de la Constitution pour autoriser certaines saisies contre l'Etat, lorsque mettant en balance les intérêts en présence, ils pourraient arriver à la conclusion qu'il existe, pour le créancier, une nécessité « urgente et vitale » de recouvrer son dû sans que le fonctionnement du service public en soit pour autant perturbé.

D. La brèche du droit africain

87. L'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Par ailleurs, les personnes victimes de l'inertie administrative inhérente à l'inexécution des condamnations judiciaires prononcées à son encontre, seraient admises, à toutes fins utiles, à saisir la Cour africaine de justice et de droits de l'homme[251] conformément à l'article 14 de la Charte

[251] Depuis le mois de juillet 2008, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine ont fusionné en une seule Cour dénommée : « Cour africaine de justice et des droits de l'homme » (voy. adoption du Protocole sur la Cour par les chefs d'Etat et de gouvernement réunis au 11ème sommet de l'Union Africaine à Sharm El Sheikh en Egypte « www. Africa-union.org »). Cependant, le statut de

africaine des droits de l'homme et des peuples qui consacre dans les mêmes termes que l'article 34 de la Constitution congolaise le droit au respect des biens. Aux termes de cet article : « *Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées* ». L'invocation de cet instrument juridique international devant la Cour africaine de justice et de droits de l'homme permettrait à certains justiciables de recouvrer leurs droits comme ce fut les cas, en Belgique, des affaires *Séquaris*[252] et *Leemans-Ceurremans*[253] devant la Commission européenne des droits de l'homme. Toutefois, cette possibilité est relativisée par le fait que l'examen par la Cour des requêtes individuelles et des ONG (accréditées auprès de l'Union ou de ses organes ou institutions) dirigées contre un Etat est soumis à la reconnaissance préalable par cet Etat de la compétence de la Cour à recevoir lesdites requêtes.

88. Conclusion. Ce tour d'horizon du droit congolais nous a permis de faire une analyse du principe de l'immunité d'exécution en tant que principe fondant la prohibition de la contrainte à l'égard des personnes morales de droit public au Congo. Il s'agit, comme nous l'avons souligné précédemment, d'un principe constamment affirmé et appliqué de manière rigide au point qu'il devient parfois source d'injustice et d'abus. Injustice vis-à-vis des partenaires et cocontractants de l'Etat incapables de réaliser leurs droits ; abus au regard de l'attitude de certaines autorités qui trouvent dans ce principe l'occasion d'utiliser leur influence pour se soustraire à l'exécution de leurs obligations, surtout celles résultant des condamnations judiciaires. Le manque de consécration, par le législateur, de ce principe n'a fait, en outre, que compliquer le problème. De là, se pose la question des garanties et sûretés offertes aux créanciers de l'Etat congolais en regard d'un principe conçu dans un contexte où la sphère d'action des pouvoirs publics se limitait à l'exercice des prérogatives régaliennes.

---

cette nouvelle Cour n'autorise l'examen des requêtes individuelles et des ONG (accréditées auprès de l'Union ou de ses organes ou institutions) dirigées contre un Etat que pour autant que cet Etat ait fait une déclaration expresse acceptant la compétence de la Cour à recevoir les requêtes émanant de ces (autres) entités (article 8, point 3 du Protocole de la Cour et article 30, point (f) du Statut de la Cour).

[252] Madame Séquaris avait une créance de 2.000.000 FB dont l'Etat belge refusait le paiement. Elle a agi à Strasbourg pour obtenir la condamnation de la Belgique. La commission estima la requête recevable. Mais, la Cour européenne n'a pu se prononcer sur l'affaire en raison d'un règlement amiable intervenu dans l'entre-temps entre parties (voy. chapitre deux consacré à l'étude des droits belges et français).

[253] A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, pp. 438-439.

Eu égard à l'influence du droit comparé dans l'élaboration des solutions domestiques, il est important de se tourner vers des systèmes voisins considérés comme sources historiques du droit congolais afin d'examiner l'état de la question dans ces droits ainsi que les solutions qui y ont été apportées. Le second chapitre sera ainsi consacré à l'étude de ces systèmes et, plus particulièrement, des systèmes belge et français.

Chapitre II. Les systèmes belge et français de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public

Section 1. Le système belge de l'immunité d'exécution relative

89. Introduction. En droit belge, les personnes publiques bénéficient d'une faveur particulière. Celle-ci se résume à l'interdiction de pratiquer la saisie sur ceux de leurs biens jugés nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général. A la base de cette prérogative dérogatoire au droit commun, la nécessité d'assurer le fonctionnement régulier des services publics liés à leurs activités. Les besoins collectifs dont l'Administration a pour mission d'assurer la réalisation dans l'intérêt de la communauté ne pouvaient, en effet, être valablement satisfaits ici comme en RDC s'il était admis que des entraves de tout genre et des interruptions inattendues pouvaient en perturber la bonne marche. Aussi ne peut-on concevoir également dans ce système que, sous prétexte de protéger leurs intérêts partisans et égoïstes, les particuliers fassent obstacle à cette démarche. La nature collective des intérêts en présence doit l'emporter sur toute considération individualiste.

Parlant du privilège de l'immunité d'exécution, dont il a, par ailleurs, assuré la défense en tant que principe d'organisation de l'Etat belge, le professeur A. BUTTGENBACH déclarait notamment ce qui suit : « *L'organisation de l'Etat, telle qu'elle est conçue en droit public belge, impose cette solution, qui est conforme à la loi de continuité (…). S'il n'y a pas d'exécution forcée contre l'Etat, c'est, a dit notre jurisprudence, parce que l'action des créanciers ne peut entraver la marche du service public, et c'est pourquoi, même après une*

condamnation, l'administration choisira le moment et le moyen de faire droit au particulier sans entraver la marche de ses services »[254].

Pour sa part, P. WIGNY faisait remarquer que « *l'exécution forcée ne peut être imposée à l'Etat et aux autres personnes publiques, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une convention. Ces autorités peuvent toujours ne pas exécuter les conventions quitte à payer des dommages-intérêts. Mais la transformation d'une obligation de faire, qui ne peut être exécutée par contrainte, en une obligation de payer des dommages-intérêts, n'améliore pas la position du créancier, car une action en justice, même si elle est accueillie et sanctionnée par un jugement, ne peut fonder des moyens de contrainte. L'administration choisira le moment et le moyen de faire droit au particulier, sans entraver le fonctionnement du service public »*[255].

Ainsi pour ces auteurs et pour bien d'autres encore[256], un principe général de droit dominait en Belgique la matière de l'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics, même si, du reste, il n'était consacré dans aucun texte légal. C'est le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public qui interdit l'usage de la contrainte à l'égard de ces personnes.

Toutefois, considérée comme une règle absolument générale et rattachée au principe fondamental de la permanence des pouvoirs de l'Etat et de la continuité du service public, l'immunité d'exécution sera plus tard érigée en un principe légal « relativisé[257] », après qu'elle eut été soumise à de vives controverses doctrinales fustigeant particulièrement son caractère rigide.

---

[254] A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, 1952, n° 84, p. 81.

[255] P. WIGNY, *Droit administratif*, 1953, n° 367, p. 279 et n° 211, p. 173.

[256] P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, Ière éd., 1947, p. 85 ; 4ème éd., 1962, nos 294, 300 et 367 ; M. VAUTHIER, *Précis de droit administratif de la Belgique*, Tome II, n° 284 ; J. DEMBOUR, *Les moyens d'action de l'administration*, 1967, p. 189 ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, p. 337, note 2 ; p. 342, note 2 ; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, nos 2, 59/3 et 186 ; A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, *op. cit.*, p. 81 ; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3ème éd., 1966, vol. I, nos 81, 391, i et 400, a ; P. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 302 ; J.J. STRYCKMANS, « L'application des voies d'exécution forcée aux associations des Communes », *J.T.*, 1964, pp. 321-325 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, 1971, p. 3 ; J. van COMPERNOLLE, « Examen de la jurisprudence ; droit judiciaire privé ; saisies conservatoires et voies d'exécution », *J.T.*, 1983, p. 281.

[257] Le caractère relatif de l'immunité d'exécution en droit belge s'explique par le fait que les saisies sont, dans certaines hypothèses, autorisées par le législateur. On y reviendra avec force détails dans la seconde partie de cette étude consacrée à l'analyse des mécanismes d'exécution des décisions de justice mis en place dans les droits positifs des Etats sous examen.

C'est ce principe que, fidèle à notre plan, nous nous efforcerons d'expliquer ici en essayant d'examiner dans un premier temps le privilège lui-même et son étendue (§1), puis les personnes publiques bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit belge (§2) et enfin, les fondements et la remise en cause de l'immunité (§3).

§1. Principe et étendue de l'immunité d'exécution en droit belge

A. Principe

1. L'immunité d'exécution : un privilège importé du droit français

90. Un concept clairement importé. A l'instar d'autres privilèges de l'Administration, tels que le privilège du préalable et celui de l'exécution d'office, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public tire son origine du droit français d'où il fut importé sans aucune remise en question ni aucune adaptation au système juridique belge[258]. Du jour au lendemain, observe M. NIHOUL, les auteurs ont reconnu l'application directe en droit belge du droit français des privilèges[259]. Ces auteurs belges n'ont donc pas su couper le cordon ombilical les liant aux auteurs français en cette matière et l'influence française déjà présente sur cette question s'est donc étendue à bien d'autres théories liées à l'action administrative[260].

---

[258] M. NIHOUL, *op. cit.*, p. 4.

[259] M. NIHOUL, *ibidem*, p. 4.

[260] Il est évident que cette influence va diminuer par la suite, mais M. NIHOUL note que la première génération d'auteurs belges à avoir étudié les privilèges, notamment P. WIGNY, A. BUTTGENBACH et M.A. FLAMME ont été fortement influencés par les auteurs français comme M. HAURIOU. Parlant singulièrement de A. BUTTGENBACH, M. NIHOUL observe que, dans son livre intitulé *Théories générales des modes de gestion des services publics en Belgique*, l'auteur y est moins éloquent et ne prend aucun recul par rapport au droit français qu'il se limite à décrire (voy. M. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 24-26).

91. Une prérogative liée à la qualité de personne publique. Réputée d'origine française, l'immunité d'exécution est donc en Belgique[261] une prérogative liée à la qualité de personne morale de droit public et l'examen du régime juridique de l'activité exercée n'est, comme l'affirment J. LE BRUN et D. DEOM, que l'un des moyens de déterminer la qualification de l'institution sans aucune incidence sur le principe lui-même[262]. Toutefois, la doctrine semble mettre l'accent sur le critère fonctionnel pour éviter une extension trop grande de la portée de l'immunité pouvant résulter de l'application du seul critère organique[263].

2. L'immunité d'exécution : un principe légal « relativisé »

92. La chute d'une « citadelle imprenable »[264]. Le privilège de l'immunité d'exécution excluant l'usage de toute procédure d'exécution forcée de droit commun à l'encontre des

---

[261] Comme du reste en France.

[262] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 265.

[263] Voy., à titre indicatif, A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 392 ; G. de LEVAL, *Traité de saisies*, 1988, p. 104, n° 61 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 242 ; M. PAQUES, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *J.T.*, 1983, p. 435 ; M.-A. FLAMME qui privilégie le critère fonctionnel et considère que « *Le principe de la continuité et de la régularité du service public (…) est suffisant pour justifier l'interdiction des voies d'exécution forcée à l'égard de toutes les entreprises publiques quelle que soit leur forme juridique* » (M.-A. FLAMME, art. cit., *Rev. adm.*, 1966, p. 125). Par ailleurs, une immunité d'exécution plus nuancée est généralement accordée aux biens de l'exploitant ou du gestionnaire privé du service public en raison du but d'intérêt général de ses interventions (M. ABIRA GALEBAY, *La privatisation des entreprises publiques au Congo-Brazzaville*, thèse de doctorat, U.C.L., octobre 2003, p. 73). Dès lors, les biens directement affectés au fonctionnement du service public seront déclarés insaisissables. Ceux reconnus comme propriété exclusive du concessionnaire pourraient, par contre, être saisis, mais la vente ne peut avoir lieu sans l'accord du pouvoir concédant (P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans la concession de service public*, Larcier 1961, n^{os} 169 et 170 ; M VAUTHIER, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *Rev. dr. Inter. Comp.*, 1958, p. 397, n° 9 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 266).

[264] Pour reprendre la formule de R. PERROT (« Rapport de synthèse », *RTD civ.*, n° spécial sur la réforme des procédures civiles d'exécution, 1993, n° 19, p. 178 et s.) qui considérait l'Administration comme une « citadelle imprenable ». En effet, en étant progressivement dépouillée de ses privilèges, l'Administration est donc bien malmenée et ne constitue plus cette « citadelle imprenable » que voyait en elle le doctrinaire R. PERROT. Voy. aussi A.M. STRANART et P. GOFFAUX (*op. cit.* pp. 437 à 447) pour qui les privilèges de l'Administration, ces notions classiques et fondamentales du droit administratif, sont décidément malmenées ces derniers temps. Ou encore M. MOCKLE qui fait remarquer que : « L'on perçoit aujourd'hui un courant tendant à banaliser l'Administration. Lorsque l'Etat se livre à des activités de nature industrielle et commerciale, il ne faut pas s'étonner que des voix se fassent entendre pour qu'il y ait égalité de chances. De là à concevoir un régime purement égalitaire pour l'ensemble des activités administratives, il n'y a qu'un pas à franchir car il existe, en droit contemporain, un courant idéologique qui vise à banaliser l'Administration. Dépouillée de ses attributs de couronne ou de puissance publique, elle ne serait plus qu'un débiteur ordinaire » (M. MOCKLE, « L'immunité d'exécution », in *Commission de réforme du droit du Canada*, Ottawa-Montréal, 1987, p. 45).

personnes publiques fut d'abord, en droit traditionnel belge, un principe général de droit auquel étaient attachées la doctrine[265] et la jurisprudence[266] classiques. Ce privilège reçut aussitôt un accueil favorable et devint un principe absolument incontestable auquel devaient se soumettre tous les acteurs de la vie administrative, particulièrement, les organes chargés du contrôle juridictionnel de l'action administrative. Aussi, était-il interdit au juge non seulement de faire acte d'administrateur, mais aussi d'adresser des injonctions à l'Administration au point de lui dicter un comportement quelconque, fût-ce à l'occasion de l'exécution d'une décision de justice. Dès lors, dotée de cette importante faveur et soustraite à tout procédé de contrainte directe ou indirecte, l'Administration devint fortement protégée au détriment de ses administrés.

Cependant, mue par l'idée d'assurer un certain équilibre dans les rapports privés impliquant l'Etat et soucieuse surtout de la protection des créanciers entrant en relation avec les pouvoirs publics, la doctrine n'hésita pas à envisager la relativisation du principe, se demandant si la règle de la continuité des services publics exigeait une application absolue de l'immunité d'exécution[267]. Cette interrogation fut d'autant plus importante que le législateur avait lui-même, à certains égards, ouvert des brèches en dérogeant, dans des domaines fort limités[268],

---

[265] P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, Ière éd. 1947, p. 85 ; 4ème éd. 1962, nos 294, 300 et 367 ; M. VAUTHIER, *Précis de droit administratif de la Belgique*, Tome II, n° 284 ; J. DEMBOUR, *Les moyens d'action de l'administration*, 1967, p. 189 ; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, nos 2, 59/3 et 186 ; A. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, *op. cit.*, p. 81 ; A. BUTTEGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3ème éd. 1966, vol. I, nos 81, 391, i et 400, a ; J.J. STRYCKMANS, « L'application des voies d'exécution forcée aux associations des Communes », *J.T.*, 1964, pp. 321-325 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, 1971, p. 3 ; J. van COMPERNOLLE, « Examen de la jurisprudence ; droit judiciaire privé ; saisies conservatoires et voies d'exécution », *J.T.*, 1983, p. 281.

[266] La Cour de Cassation belge affirma ce principe pour la première fois en 1841 (Cass., 30 déc. 1841, *Pas.*, 1841, I, p. 25) à propos d'une commune. Pour la Cour, aucune voie d'exécution ne pouvait être diligentée contre elle (commune) pour obtenir le paiement de ce dont elle était redevable. Ce principe sera réaffirmé à de nombreuses occasions (Bruxelles, 27 juin 1921, *Pas.*, 1922, II, p. 53 ; référé Bruxelles, 24 mai 1940, *Rev. adm.*, 1905, p. 132 ; Verviers, 13 mars 1909, *Rev. adm.*, 1910, p. 104 ; Liège, 21 févr. 1920, *Pas.*, 1920, II, p. 184) et étendu à toutes les personnes morales de droit public jusqu'à devenir un dogme (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 261, note 3 ; F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 9 ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 387 ; A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 438.

[267] Voy., à titre indicatif, J. LE BRUN et D.DEOM., *op. cit.* p. 261 ; F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 10.

[268] Voy. notamment A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 439. Ces auteurs citent plusieurs dispositions législatives qui ont apporté des dérogations au dit principe. Il s'agit entre autres de :

- l'arrêté royal n° 201 du 25 juillet 1983 sur la perception du précompte professionnel : l'article 1er stipule que le précompte professionnel dû par une personne juridique de droit public peut être imputé sur tout montant qui lui revient de la part de l'Etat.

au principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques. Vint alors une longue période d'interrogations et de remises en question alimentée surtout par les critiques doctrinales et dont l'aboutissement fut la promulgation de la loi du 30 juin 1994 portant insertion dans le Code judiciaire belge d'un article 1412*bis* consacrant formellement l'interdiction de la contrainte à l'encontre des personnes morales de droit public.

Ainsi, d'un principe général de droit absolu, l'immunité d'exécution devint un principe légal expressément consacré en droit belge par l'article 1412*bis* du Code judiciaire. Cette consécration a l'avantage non seulement de mettre un terme à l'absolutisme jadis attaché au principe, mais aussi d'aboutir à l'assouplissement du privilège par l'autorisation proclamée d'une saisissabilité limité des biens des personnes morales de droit public jugées manifestement non utiles à leur mission de service public.

Nous reviendrons sur ce long processus de remise en question de l'immunité d'exécution, mais en attendant, voyons d'abord la portée ou l'étendue de cette immunité quant aux mesures coercitives interdites par le principe.

- l'arrêté royal n° 208 du 23 septembre 1983 créant un Fonds d'aide au redressement financier des communes permet à ce Fonds de prélever d'office intégralement ou partiellement, près du fonds communal, le montant exigible de sa créance à l'égard des communes. En plus, l'article 5 de cet arrêté royal prévoit en faveur de ce Fonds de redressement une hypothèque légale sur les biens immeubles de la commune.
- l'arrêté royal n° 286 du 31 mars 1984 concernant une meilleure perception des cotisations de sécurité sociale dues par les personnes morales de droit public prévoit un règlement analogue à celui stipulé dans l'arrêté royal 201 susmentionné.
- l'arrêté royal du 11 octobre 1985 portant exécution du chapitre IV de la loi du 1er août 1985 portant des mesures fiscales et autres, relatif à la protection des personnes créancières et débitrices de certains pouvoirs publics et organismes d'intérêt public. Cet arrêté admet, dans certaines conditions, la compensation.
- la loi du 17 octobre 1990 qui introduit l'astreinte en matière administrative (*M.B.*, 13 novembre). A la suite de cette loi, l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat habilite cet organe à imposer des astreintes. Les dispositions de la cinquième partie du Code judiciaire relative à la saisie et à l'exécution, affirme le quatrième paragraphe de cet article, sont également applicables à l'exécution de l'arrêt imposant une astreinte.
- la loi du 21mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (*M.B.*, 27 mars). L'article 8, alinéa 2 de cette loi consacre le bénéfice de l'immunité d'exécution au profit desdites entreprises pour les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en œuvre de leurs tâches de service public.

B. Immunité d'exécution face aux mesures de contrainte et moyens de pression exclus par le principe en droit belge

On ne le dira jamais assez, le privilège de l'immunité d'exécution interdit l'usage, à l'encontre des personnes publiques, non seulement de toute mesure de contrainte pouvant les amener à exécuter sans leur consentement les obligations[269] auxquelles elles sont assujetties, mais aussi de tous moyens de pression, de tous procédés d'intimidation qui, sans constituer véritablement des voies d'exécution forcée, ont cependant pour objectif immédiat de pousser les débiteurs publics à s'acquitter de leurs dettes.

Nous examinerons d'abord les mesures d'exécution forcée interdites en droit belge par le principe (1). Après quoi, nous passerons à l'étude des mesures d'intimidation (2).

1. Les mesures de contrainte interdites par l'immunité d'exécution en droit belge

Les saisies sont naturellement les mesures de contrainte dont l'application à l'égard des pouvoirs et organismes publics est prohibée. Leur étude relevant du droit judiciaire, on se contentera de les présenter sommairement pour rappel étant précisé que le type de saisie diligenté est sans incidence sur l'immunité d'exécution en ce qu'elle exclue toute saisie, conservatoire[270] ou exécutoire, mobilière ou immobilière sur les biens ou sur les créances de l'Administration.

---

[269] Notamment les condamnations judiciaires et les autres titres exécutoires tels que les actes notariés (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 261, n° 3 ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 393).

[270] Les saisies conservatoires sont considérées en jurisprudence comme un premier pas dans la voie de l'exécution forcée et sont, à ce titre, interdites par le privilège de l'immunité d'exécution (Bruxelles, 27 juin 1921, *B.J.*, 1922, col. 210 ; Bruxelles, 24 mai 1933, *B.J.*, 1933, col. 459 ; Civ. Bruxelles, 13 août 1960, *J.T.*, 1961, p. 670).

a. Enumération des saisies applicables en droit belge

93. Un système marqué par une diversité des saisies. Le droit belge, à l'opposé du droit congolais, comprend une dizaine de saisies formellement organisées par le législateur et soumises chacune tant aux règles spécifiques propres à chaque saisie qu'aux règles générales applicables aux catégories auxquelles elles appartiennent. Ainsi, on trouve successivement réglées dans ce système, la saisie exécution mobilière, la saisie-arrêt conservatoire ou exécution, la saisie-brandon, la saisie-gagerie, la saisie mobilière conservatoire, la saisie revendication, la saisie conservatoire sur navires et bateaux, la saisie en matière de contrefaçon et la saisie immobilière[271].

De toutes ces saisies, quatre seulement font partie de la catégorie des saisies-exécutoires (saisie-exécution mobilière[272], saisie-arrêt exécution[273], saisie-brandon[274] et saisie-exécution immobilière[275]) tandis que toutes les autres appartiennent au groupe des saisies conservatoires (saisie mobilière conservatoire[276], saisie-arrêt conservatoire[277], saisie-gagerie[278], saisie

---

[271] J. BAUGNIET, *op. cit.*, p. 5 ; V. VAN HERREWEGHE et M. FORGES, *op. cit.* pp. 93 et s.

[272] C'est l'acte par lequel un créancier porteur d'un titre exécutoire, fait placer, après commandement, les biens mobiliers de son débiteur sous mainmise de la justice afin de les faire vendre selon les formes prévues par la loi et d'être payé sur le prix (articles 1499 à 1528).

[273] C'est celle qui a pour objet les meubles incorporels du débiteur. La saisie-arrêt exécution vise la réalisation du droit de gage du créancier. Elle permet la délivrance au créancier, par le tiers saisi, des sommes ou effets dont son débiteur est créancier, jusqu'à concurrence de ce que lui doit le saisi (D. CHABOT-LEONARD, *op. cit.*, p. 280).

[274] Elle porte sur les fruits et récoltes pendants par branches et par racines (articles 1529 à 1538. du Code judiciaire).

[275] Elle a pour objet immédiat la vente de l'immeuble saisi.

[276] C'est la saisie générale de droit commun. Elle a pour but de préserver les droits du créancier menacés en plaçant les biens mobiliers du débiteur sous la main de la justice, empêchant ainsi ce dernier de les détourner ou de les aliéner.

[277] C'est une procédure au moyen de laquelle un créancier intercepte à titre conservatoire des sommes ou effets dus à son débiteur (J. BAUGNIET, *op. cit.*, p. 15).

[278] Elle est une saisie mobilière conservatoire particulière en raison de la nature des biens saisis. En effet, la saisie-gagerie, exercée par le propriétaire ou le principal locataire de maisons ou de biens ruraux, ne peut porter que sur les biens « qui garnissent les lieux et terres loués » (article 1461, al. 1er). Ces biens sont le gage du propriétaire et la garantie du loyer et du fermage.

immobilière conservatoire[279], saisie-revendication[280], saisie sur navires et bateaux[281] et saisie en matière de contrefaçon[282]). D'où la répartition suivante :

- *saisies conservatoires* : saisie mobilière conservatoire, saisie-arrêt conservatoire, saisie immobilière conservatoire, saisie-gagerie, saisie sur navires et bateaux, saisie-revendication et saisie en matière de contrefaçon ;

- *saisies exécutoires* : saisie-exécution mobilière, saisie-exécution immobilière, saisie-arrêt exécution et saisie-brandon.

Toutes ces saisies diffèrent entre elles quant à l'objectif poursuivi, quant à leurs conditions de mise en œuvre et quant à leurs effets qui servent à concrétiser les fins recherchées. La cinquième partie du Code judiciaire belge intitulée « saisies conservatoires et exécutoires » fournit les renseignements nécessaires à ces procédures d'exécution destinées à assurer par la contrainte l'accomplissement des obligations du débiteur.

94. Les saisies exécutoires. Les saisies-exécutions ont ici, comme ailleurs[283], pour but la réalisation de l'obligation en vue d'assurer le règlement de la créance. Le terme « exécution »

---

[279] La saisie immobilière conservatoire est celle qui porte sur un bien immeuble appartenant au débiteur. Elle constitue une innovation du Code judiciaire qui n'a pas d'équivalent en droit français et en droit congolais. La saisie immobilière est une garantie exceptionnelle accordée au créancier par le Code judiciaire belge et elle peut avoir un impact sérieux sur un bien immobilier du débiteur, lequel peut être bloqué pendant plusieurs années par l'effet du renouvellement de la saisie et de l'inscription de la demande au fond suivie encore de son renouvellement (articles 1436, 1437 et 1493 du Code judiciaire). La saisie immobilière constitue le plus souvent la phase préliminaire d'une saisie-exécution. Le créancier y recours généralement, soit parce qu'il ne possède pas encore un titre exécutoire, soit parce que l'exécution provisoire ne lui a pas été accordée par le juge du fond, mais qu'il désire mettre l'immeuble sous mainmise de la justice en attendant, soit enfin, dans l'attente d'une conjoncture plus favorable du marché immobilier en matière de vente publique. Car, le fait d'entamer une saisie-exécution l'oblige à vendre l'immeuble dans les six mois à dater de l'ordonnance nommant le notaire chargé de procéder à l'adjudication (D. CHABOT-LEONARD, *op. cit.*, pp. 318-319).

[280] Elle est aussi une saisie mobilière conservatoire particulière car elle ne peut avoir pour objet que les biens mobiliers dont on revendique la propriété, la possession ou la détention (article 1462). La saisie-revendication tend à remettre le saisissant en possession d'un meuble sur lequel il a un droit de propriété ou de gage (V. VAN HERREWEGHE et M. FORGES, *op. cit.*, p. 209).

[281] C'est celle qui porte sur les navires de mer et de navigation intérieure (articles 1467 à 1480 du Code judiciaire). Le juge peut permettre de saisir conservatoirement ces navires lorsqu'ils se trouvent dans le ressort de son tribunal. N.B. Les navires et les bateaux de mer et de navigation intérieure sont considérés par l'article 531 du Code civil comme des biens mobiliers. En raison de leur importance, leur saisie est soumise à des formes particulières.

[282] Cfr. *infra*, n° 128.

[283] C'est-à-dire dans d'autres systèmes juridiques soumis à l'étude à savoir les droits français et congolais. Cfr. *supra*, n° 33, et *infra*, n° 140.

vient du mot latin « *exsequi* » qui signifie : « mettre à effet, accomplir » ; c'est-à-dire, obtenir l'accomplissement d'une obligation par la force, assurer la mise à effet d'un droit par la force.

Les saisies exécutoires sont donc des procédés destinés à mettre sous la main de la justice les biens du débiteur en vue de les faire vendre et de se payer sur le prix de la vente. Elles constituent l'essence même des voies d'exécution puisqu'elles vont bien au-delà des moyens de pression destinés seulement à effrayer le débiteur afin de le pousser à payer sa dette[284]. Elles sont l'aboutissement d'un long processus qui exige préalablement la *détention* par le créancier poursuivant *d'un titre authentique*[285] qui constate ses droits et qui, en dehors de toute autorisation du juge, l'habilite à déclencher les procédures dont la finalité est d'obtenir le recouvrement de sa créance.

C'est grâce à la vente des biens faisant partie de l'actif du patrimoine du débiteur (considéré comme le gage commun de ses créanciers[286]) qu'un tel recouvrement peut être rendu possible et aucune des saisies exécutoires précédemment citées, même obéissant à des règles spécifiques, ne peut échapper à l'exigence de la détention, par la partie saisissante, du titre exécutoire[287] avant le déclenchement des opérations de saisies. Car la détention d'un titre exécutoire confère à la mesure de contrainte toute sa légitimité. C'est pourquoi, la résistance abusive du débiteur à une procédure de saisie-exécution réputée justifiée, devra, en principe, l'exposer à une condamnation à des dommages et intérêts.

95. Les saisies conservatoires. S'agissant des saisies conservatoires, elles constituent des mesures dont l'objet immédiat est d'empêcher le débiteur de disposer de ses biens au

---

[284] M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, pp. 233-234.

[285] Article 1494, alinéa 1er du Code judiciaire : « Il ne sera procédé à aucune saisie-exécution mobilière ou immobilière qu'en vertu d'un titre exécutoire et pour des choses liquides et certaines ».

[286] Les dispositions réglant les voies d'exécution et les saisies conservatoires procèdent du principe que quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. Ainsi, d'après l'article 8 de la loi hypothécaire belge du 4 août 1992, les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

[287] Ce titre exécutoire doit constater l'existence d'une créance certaine, exigible et liquide et conserver son actualité exécutoire au moment de sa mise en œuvre (G. de LEVAL, *op. cit.*, p. 422). Par ailleurs, l'amputation du patrimoine du débiteur devant reposer sur une base solide, les conditions de certitude, d'exigibilité et de liquidité requises pour procéder à n'importe quelle saisie-exécution mobilière ou immobilière s'apprécient ici au jour du premier acte d'exécution, c'est-à-dire, à la date de la saisie (Civ. Liège, ch., s., 23 décembre 1981, *Jurisprudence du Code judiciaire*, La Charte, II, Art. 1494/1/21) et de manière beaucoup plus rigoureuse qu'au stade conservatoire où il est possible de s'en tenir aux apparences même si la créance est litigieuse.

détriment du créancier poursuivant[288]. Les saisies conservatoires ne sont pas à proprement parler des voies d'exécution puisqu'elles n'ont pas directement pour objet de faire vendre les biens du débiteur afin de désintéresser le créancier. Elles sont des mesures de précaution et de sûreté que prend un créancier dont les droits sont menacés (et qui ne possède pas nécessairement de titre exécutoire) pour assurer la conservation des biens du débiteur, objet du droit de gage du créancier. Toutefois, les saisies conservatoires se rattachent étroitement aux saisies-exécutions dans la mesure où elles préfigurent souvent celles-ci au point d'avoir vocation à disparaître en embrassant, par conversion, leur nature[289]. Les saisies conservatoires sont ainsi importantes à la fois pour le créancier et pour le débiteur.

Pour le créancier, elles permettent de ne pas recourir immédiatement aux mesures exécutoires et aux contraintes qu'elles impliquent[290]. Mais, surtout, elles donnent à celui-ci (créancier) la possibilité de jouer, grâce à l'absence du commandement préalable, à l'effet de surprise de la saisie. Cet effet permet d'éviter qu'un débiteur malhonnête, informé[291] de l'imminence de la mesure exécutoire diligentée à son encontre, ne soit tenté d'y faire échec en faisant disparaître les biens à saisir avant le début des opérations de saisies. C'est pourquoi, il arrive souvent, en pratique, que le créancier, afin de sauvegarder cet effet de surprise qui est si précieux pour lui, renonce, en dépit de son titre exécutoire, à recourir à la saisie-exécution pour utiliser la voie de la saisie conservatoire dispensée du commandement. Quitte, si nécessaire, à convertir ultérieurement celle-ci en saisie-exécution.

---

[288] Cfr *supra*, n° 33 et *infra*, n° 140.

[289] CL. BRENNER, *op. cit.*, p. 53. On notera que la conversion de la saisie conservatoire en saisie-exécution se réalise, en principe, par la signification au débiteur du commandement, lequel opère également notification du titre exécutoire en vertu duquel la saisie est faite (D. CHABOT-LEONARD, *Saisies conservatoires et saisies exécutions*, Bruxelles, Bruylant, 1979, pp. 207-217 ; V. VAN HERREWEGHE et M. FORGES, *op. cit.*, pp. 129-131).

[290] Notamment la recherche préalable du titre exécutoire.

[291] En matière de saisie-exécution, c'est l'obligation imposée au créancier de faire précéder toute opération de saisie d'un *commandement* préalable adressé au débiteur qui permet à ce dernier d'être généralement informé de la mesure de saisie dirigée contre lui et de prendre ainsi toutes ses précautions (payer sans délai le montant de sa dette ou utiliser des procédés malhonnêtes consistant, par exemple, à la soustraction des biens-objet de la saisie). Toutefois, en dépit des inconvénients qu'il présente (un autre étant de ne pas frapper d'indisponibilité les biens du débiteur) (G. de LEVAL, *op. cit.*, p. 602), le commandement est considéré comme une mesure de protection du débiteur face à une exécution imminente faite en l'absence de toute procédure judiciaire rendue inutile par la présence du titre exécutoire. En termes simples, sinon simpliste, le commandement est un dernier et solennel avertissement fait au débiteur par l'huissier de justice de payer sa dette au risque de s'exposer à une mesure de saisie-exécution et, par conséquent, à une expropriation de ses biens. L'existence d'un titre exécutoire différencie le commandement d'une simple sommation parce qu'en l'absence du titre exécutoire constatant une créance certaine liquide et exigible, le commandement est nul. Ainsi, le commandement ne peut être signifié que sur le fondement d'un titre exécutoire (Avis du Conseil d'Etat, *Pasin.*, 1967, 766, col. 1 et réponse du Ministre de la justice (*Pasin.*, p. 895, col. 1) ; G. de LEVAL, « La saisie-exécution mobilière », *T.P.R.*, 1980, p. 310).

Pour le débiteur, la saisie conservatoire permet de ne pas définitivement ruiner son crédit. Le fait qu'elle ne soit pratiquée qu'avec l'autorisation du juge des saisies lui assure, par ailleurs, une grande protection. Car, le juge a, en tant qu'arbitre impartial et désintéressé, l'obligation légale de vérifier d'abord les éléments avancés par le créancier (et dont il peut résulter que le débiteur s'est rendu délibérément insolvable, qu'il est objectivement insolvable ou qu'il y a risque sérieux d'insolvabilité) compte tenu des indices réunis, avant de prendre sa décision. Ce qui contribue, en principe, à diminuer les risques d'arbitraire et d'injustice et à accroître sa protection.

96. Mise en œuvre des saisies conservatoires. Les saisies conservatoires ne se justifient, d'après le législateur, que si le cas requiert célérité (article 1413 du Code judiciaire)[292]. Elles ne peuvent, du reste, être pratiquées que pour une créance certaine et exigible, liquide ou susceptible d'une estimation provisoire (article 1415 du Code judiciaire) étant précisé que les conditions de certitude, d'exigibilité et de liquidité s'apprécient de façon moins rigoureuse à ce stade qu'à celui de saisies-exécutoires.

La célérité, condition essentielle et générale de toute saisie conservatoire en droit belge existe lorsque le créancier peut sérieusement redouter la mise en péril du recouvrement de sa créance en raison de l'organisation ou de la survenance (actuelle ou future) de l'insolvabilité de son débiteur[293]. Aussi, la crainte éprouvée par le créancier doit-elle être sérieuse pour justifier une mesure de saisie conservatoire puisque le créancier ne peut se contenter de formuler de simples affirmations d'insolvabilité[294]. Autrement dit, il ne suffit pas que le créancier ait besoin d'argent, soit pressé d'obtenir ce qui lui est dû ou soit lassé par les atermoiements et tergiversations de son débiteur, pour qu'une demande de saisie conservatoire soit justifiée de sa part. Il faut, au contraire, qu'il démontre un comportement fautif du débiteur, qu'il prouve que faute pour le juge de prendre des mesures et des

---

[292] Article 1413 : « tout créancier peut, dans les cas qui requièrent célérité, demander au juge l'autorisation de saisir conservatoirement les bien saisissables qui appartiennent à son débiteur » ; article 1415 : « La saisie conservatoire ne peut être autorisée que pour une créance certaine et exigible, liquide ou susceptible d'une estimation provisoire ».

[293] G. de LEVAL, « Traité des saisies : Règles générales », *op. cit.*, pp. 282-283.

[294] Gand, 22 novembre 1985, *T.G.R.*, 1986, p. 9, n° 86/6.

précautions nécessaires, il risque de subir un préjudice important résultant du fait pour le débiteur de ne pas faire face au moyen de son actif à son passif exigible[295].

La condition de célérité doit donc reposer sur des éléments de fait objectifs et non pas sur de pures allégations dénouées de tout fondement.

b. Absence de hiérarchie entre saisies

97. Libre choix des mesures coercitives assuré aux créanciers. Sous réserve des règles relatives à l'insaisissabilité des biens et mis à part les cas d'abus de droit[296] généralement sanctionnés par le juge des saisies, il n'y a pas de hiérarchie entre les différentes saisies énumérées et le créancier a le libre choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. Moyennant le respect des conditions de forme et de fond imposées par le législateur, il choisit souverainement le type de saisie qui lui paraît appropriée[297] et il peut aller jusqu'à combiner plusieurs saisies différentes[298].

En pratique, ce choix dépend souvent, comme l'observe G. de LEVAL, de l'importance de la dette, de la nature du patrimoine du débiteur, des causes légales ou conventionnelles de préférence dont bénéficient certains créanciers ou des règles particulières applicables en certaines matières, notamment celle de créances alimentaires[299].

---

[295] Il faut en d'autres termes qu'il existe des motifs graves justifiant la saisie conservatoire. Quand le débiteur ne commet aucun acte permettant de croire qu'il pourrait soustraire son actif à son créancier, la saisie conservatoire apparaît comme n'étant pas justifiée. De même l'urgence n'est pas satisfaite si le requérant a à sa disposition un mécanisme contractuel (droit de rétention, exception d'inexécution, etc.) permettant de conjurer le péril redouté (Civ. Bruxelles, ch. s., 17 juin 1987, R.G. n° 29.901).

[296] Il y a abus de droit lorsque placé en présence de multiples façons d'exercer un droit, le titulaire en choisit une qui soit le plus préjudiciable. Ainsi en est-il de la disproportion flagrante entre la créance et la valeur du bien saisi alors que le créancier aurait pu choisir un autre bien.

[297] Liège, 15 avril 1985, *Jur. Liège*, 1985, p. 553. De façon générale, c'est selon le but qu'il vise et les titres dont il dispose que le créancier procédera tantôt à une saisie conservatoire, tantôt à une saisie-exécution (D. CHABOT-LEONARD, *op. cit.*, p. 77).

[298] Civ. Liège, ch. s., 8 février 1984, *Jur. Liège*, 1984, p ; 487. Une saisie-arrêt, par exemple, ne libère pas les autres tiers saisis de leurs obligations, sauf le recours du débiteur contre le créancier qui aurait trop perçu.

[299] G. de LEVAL, « L'exécution et la sanction des décisions judiciaires en matière familiale », in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, XI[ès] Journées juridiques Jean DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 880, n° 7.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une créance fondée sur le recouvrement d'une somme d'argent, la saisie-arrêt sera préférable à toute autre procédure d'exécution forcée du moment qu'un tiers débiteur est découvert par le créancier. De même, la saisie immobilière offrant plus d'avantages aux créanciers privilégiés et hypothécaires, sera, en principe, préférée de ces derniers par rapport à la saisie mobilière. Enfin, sauf cas de recouvrement d'une créance insignifiante, le créancier a le plus souvent tendance à recourir à la saisie mobilière lorsqu'il n'a pas la possibilité de mettre en pratique d'autres mesures de coercition pour se faire payer. Dès lors, cette saisie apparaît bien plus comme un moyen de pression qu'un procédé d'exécution forcée en incitant le débiteur à régler sa dette, au besoin, par tranches et acomptes réguliers et successifs[300].

c. Mise en œuvre soumise aux précautions d'usage

98. Exigence de prudence et de circonspection. Les mesures de contrainte qu'elles soient exécutoires ou conservatoires doivent être pratiquées avec circonspection et toutes les précautions d'usage. Le créancier ne peut les mettre en œuvre sans utilité manifeste ou de manière exagérément préjudiciable au débiteur, quelle que soit l'intention qui le guide (nuisible ou simplement par imprudence). La procédure utilisée doit, en tout état de cause, être proportionnelle à la fin poursuivie parce que les saisies atteignent directement leur destinataire dans son patrimoine et lui infligent généralement un préjudice immédiat dont l'intensité varie avec la mesure appliquée.

C'est pourquoi, le juge des saisies doit, lorsque la mesure sollicitée se révèle inutile ou abusive, ordonner la mainlevée de la saisie et condamner le créancier à des dommages-intérêts. Pour les mêmes raisons, l'huissier de justice peut refuser de prêter son concours si la mesure requise lui paraît illicite ou si le montant des frais lui semble manifestement susceptible de dépasser le montant de la créance réclamée. En contrepartie et comme nous l'avons déjà signalé à propos de saisies exécutoires (principe d'équilibre oblige), la résistance

---

[300] J. PREVAULT, *L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne,* Mélanges dédiés à M. Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 311 ; J. VINCENT et J. PREVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 15ème éd., 1984, p. 157, n° 211 ; « L'exécution des titres », *Rev. des huissiers de justice*, 1986, 92.

abuse du débiteur à une procédure de saisie (conservatoire ou exécutoire), par hypothèse justifiée, l'expose également à une condamnation à des dommages-intérêts[301].

Par ailleurs, les tiers doivent à leur tour s'abstenir de faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Cette obligation justifie le caractère opposable, autrement dit, l'opposabilité du droit à l'exécution forcée. Le terme « tiers » s'entend non seulement des tierces personnes entre les mains desquelles la saisie est pratiquée, mais aussi de toutes les autres personnes n'ayant aucun rapport avec la saisie, mais à qui l'officier ministériel, en l'occurrence, l'huissier de justice, peut s'adresser pour qu'elles lui apportent leur concours. Ainsi, en est-il des personnes comme le serrurier, le déménageur, le garagiste et toutes les autres légalement requis par l'huissier, y compris des organismes ou des administrations auxquels il a été enjoint de fournir des informations (par exemple, en matière de contrefaçon lorsqu'il s'agit de décrire les biens prétendus contrefaits).

De ce qui précède, il s'impose juridiquement que les tiers doivent coopérer et apporter leur concours aux procédures d'exécution forcée de droit commun lorsqu'ils en sont légalement requis[302]. Ceux qui sans motifs valables voudront se soustraire à cette obligation de coopération peuvent être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte, sans préjudice des dommages-intérêts. Enfin, si le tiers entre les mains duquel est pratiquée la saisie refuse de collaborer, il peut être condamné aussi au paiement des causes de la saisie, sans préjudice des dommages-intérêts envers la partie saisissante. C'est ce que prescrit l'article 1451 du Code judiciaire belge aux termes duquel : « *Dès réception de l'acte contenant saisie-arrêt, le tiers saisi ne peut plus se dessaisir des sommes ou effets qui font l'objet de la saisie, <u>à peine de pouvoir être déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie</u> sans préjudice des dommages-intérêts envers la partie s'il y a lieu* »[303].

---

[301] CL. BRENNER, *op. cit.*, p. 19.

[302] CL. BRENNER, *op. cit.*, p. 21.

[303] La même idée est développée à l'article 1456 qui impose au tiers saisi l'obligation de faire la déclaration des sommes ou effets, objets de la saisie dans les quinze jours de la saisie-arrêt.

d. Contrôle de la régularité des procédures des saisies

99. Le juge des saisies. En raison de leur gravité, les voies d'exécution sont traditionnellement soumises au contrôle vigilant de la justice. Ce contrôle fut jadis partagé en Belgique entre plusieurs juges. Le nouveau Code judiciaire a profondément innové en cette matière. Ainsi, la compétence en matière des contestations relatives à l'exécution des jugements et arrêts est désormais exclusivement réunie entre les mains d'un juge unique appelé « le juge des saisies » (article 569, 5°). Celui-ci est un magistrat désigné par le Roi parmi les juges au tribunal de première instance pour un terme de 3 ans, renouvelable chaque fois pour une durée de 5 ans (article 79 du Code judiciaire)[304].

Le juge des saisies est l'institution-clé de la matière des saisies en droit belge. Toutes les demandes ayant trait aux saisies conservatoires et exécutoires sont portées devant lui (articles 1395 et 1396). Cependant l'exclusivité de la compétence accordée au juge des saisies en matière du contrôle de la régularité des procédures des saisies, n'interdit pas aux autres juridictions de connaître des litiges portant sur le fond de l'affaire, c'est-à-dire, sur la réalité de la créance. Ces litiges sont soumis au juge du tribunal compétent par voie de citation du débiteur saisi[305].

En cas d'empêchement du juge des saisies, l'article 80, alinéa 1er permet au président du tribunal de première instance de désigner un juge effectif pour le remplacer. De même, l'alinéa 2 de cette disposition déclare que si les nécessités du service le justifient, le président du tribunal peut, à titre exceptionnel, et après avoir recueilli l'avis du procureur du Roi, désigner un juge effectif pour remplir les fonctions précitées pour un terme de deux ans au plus, renouvelable deux fois.

Ainsi, se termine l'étude des procédés de contrainte ayant cours légal en droit belge et dont la caractéristique principale est la diversité de mécanismes légalement institués et l'absence de hiérarchie entre eux. Il importe de passer maintenant à l'examen d'autres mesures sur

---

[304] G. de LEVAL, *op. cit.*, p. 21 ; J. BAUGNIET, *op. cit.*, p. 10.

[305] Dans le but d'accélérer la procédure et de réduire les frais, cette citation peut être insérée dans l'exploit de saisie conservatoire ou s'il s'agit d'une saisie-arrêt dans l'exploit dénonçant la saisie au débiteur saisi (D. CHABOT-LEONARD, *op. cit.*, p. 212).

lesquelles bute l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, c'est-à-dire, des mesures dont on peut espérer qu'elles sont susceptibles de pousser le débiteur, sous une certaine menace, à exécuter ses obligations.

2. Les moyens de pression exclus par le principe en droit belge

a. La compensation

100. Un moyen de pression[306] limité par la qualité de personne morale de droit publique. En droit belge, la doctrine semble fort divisée quant à l'application de la compensation à l'égard des personnes morales de droit public[307]. Pour certains auteurs, les règles budgétaires relatives à la comptabilité publique et à l'ordonnancement de dépenses s'opposent à toutes contractions des dépenses et des recettes et rendent inopérante toute compensation même réalisée avec l'accord de l'Administration[308]. Mais, a-t-on objecté, cet argument valable pour les personnes publiques soumises au régime budgétaire de droit public, n'est justifié qu'en ce qui concerne l'élaboration et les procédures d'inscriptions budgétaires. Dès lors, rien ne saurait logiquement s'opposer aux paiements résultant de plusieurs inscriptions budgétaires[309] et il serait donc possible d'admettre la compensation sans porter atteinte à l'interdiction des contractions budgétaires[310].

---

[306] La compensation est juridiquement une modalité d'extinction des obligations. C'est l'extinction simultanée, totale ou partielle de deux obligations ayant un objet semblable et qui coexistent en sens inverse l'une de l'autre, le créancier de celle-ci étant débiteur de celle-là et réciproquement (Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, *V° Compensation*, n° 1). En droit de l'exécution forcée, la compensation est considérée comme un moyen de pression vis-à-vis de la personne publique, parce qu'elle oblige cette dernière à s'exécuter sans son consentement. Elle prive cette personne publique de son pouvoir résiduel d'appréciation en opportunité dans le choix du moment et des moyens en vue de l'exécution et apparaît comme une sorte de saisie. C'est dans ce dernier sens de *moyen de pression* que ce concept sera utilisé tout le long de ce travail.

[307] M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, 1989, p. 30 ; M. DONY, *op. cit.* p. 85.

[308] H. MATTON, « Droit budgétaire », *Les novelles*, n[os] 765 et s.

[309] On vise ici l'hypothèse où un seul et même budget est en cause pour autant que les inscriptions budgétaires nécessaires soient faites en recettes et en dépenses.

[310] Voy. P. LEWALLE qui pour mettre un terme à l'inertie administrative dans l'exécution des décisions de justice se demande s'il n'était pas « *plus judicieux d'instaurer d'autres mécanismes moins équivoques comme la*

S'appuyant sur cette critique, une autre tendance admet la compensation, mais en sens unique. Pour elle, les personnes publiques peuvent toujours invoquer la compensation de ce qu'elles doivent à leurs créanciers et non le contraire[311]. Liant la question de la compensation à celle de l'exécution forcée, cette tendance estime que la personne publique ne peut être contrainte à s'exécuter. Tout paiement par elle à effectuer ne peut être que volontaire. En conséquence, toute procédure qui aurait pour conséquence de lui enlever le résidu de souveraineté dont elle dispose dans le choix du moment et de moyens d'exécution aboutirait à contourner ce principe et équivaudrait à une procédure indirecte d'exécution forcée.

Fondée principalement sur l'absence de réciprocité, cette opinion a fait également l'objet de critiques. D'abord parce qu'elle conduit à dénaturer la compensation qui normalement doit agir en double sens et non pas à sens unique ; les parties étant tenues réciproquement et personnellement l'une envers l'autre. Ensuite, cette opinion semble se situer aux antipodes de la réalité fonctionnelle de cette institution. Car, telle qu'elle fonctionne en droit civil, la compensation joue de plein droit et les parties en l'invoquant, ne font que la constater[312].

Enfin, une troisième tendance estime qu'en pratique, les rapports dynamiques et évolutifs existant entre deux personnes peuvent faire naître des dettes et des créances réciproques. Le droit administratif admet, en pareil cas, que les créances réciproques se confondent dans un compte unique, portant ainsi atteinte au caractère volontaire du paiement[313].

On est donc ici en présence du système dit de « compte unique » applicable tant dans le contentieux des contrats[314], notamment en ce qui concerne les contrats passés en vue du ravitaillement que dans celui des marchés publics. En effet, en cas de litige portant sur l'exécution d'un marché public, il est admis que le solde du décompte soit fixé en faisant état de tous les éléments actifs et passifs qui le composaient à la date de la résiliation de la

---

compensation légale en tant que moyen de pression et d'incitation à l'exécution par les personnes morales de droit public des décisions judiciaires prononcées à leur encontre » (P. LEWALLE, « L'immunité relative d'exécution des personnes morales de droit public », *Huis. Just.*, 1995, pp. 60-70).

[311] M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, n° 1012et les réf. citées.

[312] M. WALINE, *La compensation entre la dette fiscale et une créance sur l'Etat,* Mélanges G. Marty, 1976, pp. 1159 et s.

[313] M.-A. FLAMME, « Traité… », n° 1013 ; A. HEURTE, « La compensation en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1960, p. 59.

[314] En matière des contrats, la compensation résulte de la volonté commune des parties (c'est la compensation volontaire). Elle existe si les parties l'ont insérée dans les stipulations incluses dans le contrat administratif.

concession. Les opérations du compte se succèdent, dès lors, jusqu'au solde et forment un tout unique qu'il n'est pas permis d'isoler ou de scinder[315]. C'est le principe dit de l'indivisibilité du compte où une certaine compensation demeure autorisée.

Quoi qu'il en soit et quelles que soient les raisons invoquées contre cette institution, certains auteurs auxquels nous nous rallions restent favorables à l'application aux personnes morales de droit public de la compensation pour autant que les inscriptions budgétaires nécessaires soient faites en recettes et en dépenses[316].

Quant à la jurisprudence, elle semblait, avant l'entrée en vigueur de l'article 1412*bis* du Code judiciaire, favorable à l'application de la compensation aux personnes publiques[317]. Ainsi, la Cour du travail d'Anvers[318] avait rejeté la compensation entre la dette de cotisation d'un indépendant et sa créance d'allocation familiale à l'égard de la caisse d'assurance sociale au motif que cette dernière créance avait un caractère insaisissable. Ce faisant, la Cour laissait supposer que la compensation fut possible entre les deux obligations de somme d'argent n'eût été le caractère insaisissable de la dernière créance.

La jurisprudence postérieure à l'article 1412*bis* n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer précisément sur cette importante question de la compensation et l'on a enregistré jusque-là que des occasions manquées qui auraient pu aider à confirmer ou à infirmer la possibilité d'une telle opération[319].

---

[315] A. HEURTE, *op. cit.*, p. 59.

[316] Voy. notamment H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 651 ; Rép. Dalloz, *Droit Civil*, v° Compensation, n° 176. Ces auteurs sont toutefois d'avis que la qualité de personne publique d'une des parties impose des limites à la compensation. D'abord parce que les créanciers de l'Etat ne peuvent compenser leurs créances à l'égard d'un département ministériel avec leurs dettes à l'égard d'un autre département en raison de l'individualité budgétaire de chaque département ministériel (Cass., 29 novembre 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 52 ; Cass., 29 mai 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 907 ; Cass., 14 oct. 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 195). Ensuite parce que la compensation est exclue en matière de dettes fiscales (De PAGE, *op. cit.*, n° 651 ; M.-A. FLAMME, « Traité… », n^{os} 1009 et 1010 ; A. VANWELKENHUYZEN, « La maxime Nul ne peut se faire justice à soi-même et ses sanctions en droit belge », *Rev. adm.*, 1967, p. 235). En somme, la question de la compensation des dettes fiscales demeure controversée. Une certaine jurisprudence l'autorise (Cass., 1er juin 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 353 ; Liège, 24 décembre 1968, *Pas.*, 1969, II, p. 70) approuvée par une partie de la doctrine (P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.,* 1975, p. 696).

[317] C.E., 25 janvier 1957, *Pas.*, 1958, IV, p. 46.

[318] Cour du travail d'Anvers du 19 juin 1981 (*R.D.S.*, 1981, p. 54).

[319] Bruxelles, 3 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 1239-1242. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas pu se prononcer sur la question de la compensation estimant que la mainlevée de la saisie étant ordonnée, il était « *sans intérêt de vérifier si l'appelante pouvait compenser sa dette avec ses créances à l'égard de certains des intimés* » (lire à ce sujet I. DUPONT, *op. cit.*, p. 67).

b. La substitution de particuliers à l'Etat dans l'exécution de la condamnation

101. Une interdiction liée à l'immunité d'exécution des personnes publiques. Influencée par la doctrine majoritaire opposée à la reconnaissance aux particuliers du pouvoir de se substituer à l'Etat dans l'exécution des condamnations judiciaires lui infligées, la Cour de cassation belge avait clairement pris position sur cette question dans son arrêt du 26 juin 1980[320]. Cet arrêt qui a la particularité d'avoir reconnu aux tribunaux le pouvoir de prononcer des injonctions contre l'Administration, refuse au juge, au nom de l'exclusion des mesures d'exécution forcée sur les biens d'une personne publique et donc de l'immunité d'exécution, le droit de substituer les particuliers à l'Etat dans l'exécution la condamnation[321].

En l'espèce, l'Etat belge avait été condamné par le tribunal de première instance de Dinant à l'enlèvement de constructions illégales. A défaut d'exécution dans un certain délai, le jugement autorisait les plaignants à faire procéder eux-mêmes aux travaux d'enlèvement. Cette affaire très intéressante donna lieu à un pourvoi en cassation. Il était fait grief au jugement de première instance de Dinant, d'une part, d'avoir condamné l'Etat à une exécution en nature et, d'autre part, d'avoir autorisé le plaignant à se substituer à l'Administration dans l'exécution de cette obligation. Rendant son verdict en l'affaire, la Cour de cassation rejeta la première branche du moyen et, prenant en considération la deuxième, elle cassa la décision au motif que : « *substituant ainsi les défendeurs à l'Etat dans l'exécution de la condamnation, le*

---

[320] *Pas*., 1980, I, pp. 1350 et s. ; *R.C.J.B*., 1983, p. 173 ; PH. QUERTAINMONT, note sous Brux., 17 sept. 1981, n° 7 (cité par M. DONY, *op. cit*., p. 84).

[321] Il y a lieu toutefois de mentionner *l'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 1998* qui a remis en cause la jurisprudence de 1980 et qui a fait croire à certains auteurs qu'il était désormais autorisé de recourir à la faculté de remplacement dès lors qu'aucune entrave à la continuité du service public n'était constatée par le juge. En l'espèce, un propriétaire ennuyé par les débordements continus d'un ruisseau jouxtant son terrain, avait demandé à la Région wallonne et à la ville de Namur de prendre des mesures nécessaires pour remédier à cette situation. Saisie de la question, la Cour d'appel de Liège avait donné aux autorités trois ans pour y mettre fin, ajoutant qu'à l'expiration de ce délai, le propriétaire pouvait lui-même effectuer lesdits travaux et en obtenir remboursement auprès de personnes publiques précitées. Sur pourvoi de la Région wallonne, l'arrêt de la Cour d'appel de Liège fut cassé au motif que la Cour n'avait pas constaté que les travaux n'étaient pas de nature à entraver la continuité du service public et non pas pour le fait d'avoir autorisé le propriétaire à exécuter lui-même les travaux en lieu et place de l'autorité publique (Cass., 24 avril 1998, *Région wall. /S.A. Neverlest et ville de Namur*, *J.L.M.B*., 1999, pp. 672-681 et obs. de D. DELVAX et PH. COENRAETS, « Le privilège de l'immunité d'exécution : le colosse aux pieds d'argile ou le dogme trahi par son fondement », *J.L.M.B*., 1999, pp. 672-681 ; *R.W*., 2000-2001, n° 32, pp. 1195-1198 et obs. de S. BRIJS, *De absolute uitvoeringsimmuniteit thans ook doorbroken bij reele executie*.

jugement méconnaît le principe général de la continuité du service public en vertu duquel les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée ».

Les commentateurs de cet arrêt y ont vu non seulement la consécration, par la Cour de cassation, du pouvoir de condamnation de l'Administration à la réparation en nature du préjudice causé par son fait (ce qui constitue une injonction adressée à celle-ci par le juge), mais aussi l'interdiction faite aux tribunaux d'ordonner que les particuliers se mettent à la place de l'Administration dans la mise en œuvre des décisions de justice[322].

c. Décision tenant lieu d'acte juridique à accomplir

102. Substitution du juge à l'Administration ? C'est une problématique portant sur le fait de savoir si le juge qui inflige une condamnation à une personne morale de droit public peut décider qu'à défaut pour celle-ci de la mettre en exécution dans un certain délai, son jugement tiendra lieu du devoir prescrit par sa décision (par exemple, établir un acte authentique de vente)[323].

La question fut longtemps au centre des préoccupations en droit belge au regard de nombreuses décisions de justice ayant tenté d'accorder ce pouvoir au juge[324]. Le cas le plus remarquable est celui de la Cour d'appel de Bruxelles qui condamna une commune qui, après

---

[322] On notera qu'en droit civil, le juge peut condamner le débiteur à exécuter en nature son obligation tout en ajoutant qu'à défaut pour lui de s'exécuter endéans un certain délai, le créancier peut exécuter lui-même l'obligation ou la faire exécuter par un tiers au dépens de son débiteur. C'est le système qualifié de « remplacement judiciaire » consacré pour les obligations contractuelles de faire et de ne pas faire par les articles 1143 et 1144 du Code civil belge (pour plus de détails voy. P. WERY, *Droit des obligations*, Tome I, Ciaco, 2008-2009, pp. 139-142). Le remplacement judiciaire constitue l'un des cas de la contrainte par substitution organisés en droit civil. Les deux autres étant : la remise *manu militari* d'un corps certain mobilier et le jugement tenant lieu d'acte du débiteur.

[323] Cfr. *supra*, droit congolais, n° 40.

[324] Voy. notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 11 juillet 1950, *J.T.*, p. 180 (cité par M. DONY, *op. cit.*, p. 85) ; Brux., 25 déc. 1982, *A.P.M.*, 1983, p. 12. Il convient de signaler, par ailleurs, que le Conseil d'Etat italien s'est également reconnu le pouvoir de se substituer à l'administration quand elle n'exécute pas une décision de justice. Ainsi, il délivre des autorisations et réintègre des fonctionnaires licenciés (M. GJIDARA, « La fonction administrative contentieuse », *L.G.D.J.*, 1972, p. 326).

avoir acheté un immeuble, avait illégalement renoncé à cet achat[325]. La Cour ordonna à la commune non seulement de passer acte authentique de vente, mais elle ajouta qu'à défaut pour la commune de le faire dans un délai d'un mois, son arrêt tiendrait lieu d'acte et pourrait être transcrit. Cette décision qui donna lieu à l'arrêt de la Cour de cassation belge du 24 octobre 1958[326] fut considérée par une partie de la doctrine comme ayant admis ce pouvoir de substitution ou de remplacement judiciaire.

Toutefois, pour M. DONY[327], ce pouvoir n'a pas été consacré par la Cour de cassation étant donné qu'elle n'a pas été appelée à se prononcer sur cette question qui n'était pas abordée dans le pourvoi. La demande s'étant limitée au fait de savoir si le juge avait le pouvoir de condamner une autorité publique à l'exécution d'un contrat.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence majoritaire refuse de se reconnaître ce pouvoir de substitution et se borne à condamner l'Administration à accomplir elle-même l'acte[328]. L'enjeu étant d'éviter que les pouvoirs publics ne soient obligés d'exécuter, sans leur consentement, les obligations qui leur incombent. D'ailleurs, fait encore remarquer M. DONY, à supposer que ce pouvoir de substitution ait été admis par la Cour d'appel, il ne pouvait constituer un procédé efficace de contrainte qu'en théorie et n'était donc pas de nature à assurer suffisamment la défense des intérêts des créanciers puisque tant que l'immunité d'exécution sur les biens des personnes publiques n'était pas levée, l'Administration pouvait toujours refuser d'exécuter volontairement l'obligation juridique à laquelle elle était tenue

---

[325] En fait, l'immeuble (un château) avait été acheté avec l'approbation de l'autorité de tutelle. Mais, suite à un changement de majorité du conseil communal, la commune refusa de passer l'acte authentique de vente et c'est cela qui donna naissance à ce conflit.

[326] Cass., 24 octobre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 202 ; *Ann. not. enreg.*, 1960, p. 68 et obs. M. DUMONT ; F. DUMONT, « Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé », *op. cit.*, 1968, p. 2. Dans son arrêt, la Cour de cassation avait confirmé la décision de la Cour d'appel de Bruxelles au motif qu'« aucun service public n'était en jeu ».

[327] M. DONY, *op. cit.*, p. 85.

[328] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 263, n° 10, citant Civ. Bruxelles, 15 févr. 1972, *Entr. et Dr*, 1981, p. 223. Cependant A. VERHEYDEN soutient un point de vue contraire arguant que la Cour de cassation a, dans cette affaire (24 octobre 1958), admis la faculté de substitution du juge à l'Administration en décidant qu'une commune soit condamnée à passer acte authentique de vente et à payer le prix d'achat convenu. Mais, cette faculté de substitution, ajoute-il, n'est admise que si « *aucun service publique n'est en jeu* », la Cour ayant, selon lui, procédé à une appréciation *in concreto* de la notion de service public (A. VERHEYDEN, *op. cit.*, pp. 395-396). J. LE BRUN et D. DEOM estiment que cette position est discutable car la portée de l'arrêt de la Cour de cassation est différente. La Cour n'admet pas des mesures d'exécution forcée. Elle se contente simplement de confirmer la décision du juge de fond qui condamne l'Administration à passer un acte authentique de vente, mai en utilisant la formule de l'article 1184 du Code civil permettant de forcer le débiteur à l'exécution de la convention (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 263, n° 10 ainsi que les références reprises à la note infrapaginale n° 46).

sans que l'on fût en mesure de la contraindre par l'usage des procédés de droit commun d'exécution forcée.

Dans le cas de l'arrêt de la Cour d'appel précité, observe-t-elle, l'Administration pouvait, en dépit de la décision stipulant qu'à défaut pour elle de passer l'acte de vente, la décision du tribunal tiendrait lieu d'acte, refuser, par exemple, de payer le prix de la vente et obliger le vendeur à demander la résolution du contrat ; c'est-à-dire, à reprendre son immeuble moyennant restitution du prix de vente. Or, ayant déjà vendu son immeuble, ce dernier avait plus intérêt à garder le prix de vente qu'à le restituer alors que l'immunité d'exécution de la commune refusant de passer l'acte de vente avait pour conséquence de l'entraîner irrémédiablement dans la voie de la nullité du contrat.

Tout ceci prouve que le pouvoir de substitution paraît, en droit belge, difficilement admissible tant en doctrine qu'en jurisprudence[329]. Lorsque l'Administration se trouve condamnée à accomplir un acte juridique déterminé, la juridiction ne doit jamais se substituer à elle pour ce faire. Cette interdiction de substitution frappe aussi bien les actes administratifs unilatéraux (nomination d'un fonctionnaire illégalement écarté, délivrance d'un permis de bâtir) que les actes de nature civile tels que l'établissement d'un acte authentique de vente[330]. Néanmoins, il est des cas où le créancier de l'Administration peut préférer l'exécution en nature de l'obligation plutôt que l'octroi des dommages et intérêts. Il s'agit des hypothèses prévues aux articles 1382 et 1184 du Code civil. La première se rapporte à la situation de la victime d'un dommage causé par la personne publique qui ne désire que la réparation en nature et rien d'autre ; la seconde permet au contractant de l'Administration de préférer l'exécution en nature de la convention à sa résolution accompagnée des dommages et intérêts[331].

---

[329] En droit civil, note cependant P. WERY, le jugement tenant lieu d'acte juridique à accomplir est une voie d'exécution d'un usage fréquent. Il est admis par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts (notamment Cass., 8 juin 1849, *Pas*., 1850, I, p. 81 et Cass., 5 janvier 1968, *Pas*., 1968, I, p. 567) et a pour objet de favoriser l'exécution en nature des obligations conformément à l'article 1142 du Code civil. Dans certains cas, cette voie d'exécution permet au juge de conférer au créancier *l'instrumentum* d'un contrat qui lui fait défaut ; dans d'autres, elle vise un objectif plus ambitieux et donne au tribunal le pouvoir d'émettre un acte de volonté en lieu et place du débiteur récalcitrant. Néanmoins, en cas d'obligation personnelle, le recours à cette technique est impossible (cas de promesse d'hypothèque). Pour des amples détails, voy. P. WERY, *op. cit.*, p. 138.

[330] Cette solution est également justifiée par le principe de la séparation des pouvoirs qui interdit au juge de faire acte d'administrateur. Mais, elle reste liée à l'immunité d'exécution dans la mesure où elle amène une personne publique à accomplir sans son consentement une obligation lui incombant. Pour les actes de nature civile, voy. cependant le point de vue contraire de P. WERY repris dans la note de bas de page précédente.

[331] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 263.

Dans un cas comme dans l'autre, l'exécution en nature de l'obligation ne peut être soumise à la contrainte et, sans la levée de l'immunité d'exécution, la mise en œuvre de ses prestations devrait normalement suivre le sort réservé aux condamnations pécuniaires.

d. L'astreinte

103. Un procédé indirect de contrainte. La Belgique a longtemps refusé d'admettre la légalité de l'astreinte[332]. Mais, la loi du 31 janvier 1980[333] entrée en vigueur le 1er mars 1980 a permis l'insertion dans le Code judiciaire des articles 1385*bis* et 1385*nonies* autorisant les juges judiciaires y compris les juges des référés à assortir leurs condamnations d'astreintes. Ce fut l'introduction du procédé d'astreinte en droit judiciaire belge. Cependant, les dispositions précitées ne contenant pas de précisions sur leur application aux personnes publiques, la jurisprudence a conclu, en vertu du principe « ce qui n'est pas interdit est permis », que l'astreinte pouvait également être appliquée à l'égard de ces personnes pour autant que les conditions de sa mise en œuvre soient remplies[334].

L'astreinte occupe donc, en droit belge, une place prépondérante tant en droit de la responsabilité qu'en droit tout court. Elle consiste en un moyen de pression réservé au juge pour faire respecter, par le destinataire, l'ordre qui lui est adressé[335] et ne constitue, ainsi que

---

[332] Voy. notamment J. VAN COMPERNOLLE pour qui sur le plan des principes, l'astreinte demeurait proscrite en droit belge (J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. 13, livre 4, titre 6, 1992, p. 34). Quant à la définition du concept, voy. droit congolais : astreinte (cfr. *supra*, n° 42).

[333] Loi portant approbation de la Convention Benelux relative à l'astreinte et de son annexe (loi uniforme relative à l'astreinte) signée à La Haye le 26 novembre 1973. Cette loi introduit dans le Code judiciaire les articles 1385*bis* et 1385*nonies*. Sur la documentation en matière d'astreinte, on consultera utilement et à titre indicatif les auteurs suivants : F. GLANSDORFT, « La législation de l'astreinte en droit belge », *J.T.,* 1980, pp. 312 et s. ; A. M. D'HOORE, « Un an d'application de l'astreinte », *J.T.*, 1981, pp. 529 et s. ; I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, pp. 9-103 ; J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 33-97.

[334] Civ. Gand. réf., 14 juillet 1981, *R.W.*, 1981-1982, p. 690, notes K. BAERT et M. STORME relatives à l'affaire d'expropriation ; Civ. Bruxelles, réf., 6 novembre 1981, *J.T.*, 1981, p. 428 ; J.P. Brux., 20 mai 1981, *R.W.*, 1981-1982, p. 696. On peut noter que cette solution était clairement prévue par les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Chambre, sess. 1977-1978, n° 353/I, p. 19) ; voy. aussi J. LE BRUN et D.DEOM, *op. cit.*, p. 264 n° 13.

[335] J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 33.

le note également D. DEOM[336], ni une réparation, ni une sanction et encore moins une voie d'exécution forcée de droit commun[337] parce qu'elle n'a pas pour finalité la vente des biens du débiteur.

104. Astreinte judiciaire. L'article 1385*bis*, alinéa 1er base juridique de l'astreinte en droit judiciaire belge dispose que : « *Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Toutefois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent, ni en ce qui concerne les actions en exécution de contrats de travail* »[338].

Il en résulte qu'en droit judiciaire belge, l'astreinte peut aider à l'exécution de toute condamnation que le juge saisi a le pouvoir de prononcer. Elle peut servir à l'exécution non seulement des obligations de faire et de ne pas faire, mais aussi des obligations de donner incluant le transfert de propriété et la constitution des droits réels voire la simple mise à disposition d'un bien[339]. Les exceptions à cette règle prévues expressément par le législateur concernent les condamnations au paiement d'une somme d'argent et les actions en exécution d'un contrat de travail. Vis-à-vis de ses obligations, le prononcé d'astreinte n'est pas autorisé. Mais, la doctrine associe à ces deux exceptions, une troisième relative aux obligations dont l'exécution en nature est matériellement impossible au moment où le juge statue[340]. Le créancier ne peut, dans cette hypothèse, se contenter que des dommages et intérêts.

Comme souligné précédemment dans la littérature relative au droit congolais, le juge ne peut d'office accorder l'astreinte même s'il dispose d'un large pouvoir à ce sujet. Il faut que le créancier à qui est destiné le produit de la peine le réclame. Ainsi toute personne physique ou

---

[336] D. DEOM, « Le recours à l'astreinte », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, acte du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991, Bruylant, Bruxelles 1991, pp. 457-477.

[337] Ainsi ne peut-on l'enfermer dans les catégories connues.

[338] A. KOHL et G. BLOCK, *Code judiciaire belge*, 5ème éd. 2006, Bruylant Bruxelles, 2007, p. 483.

[339] Cas de la délivrance ou de la restitution d'un objet retenu indûment (A. M. D'HOORE, « Un an d'application de l'astreinte », *J.T.*, 1981, p. 530).

[340] I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, p. 18 (cas des pièces entreposées dans un grenier et qui ont souffert des dégâts causés par les eaux de pluies. Ces pièces sont considérées comme complètement détruites en sorte que leur production réclamée par le demandeur s'avère impossible. L'obligation est donc ici impossible à exécuter en nature) (Civ. Huy, 30 décembre 1981, *Jur. Liège*, 1982, p. 137 avec note G. de LEVAL).

morale de droit public ou de droit privé qui demande une condamnation principale a le droit de prétendre à une astreinte. La demande est recevable même si elle est formée pour la première fois sur opposition ou au degré d'appel.

Une fois saisi d'une demande d'astreinte, le juge apprécie souverainement l'opportunité d'y faire droit. Cela signifie qu'il ne peut assortir sa condamnation d'une astreinte s'il estime que le débiteur exécutera ou offre d'exécuter volontairement celle-ci. De même, il ne peut ordonner que sa condamnation soit confortée par le prononcé d'une astreinte s'il estime préférable une autre solution. Ainsi, en cas d'exécution d'une obligation de donner une chose de genre, par exemple, le juge peut préférer l'exécution en nature par le débiteur de son obligation à la place du procédé d'astreinte. Dès lors, ce dernier pourra se libérer en remettant volontairement au créancier une autre chose de genre.

Quant aux autres modalités de l'astreinte judiciaire, nous ne pouvons les examiner dans le cadre succinct de cette analyse et nous renvoyons pour cela, le lecteur, aux études plus détaillées à ce sujet comme celle de J. VAN COMPERNOLLE[341].

105. Astreinte en matière administrative. S'agissant de la possibilité pour le Conseil d'Etat belge de prononcer une astreinte, elle est le fruit d'une longue évolution dont le point de départ remonte en 1980, année de l'entrée en vigueur de la loi uniforme sur l'astreinte. Les administrations ayant pris l'habitude de ne pas se plier aux décisions de justice, le Conseil d'Etat s'est posé la question de savoir s'il ne pouvait appliquer la loi du 31 janvier 1980. Les affaires ZOETE[342], RAMMANT[343] et SERVAIS[344] ont permis d'introduire ce problème.

---

[341] J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. 13, livre 4, titre 6, 1992, pp. 33-97.

[342] C.E., 18 juillet 1982, IVème ch., n° 22446, *R.A.C.E.*, 1982, p. 1191. Pour la première fois en 1982, le Conseil d'Etat prononça une injonction assortie d'une astreinte pour rétablir une étudiante dans ses droits en raison de la mauvaise volonté des membres du jury. En l'espèce, un premier arrêt avait été rendu par lequel M. ZOETE avait obtenu l'annulation de la délibération du jury central qui lui avait octroyé un résultat négatif pour son mémoire. Face à l'obstination des membres du jury à ne pas respecter cet arrêt, M. ZOETE saisit de nouveau le Conseil d'Etat afin d'obtenir l'annulation de la décision pour violation de l'autorité de la chose jugée. Elle demanda, en outre, à la juridiction d'assortir son arrêt d'une astreinte. Mais, l'arrêt du Conseil d'Etat fut cassé par la Cour de cassation au motif que : « Tout litige concernant le rétablissement dans un droit lésé de manière illicite, qu'il soit civil ou politique ressortit exclusivement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire » (Cass., 23 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 863).

[343] C.E. IV, *Rammant*, n° 25.491, 28 juin 1985, *R.W.*, 1986-1987, p. 321. Dans cette affaire, une étudiante demanda au Conseil d'Etat d'enjoindre, sous astreinte, le conseil de classe l'ayant ajournée, de prendre une nouvelle décision. Le Conseil ne déclina pas sa compétence, mais, il se contenta simplement de décider qu'il n'y avait pas lieu d'accorder une astreinte car aucun motif n'aurait pu justifier une telle décision.

Cependant face aux oppositions de la Cour de cassation et de la Cour de justice du Benelux[345], oppositions du reste fortement critiquées par la doctrine, la polémique s'amplifia et la question ne fut résolue que grâce à la loi du 17 octobre 1990[346] modifiant l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Cette loi donne au Conseil d'Etat, selon des règles différentes de celles qui sont inscrites dans la loi uniforme[347], la possibilité d'assortir ses arrêts d'annulation d'une astreinte qu'elle définit comme : « *une mesure coercitive par laquelle la haute juridiction administrative condamne une autorité publique au paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution totale ou partielle ou en cas de retard dans l'exécution d'un arrêt d'annulation* »[348].

L'article 5 de cette loi[349] confère au Conseil d'Etat, la possibilité de prononcer lui-même une astreinte à l'appui de ses arrêts d'annulation, marquant ainsi la volonté du législateur de 1990 non seulement d'éviter aux justiciables le détour d'une procédure judiciaire fondée sur la responsabilité civile mais aussi de prévenir la réalisation des dommages pouvant résulter de l'inexécution des arrêts du Conseil d'Etat.

Aux termes de cette disposition, l'astreinte peut assortir un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat dans deux hypothèses : lorsque le rétablissement de la légalité exige un nouvel acte administratif (cas des injonctions implicites ou des nouvelles obligations engendrées dans le chef des autorités administratives)[350] et lorsqu'il résulte d'un arrêt que les autorités

---

[344] C.E., *Servais*, n° 27.479, 28 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 327-331. Dans cette affaire, Madame SERVAIS était confrontée à la mauvaise volonté des autorités communales qui entendaient la priver de son emploi. Trois arrêts d'annulation sont successivement rendus et, à chaque fois, l'autorité administrative ne s'y conforme pas. Mme SERVAIS introduit alors une nouvelle requête en annulation, mais par crainte que l'arrêt rendu ne soit à nouveau méconnu par l'autorité administrative, elle demande au Conseil d'Etat d'assortir son arrêt d'une astreinte. La haute juridiction administrative ne tranche pas elle-même le problème et décide de poser une question préjudicielle à la cour de justice du Benelux. La Cour répondra négativement arguant l'incompétence du Conseil d'Etat à prononcer des condamnations principales (dans le contentieux de l'annulation) et par conséquent des astreintes.

[345] Cass., 23 mars 1984, *Pas.*, I, p. 526, *R.W.*, 1984-1985, col. 15-43 ; Brux., 1er juillet 1988, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1201-1211, obs. B. HAUBERT et C. PANIER ; voy. aussi D. LAGASSE, *op. cit.*, nos 3 à 8, ainsi que les auteurs cités note (I).

[346] *M.B.*, 13 nov. 1990.

[347] J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 33.

[348] R. ANDERSEN, « *L'astreinte* », Droit administratif, T. II, 1996, p. 246.

[349] C'est en réalité l'article 36 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat rétabli sous la forme d'un chapitre III complétant le titre V avec pour intitulé : « De l'astreinte ». Cfr. site internet http://reflex.raadvst-consetat.be.

[350] Ainsi, l'annulation d'une nomination irrégulière peut, par exemple, obliger l'Administration soit à prendre une « nouvelle décision de nomination », soit à recommencer toute la procédure préparatoire. Lorsque l'autorité

administratives sont tenues à une obligation d'abstention (l'autorité prend des décisions allant à l'encontre de l'obligation d'abstention et ne la respecte pas)[351].

Cette considération implique que l'astreinte administrative devra être refusée lorsque l'obligation principale sur laquelle elle repose ne résulte pas directement de l'arrêt d'annulation, mais plutôt de l'article 1382 relative à la responsabilité civile[352]. Par ailleurs, tenant compte du fait que l'Administration n'est pas obligée d'exécuter immédiatement une décision de justice au regard de nombreuses instances devant intervenir dans la mise en œuvre de celle-ci, la loi du 17 octobre 1990 n'autorise le recours à l'astreinte qu'après la constatation de l'inexécution de l'arrêt. Les pouvoirs publics disposent à cet égard de trois mois depuis la notification de l'arrêt d'annulation[353] pour tenter de rétablir la légalité, c'est-à-dire, mettre à effet la décision de justice dans le sens ordonné par le Conseil d'Etat. Faute de quoi, ce dernier peut, à la demande du requérant, comminer une astreinte à leur charge. Bien plus, l'astreinte ne peut être demandée que par la personne à la requête de laquelle l'annulation a été prononcée[354], ce qui constitue une dérogation au principe de droit administratif selon lequel les arrêts d'annulation produisent leurs effets « *erga omnes* »[355]. Ceci se comprend aisément dans la mesure où le respect de l'arrêt est mieux assuré au profit du requérant que des tiers. On assiste là à une certaine orientation subjective introduite dans le contentieux de l'annulation par le législateur du 17 octobre 1990, orientation jadis considérée comme inexistante.

Enfin, l'astreinte administrative ne peut, d'après l'article 36 §1, alinéa 1, être imposée qu'à charge d'une autorité administrative, à savoir, une personne morale de droit public. Elle ne peut être ordonnée à l'encontre d'un agent ou des membres d'un collège administratif qui ne sont que des organes de cette autorité. Le législateur justifie sa position par le souci d'éviter la

---

administrative viole cette obligation en ne prenant pas une nouvelle décision ou un nouvel acte pour rétablir la légalité, une astreinte peut être prononcée à son encontre.

[351] La personne au profit de laquelle l'annulation est prononcée peut demander au Conseil d'Etat d'ordonner à l'autorité administrative sous peine d'astreinte, de retirer les décisions qu'elle aurait prise en violation de l'obligation d'abstention découlant de l'arrêt d'annulation.

[352] Dans cette dernière hypothèse, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont seules compétentes pour se prononcer.

[353] Article 36, §1, alinéa 2.

[354] Article 36, §1, alinéa 1.

[355] D. DEOM, « Le recours à l'astreinte », *op. cit.*, p. 468.

démotivation des fonctionnaires et d'augmenter par conséquent leur inertie[356]. Quant à ce qui concerne le produit de l'astreinte, on notera que, loin d'enrichir le patrimoine du requérant, comme c'est le cas en droit judiciaire, il est ici destiné à alimenter un fonds spécial dont les sommes récoltées devront servir pour la modernisation de l'organisation de la jurisprudence administrative (article 36, §1, alinéa 2).

Mis à part le contentieux de l'annulation, le Conseil d'Etat dispose également de la possibilité d'utiliser l'astreinte soit à la suite d'un arrêt de suspension[357], soit pour obtenir la production de documents. Cependant, l'efficacité du régime belge d'astreinte se trouve réduite en raison de l'absence de mécanismes destinés à en assurer, comme en France, l'exécution forcée, notamment par la menace qu'ils peuvent constituer sur le patrimoine individuel de l'agent[358].

Pour terminer, rappelons que même si elle constitue un moyen de pression généralement efficace à l'égard de l'Administration, l'astreinte n'est pas en droit belge une mesure d'exécution. Elle n'est qu'un moyen indirect de contrainte et, comme telle, elle ne remet pas en question le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. En cas de refus délibéré et obstiné d'exécution par celles-ci de leurs obligations, l'astreinte elle-même n'est susceptible d'aucune exécution forcée et ne revêt, dès lors, qu'une valeur symbolique[359].

Toutefois, l'astreinte représente un moyen de pression d'une certaine efficacité sur l'Administration étant donné qu'elle est bien adaptée pour lutter contre l'inertie administrative. La décision condamnant les pouvoirs publics ne pouvant, en effet, être exécutée immédiatement en raison de nombreuses contraintes (règles budgétaires, règles de la comptabilité publique, mise en cause de différents services), le recours à l'astreinte permettra à l'Administration d'agir tout en disposant librement du choix du moment et des moyens de l'exécution.

---

[356] *Doc. parl.*, Chambre, 1977-1978, n° 353/1, p. 7.

[357] Depuis la loi du 19 juillet 1991 instaurant le référé administratif, le Conseil d'Etat a la possibilité d'assortir ses arrêts de suspension d'une astreinte (article 17, §5 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

[358] Dès lors, face à une administration récalcitrante, observe D. DEOM, l'astreinte ne fait que souligner la nécessité de l'exécution du jugement, stigmatiser le retard et alourdir les obligations encourues. Ceci n'est pas le cas pour une administration seulement négligente mais non récalcitrante (D. DEOM, « Le recours à l'astreinte », *op. cit.*, p. 458.

[359] Cas du système belge où il n'existe pas d'autres garanties telles que la responsabilité personnelle de l'agent reconnu coupable de la condamnation de l'Administration à une astreinte.

Par ailleurs, les services publics faisant l'objet de condamnation à une astreinte devront savoir qu'en n'exécutant pas dans les délais raisonnables une décision de justice, ils peuvent s'exposer à une sanction pécuniaire lourde et disproportionnée par rapport aux effets de la décision initiale[360]. C'est pourquoi, il serait souhaitable tant dans leur propre intérêt que dans celui de leurs partenaires publics ou privés, que les condamnations pécuniaires leur infligées par les juridictions soient toujours volontairement et délibérément exécutées.

106. Conclusion. Au principe que l'immunité d'exécution interdit l'usage à l'encontre des personnes morales de droit public non seulement des procédés de contrainte, mais aussi des moyens d'intimidation et de pression tendant à amener ces entités à exécuter par la force les obligations mises leur charge, on doit reconnaître que bien de ces interdictions, notamment celles portant sur l'exclusion de l'injonction et de la compensation, semblent connaître ou ont connu depuis un certain temps des évolutions significatives qui ont permis l'application à ces entités de mécanismes précités sans qu'ait été mise en péril la poursuite de l'intérêt général ou que fût portée une atteinte grave au principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 1980, le juge dispose du pouvoir d'adresser des injonctions à la personne publique, balayant ainsi la crainte jadis exprimée de voir le tribunal s'immiscer davantage, par application de ce procédé, dans la gestion administrative.

Par ailleurs, en dépit de controverses suscitées par son application à l'encontre des personnes publiques, la compensation demeure permise lorsque les inscriptions budgétaires nécessaires sont faites en recettes et en dépenses.

Ces assouplissements apportés au dogme de l'immunité d'exécution marquent donc une importante évolution dans l'appréhension en droit belge de cette prérogative exorbitante du droit commun. Cependant, la jurisprudence majoritaire demeure en Belgique opposée à la substitution des particuliers à l'Etat dans l'exécution des sentences juridictionnelles de même qu'elle refuse toutes manœuvres du juge consistant à décider que son verdict tiendrait lieu d'acte juridique à accomplir par l'Administration. Il appartient à cette dernière seule d'exécuter une décision de justice en appréciant librement le moment et la manière de faire droit aux exigences du créancier.

---

[360] J. TERCINET, *op. cit.*, p. 8.

Mais, affirmer qu'il existe un principe légal interdisant l'usage des voies d'exécution forcée de droit commun à l'encontre des personnes publiques n'est rien. Encore faut-il déterminer expressément celles de ces entités qui peuvent s'en prévaloir étant donné que la mise en œuvre effective de ce principe peut s'avérer délicate si on n'a pas à l'esprit la connaissance exacte de ses bénéficiaires.

A cet égard, le droit belge tient à une affirmation fondamentale : toutes les personnes publiques ainsi que tous leurs biens jouissent de l'immunité d'exécution. L'affirmation est évidente au regard de l'article 1412*bis* précité. Mais, il faut surtout préciser sa portée en examinant les hypothèses qu'elle recouvre à savoir les personnes et les biens protégés par le principe.

§2. Les bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit belge

A. Les personnes publiques

107. Bref aperçu. Puisque l'impossibilité d'utiliser les voies d'exécution forcée de droit commun à l'encontre des personnes publiques relève de la catégorie des privilèges à caractère personnel, c'est-à-dire, attachés à la qualité de personne morale de droit public, il a été affirmé en droit belge qu'à part l'Etat au sens strict[361], cette prérogative peut être étendue à d'autres personnes publiques chargées de pourvoir au bien commun. Ainsi, citant P. WIGNY dans son article paru en 1958 relatif à « *L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics* », M. VAUTHIER observait que le *« principe de l'insaisissabilité des biens des administrations publiques s'étend, pour des raisons identiques, non seulement à l'Etat, mais aux autres personnes publiques, provinces, communes, établissements publics »*[362].

La même idée fut auparavant développée par DE BROUCKERE et TIELEMANS qui considéraient dans leur « *Répertoire de l'administration* », publié en 1848 qu'« *un principe*

---

[361] C'est-à-dire, la personne juridique Etat au sens du droit international.

[362] P. WIGNY, *Droit administratif*, éd. 1953, n° 293, p. 224, cité par M. VAUTHIER, *op. cit.*, p. 395.

général domine en Belgique la matière de l'exécution forcée ; les particuliers ne peuvent agir par voie d'exécution mobilière ou immobilière, contre l'Etat, les provinces, les communes et les établissements publics »[363]. Elle a, en outre, été reprise presqu'à l'unanimité par la doctrine contemporaine[364] et rangée parmi les notions classiques et fondamentales du droit administratif importées du droit français, sans aucune adaptation ni remise en question[365].

Ainsi, il est, en droit belge, une règle constante reprise par l'article 1412*bis* selon laquelle l'immunité d'exécution profite à l'Etat, aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux communes, aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes les personnes morales de droit public.

Seuls l'Etat au sens strict, les provinces, les communes et les organismes publics feront l'objet d'examen dans la présente section, les règles applicables à ces entités étant *mutatis mutandis*, applicables aux autres personnes publiques telles que les Régions, les Communautés, etc.

1. Les pouvoirs publics

a. L'Etat

108. Personne juridique au sens strict. En droit belge, l'immunité d'exécution de l'Etat est traditionnellement fondée tant sur les règles de droit civil[366] que sur certains principes du droit administratif, notamment les règles de la comptabilité publique et le statut des biens des personnes publiques sans oublier le statut juridique de ces personnes elles-mêmes[367]. Mais, la raison fondamentale de ce privilège réside sur ce principe de droit public que la jurisprudence

---

[363] DE BROUCKERE et TIELEMANS, *op. cit.*, 1848, v° *Exécution en matière civile*.

[364] Notamment A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3ème éd., 1966, vol. I, nos 81, 391, i et 400, a ; J. DEMBOUR, *Les moyens d'action de l'administration*, 1967, p. 189.

[365] M. NIHOUL, *op. cit.*, p. 4.

[366] Décret du 22 novembre-1er décembre 1790 et l'article 537 du Code civil.

[367] CH. HUBERLANT et F.DELPEREE, *op. cit.* p. 3.

a continué à reconnaître après l'arrêt du 5 novembre 1920[368] et suivant lequel « *les créanciers de l'Etat ne peuvent, pour assurer le maintien de leurs droits, entraver la marche des services publics auxquels le Gouvernement est tenu de pourvoir*[369] *»*.

L'élément « service public » demeure donc à la base de cette interdiction qui, à l'heure actuelle, repose sur l'article 1412*bis* du Code judiciaire. Et puisque toute puissance divisée contre elle-même est conduite à sa perte, cet article assure le bénéfice de l'immunité d'exécution à toute personne publique exerçant un service public sans égard au régime juridique de l'activité exercée. Ainsi, le privilège profite non seulement à l'Etat, mais aussi à tous les autres services et organes de l'Etat ayant pour mission la poursuite de l'intérêt général.

Dès lors, la règle selon laquelle l'Etat ne peut faire l'objet de procédures d'exécution forcée de droit commun peut être sanctionnée devant toutes les juridictions. Mais, étant fondée sur la satisfaction des besoins de la communauté, tout justiciable à qui une personne publique pourrait l'opposer, en vertu de l'article 1412*bis* du Code judiciaire, est en mesure de solliciter du juge qu'elle soit écartée simplement parce que n'est pas mise en cause la pérennité du service public (article 1412*bis*, § 2, 2°).

L'Etat bénéficie donc de l'immunité d'exécution même lorsqu'il s'agit de ses services ayant une activité économique. L'exception généralement admise en la matière étant celle relative aux navires[370] de mer appartenant à l'Etat et les navires exploités par lui aux mêmes obligations que celles applicables aux navires privés[371].

---

[368] Arrêt *La Flandria* (Cass., 5 novembre 1920, *Pas*., 1920, I, p. 193 avec les conclusions de P. LECLERCQ).

[369] Exposé des motifs du projet de loi, *Doc. parl*., Chambre, sess., 1926-1927, n° 335 (*Pasin*., 1928, p. 478).

[370] Loi du 28 novembre 1928 ayant pour objet l'introduction dans la législation belge des dispositions conformes à celles de la convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat, signée à Bruxelles le 10 avril 1926 (*M.B*., 11 janvier 1929 ; *Pasin*., 1928, p. 474). Cette convention autorise la saisie des navires sauf lorsqu'il s'agit de : navires de guerre, yachts, navires de surveillance, bateaux-hôpitaux, navires auxiliaires, navires de ravitaillement… affectés exclusivement au moment de la naissance de la créance ou au moment des mesures de saisie, arrêt ou détention, à un service d'intérêt public non commercial (articles 3 et 4 de la loi. Voy. aussi CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit*., p. 6).

[371] Il y a lieu de citer également les entreprises à participation publique.

b. Les provinces et les communes

109. Les provinces. Emanations de l'Etat, les provinces jouissent incontestablement de l'immunité d'exécution en droit belge. Celle-ci se fonde tant sur l'article 1412*bis* du Code judiciaire que sur certains prescrits du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Cet instrument juridique contient, faut-il le souligner, des principes applicables en matière d'établissement du budget et de paiement des dépenses de la province. L'article L. 3131-1 §2, 1°, par exemple, donne au Gouvernement le pouvoir de veiller au règlement des intérêts provinciaux en examinant le projet du budget de la province, ce qui lui permet d'y inscrire des prévisions de recettes et des postes de dépenses. En effet, cette disposition énonce que : « *Sont soumis à l'approbation du Gouvernement les actes des autorités provinciales portant sur (…) le budget provincial, le budget des régies provinciales, les modifications budgétaires et les transferts de crédits de dépenses* ».

Bien plus, l'article L 3132-1, §3, alinéa 2 de ce Code dispose que « *pour les actes visés à l'article L 3131-1, §1er, 1° et §2, 1° les autorités de tutelle peuvent inscrire des prévisions de recettes et des postes de dépenses ; elles peuvent les diminuer, les augmenter ou les supprimer et rectifier des erreurs matérielles* ». Les dépenses résultant des condamnations à des sommes d'argent infligées, aux provinces, par les cours et tribunaux, ne peuvent donc échapper aux prescrits des dispositions légales précitées. Dès lors, leur règlement ne peut être effectué que conformément au budget et selon les procédures fixées à cet effet.

Ainsi, l'interdiction des voies d'exécution forcée de droit commun à l'encontre des provinces résulte, en droit belge, non seulement du fait du rattachement de ces entités à l'Etat, personne publique par excellence, mais aussi en raison de la soumission à des procédures budgétaires très strictes, des charges financières incombant à ces institutions.

110. Les communes. En droit belge, l'immunité des communes, comme celles des autres collectivités publiques territoriales, est expressément consacrée par le législateur. Elle apparaît comme la formalisation d'un droit incontestablement reconnu à ces entités par la

jurisprudence de la Cour de cassation[372] dès les deux premières décennies de la naissance de l'Etat belge et qui a continué à être affirmé au fil du temps par les tribunaux inférieurs[373].

A l'heure actuelle, l'immunité d'exécution des communes résulte, d'une part, de l'article 1412*bis* du Code judiciaire et, d'autre part, des dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation du 22 avril 2004 relatives au budget et au règlement général de la comptabilité communale. Ces dispositions soumettent les dépenses de la commune à un ensemble de prescriptions qui régissent chacune des opérations successives les concernant. L'article L 1321-1 de ce Code stipule que le Conseil communal est tenu de porter annuellement au budget des dépenses toutes celles que les lois mettent à charge de la commune et spécialement (…) les dettes de la commune, liquidées et exigibles, et *celles résultant de condamnations judiciaires à sa charge*[374]. D'autres modalités concernent les engagements pris à l'égard des créanciers de la commune ainsi que la responsabilité personnelle des membres du collège communal autorisant des paiements contraires aux prescrits légaux.

---

[372] Il s'agit des arrêts des 23 octobre 1833 et 30 décembre 1841. Le premier, soit celui du 23 octobre 1833, fut rendu dans une affaire qui opposa trois communes belges aux prêteurs des fonds ayant servi à la construction d'une chaussée (route) et pour lesquelles les trois communes avaient consenti une rente. Cet arrêt avait la particularité d'avoir confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait auparavant décidé que : « *Il n'appartient pas aux tribunaux de régler la manière dont les dettes des communes doivent être acquittées ; mais bien de statuer sur les contestations qui peuvent s'élever entre elles et ceux qui s'en prétendent créanciers relativement à l'existence de ces dettes, ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce* ». Au fait, la Cour de cassation avait suivi la logique de la Cour d'appel en ayant écarté toute possibilité pour les créanciers d'exercer la contrainte, en matière de paiement des dettes, sur les communes précitées au motif que celles-ci n'étaient pas conformes aux budgets leur alloués par les états provinciaux (*Pas*., 1833, I, 161). Quant au second arrêt de la Cour de cassation du 30 décembre 1841, Il affirma de manière explicite la règle de l'immunité des communes à l'égard de l'exécution forcée en ces termes : « *Il résulte de l'ensemble du système qu'établit cette loi (loi communale du 30 mars 1836) que les communes n'ont pas la libre disposition de leur avoir, qu'elles ne peuvent faire aucune dépense ni satisfaire à aucun de leurs engagements qu'après y avoir été autorisées par l'autorité administrative supérieure, et conformément aux allocations portées à leur budget, dont il leur est défendu de s'écarter* ». Ce faisant, la Cour avait admis que les dispositions particulières aux communes ont pour conséquences que *l'on ne peut agir contre elles par voie quelconque d'exécution, soit mobilière ou immobilière, soit de saisie-arrêt pour obtenir le paiement de ce dont elles sont redevables* (Cass., 30 décembre 1841, *Pas*., 1841, I, p. 25).

[373] Il en est ainsi du jugement du tribunal civil de Bruxelles du 7 juin 1847 qui déclare nulle la saisie-arrêt pratiquée par le créancier d'une commune (*Belg. Jud*., 1847, col. 946-947) ; un jugement du tribunal civil de Charleroi du 22 mars 1860 refuse également de valider une saisie-arrêt pratiquée à charge de la commune (*Belg. Jud*. 1860, col. 1347) ; un jugement du tribunal civil de Verviers du 13 mars 1909 exclut tout moyen de contrainte contre une commune (*Rev. adm*., 1910, p. 104) ; enfin, un jugement du tribunal civil de Turnhout du 27 novembre 1927 écarte également une saisie immobilière pratiquée sur un bien de la commune (*Rev. adm*., 1931, p. 140).

[374] Voy. aussi, l'article L 3131-1, §1er, 1° aux termes duquel : « *sont soumis à l'approbation du collège provincial, les actes des autorités communales portant sur le budget communal, le budget des régies communales, les modifications budgétaires et les transferts de crédits de dépenses* ».

Ainsi en est-il de l'article L 1311-3 du Code précité qui porte qu'aucun paiement sur la caisse communale ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une allocation portée au budget, d'un crédit spécial, ou d'un crédit provisoire alloué dans les conditions et limites fixées par le Gouvernement. Les membres du collège communal sont personnellement responsables des dépenses engagées ou mandatées par eux contrairement à la loi.

Pour éviter l'exécution des dépenses excessives pouvant entraîner un déséquilibre budgétaire nuisible aux finances de la commune, l'article L 1311-4, §1er, alinéa 1 stipule qu'aucun article des dépenses du budget ne peut être dépassé, et aucun transfert ne peut avoir lieu. Toutefois, la loi prévoit un tempérament à ce principe lorsqu'à la clôture d'un exercice certaines allocations sont grevées d'engagements régulièrement et effectivement contractés en faveur des créanciers de la commune. Dans cette hypothèse, la partie d'allocation nécessaire pour solder la dépense peut être transférée, sur décision du collège communal à l'exercice suivant (article L 1311-4, alinéa 2).

Par ailleurs, une tutelle de substitution pour le paiement des dépenses obligatoires que la loi met à charge des communes et qui n'auraient pas été portées au budget ou exécutées par l'autorité sous tutelle est organisé par l'article L 3116-1 au profit de l'autorité de tutelle. Cette disposition déclare que « *L'autorité de tutelle peut, par arrêté, désigner un commissaire spécial lorsqu'une personne morale de droit public visée à l'article L 3111-1, §1er (*commune, province, régie communale ou provinciale autonome, etc.*), reste en défaut de fournir les renseignements et éléments demandés, ou de mettre en exécution les mesures prescrites par les lois, décrets, arrêtés, règlements ou statuts ou par une décision de justice coulée en force de chose jugée. Le commissaire spécial est habilité à prendre toutes les mesures nécessaires en lieu et place de l'autorité défaillante, dans les limites du mandat qui lui a été donné par l'arrêté qui le désigne* ».

Il s'ensuit, de ce qui précède, que les revenus des communes ne peuvent en cours d'exercice recevoir d'autres destinations que celles assignées par le budget (article L 1311-3) et que le pouvoir judiciaire ne peut pour garantir des intérêts privés, autoriser des voies d'exécution forcée de droit commun sur les biens de la commune.

L'immunité d'exécution des communes à l'égard de toute mesure de contrainte est donc unanimement admise, et elle ne repose pas ici uniquement sur cette seule considération. Les jugements et arrêts font valoir, sous des formes un peu différentes, une autre raison

fondamentale : admettre des mesures d'exécution forcée contre une commune serait donc risquer de la mettre dans l'impossibilité de s'acquitter de toutes ses missions légales. Ce serait aussi risquer de paralyser ou de perturber certains services publics dont elle est chargée. C'est pourquoi une commune ne peut être privée des biens affectés à ses services. Elle ne peut pas non plus être privée d'un de ses autres biens. La jurisprudence déclare, en effet, insaisissable même le domaine privé. Un des motifs en est que les biens qui ne sont pas affectés à un service public sont destinés à favoriser, fût-ce de manière très indirecte, le bon fonctionnement d'un tel service. La saisie d'un de ces biens pourrait donc apporter des entraves au fonctionnement d'un service public.

On le constate à la lumière des développements précédents, l'interdiction de la contrainte à l'encontre des communes résulterait non seulement du système général du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, mais aussi de la nécessité de ne pas compromettre la poursuite normale des tâches d'intérêt général à accomplir par ces entités dans leur mission de service public. Néanmoins, les créanciers des communes ne sont nullement laissés au dépourvu puisque la procédure de la tutelle de substitution constitue une garantie très importante établie en leur faveur par la loi en cas d'inertie communale dans l'exécution des obligations lui incombant[375]. Ce mécanisme est une compensation très appréciable à la privation générale des procédures d'exécution forcée de droit commun et permet d'écarter l'objection que la loi communale belge établirait un système inique pour les créanciers de la commune.

[375] N'est pas prise en compte ici la saisie limitée des biens des personnes publiques prônée par l'article 1412*bis* du Code judiciaire parce qu'il s'agit principalement d'évaluer la loi communale en rapport avec les garanties offertes aux créanciers en cas d'inexécution par la commune de ses obligations.

2. Les organismes publics

a. Les établissements publics administratifs

111. Organismes soumis aux règles sur la comptabilité publique. En Belgique, notent CH. HUBERLANT et F. DELPEREE[376], le bénéfice de l'immunité d'exécution fut d'autant plus aisément reconnu aux établissements publics traditionnels que ceux-ci sont en matière de recettes et de dépenses, soumis à des règles analogues à celles qui sont applicables aux communes. Dans cette optique, la jurisprudence eut à reconnaître l'immunité d'exécution à toute personne assurant un service public, même s'il s'agissait d'institutions fonctionnant sur base des capitaux mixtes. Ce privilège fut ainsi admis au profit notamment de :

— bureaux de bienfaisance, hospices et commissions d'assistance publique[377] ;
— l'O.N.S.S.[378] ;
— l'Office des transports coloniaux[379].

De la sorte, l'intervention de l'article 1412*bis* de la loi du 30 juin 1994 consacrant de manière générale l'immunité d'exécution des personnes morales de droit et particulièrement des établissements publics traditionnels, n'a fait, s'agissant de ces organismes, qu'enfoncer une porte déjà ouverte.

Les débats parlementaires, portant sur la détermination des bénéficiaires de l'immunité, citent d'ailleurs expressément certaines de ces institutions en précisant que la liste n'est pas exhaustive. Il s'agit notamment des centres publics d'action sociale, des régies publiques ainsi

---

[376] CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 26-29.

[377] Les PANDECTES BELGES déclarent que : « *Les biens des bureaux de bienfaisance ne peuvent être atteints par l'exécution forcée des décisions judiciaires prononcées contre ces institutions. Ils sont insaisissables* » (Tome XIV, 1885, v° Bureau de bienfaisance, n° 404). Quant aux hospices, lire CH. LEURQUIN, « *Etude sur la saisie-arrêt* », n° 91. Enfin, sur les commissions d'assistance publique voy. J. GLINEUR et P. ROCHET, *Guide pratique de l'administration des commissions d'assistance publique*, n° 469 (cités par CH HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 27).

[378] Civ. Bruxelles, 10 avril 1953, *J.T.*, 1954, p. 82.

[379] Civ. Bruxelles, 13 août 1960, *J.T.*, 1961, p. 670.

que des institutions publiques de crédit[380]. Toutefois s'agissant de ces dernières institutions, la doctrine estime pouvoir exclure leurs biens de l'immunité en considération de l'article 193 de la loi du 17 juin 1991 qui rend saisissable l'ensemble de leurs biens[381].

En somme, le principe de l'insaisissabilité vise en Belgique tous les établissements publics à caractère administratif. L'usage par le législateur de l'expression « *et généralement à toutes personnes morales de droit public* » contenue au paragraphe premier de l'article 1412*bis* donne à ce texte une portée générale permettant de faire accréditer cette thèse, par ailleurs, admissible à l'égard d'autres personnes morales de droit public.

b. Les établissements publics à caractère industriel et commercial

112. Les personnes publiques « sans comptables publics »[382]. La question de l'impossibilité d'utiliser les voies d'exécution du droit privé contre les personnes publiques a été renouvelée, comme nous l'avons déjà relevé précédemment s'agissant du droit congolais, par la création des établissements publics à caractère industriel et commercial[383], dont non seulement l'activité, mais aussi le statut sont profondément marqués par le droit commun.

En droit belge, un litige opposant l'Association Intercommunale de l'Electricité et du Gaz (A.I.E.G.) à un de ses fournisseurs a donné, aux cours et tribunaux, l'occasion de se prononcer sur la faculté reconnue à un créancier d'user des voies d'exécution forcée de droit

---

[380] Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. ARTS, *Doc. Parl.*, Sénat, s.e. 1988, n° 213-2, spéc. pp. 11-12 (dans la suite de l'exposé, ce document parlementaire sera appelé : « premier rapport ARTS ») et Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. ARTS, *Doc. Parl.*, Chambre, s.o. 1992-1993, n° 769-2, spéc. pp. 44 (dans la suite de l'étude, on le nommera « second rapport ARTS »).

[381] A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 442.

[382] Expression empruntée à P. AMSELEK qui, pour distinguer ces organismes des établissements publics traditionnels soumis aux règles sur la comptabilité publique, les qualifie de : « établissements publics sans comptables publics » (P. AMSELEK, « Les établissements publics sans comptables publics et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *J.C.P.*, 1986, I, 3286, n^{os} 30 et s.).

[383] Cfr. *supra*, n^{os} 58 et 59.

commun à l'encontre d'une telle association exerçant une activité industrielle et commerciale[384].

En l'espèce, le créancier avait pratiqué des saisies-arrêts sur les biens de cette Association. Voulant éviter cette mesure coercitive, l'Association demanda au président du tribunal de première instance de Namur siégeant en référé d'ordonner qu'il soit simplement sursis à ces saisies-arrêts. Par une ordonnance du 29 juin 1962, le président du tribunal rejeta cette demande[385] et un jugement du tribunal du 1er septembre 1962 déclara la saisie-arrêt valable[386]. Pour refuser à l'A.I.E.G. le bénéfice de l'immunité d'exécution, l'ordonnance et le jugement invoquèrent, en ordre principal, la nature de son activité, à savoir, la distribution d'électricité et du gaz qui est semblable à l'activité des particuliers et à laquelle ne s'attache pas la notion d'autorité ou de pouvoir public. Bref, le jugement considéra l'A.I.E.G. comme une individualité de droit privé et valida les mesures de contrainte mises en cause.

Poursuivant dans la même logique, la Cour d'appel de Liège, par son arrêt du 1er avril 1963, confirma ce jugement au motif que l'A.I.E.G. n'était pas un établissement public et n'avait, dès lors, pas un caractère administratif[387]. La Cour fit aussi valoir que la loi de continuité et de régularité des services publics- fondement même du régime de l'insaisissabilité des biens- ne s'applique pas, en principe, aux intercommunales, singulièrement dans le cas d'une intercommunale du genre de l'appelante : Association 1°) constituée sous forme de société coopérative ; 2°) dont les statuts prévoient : a) une activité soumise à un régime plus commercial qu'administratif ; b) un système de nomination étranger au statut légal ou réglementaire et c) des modalités de dissolution et de liquidation indépendantes de l'intérêt général.

La Cour d'appel fit remarquer, en outre, que l'insaisissabilité est une protection qui constitue une exception à la garantie donnée par la loi aux droits privés des citoyens ; qu'en conséquence, on ne peut en étendre le bénéfice à des organismes autres que des branches de

---

[384] Aux termes de ses statuts, cette association s'occupait de « l'étude de services publics de production, d'achat, de transport et de distribution de gaz et d'électricité ; leur établissement et leur production ».

[385] Jur. Liège, 1962, p. 33.

[386] Jur. Liège 1962, p. 34, avec une note d'observations du Chevalier BRAAS approuvant les décisions.

[387] *Pas.*, 1963, II, p. 82 ; *Mouv. comm.*, 1963, p. 693.

l'administration détachées ou instituées par le Pouvoir à des fins administratives d'intérêt général[388].

L'arrêt de la Cour d'appel de Liège fut finalement cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1966[389]. La Cour, après avoir analysé l'incidence de l'article 108 de la Constitution et de la loi du 1er mars 1922 sur les associations de communes et fait l'examen successif de l'article 75 de la loi communale, de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique et des statuts de l'A.I.E.G., conclut : « *qu'il apparaît ainsi que non seulement la demanderesse a pour mission d'assurer le service public de la distribution d'électricité et du gaz que lui assignent ses statuts, mais qu'elle constitue organiquement, quoique sous forme d'association, une personne publique ; que dès lors, le principe général de la continuité du service public, aussi bien que l'article 537, alinéa 2, du Code civil lui étant applicables, l'arrêt attaqué n'a pu légalement déclarer valables les saisies-arrêts pratiquées à charge de la demanderesse* ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation contribua à élargir la portée *ratione personae* du privilège de l'immunité d'exécution qui, d'après elle, devait bénéficier à toutes les personnes publiques chargées d'une mission d'intérêt général. Ce faisant, la Haute cour établissait, ainsi, indirectement une distinction bien nette entre deux catégories de personnes : les personnes publiques d'une part et les personnes privées d'autre part.

L'arrêt de la Cour de cassation considéra que la distribution de gaz et d'électricité constitue un service public et reconnut la qualité de personne publique à l'A.I.E.G. ainsi qu'à toutes les associations de communes[390], ce qui lui valut le mérite d'unifier le statut des personnes

---

[388] Plusieurs études de doctrine ont critiqué la solution adoptée par le tribunal civil de Namur et la Cour d'appel de Liège (J.-J. STRYCMANS, *op. cit.*, pp. 321-325 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, pp. 212-213 ; CH. GOOSSENS, *op. cit.*, p. 255, note 93, p. 267, note 119 et p. 268, note 123 ; M. DONNAY, *Rec. gén. enreg. Not.*, 1964, pp. 75-80).

[389] *Pas.*, 1966, I, p. 1060 ; *Rev. adm.*, 1926, p. 125, avec note d'observations du professeur M.-A. FLAMME.

[390] La maxime de cette décision affirmait, à cet effet, que : « *Les associations de communes formées dans les conditions et suivant le mode prévu par la loi sont des personnes publiques soumises comme telles aux règles générales du droit administratif. En vertu du principe général de la continuité du service public, les biens d'une personne publique affectés à un service public sont insaisissables* ». Etant donné que l'arrêt du 21 avril 1966 eut le mérite de dégager les critères permettant de déterminer le champ d'application de l'immunité d'exécution (critères organique et fonctionnel), la doctrine demeura longtemps partagée entre ces critères. Certains préféraient s'en tenir à la réunion de deux critères (A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 392 ; G. de LEVAL, « Traité des saisies », *op. cit.*, p. 104, n° 61 ; CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 242 ; M. PAQUES, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *J.T.*, 1983, p. 435). D'autres, comme M.-A. FLAMME, privilégient *le critère fonctionnel* et considèrent que *« le principe de la continuité et de la*

publiques et de faire un lien entre ce statut et la mise à l'écart des voies d'exécution du droit commun. Il permit en outre à la doctrine et à la jurisprudence, en Belgique, de dégager bien avant l'intervention de l'article 1412*bis* de la loi du 30 juin 1994, les critères d'applicabilité de l'immunité d'exécution se résumant en un critère organique (la qualité de personne publique) et un critère fonctionnel (la mission de service public)[391].

Dès lors, les personnes publiques considérées comme des personnes morales de droit public exerçant une mission de service public économique, bénéficient, en Belgique, de l'immunité d'exécution. C'est le cas des Organismes d'intérêt public à caractère économique[392].

113. Inexistence en droit positif belge de la catégorie d'établissements publics à caractère industriel ou commercial. Remarquons cependant que le droit belge des organismes publics est, à l'heure actuelle, marqué par l'absence de la catégorie distincte d'organismes qualifiés « d'établissements publics à caractère industriel ou commercial ». En effet, observe D. DEOM, la loi du 16 mars 1954 n'a, en aucun moment réservé une catégorie spécifique aux organismes d'intérêt public exerçant une activité économique, ou plus strictement une activité « industrielle ou commerciale ». Certaines de ses dispositions visent

---

régularité du service public (…) est suffisant pour justifier l'interdiction des voies d'exécution forcée à l'égard de toutes les entreprises publiques quelle que soit leur forme juridique » (art. cité, *Rev. adm.*, 1966, p. 125). Quant à J. LE BRUN et D. DEOM, ils mettent aussi l'accent sur ce même *critère de finalité*, mais, ils préfèrent, s'agissant des entreprises publiques, faire la distinction entre, d'une part, *les entreprises publiques au sens strict* auxquelles les pouvoirs publics apportent leur concours financiers sous forme de prise de participation sans leur assigner d'autre objectif que celui de l'activité économique considérée pour elle-même et, d'autre part, les services publics à caractère industriels et commercial ayant la qualité de *service public économique*. Les premières (entreprises publiques au sens strict) sont soumises au droit commun et exclues de l'immunité d'exécution en raison de leur forme juridique, de leur organisation, de leur activité et de *leur finalité*. Les secondes (services publics économiques) érigées en service public industriel et commercial restent bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Toutefois, considérant les difficultés de distinguer en fait ces deux catégories d'institutions, ces auteurs pensent que le critère de finalité doit s'apprécier dans chaque cas d'espèce au regard de la loi ou du décret ayant prévu la participation des pouvoirs publics (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 265). On remarque donc que la doctrine semble mettre l'accent sur le critère fonctionnel pour éviter une extension trop grande des bénéficiaires de l'immunité d'exécution pouvant résulter de l'application du seul critère organique.

[391] Ainsi, un jugement du tribunal civil de Bruxelles du 13 août 1960 avait levé une saisie-arrêt pratiquée à charge de l'Office d'exploitation des transports coloniaux (OTRACO, entreprise semi-publique) au motif qu'il constituait « un établissement public de droit colonial belge et qu'il réalisait en cette qualité une mission d'intérêt général ». Comme justification de sa décision, le tribunal invoquait le fait que : « les avoirs des pouvoirs publics et des établissements publics y assimilés sont affectés à des fins d'intérêt général et ne peuvent être distraits de ces fins au bénéfice des particuliers » (Civ. Bruxelles, 13 août 1960, *J.T.*, 1961, p. 670).

[392] D. DEOM, « Evolutions et tendances récentes en matière d'entreprises publiques », in *Les parastataux en Belgique au 20ème siècle : législations, évolutions récentes*, actes du colloque tenu aux archives générales du Royaume à Bruxelles, 2003, p. 110.

ce type d'organismes, sans que leurs particularités puissent justifier leur groupement en une catégorie spéciale[393].

Dès lors, coexistent en Belgique trois grandes catégories d'organisations publiques composées de :

— services publics ou organismes d'intérêt public à caractère économique ;
— entreprises à capitaux publics ou à participation publique ;
— entreprises publiques autonomes.

Les organismes d'intérêt public à caractère économique sont un ensemble d'institutions décentralisées exerçant une activité économique et ayant la qualité de personnes morales de droit public. Ils existent dès le 19ème siècle et occupent, en guise d'intervention des pouvoirs publics dans l'économie belge[394], un rôle important dans la prestation de nombreux services économiques d'intérêt collectif.

Ces organismes sont dotés de la personnalité juridique et sont, de ce fait, placés sous la tutelle administrative du Gouvernement fédéral ou régional compétent. Ils font partie de l'administration au sens large et sont chargés, par la loi, de la mission de service public. C'est principalement parmi les établissements publics, les associations de droit public, les intercommunales (comme dans l'exemple précédent de l'A.I.E.G.) et les sociétés d'économie mixte que l'on trouve ces genres d'organismes.

Au regard de l'interdiction des voies d'exécution forcée de droit commun, les organismes d'intérêt publics à caractère économique *bénéficient incontestablement de l'immunité d'exécution* en raison de leur nature de personnes morales de droit public et de la mission de service public leur attribuée par la loi.

Quant aux entreprises à capitaux publics ou à participation publique, le droit belge reconnaît cette qualité aux organismes publics qui bénéficient des prises de participation de l'Etat sans

---

[393] D. DEOM, « Evolution et tendances récentes en matière d'entreprises publiques », *op. cit.*, pp. 101 et s.

[394] L'intervention des pouvoirs publics dans l'économie belge n'occupe, selon D. DEOM, qu'une place restreinte (voy. D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story, 1990, p. 1)

être chargés de la mission de service public[395]. Ces entreprises sont, sur le plan du droit applicable, soumises au régime de droit privé et ne bénéficient pas de l'immunité d'exécution. Le contrôle que les pouvoirs publics exercent sur ces entreprises même en qualité qu'actionnaire majoritaire ou d'unique actionnaire est régi, sauf exception, par le droit privé. Il n'y a ici ni tutelle administrative, ni régime budgétaire, ni désignation directe d'administrateurs par le Gouvernement. Le droit administratif se limite tout simplement à régler l'intervention publique dans le capital, ses conditions et ses éventuelles limitations.

Enfin s'agissant des entreprises publiques autonomes, la loi du 21 mars 1991[396] vise spécialement les entreprises exerçant à la fois des missions de service public[397] et des activités commerciales. Il s'agit d'une catégorie spéciale d'entreprises dans laquelle la loi organise la juxtaposition de deux types d'activités sous couvert d'une personnalité juridique unique. C'est en quelque sorte une combinaison de deux modèles précédemment cités : organismes d'intérêt public à caractère économique et entreprises à capitaux publics.

Le régime juridique organisé par la loi du 21 mars 1991 pour les deux types d'activités comprend l'application de certaines règles du droit administratif pour la partie relative aux missions de service public (cas de la législation sur les marchés publics) et l'intervention des règles de droit privé pour la partie commerciale. Les entreprises publiques autonomes sont dotées des organes de gestions propres et ne sont pas soumises à la tutelle administrative de type classique (par exemple, être placé sous l'autorité hiérarchique d'un ministre). Leurs relations avec l'Etat sont déterminées par un contrat de gestion dans lequel sont fixées les obligations de service public et les moyens qui leurs sont accordés pour y satisfaire. En raison de leur mission de service public d'une part et de leur nature de personnes morales de droit public d'autre part, les entreprises publiques autonomes *bénéficient de l'immunité d'exécution* pour les biens qui sont entièrement ou partiellement affectés à la mise en œuvre par elles de leurs tâches de service public[398].

---

[395] On cite parmi ces organismes, les entreprises des secteurs dits « nationaux », spécialement dans les années 1980.

[396] Quatre secteurs sont ici concernés : le service postal, les chemins de fer, les télécommunications et la gestion des infrastructures aériennes.

[397] Ces missions sont désignées par la loi elle-même. Ainsi, toutes les autres activités de l'entreprise sont réputées extérieures au service public.

[398] Article 8, alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991.

B. Les biens couverts par l'immunité d'exécution

1. Tous les biens des personnes morales de droit public

114. L'ensemble du patrimoine étatique y compris les comptes bancaires. Comme on l'a observé précédemment, il paraît s'imposer que l'immunité est toujours attribuée à une personne[399]. Aussi, n'aurait-il pas été prudent de reprendre ce point dans la partie relative aux bénéficiaires de l'immunité pour ne pas donner l'impression que les biens seraient également titulaires de cet important privilège. Mais, puisque dans le langage courant beaucoup de personnes associent l'immunité d'exécution aux biens, particulièrement ceux du domaine public, il nous a semblé d'un grand intérêt d'aborder cette question dans ce paragraphe pour souligner qu'un bien ne peut jamais être titulaire d'un droit, mais seulement son objet. L'immunité d'exécution constitue donc un privilège attaché à une personne publique (l'Etat) et l'insaisissabilité qui est envisagée comme un privilège exorbitant du droit commun, procède des liens existants entre les personnes publiques et leurs biens propres. Ceux-ci étant jugés nécessaires à l'accomplissement de leur mission de service public.

Quant aux biens couverts par cette prérogative en droit belge, on notera simplement que tous les biens des personnes morales de droit public *y compris les avoirs en espèces* (*comptes bancaires*) sont, en principe, à l'heure actuelle, soumis à l'immunité d'exécution[400]. Cela résulte des prescrits du paragraphe premier de l'article 1412*bis* du Code judiciaire aux termes duquel les biens appartenant à l'Etat, aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux

---

[399] Voy., par exemple, I. SEIDL-HOHENVELDERN pour qui « L'immunité est un attribut de la personnalité (…) », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales*, Paris, Pedone, coll. Cours et Travaux de l'I.H.E.I., 1981, p. 160. Plusieurs auteurs ont également fait référence explicite au caractère personnel de l'immunité de l'Etat. On peut lire à ce sujet J.-M BISCHOFF, note sous Société anonyme EURODIF et SOFIDIF c. République islamique d'Iran, (Cass. fr.,1e civ., 14 mars 1984 ; *République islamique d'Iran c. Commissariat à l'énergie atomique et Etat français*, Cass. fr., 1e civ., 14 mars 1984, *R.C.D.I.P.*, 1984, pp. 644-655, p. ici p. 649).

[400] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 262 ; M. DONY, *op. cit.*, pp. 92-93 ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 390 ; CL. NYSSENS, *op. cit.*, p. 303 ; A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 438. L'immunité d'exécution déborde ainsi le cadre de la domanialité publique. Mais, comme l'observent J. LE BRUN et D. DEOM, il serait souhaitable de la limiter aux biens qui concourent au fonctionnement d'un service public tel que l'exprime le paragraphe deux, point 2° de l'article 1412*bis*.

communes, aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables.

Cette disposition, comme on le voit, ne fait pas de distinction entre les biens d'une personne publique et, de surcroît, ne conditionne pas l'appartenance au domaine public d'un bien à une quelconque décision de l'autorité publique compétente. Il suffit seulement que le bien soit la propriété d'une personne publique pour qu'il soit en principe insaisissable. Toutefois, l'article 1412*bis* retient dans son paragraphe deux, point 2° un critère de saisissabilité fonctionnel qui exclut toute discrimination au sein du patrimoine étatique (biens publics, biens privés de l'Etat) lorsqu'il déclare saisissables : « *les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public* ».

115. Conception du patrimoine étatique en droit belge. S'agissant du sens à donner aux biens du domaine public, une divergence d'opinion fort marquante avait, à cet égard, opposé, bien avant la loi du 30 juin 1994, la jurisprudence – spécialement celle de la Cour de cassation – à la doctrine. Si, pour la Haute cour, le domaine public de l'Etat était non seulement composé des biens servant indistinctement à l'usage de tous mais aussi des biens affectés à ce domaine par la loi ou par une décision de l'autorité[401], la doctrine jugea ce point de vue trop minimaliste en raison de sa tendance à écarter de la domanialité publique tous les biens non expressément attribués à ce domaine par le législateur. Aussi, préféra-t-elle se ranger derrière la conception maximaliste de la doctrine française selon laquelle font partie du domaine public tous les biens qui appartiennent à une personne publique et qui au regard de leur structure, de leur importance historique ou scientifique sont nécessaires au service public et ne peuvent être remplacés dans leur rôle par aucun autre[402].

Le législateur du 30 juin 1994 semble, aux termes du paragraphe 1[er] de l'article 1412*bis*, avoir suivi en cela l'opinion de la doctrine.

---

[401] En application de cette conception, la Cour avait même décidé « qu'une école communale, n'étant pas affectée à l'usage immédiat et direct du public, faisait partie du domaine privé de la commune » (Cass., 12 juillet 1978, *Pas.*, I, p. 354 ; Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, I, p. 486 ; Cass., 3 mai 1968, *R.C.J.B.*, 1969, p. 1, note MAST).

[402] J. WALINE cité par A. MAST, *op. cit.*, p. 183.

2. Exceptions à la règle de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques en droit belge

116. Navires de l'Etat et biens fonctionnellement non utiles au service public. Sous réserve des développements ultérieurs, notons simplement à ce niveau que l'exception régulièrement citée en matière d'insaisissabilité des biens des personnes publiques en droit belge concerne surtout les navires de mer appartenant à l'Etat et les navires exploités par lui à des fins commerciales. A cette exception s'ajoute également les biens qui, aux termes du paragraphe deux, point 2° de l'article 1412*bis,* ne sont manifestement pas utiles aux personnes publiques pour l'accomplissement de leur mission ou pour la continuité du service public. Tous ces biens sont donc saisissables et la personne publique ne peut, en ce qui les concerne, opposer au créancier l'exception résultant de leur insaisissabilité.

En somme, la question de la distinction entre biens du domaine public et biens du domaine privé demeure, en dehors des pays qui l'ont expressément abolie dans certains domaines (cas de la Belgique *en matière de saisie*), une question récurrente dont les solutions adoptées ne sont pas moins complexes (cas de la RDC)[403]. Mais, comme le révèle l'exemple belge, il s'agit plus d'une affaire d'opinion politique dans laquelle, en fin de compte, ce sont les autorités politiques seules qui peuvent être appelées à décider de l'orientation à prendre : maintien ou suppression du cloisonnement patrimonial. La mission de la doctrine et de la jurisprudence consistant simplement, pour l'une, à observer le fonctionnement des institutions et les exigences ou souhaits de la collectivité pour en tirer des conclusions nécessaires à l'évolution du droit et de la société, et, pour l'autre, dire le droit en essayant de rétablir au mieux la justice et la sécurité.

---

[403] Cfr, *supra*, n° 66.

§ 3. Fondements et remise en cause de l'immunité d'exécution

A. Fondements ou justifications de l'immunité d'exécution en droit belge

L'énumération, en droit belge, des justifications traditionnelles de l'immunité d'exécution reprend généralement les éléments ci-après : l'article 8 du décret du 22 novembre-1er décembre 1790 et l'article 537, alinéa 2 du Code civil, le principe de la régularité et de la continuité des services publics, les règles budgétaires, la bonne foi des personnes publiques, les voies d'exécution administratives et enfin, la séparation des pouvoirs entre le juge et l'administration. Bref, tous les éléments repris en droit congolais au titre de justifications de l'immunité d'exécution et qui ont été analysés sous la seule optique du droit congolais.

Les développements suivants seront consacrés à leur examen en droit belge.

1. L'article 8 du décret du 22 novembre-1er décembre 1790 et l'article 537, alinéa 2 du Code civil

117. Une justification traditionnelle supplantée par l'article 1412*bis* du Code judiciaire. Le droit belge a traditionnellement fait reposer l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public sur les dispositions légales ci-dessus reprises et principalement l'article 537, alinéa 2 du Code civil qui, ayant expressément soumis l'aliénation des biens insusceptibles d'appropriation privée à des règles particulières, créa un régime juridique particulier de ces

biens, lesquels devinrent inaliénables, insaisissables et imprescriptibles[404]. Ce fut le début de la séparation de la domanialité publique en biens du domaine public et privé de l'Etat.

Cependant, influencé par une certaine doctrine moderne très critique à l'égard de la distinction dualiste de la propriété étatique, le droit belge a fini par supprimer cette distinction en matière de saisie et considère désormais tous biens de la personne publique comme insaisissable sans égard à la catégorie à laquelle ils appartiennent et sans qu'aucune affectation particulière à l'usage public ne soit requise[405].

Les raisons de cette abolition reprises par un membre de la Commission de la justice de la Chambre au cours des travaux parlementaires semblent d'une pertinence péremptoire : « *Le but de cette commission est d'élaborer un texte de loi clair et précis. Elle a, à juste titre, abandonné la distinction vague et parfois artificielle, entre domaine public et domaine privé. Cette distinction doctrinale sans définition légale, n'est pas claire et la jurisprudence de la Cour de cassation, à cet égard, est critiquée par la doctrine. Le projet transmit par le Sénat admet le principe de la saisissabilité des biens du domaine privé avec des réserves. Pour apprécier ces réserves, il y a lieu de se référer au caractère indispensable des biens à l'exercice par les personnes morales de droit public de leur mission ou à la continuité du service public. Or, ce critère est notamment utilisé pour faire la première distinction entre domaine privé et public. Cette double distinction sera source de difficultés et de confusions…* »[406].

On le remarque, la Belgique s'est débarrassée de cette vieille distinction en raison notamment des difficultés qu'elle entraîne en pratique[407]. Malgré l'avis du Sénat de déclarer les biens

---

[404] M. DONY, *op. cit.*, p. 88 ; F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 10 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 276, n° 26 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 22 ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, p. 390.

[405] Ceci est déjà vrai, bien avant l'intervention de l'article 1412*bis*.

[406] Rapport du Sénat du 18 janvier 1994, *Doc. parl.*, Sénat, session 1993-94, n° 769/2, p. 6 (cité par C. NYSSENS, *op. cit.*, p. 304).

[407] Il est souvent difficile, en pratique, de déterminer avec exactitude de quel domaine relève un bien de l'Etat. Cela est valable tant pour certains biens mobiliers qu'immobiliers. Aussi, M. THERY fait-il observer, à ce sujet, ce qui suit : « Sans doute la forêt domaniale est-elle un capital à faire fructifier tant dans l'intérêt des finances de l'Etat que dans celui de l'économie générale du pays (…), mais elle est aussi un élément essentiel des équilibres climatiques ou hydrographiques, de l'environnement et de la qualité de la vie (…). Ce sont ces deux éléments qu'il faut concilier… ». On perçoit là, la difficulté de classer ce bien de l'Etat qui quoique relevant, au départ, de son domaine privé faute d'affectation particulière, contribue par ailleurs au maintien des équilibres environnementaux nécessaires à la qualité de la vie. Fait-il, dès lors, uniquement partie du domaine privé ou

privés de l'Etat saisissables, la Chambre n'a pu suivre ce point de vue et tous les biens des personnes publiques sont aujourd'hui couverts par l'immunité d'exécution.

Cette évolution dont l'aboutissement est la consécration en Belgique de la loi du 30 juin 1994 (introduisant dans le Code judiciaire un article 1412*bis*) a donc permis à ce pays de disposer, à l'instar du droit canadien[408], d'un texte clair et précis en matière d'insaisissabilité des biens des pouvoirs et organismes publics de sorte qu'à l'heure actuelle l'immunité d'exécution des personnes publiques repose en droit belge sur un socle légal qui pousse à reléguer au second plan tous les autres fondements dits traditionnels.

2. La continuité du service public

118. Etalon de mesure de la saisissabilité des biens des personnes morales de droit public. En droit belge, la doctrine[409] relie fréquemment l'immunité d'exécution au précepte de la régularité et de la continuité du service public parce que, soutient-elle, la poursuite de l'intérêt général s'oppose irrémédiablement à ce que les créanciers de l'Administration puissent entraver la marche des services publics en détournant de leur destination, dans un intérêt égoïste, des biens qui y sont affectés. Ce rattachement a eu pour conséquence de révéler le caractère relatif de la justification ainsi invoquée. Car, il s'est imposé progressivement de vérifier dans chaque activité la présence ou non d'un service public. Ce qui posa le problème de la détermination de l'autorité normalement compétente pour apprécier le critère de la continuité du service public.

---

public de l'Etat ? (M. THERY, sous C.E., 3 mars 1975, *Carrière et autres*, 165, *A.J.D.A.*, 1975, pp. 239 et 233, Chron. FRANCE et BOYON).

[408] La codification canadienne de 1953, S 17, précise par exemple qu'aucune mesure d'exécution forcée ne peut être prise sur un jugement rendu contre la Couronne. Le législateur a précisé, par ailleurs, au S 56 de la loi sur la Cour fédérale qu'un jugement rendu par la Cour contre la Couronne n'est pas un jugement exécutoire. D'où la doctrine, par la voix de M. MOCKLE, conclut qu'au Canada, l'immunité traditionnelle de la Couronne contre les voies ordinaires de l'exécution forcée donne l'apparence d'être entièrement codifiée, et qu'elle conserve une portée absolue (P. LEWALLE, *op. cit.* p. 602).

[409] Notamment A. VERHEYDEN, *op. cit.* pp. 387 et s. ; M. VAUTHIER, *op. cit.*, pp. 394 et s. ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, pp. 126 et s.

119. Appréciation de la continuité du service public. De l'abondante littérature juridique étudiée[410], il ressort que le pouvoir d'examiner dans quelle mesure les nécessités du service public s'opposent à l'exécution forcée fut d'abord l'apanage de la seule autorité administrative responsable du service. Vint ensuite une évolution qui eut pour conséquence la remise en cause de cette conception. En effet, par de nombreuses constructions jurisprudentielles, les juges belges se sont également reconnu un pouvoir de contrôle sur le refus d'exécution de l'Administration et trois grandes tendances doctrinales – appuyées chacune par une partie de la jurisprudence – ont vu le jour. Les uns refusent au juge tout pouvoir d'appréciation de la continuité du service public[411] ; les autres reconnaissent au juge ce pouvoir tout en s'opposant à la mise en balance des intérêts en présence[412], enfin, les derniers, plus radicaux et soucieux d'accroître les pouvoirs du juge en tant qu'arbitre impartial, érigent en principe la possibilité pour le juge d'apprécier à la fois la continuité du service public et le caractère vital de l'intérêt du créancier. Ils affirment que le juge des saisies pourrait, dans ce dernier cas, décider que l'état de besoin du créancier doit l'emporter sur les motifs non équitables avancés par l'administration pour maintenir ou autoriser la saisie[413].

Pour revenir à ces différents courants, il y a lieu de retenir d'abord, en ce qui concerne la première tendance, que les tenants de cette thèse se sont farouchement opposés à l'appréciation par le juge de la continuité du service public. A l'appui de leur soutènement émerge l'idée selon laquelle la poursuite et la sauvegarde de l'intérêt général sont primordiales et il n'appartient pas au juge d'apprécier l'utilité d'un bien au regard de la mission de la personne morale de droit public. Accorder au juge judiciaire, fût-ce de façon marginale, ce pouvoir serait donc lui permettre de prendre une décision politique de grande importance et l'autoriser indirectement à porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Cela reviendrait en outre à le placer devant une appréciation politiquement délicate et pratiquement difficile. C'est à l'administration qu'appartient le choix du moment et des

---

[410] J. VAN COMPERNOLLE, art. cité, *R.C.J.B.*, 1987, p. 417, n° 15 ; F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 13 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 270, n° 37 ; M. DONY, *op. cit.*, p. 94 ; A. VERHEYDEN, *op. cit.*, pp. 399-401.

[411] J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 417, n° 15.

[412] F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 13. On peut également rapprocher à cette tendance les prescrits du protocole sur les privilèges et immunités relatifs aux trois traités ayant institué les Communautés européennes aux termes desquels « Les biens et avoir de la Communauté ne peuvent être l'objet d'aucune mesure de contrainte ou judiciaire sans une autorisation de la Cour » (M. DONY, *op. cit.*, p. 93).

[413] A. VERHEYDEN, *op. cit.*, pp. 399-401 ; M. DONY, *op. cit.*, p. 94 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 270-272, n^{os} 37-41.

moyens de l'exécution[414]. La décision juridictionnelle de condamnation prononcée à son encontre ne pouvant, en effet, être immédiatement mise en œuvre, l'administration doit, en toute circonstance, garder « le résidu d'appréciation en opportunité d'exécution qui lui revient »[415]. Ce courant doctrinal eut le soutien d'une importante partie de la jurisprudence[416].

Quant à la seconde tendance, elle fut, à l'opposé de la première, plus nuancée. Elle reconnut au juge le pouvoir d'apprécier le lien entre la mesure de saisie d'un bien et les impératifs de continuité de service public, mais elle s'opposa à la mise en balance, par ce dernier, des intérêts en présence à savoir : l'intérêt « vital et urgent »[417] du créancier d'une part et, d'autre part, l'intérêt du bien saisi pour la continuité du service public. Pareille approche, opina-t-elle, fut contraire au principe de légalité et de sécurité du service public, car le juge ne doit se laisser guider dans sa démarche que par le critère objectif consistant à vérifier si les nécessités du service public s'opposent à l'exécution forcée.

Fidèle à cette logique, la Cour d'appel de Gand[418] avait dans son arrêt du 27 juin 1989, validé une saisie immobilière pratiquée sur les terrains de l'Etat pour obtenir paiement d'une astreinte au seul motif que lesdits terrains étaient affectés à l'agriculture et donnés en location et que la continuité du service public ne semblait pas, à première vue, être menacée.

La Cour avait ici apprécié la continuité du service public en se fondant uniquement sur l'utilité du bien pour le service public sans égard à la prise en compte des intérêts en présence. Car comme l'action avait pour objet le paiement d'une astreinte, à supposer que le principal ait déjà été payé, la mise en balance des intérêts en présence ne pouvait alors permettre au créancier d'alléguer d'un intérêt « vital » pouvant justifier une restriction à l'immunité d'exécution. Ce qui ne fut pas le cas en l'espèce.

Enfin, une troisième tendance majoritaire confirmée par une importante frange jurisprudentielle avait opté pour l'accroissement des pouvoirs du juge et posé pour principe

---

[414] M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 131.

[415] Proposition de loi E. CEREXHE : *Doc. parl.*, Sénat, session 1986-1987, n° 405/1 et *Doc. parl.*, Sénat, s. e. 1988, n° 213-1, p. 5.

[416] Bruxelles, 1er juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 1052 et s. ; Bruxelles, 4 octobre 1989, *Adm. publ.*, 1990, p. 152 ; Liège, 23 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 65.

[417] F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, p. 12.

[418] Gand, 27 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 1325 et s.

que le juge peut apprécier la continuité du service public en combinant le critère tiré du caractère indispensable du bien saisi pour le service concerné avec celui d'une mise en balance des intérêts en présence. Dès lors, le créancier peut faire valoir « l'urgence et le caractère vital » de son intérêt à obtenir l'exécution immédiate de sa créance et si cette nécessité existe, le juge ne peut refuser de procéder à l'exécution forcée[419].

Ainsi, dans une ordonnance du 27 octobre 1986, le juge des saisies de Bruxelles avait décidé que l'intérêt qu'avait le créancier à une saisie immobilière était dérisoire par rapport aux conséquences qu'elle aurait pour la ville de Bruxelles et avait ordonné la mainlevée de la saisie[420].

Par contre, par application du même principe de la comparaison des intérêts en présence, il a été jugé dans une autre affaire que : « compte tenu du temps écoulé, il était d'un intérêt tout particulier pour la défenderesse de pouvoir enfin – dans le cadre d'une action en mainlevée de saisie – recouvrer sa créance d'autant qu'elle poursuivait le recouvrement d'une créance extrêmement importante »[421].

Cette dernière tendance semble donc se rapprocher quant à son fondement et aux critères d'appréciation que peut porter le juge sur le refus d'exécution de l'Administration, à la technique du contrôle des motifs des actes administratifs tel qu'il résulte de l'évolution récente de la jurisprudence. Car, comme il le fait pour le contrôle des actes administratifs, le juge peut demander ici à la personne publique de préciser les motifs ou les raisons pour lesquelles la saisie d'un bien serait, selon lui, de nature à compromettre le fonctionnement régulier du service public. Et, de l'exigence de la motivation à la vérification des motifs allégués, c'est-à-dire, à l'appréciation de leur exactitude au regard des faits, on aboutit finalement par l'approfondissement du contrôle au principe de proportionnalité[422] permettant

---

[419] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, pp. 270-272, n^{os} 37-41.

[420] En l'espèce, la saisie aurait entraîné la suspension de la mise à disposition des fonds par le « fonds d'aide au redressement financier des communes » mettant ainsi en cause l'ensemble du plan d'assainissement des finances de la ville de Bruxelles.

[421] Civ. Bruxelles, 25 novembre 1987, *J.T.*, 1987, pp. 719 et 720.

[422] F. DELPEREE, « Le principe de proportionnalité en droit public » Rapport belge au Xème congrès de droit comparé, Budapest, 1978, p. 505 ; cité par M. DONY, *op. cit.*, p. 94. Mettant en exergue l'importance de ce principe F. DELPEREE souligne que c'est en son nom que « la doctrine et la jurisprudence s'efforcent de préciser le critère du raisonnable dans l'action des pouvoirs publics, qu'elles cherchent ainsi, pour protéger les droits les plus élémentaires de l'individu, à mettre des bornes à l'intervention de l'Administration, qu'elles

de vérifier l'adéquation des moyens utilisés par rapport au but poursuivi. Ce qui s'apparente à la technique de la mise en balance des intérêts des parties prônée par la troisième tendance.

120. Intérêt de l'appréciation de la continuité du service public par le juge. C'est autant dire qu'en Belgique, la doctrine et la jurisprudence sont favorables à l'appréciation, par le juge, de la continuité du service public en dépit de l'existence de ce pouvoir dans le chef de l'Administration. Ceci confirme la nécessité qu'il y a, selon nous, pour le juge, de déterminer cette continuité en comparant les intérêts en présence, c'est-à-dire, en combinant le critère tiré de l'utilité du bien pour le service public avec celui de l'importance des intérêts du créancier. Cette combinaison n'étant possible qu'à partir d'un débat contradictoire qui peut permettre de donner à l'appréciation du juge un cadre juridique moins abstrait que la simple prise en compte du rapport du bien avec le service public[423].

Car, comme l'observent à juste titre J. LE BRUN et D. DEOM[424], la reconnaissance au juge du pouvoir d'appréciation des exigences de la continuité du service public présente divers avantages d'ordre logique parce que non seulement elle permet au créancier de trouver auprès du juge une protection égale à celle qu'il doit chercher auprès de l'autorité hiérarchique là où une tutelle de substitution est organisée, mais aussi, elle est de nature à constituer un élément de réconciliation entre, par exemple, la faculté conférée à diverses autorités de constituer des hypothèques sur leurs biens ou de conférer des garanties personnelles et l'exécution possible de ces sûretés.

Les pouvoirs du juge se bornent alors à apprécier le caractère indispensable du bien concerné pour le service public, sans immixtion dans la gestion administrative (en appréciant, par exemple, la faute d'un pouvoir public dans la prise et l'exécution des décisions réglementaires ou administratives).

---

essayent encore de déterminer où sont les contraintes normales nées du souci de préserver quoiqu'il en coûte l'intérêt général ».

[423] Ce point de vue soutenu également par J. LE BRUN et D. DEOM (*op. cit.*, p. 270) n'est cependant pas partagé par F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN (*op. cit.*, p. 13) qui estiment que le juge ne doit s'en tenir pour raisons du respect de la légalité et de la sécurité juridique qu'au seul critère « objectif » de l'affectation réelle du bien au service public.

[424] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 270.

3. Les règles budgétaires

121. Apanage des personnes publiques soumises au régime budgétaire. Comme en RDC, l'impossibilité d'utilisation des voies d'exécution forcée contre les personnes publiques a été également justifiée en Belgique en tenant compte des règles budgétaires[425]. Cependant, les débats nourris sur la question dans ce système juridique a permis de relever plusieurs objections. Parmi elles figure en premier lieu celle qui défendait l'idée selon laquelle il existe souvent dans le budget des personnes publiques, une inscription budgétaire destinée à couvrir les dépenses envisagées. Dès lors, l'exécution apparaîtrait plus conforme au budget que l'abstention[426] et le respect des règles budgétaires n'impliquerait l'interdiction de la contrainte qu'en cas d'absence de crédits suffisants au budget pour couvrir les dépenses. Bien plus, a-t-on encore objecté[427] la compétence d'ordonner les dépenses ne peut, en tant qu'elle repose essentiellement sur l'appréciation de l'opportunité, c'est-à-dire, du moment de l'exécution de l'obligation, entraîner un refus de payer une dette résultant d'une décision judiciaire. L'ordonnateur est, en effet, tenu d'exécuter la dépense en vertu de l'autorité de la chose jugée attachée à cette décision. Admettre le contraire reviendrait à nier cette autorité à l'égard de l'Administration, ce qui ne serait ni souhaitable, ni admissible dans un Etat de droit[428].

Enfin, le respect des règles du droit budgétaire, a-t-on fait savoir[429], ne s'impose qu'aux organismes publics fonctionnant selon les procédures de la comptabilité publique et ne peut nullement concerner ceux de ces organismes qui ne connaissent pas de régime budgétaire et fonctionnent selon les principes de la comptabilité privé.

---

[425] Une certaine doctrine appuyée par une partie de la jurisprudence a soutenu que l'Etat est lié par ses affectations budgétaires, lesquelles sont la prérogative exclusive du pouvoir législatif, avec cette conséquence que la responsabilité des dépenses publiques doit demeurer entière chez le pouvoir qui en décide (M.-A. FLAMME, note sous Cass., 21 avril 1966, *Rev. adm.*, 1966, p. 128 ; M. VAUTHIER, *op. cit.*, n° 4 ; J. J. STRYCKMANS, « L'application des voies d'exécution forcée aux associations des communes », *J.T.*, 1964, p. 324 ; A. GIRON, « *Dictionnaire de droit administratif* », I, v° Domaine public, n° 40 ; voy. aussi Liège, 1er avril 1963, *Pas.*, II, p. 82).

[426] M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 128 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 267, n° 29.

[427] M. DONY, *op. cit.*, p. 89.

[428] Toutefois, malgré la condamnation dont elle peut faire l'objet, l'administration reste seule maîtresse du choix du moment et des moyens de faire face aux droits du créancier.

[429] M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 130 ; J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit*, p. 267, n° 29 ; M. DONY, *op. cit.*, p. 89.

On le mesure, à la lumière des objections précédentes, le respect des règles budgétaires n'a pas constitué, en droit belge, une justification fondamentale à l'interdiction de la contrainte à l'encontre des personnes morales de droit public.

4. La bonne foi des personnes publiques et la solvabilité présumée de l'Administration

122. Justifications tenant lieu de simples présomptions. L'Etat, enseignait-on, en Belgique, n'est jamais insolvable, et la force publique étant entre ses mains, il n'est guère concevable qu'il s'exécute lui-même[430].

Des considérations analogues se retrouvent chez P. WIGNY qui, non seulement, voit dans la puissance publique un monopole ou une concentration de la contrainte inutilisable contre elle-même et contre d'autres personnes publiques (provinces, communes, établissements publics), mais aussi, fait valoir que l'usage de la force publique contre une personne publique serait de nature à créer un trouble à l'ordre public[431].

Sans devoir nous attarder sur cette autre raison avancée pour conforter le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques en droit belge, remarquons simplement qu'elle revêt, à l'heure actuelle, un caractère suranné et ne peut, au regard de ce qui a été dit précédemment, résister à une saine analyse juridique[432]. Tout au moins, peut-on considérer la solvabilité de principe de l'Etat et sa bonne foi comme des simples présomptions, de nature à s'ajouter aux justifications déduites du respect dû à la puissance publique et à la continuité du service public.

---

[430] Conclusions av. gén. GESCHE avant Bruxelles, 27 juin 1921, *B.J.*, 1922, col. 210.

[431] P. WIGNY, *op. cit.*, p. 224.

[432] Cfr. *supra*, n^os^ 72 et 73.

5. Les voies d'exécution administratives

123. Alternatives à l'interdiction de la contrainte. Considérées comme présentant une alternative à l'interdiction de la contrainte à l'égard des pouvoirs publics, les voies d'exécution administratives ont, à maintes reprises, attiré l'attention de la doctrine comme fondement à l'immunité d'exécution en droit belge. La possibilité pour les créanciers de l'administration de s'adresser à l'autorité supérieure dotée d'un pouvoir ou d'une tutelle de substitution[433] est souvent présentée ici comme un palliatif à la carence (ou la défaillance) des autorités subordonnées refusant de faire face aux obligations leur incombant.

Ainsi, le Code de la démocratie locale et de la décentralisation organise-t-il un mécanisme de substitution applicable en cas d'inexécution, par les personnes publiques décentralisées, des obligations publiques mises à leur charge, spécialement, les condamnations judiciaires. L'article L 3116-1 du Code sus-évoqué donne, en effet, à l'autorité de tutelle le pouvoir de désigner un commissaire spécial dont les pouvoirs sont limités par l'arrêté qui le désigne. C'est ce qu'exprime le législateur lorsqu'il dispose que «*L'autorité de tutelle peut, par arrêté, désigner un commissaire spécial lorsqu'une personne morale de droit public visée à l'article L 3111-1, §1er (*commune, province, régie communale ou provinciale autonome etc.*), reste en défaut de fournir les renseignements et éléments demandés, ou de mettre en exécution les mesures prescrites par les lois , décrets, arrêtés, règlements ou statuts ou par une décision de justice coulée en force de chose jugée. Le commissaire spécial est habilité à prendre toutes les mesures nécessaires en lieu et place de l'autorité défaillante, dans les limites du mandat qui lui a été donné par l'arrêté qui le désigne ».*

Par ailleurs, le Gouvernement peut, aux termes de l'article L 3122-1, annuler tout ou partie de l'acte par lequel une autorité communale, provinciale ou de toute autre entité décentralisée, viole la loi ou blesse l'intérêt général[434].

---

[433] La tutelle de substitution peut se traduire soit par un pouvoir d'inscription d'office au budget reconnu à l'autorité de tutelle (cas de France), soit par la désignation d'un commissaire spécial habilité à poser les actes en lieu et place de l'autorité sous tutelle défaillante (cas de la Belgique : article L 3116-1 précité).

[434] Il n'est point besoin de rappeler que la non exécution d'une décision de justice, c'est-à-dire, le non respect de l'autorité de la chose jugée constitue une violation de la loi.

Ainsi donc, le système belge fait recours, en cas de défaillance des autorités sous tutelle, aux mécanismes administratifs de substitution. Ceux-ci permettent aux autorités de tutelle d'assurer l'exécution des charges publiques incombant aux autorités subordonnées par le pouvoir qu'ils ont de désigner un commissaire spécial aux fins de prendre les mesures nécessaires commandées par la réticence des autorités sous tutelles. Mais, l'inscription d'office, faut-il le souligner, suppose un refus de la part de l'autorité sous tutelle d'exécuter son obligation, en l'occurrence, effectuer un paiement. Ce refus devra être apprécié en fonction des circonstances de fait et ne doit pas entraîner l'intervention de l'autorité de tutelle lorsqu'il n'est fondé que sur les difficultés financières présentes sans que la dette elle-même soit contestée.

Par ailleurs, les mécanismes administratifs de substitution, à savoir la tutelle de substitution (envoi d'un commissaire spécial) et l'inscription d'office, ne peuvent être invoqués comme une justification de l'immunité d'exécution et être considérés comme des alternatives efficaces à l'inertie administrative que là où ils sont effectivement organisés par le législateur et s'ils revêtent un caractère obligatoire imposant chaque fois à l'autorité de tutelle de prendre la mesure de substitution qui s'impose par respect de la loi et des règlements[435]. Car, il serait illusoire de demander à un créancier de s'adresser, pour la sauvegarde de ses droits, à toute

---

[435] M. DONY, *op. cit.*, pp. 87-88. Allusion est faite ici à la loi française du 16 juillet 1980 relative à l'astreinte en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public qui stipule que lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de quatre mois (actuellement deux mois) à compter de la notification de la décision de justice. A défaut de mandatement ou d'ordonnancement dans ce délai, l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office. En cas d'insuffisance de crédit, l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement public une mise en demeure de créer les ressources nécessaires. Si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou créé ces ressources, l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu au mandatement d'office. Ces obligations sont toutes sanctionnées par des peines qui peuvent être prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière.

Ainsi, le principe de l'ordonnancement d'office par l'autorité administrative de tutelle est ici non seulement maintenu, mais aussi rendu obligatoire dans un délai relativement bref, ce qui constitue un moyen de contrainte efficace à la résistance aux décisions de justice condamnant pécuniairement les pouvoirs publics précités. D'ailleurs, la procédure de mandatement d'office est encore ici plus contraignante que la simple inscription d'office au budget, puisqu'elle peut être mise en œuvre alors que la dépense est inscrite au budget et reste inexécutée (J. TERCINET, *op. cit.*, p. 13).

Il faut noter s'agissant précisément de cette tutelle de substitution que la plupart des auteurs de droit administratif français considèrent que l'autorité de tutelle disposait, jusqu'à l'adoption de la loi du 16 juillet 1980, en ce domaine d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire (J. JACQUIGNON, *op. cit.*, n° 21 ; J. TERCINET, *op. cit.*, p. 13). En droit Belge, la doctrine semble divisée entre, d'une part, J. DEMBOUR qui classe la tutelle de substitution parmi les tutelles obligatoires (J. DEMBOUR, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, 1952, p. 203) et C. CAMBIER qui la considère comme un procédé de tutelle facultative (C. CAMBIER, *Droit administratif*, 1968, p. 452) (ces deux auteurs sont cités par M. DONY, *op. cit.*, p. 88).

autorité de tutelle ayant le pouvoir de se prononcer soit à titre consultatif, soit pour l'approbation du budget d'un pouvoir ou organisme public subordonné, si par ailleurs cette autorité n'est même pas obligée d'examiner la requête qu'elle peut considérer comme un simple recours gracieux.

Ceci prouve à suffisance que, pour être efficaces, les voies d'exécution administratives doivent être conçues comme des mécanismes plus contraignants imposant à certains pouvoirs et organismes publics l'exécution obligatoire de leurs obligations, notamment le paiement des sommes issues de condamnations judiciaires.

6. La séparation des pouvoirs

124. Un principe traditionnel actuellement battu en brèche. D'origine française, le principe de la séparation des pouvoirs remonte à l'Edit de Saint-Germain du 6 février 1641 dans lequel on en trouve l'expression, de même que dans les lois des 16 et 24 août 1790 et du 16 fructidor an III[436]. Il fut admis au même titre que les autres principes comme fondement à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public en droit belge.

Lorsqu'en 1831, le Congrès national donne une Constitution à la Belgique qui vient d'accéder à l'indépendance, il fonde celle-ci sur le principe de la séparation des pouvoirs[437] qui implique un partage d'attributions, une répartition des fonctions publiques en trois pouvoirs distincts et indépendants les uns des autres à savoir : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Une des conséquences de cette séparation est l'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur[438]. C'est-à-dire, de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives, voire d'interdire à une autorité administrative d'en poursuivre l'exécution. Le

---

[436] M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, éd. La Charte 2001, p. 40.

[437] CH. HUBERLANT, « Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique », in *Rapport belge au IXème congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, C.I.D.C., 1974, p. 459.

[438] J. CHEVALIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.*, 1972, p. 67.

juge renonce ici à exercer un contrôle qui par voie de conséquence, laisse l'Administration entièrement libre[439].

Ainsi jusqu'en 1920, la Cour de cassation estimait que le pouvoir judiciaire était sans compétence pour juger les actes de l'Administration, et a fortiori, lui faire des injonctions, surtout lorsque celle-ci intervenait en tant que « puissance publique »[440].

Faut-il rappeler que selon la conception de l'époque, inspirée du droit français, les actes de l'Administration étaient divisés en actes de gestion et en actes d'autorité. Seuls les actes de gestion pouvaient donner lieu à un contrôle judiciaire[441]. Les autres[442] échappaient purement et simplement à ce contrôle, car contrairement à la France où ils étaient quand même soumis au contrôle du juge administratif (Conseil d'Etat), la Belgique ne disposait pas encore de cet organe.

Il a fallu attendre l'arrêt « La Flandria »[443] de la Cour de cassation du 5 novembre 1920 pour que la Belgique abandonne définitivement cette vieille conception de la séparation des pouvoirs qui la démarquait ainsi du droit français. Dans cet arrêt, désormais rendu célèbre, la Cour de cassation avait consacré, dans un style littéraire nettement clair et précis – et ce sur base des articles 144 et 145 de la Constitution[444] – la compétence des cours et tribunaux belges à connaître des actes de l'Administration sans égard à la distinction entre les actes de gestion d'une part et ceux de puissance publique, d'autre part[445]. La compétence du juge judiciaire était établie dès que ces actes portaient atteinte aux droits subjectifs des individus.

---

[439] A l'opposé de cela, il est interdit à l'Administration de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils

[440] F. DELPEREE, « La mutation du système juridique et le droit de l'administration en Belgique », in *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralismes et convergences*, Paris, l'Harmattan, 1995, p. 177.

[441] Comparables à ceux que tout particulier peut faire dans l'administration de son patrimoine, par exemple, « le défaut d'entretien de la voirie ».

[442] Actes d'autorité ou de puissance publique, par exemple, « le choix du tracé de la voie publique ».

[443] Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, avec les conclusions de P. LECLERCQ.

[444] Article 144 : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ». Par tribunaux, il faut, selon la Constitution, entendre les « cours et tribunaux du pouvoir judiciaires ». Et article 145 : « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux sauf les exceptions établies par la loi ».

[445] Cette distinction fut définitivement abandonnée au profit de la conception selon laquelle l'Etat souverain et l'Etat personne civile sont une personnalité unique (R. ANDERSEN et M. VERDUSSEN, *Droit administratif*, Louvain-la-Neuve, faculté de Droit, 2000, p. 6.

Les attendus solennels qui consacrèrent cette démarcation déclaraient notamment que : « *(…) cette « séparation des pouvoirs », née d'un sentiment de méfiance et de défaveur à l'égard des corps judiciaires, et qui permettait à l'administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et des biens des citoyens, n'a pas été consacrée par la Constitution belge ; (…) tout au contraire, le régime que celle-ci a organisé est inspiré d'un sentiment de méfiance à l'égard des pratiques administratives des régimes antérieurs et (…) il vise à mettre les droits privés à l'abri des atteintes de l'Administration et sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire »*[446].

Pour souligner la portée concrète de la révolution qu'elle venait d'opérer et mettre en évidence, par la même occasion, la compétence constitutionnelle des tribunaux judiciaires belges, la Haute cour expliqua dans deux autres attendus que : « *en vue de réaliser la protection de tous les droits civils, (…) la Constitution n'a d'égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé. La compétence du pouvoir judiciaire s'impose par conséquent (…) même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'Etat, une commune, ou quelque autre personne du droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique* ».

Dès lors, la compétence des juridictions judiciaires à l'égard des actes de l'Administration publique fut déterminée non pas en termes de personnes (ou de justiciables), ni de la nature d'actes posés par celle-ci, mais plutôt de droits violés. Avec pour conséquence que le recours à l'autorité judiciaire devint inutile lorsqu'aucun droit civil[447] ou politique n'était visé par une décision administrative.

---

[446] Cette séparation est encore explicitée par le procureur général P. LECLERCQ en ces termes : « Le principe fondamental est la compétence exclusive du pouvoir judiciaire pour juger toutes contestations résultant de ce qu'une personne, qui se prétend titulaire d'un droit civil, se plaint d'une atteinte qui y aurait été portée, et demande réparation. Ce principe doit être appliqué, en tenant compte de ce qu'il a été inscrit dans la Constitution par réaction contre la législation française. Suivant la législation française, le Conseil d'Etat était chargé de protéger les droits civils des particuliers contre les atteintes de l'administration. Cette mission du Conseil d'Etat, la Constitution la donne au pouvoir judiciaire. Le pouvoir judiciaire est donc compétent pour statuer sur toute demande en réparation d'une lésion à un droit civil, alors même que la lésion résulterait d'un acte administratif » (concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas*., 1920, I, p. 199).

[447] Quant à la distinction entre les droits civils et les droits politiques, elle a déjà fait couler beaucoup d'encre. Néanmoins, on peut se résumer en disant que les droits civils sont des droits consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui les complètent. Autrement dit, des droits qui touchent au statut des personnes et à leur patrimoine et dont l'exercice relève du Code civil et des lois qui les complètent (famille, mariage, succession, propriété, contrats, action en responsabilité civile) (Cass., 5 novembre 1920, *Pas*., I, p. 239 ; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 92). Tandis que les droits politiques sont ceux qui

Toutefois, l'arrêt « La Flandria » fit l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive à la faveur de la distinction entre actes de gestion et actes d'autorité de l'Administration, ce qui suscita de nombreuses critiques doctrinales. Une nouvelle intervention de la Cour de cassation devint souhaitable pour fixer à nouveau les esprits. Et c'est par son arrêt du 7 mars 1963 que la Haute cour abandonna cette distinction en décidant que : « *Les pouvoirs que la loi attribue à l'Administration dans l'intérêt général ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous* »[448].

La Cour de cassation avait ainsi tranché, la responsabilité de la puissance publique, en ce compris celle de l'Administration et de ses agents, devait être appréciée de la même manière que pour n'importe quel particulier et les cours et tribunaux ne pouvaient plus se retrancher derrière le principe de la séparation des pouvoirs pour refuser une telle appréciation.

De la sorte, le principe de la séparation des pouvoirs ne peut plus empêcher les juges judiciaires belges de connaître de la légalité des actes accomplis par l'Administration, d'ordonner la réparation d'un dommage causé par elle, de lui enjoindre de mettre fin à une situation illégale[449] ou de lui indiquer, au besoin, le comportement à adopter pour y arriver.

En somme, les justifications de l'immunité d'exécution des personnes publiques ont pu, en droit belge, être recherchées, directement ou indirectement, dans des textes de portée législative. Toutefois, elles ont souffert, pour la plupart, de certaines imprécisions[450] et quelques-unes d'entre elles ne constituent plus, à l'heure actuelle, que des simples

---

permettent aux citoyens de participer activement à la vie politique de la cité, c'est-à-dire, le droit d'élire et d'être élu, le droit de faire le service militaire, le droit de payer l'impôt, ainsi que l'ensemble des droits apparus à l'époque contemporaine (fondés sur l'appartenance à une collectivité et sur la solidarité nationale) permettant de bénéficier des avantages divers accordés aux membres de la collectivité (R. ANDERSEN et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 236). Ainsi, si un particulier se plaint d'un acte de l'administration, une alternative s'offre à lui car il peut : soit axer son recours sur le fait qu'un ou plusieurs de ses droits sont méconnus par cet acte, ce qui lui occasionne un dommage ; soit critiquer avant tout la légalité objective de cet acte et demander que celui-ci soit retiré de l'ordre juridique, étant contraire aux règles de droit objectif qui s'imposent à lui. Dans la première hypothèse, cette personne s'adressera aux cours et tribunaux du pouvoir judiciaire, seuls compétents. Dans la seconde, elle introduira, moyennant le respect des conditions prévues à cet égard, un recours en annulation devant la section administrative du Conseil d'Etat (M. LEROY, *Le contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 631 ; P. BOUVIER, « Le référé administratif », *Rev. dr. comm.*, 1994, p. 226 ; A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Gent, Story Scientia, 1966, p. 325).

[448] Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 744.

[449] Voy. l'arrêt précité de la Cour de cassation belge du 26 juin 1980 (*Pas.*, 1980, I, pp. 1350 et s. ; *R.J.C.B.*, 1983, p. 173).

[450] Chacun des arguments évoqués présente en effet une certaine valeur au plan de la justification rationnelle de l'immunité, mais aucun ne paraît ni coïncider exactement avec toutes les applications pratiques de l'immunité d'exécution, ni avec la portée précise des divers principes invoqués.

présomptions venant en appui ou en complément à d'autres raisons avancées pour fonder l'interdiction de la contrainte à l'égard des personnes morales de droit public. Tel est le cas du principe de la bonne foi et de la solvabilité « présumée » des pouvoirs publics qui, en raison du contexte financier et économique particulièrement rude et affectant l'ensemble de budgets des personnes publiques, invite à plus de prudence et d'attention dans sa mise en œuvre. Et, c'est peut-être, la raison pour laquelle la doctrine et la jurisprudence modernes privilégient de plus en plus le critère de la continuité et de la régularité du service public comme devant servir de fondement au privilège de l'immunité d'exécution forcée des personnes publiques dès lors que les biens susceptibles d'être saisis doivent servir à la réalisation de l'intérêt général et que l'Administration fait valoir les exigences du service public.

B. La remise en cause de l'immunité d'exécution en droit belge

La remise en cause de l'immunité d'exécution en droit belge a surtout été l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence hostiles au caractère intransigeant de cette prérogative considérée traditionnellement comme un dogme. En effet, reposant sur le principe de la continuité et de la régularité du service public, l'immunité d'exécution est vite apparue comme un principe susceptible de restriction et dont le champ d'application réel ne pouvait s'étendre au-delà des biens dont la saisie ne peut entraver la poursuite de l'intérêt général. Cette considération a eu pour conséquence la remise en question de ce privilège d'autant que le législateur avait lui-même, à certains égards, introduit des dérogations de portée limitée à son caractère intransigeant[451].

Nous ne reviendrons plus sur ces cas d'atténuations législatives déjà évoqués et auxquels nous renvoyons le lecteur[452]. Nous nous permettons simplement de reprendre ici d'autres aspects de la lutte menée contre l'absolutisme de ce privilège auprès de la Commission européenne des droits de l'homme sans oublier l'intervention décisive de la jurisprudence belge à cet égard.

---

[451] Cfr. *supra*, n° 92 ainsi que les notes reprises en bas des pages.

[452] Cfr. *supra*, n° 92, ainsi que les notes reprises en bas des pages.

1. L'attitude de la Commission européenne des droits de l'homme

125. Recherche d'articulation entre l'immunité d'exécution et la Convention de Rome du 4 novembre 1950. L'attitude prise par la Commission européenne des droits de l'homme dans les affaires *Séquaris* et *Leemans-Ceurremans* a permis d'alimenter davantage des critiques vis-à-vis du caractère absolu de l'immunité d'exécution.

Cherchant, en effet, à établir le rapport entre l'immunité d'exécution et la Convention de Rome du 4 novembre 1950 (article 13) ainsi que son protocole additionnel du 20 mars 1952 (article 1er), la Commission européenne déclara recevables les requêtes présentées dans les affaires précitées ouvrant ainsi une phase de règlement amiable qui, en cas d'échec, devait aboutir à la saisine de la Cour et, le cas échéant, à la condamnation de la Belgique.

Pour rappel, dans l'affaire *Séquaris*, l'Etat belge refusait d'exécuter l'arrêt coulé en force de chose jugée qui l'avait condamné à payer à Madame Séquaris une somme de 2.000.000 de F.B. Invoquant le non-respect de son droit de propriété (article 1er du premier protocole additionnel) ainsi que l'absence de recours effectifs permettant d'obtenir exécution de sa créance, Madame Séquaris saisit la Commission européenne des Droits de l'Homme sur pied de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 qui stipule que : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

La Commission déclara la requête recevable, mais la Cour n'a pu statuer sur cette affaire puisque dans l'entre-temps, un règlement amiable était intervenu entre parties[453].

---

[453] C.E.D.H., aff. n° 9676/82, *Sequaris c/Belgique*, décision sur la recevabilité du 14 octobre 1982, *D.R.*, vol. 29, p. 245, rapport du 13 juillet 1983, *D.R.*, vol. 32, p. 242., obs. P. LAMBERT, « En bref de Strasbourg », *J.T.*, 1983, p. 705. *Nota bene,* l'article 1er du premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 dispose à son alinéa premier que : « *Toute personne physique ou morale a le droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour une cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ». Ainsi donc, cette disposition reconnaît à chacun le droit au respect de ses biens. Par biens, la Cour vise aussi bien les biens meubles qu'immeubles, corporels ou incorporels. Il résulte de cette interprétation large que l'inexécution par une personne publique de ses obligations est constitutive d'une atteinte aux biens du créancier au sens de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention de Rome du 4 novembre 1950. Dès lors, le recours à cette disposition permet de rencontrer l'obstacle né de ce que l'article 13

Quant à la seconde affaire *Leemans-Ceurremans*, la Commission déclara à nouveau la requête recevable en mettant en cause le refus de l'Etat belge et de la Communauté flamande d'exécuter une décision de justice. Cependant comme dans l'affaire précédente, un règlement amiable intervint de sorte que la Cour européenne des Droits de l'Homme n'eut pas le temps de se prononcer sur les violations dénoncées[454].

Cette position de la Commission européenne combinée à l'attitude conjuguée de la doctrine et du législateur lui-même ne manqua pas d'inspirer certaines juridictions qui se montrèrent favorables aux restrictions à imposer à l'immunité.

---

de la Convention de Rome n'a pas d'effet direct. Considérée sous cet angle, toute loi qui instituerait une *insaisissabilité absolue* des biens des autorités publiques apparaîtrait comme contraire à l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome, auquel est reconnu un effet direct (J. VELU, *Les effets directs des instruments* internationaux *en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, 1981). Les effets d'une pareille loi pourraient être écartés par les juridictions des Etats qui reconnaissent la supériorité du droit international conventionnel sur la loi nationale (P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 604).

Par ailleurs, le principe de l'immunité d'exécution violerait l'article 2, alinéa 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 1966 et aux termes duquel les Etats parties au Pacte s'engagent à :

— garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le Pacte auraient été violés disposera d'un recours utile alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;

— garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme recours et développera les possibilités de recours juridictionnel ;

— garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

On mesure l'intérêt de telles dispositions pour les créanciers des pouvoirs publics quand bien même elles ne seraient pas d'application directe et dépendent, en grande partie, de la ratification par les Etats des instruments juridiques qui en constituent le support.

[454] C.E.D.H., aff. n° 11698/85, *Leemans-Ceurremans c/ Belgique*, décision sur la recevabilité du 11 décembre 1986, inédite, rapport du 13 novembre 1987, *D.R.* vol. 54, p. 108 et *J.T.*, 1987, p. 295, obs. P. LAMBERT. Bien plus, la Commission européenne fut saisie de deux autres affaires dans lesquelles elle déclara la requête irrecevable ; pour l'une : C.E.D.H., aff. n° 11230/84, *L/Belgique*, décision du 4 mars 1987 citée par S. BRIJS « Nieuwe wetgeving : de absolute uitvoeringsimmuniteit van de overheid doorbroken », *R.W.*, 1994-1995, pp. 625 et s., spéc., p. 626 ; et, pour l'autre, elle condamna la Belgique pour violation des articles 1er et 13 précités : C.E.D.H., aff., n° 11966/86, *Dierckx c/ Belgique*, citée dans les travaux préparatoires du projet de loi insérant l'article 1412*bis* dans le Code judiciaire, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme de T'SERCLAES, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1992-1993, pp. 2-3.

2. Le revirement jurisprudentiel belge

126. Décision du juge de saisie du 5 juin 1986. Le revirement le plus spectaculaire fut amorcé par le juge des saisies de Bruxelles dans sa décision du 5 juin 1986[455]. Rejetant en effet la jurisprudence unanime de la Cour de cassation[456] qui consacrait l'immunité totale d'exécution des personnes morales de droit public sur l'ensemble de leurs biens, le juge des saisies avait estimé, après avoir solidement motivé sa décision, que l'immunité d'exécution de la puissance publique « *ne revêt pas un caractère absolu ; qu'il appartient en conséquence au juge d'apprécier l'opportunité de l'autorisation ou du maintien d'une mesure conservatoire ou d'une voie d'exécution engagée contre une autorité publique* ».

Selon cette décision qui amena d'autres juridictions belges[457] à s'engager dans la brèche ainsi ouverte : « Le juge peut autoriser la saisie des biens d'une personne publique si les conditions suivantes sont remplies :

- la mesure sollicitée doit être compatible avec les impératifs de la continuité du service public. Il importe donc de vérifier si le bien visé par la mesure est indispensable au bon fonctionnement du service concerné.

---

[455] Civ. Bruxelles (saisie), 5 juin 1986, *R.R.D.*, 1986, p. 335 ; J. LINSMEAU, « L'huissier de justice confronté aux immunités », *Chambre Nationale des huissiers de justice* (Congrès du 22 novembre 1986), Liège, 1986, pp. 90-91. Cette décision fut confirmée par jugements rendus les 25 novembre 1987, 6 mars 1989 et 20 décembre 1990 (Civ. Bruxelles (sais.), 25 nov. 1987, *J.T.*, 1987, p. 719 ; 6 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 793 et 20 déc. 1990, *R.W.*, 1991-1992, p. 299 et note de F. VAN VOLSEN et D. VAN HEUVEN.

[456] Depuis 1841, la Cour de Cassation belge avait consacré le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques et son application aux biens du domaine public et du domaine privé. Cette jurisprudence constante de la Haute cour (Cass., 30 décembre 1841, *Pas.*, 1841, I, p. 25 ; Cass., 19 févr. 1942, *Rev. adm.*, 1946, p. 15 ; Cass., 24 octobre 1958, *Bull. Arr. Cass.*, 1959, p. 456 ; Cass., 13 octobre 1966, *J.T.*, 1967, p. 78 ; Cass., 21 avril 1966, *Rev. adm.*, 1966, p. 126 ; Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341) a généralement été suivie par les juridictions inférieures et la Cour suprême l'a même confirmée dans son arrêt du 26 juin 1980.

[457] Civ., Hasselt (sais.), 7 févr. 1989, *R.G.D.C.*, 1991, p. 93 ; Civ. Verviers (sais.), 28 avril 1989 ; Mons, 17 janv. 1990, *R.G.*, n° 12.060, décision inédite citée par R. WITMEUR, « Peut-on contraindre les autorités publiques à exécuter une condamnation prononcée contre elles ? Premiers commentaires de la loi du 30 juin 1994 insérant un article 1412*bis* dans le Code judiciaire », *Cah. dr. Jud.*, n° 17, 1994, pp. 21 et s., spéc. p. 27. Mais, la Cour d'appel de Gand a estimé dans son arrêt du 27 juin 1989 qu'il convenait de faire une distinction entre les biens du domaine privé et ceux du domaine public et que : « l'examen de la légalité de la saisie exige en outre qu'il soit chaque fois vérifié dans quelle mesure cette saisie est compatible avec le principe général de continuité du service public » (Gand., 27 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1325).

- le juge doit comparer les intérêts en présence, d'une part le caractère urgent et vital de l'intérêt du créancier, et d'autre part, l'intérêt que présente le bien saisi pour assurer la continuité du service public ;

- l'Administration doit conserver un pouvoir d'appréciation résiduelle quant à l'opportunité du moment d'exécution grâce à l'octroi (en sa faveur) d'un délai raisonnable[458] ».

3. Le manque de constance de décisions des juridictions de fond

127. Dichotomie juridictionnelle sur la question de l'immunité d'exécution en Belgique. Cependant, plutôt que de s'engager totalement dans cette nouvelle voie, d'autres tribunaux préféraient rester fidèles à l'immunité d'exécution des personnes publiques et une certaine dichotomie s'installa au sein des juridictions de fond. La Cour d'appel de Bruxelles, par sa décision rendue le 1er juin 1989[459], ainsi que la Cour d'appel de Liège (dans un arrêt daté du 23 novembre 1989[460]) avaient encore réaffirmé le caractère absolu de ce privilège auquel seule une disposition, légale expresse pouvait déroger.

---

[458] Il importe de noter que le juge des saisies a dû prononcer la réouverture des débats dans cette affaire afin de vérifier si les conditions ci-dessus reprises étaient remplies. Il était alors demandé aux parties de s'expliquer d'une part, sur les inconvénients que la saisie du bien visé aurait sur le fonctionnement du service public et, d'autre part, sur l'intérêt urgent et vital qu'il y avait, pour le créancier, à obtenir exécution. Après vérification de toutes ces conditions, le juge a ordonné la mainlevée de la saisie (Civ. Bruxelles, 27 octobre 1986, *R.R.D.*, 1988, p. 85). En somme, il s'agissait, dans cette affaire, d'une demande de mainlevée d'une saisie-arrêt conservatoire pratiquée dans le cadre d'une action en responsabilité, sur des sommes provenant de la vente d'un immeuble appartenant à la ville de Bruxelles. La ville avait été condamnée par plusieurs décisions judiciaires au paiement de plusieurs dizaines de millions de francs de dommages et intérêts. Le créancier saisissant réclamait la constitution d'un capital dont les intérêts lui permettraient de mener une existence digne d'une créature humaine. La ville de Bruxelles soutenait que l'autorité de tutelle n'avait donné son accord à la vente de l'immeuble objet de saisie qu'à la condition que le produit de cette vente fût affecté au remboursement anticipé de crédits consentis par le Fonds d'aide au redressement financier des communes. Ce Fonds disposait d'une hypothèque légale sur tous les biens immeubles de la ville, ainsi que d'un privilège sur les prix de vente de ces biens. Toute saisie serait, dès lors, forcément sans objet vu l'intervention de l'autorité de tutelle. En outre, cette mesure devrait compromettre sérieusement le plan d'assainissement de la ville ainsi que le paiement des dommages et intérêts dus au préjudicié indigent. En fait, le juge des saisies de Bruxelles avait appliqué en l'espèce le principe de « l'appréciation marginale » des intérêts en présence.

[459] Bruxelles, 1er juin 1989, *J.T.*, 1989, p. 535 ; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1052. Cet arrêt réformait la décision du juge des saisies de Bruxelles du 25 novembre 1987 qui avait confirmé le jugement sus énuméré du 5 juin 1986.

[460] Liège, 23 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 65.

C'est dans ce climat d'incertitude marqué par le besoin d'une intervention législative destinée non seulement à limiter le pouvoir du juge dans l'appréciation de la continuité du service public, mais aussi à éviter le risque de multiplication « désordonnée »[461] des voies d'exécution forcée contre les personnes publiques selon la logique introduite par le juge des saisies de Bruxelles, qu'intervint la Cour de cassation dans son arrêt du 30 septembre 1993.

4. L'intervention décisive de la Cour de cassation

128. La saisie-description viole-t-elle le principe de l'immunité d'exécution ? Le 30 septembre 1993[462] la Haute cour avait manifesté sa tendance à la relativisation du principe en se prononçant sur un cas d'espèce assez particulier de saisie-description[463] pratiquée entre les mains de la Région wallonne sur un brevet (concernant un chéquier anti-vol) soupçonné de contrefaçon. La maxime solennelle de cette décision déclarait notamment que : « *en règle, en vertu du principe général de la continuité du service public, les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet de mesures d'exécution forcée ; que ce principe, qui tend*

---

[461] J. VAN COMPERNOLLE, « Examen de jurisprudence : 1972-1986 Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 414 et s., spéc. p. 417.

[462] Cass., 30 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 290 à 293.

[463] La saisie-contrefaçon est l'une des saisies conservatoires prévues en droit positif belge. Elle est une procédure qui a pour but de faciliter au breveté la constatation de la matérialité de la contrefaçon. Elle est accordée par le juge des saisies sur requête de la partie saisissante et son efficacité est souvent fonction de surprise. Elle donne lieu à la description (par un expert) avec saisie des objets prétendus contrefaits. Il faut souligner que la loi du 5 juillet 1998 a institué une procédure dite de « saisie-contrefaçon » autrefois appelée « saisie-description » et rattachée au Code judiciaire. La saisie-contrefaçon peut donner lieu soit à la description sans saisie d'objets prétendument contrefaits (mesure préparatoire destinée à se ménager une preuve), soit à la description avec saisie qui interdit au détenteur de disposer des objets saisis sous peine de sanction pénale (mesure conservatoire en vue d'une confiscation éventuelle). Voy. articles 1481 à 1488 du Code judiciaire belge, mais aussi G. de LEVAL, *La saisie mobilière*, *Rép. not.*, t. XIII, liv. III, Bruxelles, Larcier, 1986, pp. 101-102.

L'expert choisi ayant, en l'espèce, été constitué gardien des objets prétendus contrefaits, il était né dans le chef du détenteur saisi (la Région wallonne) l'obligation de lui remettre lesdits objets. Faute de quoi, l'obligation devait être exécutée par la force. Autrement dit, la Région wallonne, personne morale de droit public, pouvait, en cas de refus continu de livrer les documents saisis à l'expert, voy. ce dernier accompagné de l'huissier et des forces de l'ordre, briser les portes et meubles fermés de son siège pour s'emparer de force desdits objets. C'est surtout cet aspect du « sceptre de la force » éventuellement utilisable contre une personne publique (la Région wallonne) et qui était susceptible d'énerver le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public qui rendit ce principe très intéressant dans cette affaire. D'ailleurs, la seconde branche du seul moyen invoqué par la Région wallonne dans son pourvoi en cassation fut, en l'espèce, consacrée au fait de savoir si une saisie-description (mesure assimilée à une voie d'exécution forcée) pouvait être pratiquée à l'encontre d'une personne publique et porter ainsi atteinte à son immunité d'exécution.

seulement à assurer la permanence des institutions publiques et de leur fonctionnement ne prive pas nécessairement le juge de tout pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration ; qu'il ne s'oppose notamment pas à ce qu'un juge autorise, lorsque les droits d'un détenteur de brevet sont mis en péril, que soient décrits par un expert, selon les modalités de l'article 1481 susdit, certains objets ou documents détenus par une personne publique ; que la détention provisoire d'un objet ou document par un expert en vue de sa description ne heurte ledit principe que dans la mesure où elle entrave effectivement la continuité du service public.

« Attendu qu'en l'espèce, l'arrêt décide que la continuité du service public empêche toute saisie des biens d'une personne publique et ordonne la restitution de documents saisis ; qu'il énonce que la mesure de saisie-description pouvait être ordonnée et considère que la désignation de l'expert comme gardien résulte d'une résistance fautive de la demanderesse à la mesure ordonnée par le juge des saisies ; qu'il décide ainsi implicitement que la décision de constituer gardien n'entrave pas le service public ; qu'ainsi l'arrêt ne viole pas le principe général indiqué au moyen ».

En somme, les faits de la cause dans cette affaire se présentaient comme suit : le sieur Joie, partie intervenante dans l'instance en cassation, avait, avec d'autres personnes, constitué une société en vue de la fabrication et de la commercialisation d'un chéquier de sécurité. Afin d'obtenir des subventions, il remit à la Région wallonne divers plans et documents décrivant le chéquier et son procédé de fabrication. Un sieur Mareels, premier défendeur en cassation, et la société Safebox, deuxième défenderesse en cassation, se présentant respectivement comme titulaire d'un brevet relatif à un porte-chèques de sécurité et licencié exclusif de ce brevet ; et arguant que le chéquier du sieur Mareels était une contrefaçon, saisirent le juge des saisies de Bruxelles qui les autorisa à pratiquer, en compagnie d'un expert, troisième défendeur en cassation, une saisie-description des plans et documents en possession de la Région wallonne. A la suite du refus de la Région wallonne de communiquer certains documents à l'expert, le juge des saisies dut être saisi une seconde fois.

L'expert fut ainsi chargé par le tribunal d'effectuer une nouvelle saisie-description et fut de surcroît constitué gardien des documents litigieux. Dès lors, il procéda à une seconde saisie-description au siège de l'exécutif régional wallon et emporta les pièces litigieuses. La Région wallonne, demanderesse en cassation, forma alors opposition contre les deux ordonnances du

juge des saisies aux fins d'obtenir non seulement la rétractation avec nullité des saisies-descriptions effectuées, mais aussi la restitution des documents saisis.

Le tribunal civil de Bruxelles la débouta et la Cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt du 4 octobre 1989[464] confirma cette décision sous l'émendation toutefois qu'elle ordonna la restitution à la Région wallonne des originaux des documents saisis, étant précisé que leurs copies pouvaient être utilisées dans la procédure au fond. La Cour d'appel examina la validité de la saisie notamment sous l'angle de l'immunité d'exécution des personnes publiques et décida que : « *si les biens d'une personne publique ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée à peine de méconnaître le principe général de la continuité du service public encore, peut-on s'interroger, en l'espèce, sur la nature des biens qui ont fait l'objet des saisies-descriptions ; que l'expert judiciaire a opéré des investigations entre les mains de la s.a. Microélectronique qui n'a introduit aucun recours ; que parmi les documents remis par la Région wallonne (…) se trouvent des documents qui ne constituent pas des biens d'une personne publique ; que la lecture des pièces (…) annexées au rapport (…) permet de constater qu'il faudrait opérer une ventilation entre les documents appartenant à la Région wallonne et ceux qui sont la propriété de ses correspondants ; que les parties intimées ont cependant conclu à ce qu'il soit ordonné que les pièces saisies soient restituées à la Région wallonne, de sorte que la répartition entre les documents qui constituent des biens de la Région wallonne, et ceux dont elle n'était pas ou pas encore propriétaire irait au-delà de ce que les parties ont demandé* ».

La Région wallonne introduisit un pourvoi en cassation contre cet arrêt. La deuxième branche du moyen unique posait expressément la question de principe de l'étendue de l'immunité d'exécution des personnes de droit public. Il soutenait, en effet, d'une part, qu'en vertu du principe de la continuité du service public, les biens d'une personne publique, tant du domaine public que du domaine privé, ne peuvent faire l'objet de mesures de saisie, même conservatoire, et d'autre part que la constitution d'un gardien de documents saisis dans le cadre d'une saisie-description est une véritable saisie ou à tout le moins une mesure d'exécution forcée, de sorte qu'en confirmant la constitution de l'expert gardien des documents saisis et en autorisant l'utilisation de la copie de l'ensemble de ceux-ci, y compris ceux appartenant à la Région wallonne, dans le cadre de la procédure au fond, l'arrêt entrepris

---

[464] Bruxelles, 4 octobre 1989, *Ing.-Cons.*, 1989, p. 293 ; *A.P.M.*, 1990, p. 152.

a méconnu l'immunité d'exécution de la Région wallonne et donc le principe de la continuité du service public.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif sus-indiqué[465].

Ainsi, pour la Haute Cour qui réaffirma le pouvoir d'injonction du juge à l'égard de l'Administration[466] et retint, en la circonstance, la continuité du service public[467] comme critère d'appréciation de l'opportunité d'une saisie pratiquée à l'encontre d'une personne publique, l'immunité d'exécution de l'Administration n'avait pas un caractère absolu[468].

Le décor semblait désormais planté en vue de la relativisation du principe même si, par ailleurs, l'intervention de la Haute cour n'a pas permis de résoudre tous les problèmes. A titre d'illustration, la Cour ne donna pas de plus amples précisions dans la détermination du bien saisissable. Fallait-il que ce bien eût un caractère utile, nécessaire ou indispensable à la continuité du service public ou devait-on en apprécier la saisissabilité en fonction des éléments de fait appréciés *in concreto* ? En outre, la Cour de cassation ne prit pas,

---

[465] A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.* pp. 440-441. Ces auteurs signalent, en outre, que dans un jugement du 11 janvier 1994 le juge des saisies de Bruxelles s'est rallié à l'interprétation de la Cour de cassation du 30 septembre 1993. Devant statuer sur la validité d'une saisie-arrêt exécution pratiquée entre les mains du débiteur de l'Etat belge, le juge s'est référé à cette décision pour en déduire la thèse de la relativité de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics (Civ. Bruxelles, sais., 11 janvier 1994, *R.G.D.C.*, 1994, p. 266). Néanmoins, le juge avait estimé, dans cette affaire, qu'afin d'examiner si une saisie entravait ou non la continuité du service public, il fallait en outre que son objet fût bien défini et déterminé. Cela ne fut pas le cas, en l'espèce, la saisie ayant portée sur « tout ce qui revenait à l'Etat belge ». Aussi, le juge ne put rien faire d'autre que d'ordonner la mainlevée de la saisie.

[466] Ce pouvoir fut, pour la première fois, consacré par la Cour de cassation belge dans son célèbre arrêt du 26 juin 1980 (Cass., 26 juin 1980, *R.J.C.B.*, 1983, p. 173, et note F. DELPEREE ; *Pas.*, 1980, I, pp. 1350 et s. ; PH. QUERTAINMONT, note sous Brux., 17 sept. 1981, n° 7).

[467] Comme dans ses arrêts des 21 avril 1966 et 26 juin 1980, la Cour fonde le principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques sur la continuité des services publics. Dans sa décision du 21 avril 1966 (Cass., 21 avril 1966, *Rev. adm.*, 1965-1966, p. 125), la Cour se référait également à l'article 537, alinéa 2, du Code civil. Cette dernière référence ne fut pas reprise dans l'arrêt du 26 juin 1980.

[468] Il importe de noter également que cet arrêt n'invoqua plus la distinction classique entre domaine privé et domaine public des biens de l'Etat alors que la jurisprudence ancienne de la Cour de cassation s'était maintes fois prononcée sur cette distinction et notamment dans son arrêt du 3 mai 1968 (Cass., 3 mai 1968, *R.J.C.B.*, 1969, p. 67), selon lequel « *un bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou implicite de l'autorité compétente, il est affecté à l'usage de tous, sans distinction de personne* ».

Ce point de vue de la Cour de cassation qui fait dépendre l'affection du bien au domaine public de l'Etat d'une décision de l'autorité publique compétente destinant le bien à l'usage de tous n'est cependant pas de nature à rallier l'opinion de la doctrine récente belge pour qui « *fait partie du domaine public tout bien qui appartient à une personne de droit public et qui, soit par sa structure, soit par son importance historique ou scientifique, est nécessaire à un service public et ne saurait être remplacé par aucun autre dans ce rôle* » (CL. NYSSENS, « Le principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics assoupli par le législateur » *R.R.D.*, janvier 1994, n° 69, pp. 302-303).

expressément, position sur la question fondamentale de la mise en balance, par le juge, des intérêts en présence (celui du créancier, d'une part, et de l'Administration, d'autre part) dans l'appréciation de la continuité des services publics. Enfin, elle n'apporta, en la circonstance, aucune solution quant à la nécessité de laisser à l'Administration un délai raisonnable pour l'exécution volontaire des obligations issues de la condamnation[469].

Autant de difficultés qui rendaient plus que nécessaire une intervention législative d'envergure en vue d'une part, de circonscrire le champ d'action du juge dans la détermination des biens saisissables et, d'autre part, d'affiner le critère même de la continuité du service public en précisant exactement quand la saisie d'un bien pouvait être considérée comme de nature à perturber le fonctionnement régulier et continu du service public.

5. Une proposition de loi en vue de soutenir la réforme

129. Proposition de loi CEREXHE. C'est sans doute pour cette raison, en effet, qu'une proposition de loi insérant l'article 1412*bis* dans le Code judiciaire fut déposée par le sénateur E. CEREXHE[470], une première fois le 15 janvier 1987[471] et ensuite le 29 mars 1988[472] en vue de l'atténuation du principe.

Dans les développements de sa proposition, l'auteur affirmait notamment que : « *un principe généralement admis veut que les biens du domaine public, comme ceux du domaine privé, sont insaisissables, tant à titre conservatoire qu'à titre d'exécution. Il en résulte que le créancier d'un pouvoir public, alors même qu'il dispose d'un titre authentique ou d'un jugement, ne peut, en cas de réticence du débiteur, obtenir paiement de ce qui lui est dû qu'en suivant les voies administratives. L'idée de base qui justifie cette règle est qu'il est exclu qu'un créancier puisse pratiquer à l'égard des biens de l'Etat ou d'autres organismes publics*

---

[469] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 441.

[470] E. CEREXHE, « Les créanciers et les biens de l'Etat », *Journal des procès*, 1987, n° 102, pp. 22-23.

[471] *Doc. parl.*, Sénat, 1986-1987, n° 405/1.

[472] *Doc. parl.*, Sénat, s.e. 1988, n° 213-1, p. 5.

une saisie qui mette en péril la continuité du service public. Cette insaisissabilité paraît aujourd'hui remise en cause à la fois par la législation, la jurisprudence et la doctrine »[473].

Par ailleurs, fondant le besoin d'atténuation du principe de l'immunité d'exécution sur les exigences d'un Etat de droit moderne, le Ministre de la justice affirmait pour sa part que l'objectif de la proposition de loi CEREXHE d'empêcher les pouvoirs publics de se soustraire à leurs obligations en matière d'exécution de décisions judiciaires n'était pas facile à réaliser parce qu'il fallait concilier plusieurs intérêts en présence. Mais, devant le scandale créé par l'inertie administrative dans ce domaine, le jeu en valait vraiment la chandelle. Et le Ministre martelait encore que : *« l'Etat de droit requiert que ces décisions puissent être exécutées même à l'encontre de personnes morales de droit public. La justice une fois rendue n'est pas encore faite (…). L'objectif de la proposition de loi n'était pas facile. Il fallait en effet concilier le principe de l'exécution des décisions judiciaires avec les exigences du service public… »*[474].

Après plusieurs discussions entre le Sénat et la Chambre, le texte fut aménagé pour limiter autant que possible l'intervention et l'appréciation du juge des saisies en matière de saisissabilité des biens des personnes publiques et le projet fut finalement voté à la Chambre le 19 juin 1994 et au Sénat le 23 juin 1994. Enfin, le 30 juin 1994, le Roi sanctionna la loi sur l'immunité d'exécution introduisant dans le Code judiciaire un article 1412*bis*. Elle sera publiée au Moniteur Belge du 21 juillet 1994.

Ainsi, sera consacrée formellement et de façon restrictive, l'impossibilité des voies d'exécution forcée de droit commun contre les personnes morales de droit public en droit belge. Impossibilité cependant réduite à des proportions raisonnables parce qu'il est désormais autorisé de pratiquer la saisie sur certains biens de ces personnes jugés manifestement pas utiles à leur mission de service public.

130. Conclusion. Ainsi donc, l'immunité d'exécution est, en droit belge contemporain, un privilège reconnu par le législateur à toutes les personnes morales de droit public sans égard à la nature de l'activité exercée. Il s'agit d'une faveur particulière accordée à ces personnes en

---

[473] *Doc. parl.*, Sénat, session 1986-1987, n° 450-n° 1, pp. 2 à 4.

[474] Rapport de la Commission de la justice de la Chambre, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-ç », n° 750/4, p. 2. On notera que dans ces deux interventions, la distinction entre biens du domaine public et ceux du domaine privé de l'Etat était maintenue. Le nouvel article 1412*bis* la rejettera purement et simplement en matière de saisie.

tant qu'éléments structurels de l'Etat, c'est-à-dire des mécanismes institutionnels par lesquels les pouvoirs publics réalisent leurs interventions et agissent dans la poursuite du bien commun. On constate naturellement ici la primauté accordée au critère organique dans la détermination des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution quand bien même d'autres éléments peuvent intervenir pour en limiter la portée[475].

Section 2. Le système français de l'immunité absolue avec tempéraments

131. Justification de l'intitulé de la section. L'intitulé de cette section peut paraître paradoxal d'autant que les concepts utilisés pour sa formulation ne semblent pas, à première vue, s'accorder. On peut, en effet, se poser des questions sur le choix de l'expression « immunité absolue avec tempéraments »[476] au lieu de « immunité relative » étant donné que parler des tempéraments apportés à un principe revient avant tout à en atténuer la rigueur, c'est-à-dire, affirmer son caractère relatif par l'effet des assouplissements marquant sa mise en œuvre. Loin s'en faut. Le système français de l'immunité d'exécution, à la différence du droit belge, n'offre aucune possibilité d'utilisation de la contrainte à l'égard des personnes publiques. L'interdiction de la force vis-à-vis de ces personnes demeure un principe absolu et la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative à l'astreinte en matière administrative et à l'exécution des décisions de justice par les personnes morales de droit public n'y a apporté aucune restriction.

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation française du 21 décembre 1987 (dit « arrêt B.R.G.M.[477] ») aux termes duquel il fut décidé que l'immunité d'exécution s'applique

---

[475] Notamment l'élément fonctionnel.

[476] C'est nous qui soulignons.

[477] Bureau de Recherches Géologiques et Minières. Cet arrêt (BRGM) eut le mérite de mettre fin à un quart de siècle de flottements et d'incertitudes jurisprudentielles provoqués par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 1951 dit arrêt SNEP (Société Nationale des Entreprises de Presse) qui sembla reconnaître à cette dernière société l'immunité d'exécution au motif qu'elle était investie *des prérogatives de puissance publique* et était *soumise au contrôle de la Cour des comptes*. Ce qui laissa sous entendre que les entreprises publiques à caractère industriel et commercial fonctionnant dans les conditions proches du droit privé pouvaient être soustraites à l'immunité d'exécution. L'arrêt BRGM vint donc remettre les pendules à l'heure en unifiant le statut de toutes les personnes publiques désormais reconnues bénéficiaires de l'immunité d'exécution y compris les établissements publics

également aux établissements publics industriels et commerciaux, un retour à l'orthodoxie et à l'immunité totale des pouvoirs publics fut imposé par la haute Cour. Dès lors, un coup de frein fut apporté aux multiples tentatives de relativisation du principe qui, à l'heure actuelle, ne souffre d'aucune exception[478].

Les atténuations au principe, introduites ici par le législateur, sont d'un autre ordre et revêtent un caractère particulier. Elles contribuent à l'exécution des décisions de justice non pas par l'usage des procédures d'exécution forcée de droit commun (saisie des biens), mais par la mise en oeuvre des *voies d'exécution administratives* reposant essentiellement sur la technique d'ordonnancement et de mandatement d'office. Cette technique qui permet de concilier les intérêts de l'Etat et de ses partenaires est appuyée, dans ce système, par des mécanismes d'astreintes et de mise en cause de la responsabilité personnelle des agents publics[479].

Ainsi, le système français n'est pas un système d'immunité « relative », étant précisé que ce concept suppose que les saisies soient autorisées, dans certaines hypothèses, vis-à-vis des personnes morales de droit public. C'est un système d'immunité dite « absolue avec tempéraments » puisqu'il repose essentiellement sur la rigueur du principe assoupli par des voies d'exécution administratives. D'où l'intitulé de la section : « *Le système français de l'immunité absolue avec tempéraments* » pour montrer qu'on n'est pas ici en présence d'un système « à proprement parler » dérogatoire à l'immunité d'exécution.

Cela étant dit, le droit français de l'immunité d'exécution sera examiné en trois paragraphes : le premier sera consacré à l'étude de ce privilège dans ce système juridique, le second portera sur les personnes publiques immunisées et le troisième aura pour objet la recherche des fondements de l'immunité d'exécution en droit français.

---

industriels et commerciaux (M. DONNIER, « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », 4ème éd. Litec, 1996, p. 53, note 87).

[478] M. VERON, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Masson, 1989, p. 25.

[479] Voy. loi du 16 juillet 1980 précitée.

§1. Le principe de l'immunité d'exécution en droit français[480].

Seront examinés ici le principe (A) et les mesures de contrainte interdites par l'immunité (B).

A. Le principe

1. L'immunité d'exécution : un principe de droit traditionnel non écrit, de portée générale et absolument rigide

132. D'une règle traditionnelle non écrite à l'affirmation législative du principe. En droit français, l'immunité des personnes morales de droit public à l'égard de l'exécution forcée est une règle constante et générale qui s'applique sans distinction de leurs biens, de voies d'exécution utilisées ou des juridictions qui ont rendu les décisions sujettes à exécution (juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif).

Cette règle qui est traditionnellement déduite de divers textes[481] ainsi que des jurisprudences rendues ponctuellement au bénéfice de l'Etat, des communes, des départements et des établissements publics[482] fut affirmée par une doctrine unanime[483] comme l'illustration d'un

---

[480] Mis à part quelques différences liées à l'évolution et à l'adaptation du privilège aux réalités de chaque milieu, on ne peut s'étonner que le système français de l'immunité d'exécution présente des aspects fort semblables au système belge. A la vérité, il s'agit du système ayant influencé tous les autres (belge et congolais). Car comme l'affirme M. NIHOUL, les privilèges sont des concepts *clairement importés* du droit français. Et l'auteur note que : « La relative indifférence des auteurs belges s'explique vraisemblablement par le fait que les privilèges ont été importés du droit français. Le phénomène n'est pas surprenant en droit administratif. L'influence française s'étant à bien d'autres théories liées à l'action administrative (…). Du jour au lendemain, en quelque sorte, les auteurs ont reconnu l'application directe en droit belge du droit français des privilèges » (M. NIHOUL, *op. cit.*, p. 4)

[481] Pour un inventaire de ces textes, voy. L. JACQUIGNON, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *A.J.D.A.* 1958, pp. 71 et s.

[482] Cass. (1ère civ.), 21 déc. 1987, *Bureaux de Recherches Géologiques et Minières : BRGM c/sté Lloyd Continental*, *Bull. civ.*, I, n° 348 ; *R.F.D.A.*, 1988, pp ; 771 et s., concl. CHARBONNIER, note B. PACTEAU ; *JCP G*, 1989, II, 21183, note NICOD ; *C.J.E.G.*, 1988, pp. 107 et s., note L. RICHER ; *R.T.D. civ.*, 1989, pp. 145 et s., obs. R. PERROT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (G.A.J.A.)*, 14ème éd., Dalloz, n°

principe général de droit non écrit et de portée générale. Elle a été, d'après S. GUINCHARD et T. MOUSSA, rattachée par les juridictions à une autre règle non écrite selon laquelle « *les biens des personnes publiques sont insaisissables*[484] » ; avant d'être solennellement consacrée par la Cour de cassation[485] et reprise plusieurs fois par le Conseil d'Etat notamment dans ses formations consultatives ainsi qu'en témoigne cet extrait tiré d'un de ses avis : « *Il résulte d'un principe général de droit, rappelé notamment par la Cour de cassation dans son arrêt BRGM du 21 décembre 1987, que les biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, sont insaisissables…* »[486].

C'est ce principe constant que le législateur finira par reprendre dans la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, relative à la réforme des procédures civiles d'exécution forcée, pour en faire un principe légal. A telle enseigne que la règle de l'impossibilité de recourir aux voies d'exécution forcée contre les personnes morales de droit public constitue actuellement en France une évidence sur laquelle il n'est guère besoin d'insister.

Cette règle peut donc être sanctionnée devant toutes les juridictions et sa méconnaissance est susceptible de donner lieu à un pourvoi en cassation pour excès de pouvoir, voie de recours

---

96, pp. 678 et s., obs. LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVE et GENEVOIS (cités par S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1665 et s.) ; Rapp. C. Cass., 1987, *Doc. fr.*, pp. 123 et s., comm. P. SARGOS ; Cass. civ., 5 mai 1885, CARATIER-TERRASSON, S., 1886, 1, p. 353, note CHAVEGRIN.

[483] M. WALINE, *Droit administratif*, 7ème éd., p. 863 ; A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd., T. I, p. 428 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, T. III, n° 1301 ; J. RIVERO, « *Droit administratif* », 2e éd., p. 414 ; G. VEDEL, « *Droit* administratif », 3e éd., p. 403 ; G. LIET-VEAUX et A. HOMONT, *Jurisclasseur de droit administratif*, fas. 110, v° *Procédés de droit administratif* ; R. BONNARD, « *Précis de droit administratif* », 3e éd., pp. 683 et 684 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11e éd., pp. 900 à 904 ; H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12e éd., pp. 605 et 606 ; de façon plus récente, P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 3236 ; R. DENOIX de SAINT-MARC, note sous CA Paris, 11 juillet 1984, *SNCF c/Gard*, *D.*, 1995, p. 174 ; R. DUCOS-ADER, « Le principe de l'insaisissabilité : un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux », *Gaz. Pal.*, 1986, II, doctr., pp. 474 et s. ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, 1976-1980, fasc. V, p. 1711 ; P. YOLKA, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, L.G.D.J., 1997, pp. 592 et s.

[484] Allusion est faite ici à l'article 537, alinéa 2 du Code civil français aux termes duquel : « *Les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières* ». Cet article est considéré par la doctrine comme étant à l'origine de la domanialité publique (M. DONY, *op. cit.*, p. 89 ; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 130).

[485] Cass., 1ère civ., 21 déc. 1987, *Bureaux de Recherches Géologiques et Minières* : *BRGM c/sté Lloyd Continental*, *Bull. civ.*, I, n° 348 ; *R.F.D.A.*, 1988, pp. 771 et s., concl. CHARBONNIER, note B. PACTEAU ; *JCP G*, 1989, II, 21183, note NICOD.

[486] S. GUINCHARD et T. MOUSSA (*op. cit.*, pp. 1665-1666, n°1612.11) citant YVES CLAISSE, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 1re éd., n° 36, pp. 339 et s., comm. Y. CLAISSE. Notamment C.E., avis n° 350.083, sect. Finances, 30 janv. 1992, *E.D.C.E.*, n° 44, 1992, p. 401.

très particulière qui permet de faire censurer tous les actes du juge, y compris les actes d'administration judiciaire[487].

Mais, de quelle manière a-t-elle été proclamée par le législateur français ?

2. L'immunité d'exécution : un principe légal actuellement tempéré par les voies d'exécution administratives

133. Appréhension législative du principe. La règle selon laquelle les personnes publiques ne peuvent faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée, selon les principes du droit commun, a finalement été appréhendée par le législateur qui l'a formellement reprise à l'article 1er, alinéa 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 en ces termes : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* »[488].

On le constate, à la différence du droit belge (article 1412*bis*), le législateur français n'énumère pas *expressis verbis* les personnes bénéficiaires de cet important privilège et se contente simplement d'énoncer le principe sans fournir aucun autre détail.

Face à cette lacune, il convient de se référer à d'autres textes spéciaux ainsi qu'à la jurisprudence pour déterminer exactement les personnes ainsi visées. Le premier texte auquel il peut être utilement fait recours est l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Cette disposition énonce que : « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1 sont insaisissables* ». Et l'article L. 1. vise les biens et les droits à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à *l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements ainsi qu'aux établissements publics*[489].

---

[487] L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2ème éd., Litec., n° 1674, pp. 714 et 715.

[488] Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (http : admi.net /jo/JUSX8900065L.html).

[489] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1666, n° 1612.12.

Par ailleurs, les décisions rendues par les juges de l'exécution en matière d'immunité d'exécution concernent généralement les personnes publiques (*Etat, communes, départements et établissements publics*) auxquelles il est interdit d'appliquer les saisies ou tous autres moyens de pression ou d'intimidation[490], les juges se contentant simplement, selon les cas, de prononcer une astreinte ou d'inviter les créanciers à mettre en œuvre les mécanismes institués par la loi du 16 juillet 1980.

Bien plus, la loi du 3 janvier 1973 instituant le Médiateur de la République porte que l'intervention de cet organe est subordonnée à la condition que la décision de justice en cause et dont on sollicite l'exécution concerne directement l'une des personnes énumérées à l'article 1er à savoir : *l'Etat, les collectivités publiques territoriales et les établissements publics*. La disposition se termine par une formule générale à la manière de l'article 1412*bis* du Code judiciaire et vise « … *tout autre organisme investi d'une mission de service public* »[491].

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme rattache le plus souvent l'exigence des mesures d'exécution susceptibles de contraindre les personnes morales de droit public à exécuter les décisions de justice à la règle du procès équitable garantie par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales[492]. Or ici comme ailleurs, les personnes publiques visées par la Cour

---

[490] TGI Bobigny, 8e ch., 21 sept. 1993, *AFPA c/ Sté financière Haussmann*, *Gaz. Pal.*, 1994, somm. 84. Voy. aussi P. DELVOLVE, « L'exécution contre l'administration », *R.T.D.civ.*, n° spéc. hors série, 1993, pp. 152 et s., spéc. p. 153.

[491] De la sorte, on peut en déduire qu'elle englobe toutes les personnes morales de droit public et même les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public.

[492] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1676, n° 1613.11. En effet, la règle du procès équitable exige que le justiciable ait droit non seulement à une décision de justice déclarant fondée ou non sa prétention, mais aussi et surtout qu'il bénéficie de l'exécution de cette décision au cas où elle lui serait favorable. C'est là une exigence de bon sens et de justice recommandée par l'Etat de droit. L'existence des voies d'exécution administratives ayant pour finalité la mise en œuvre des décisions de justice rendues contre les personnes publiques en France, elle a été saluée comme un effort fourni dans ce pays en vue de se conformer à la règle du procès équitable. Aussi, S. GUINCHARD et T. MOUSSA notent-ils que cette interprétation est constructive et mérite d'être saluée (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1676, n° 1613.11). Voy. aussi CEDH, 19 mars 1997, aff. 107/1995/613/701, *Hornsby c/ Grèce*, *JCP G*, 1997, II, 22949, note O. DUGTIP et F. SUDRE ; *D.*, 1998, pp. 74 et s., note N. FRICERO, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 381 et s. ; *A.J.D.A.*, 1997, pp. 986 et 987, obs. J.-F. FLAUSS ; N. FRICERO, « Le droit européen à l'exécution des jugements », *Dr. et procédures* (la revue des huissiers de justice), janv. 2001, pp. 6 et s. On notera enfin que dans cet arrêt dit « arrêt Hornsby » rendu en date du 19 mars 1997, la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg a condamné l'Etat grec pour avoir attendu 5 ans avant de procéder à l'exécution d'un jugement (*D.*, 1998, p. 74, note N. FRICERO).

européenne sont encore : *l'Etat et ses démembrements, c'est-à-dire, l'Etat lui-même, les collectivités publiques territoriales et les établissements publics*.

De ce qui précède, il résulte que les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution visées par l'article 1er, alinéa 3 de la loi française du 9 juillet 1991 sont celles-là même qui sont désignées dans des textes édictés dans divers secteurs et mentionnées régulièrement dans la jurisprudence tant de la Cour de cassation[493], des juges de l'exécution que de la Cour européenne des droits de l'Homme comme jouissant des prérogatives de puissance publique à savoir : *l'Etat, les communes, les régions, les départements et les établissements publics* (hôpitaux, hospices, universités, grandes écoles, etc.). La prohibition d'utilisation des voies d'exécution forcée vaut donc ici pour toutes ces personnes sans distinction de leur nature, de leur vocation ou de leur organisation même si certains auteurs continuent de critiquer, jusqu'à ce jour, la pertinence de la jurisprudence qui reconnaît aux établissements publics à caractère industriel et commercial le bénéfice de l'immunité d'exécution sur leurs biens[494].

Ce sont donc ces personnes publiques, également retrouvées en droits belge et congolais, qui devront encore nous occuper dans cette partie de notre analyse en tant qu'elles peuvent, par leur entêtement à ne pas exécuter les décisions de justice[495], nuire gravement aux intérêts des créanciers de l'Etat et faire ombrage à l'efficacité concrète du contrôle juridictionnel de l'Administration.

Toutefois avant d'en arriver là, voyons d'abord sans les analyser profondément, les mécanismes administratifs mis en place pour tempérer la rigueur du principe dans ce système

---

[493] G. MONSARRAT, note sous Cass. fr. Req., 15 février 1938, *D.*, 1938, I, 127.

[494] Y. GAUDEMET, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in *Mélanges R. DRAGO*, Economia, 1996, pp. 259 et s ;B. PACTEAU, note sous Cass., 1ère civ., 21 déc. 1987, BRGM, *R.F.D.A.*, 1988, pp. 779 et s ; D. TRUCHET, « *Les personnes publiques disposent-elles en droit français de la liberté d'entreprendre* ? », *D. Affaires*, 1996, p. 734 (l'auteur prône l'intervention d'une loi devant nuancer le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques à caractère industriel et commercial) ; S. CLAMENS, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *A.J.D.A.*, 2000, pp. 767 et s.

[495] Mis à part le cas du droit congolais où, comme l'ont démontré les statistiques (cfr. *supra*, n° 19), la question de l'inexécution des jugements se pose avec acuité et revêt un aspect systématique, il faut reconnaître qu'en droits français et belge, les personnes publiques exécutent dans l'ensemble les jugements qui les condamnent. Toutefois, la pratique révèle des cas d'inexécution ou d'exécution tardive sans qu'il y ait une pratique systématique de refus justifié par les privilèges dont elles sont bénéficiaires (voy. en droit français S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1676, n° 1613.11 et en droit belge J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 269, n° 32). Si des difficultés se présentent, c'est le plus généralement dans le rythme des paiements à effectuer par eux.

et favoriser, *ipso facto*, l'exécution, par les personnes publiques, des décisions de justice rendues à leur encontre.

134. Les mécanismes administratifs d'exécution forcée en vigueur en droit français. A cet égard, il est important de relever l'apport tout particulier de la loi du 16 juillet 1980 dont on a effleuré, au passage, certains éléments positifs (ordonnancement et mandatement d'office, astreinte, sanctions disciplinaires personnelles à l'encontre des agents publics coupables de l'inexécution etc.) et sur laquelle nous reviendrons dans la seconde partie de cette étude.

Cependant, considérée comme l'aboutissement d'un processus d'amélioration de la situation des administrés confrontés au mépris de la chose jugée par l'Administration et constituant, en même temps, la pierre angulaire d'un « droit de l'exécution forcée »[496] dont les sources formelles reposent actuellement sur quatre textes de base, cette législation fut précédée d'un certain nombre de mesures qui, loin de constituer de dérogations au principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, ont simplement tenté de protéger les intérêts des créanciers de l'Etat.

Une énumération de ces mesures rendra plus compréhensible l'examen de la loi du 16 juillet 1980.

135. Moyens d'obtenir l'exécution des décisions de justice avant la loi du 16 juillet 1980 ou procédés d'incitation (voire de contrainte indirecte) au respect de la chose jugée. Il s'est agi surtout des moyens non contentieux institués par quelques textes de loi et qui, par leur souplesse, ont présenté certains avantages. Parmi les textes ayant institué ces mécanismes on peut citer notamment sans ordre préconçu et sans leur donner un quelconque coefficient d'importance :

- le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963[497], plusieurs fois modifié et dont l'article 3 avait institué à la fois un rapport annuel au Conseil d'Etat et la Commission chargée de le préparer appelée Commission du rapport. Cette commission sera par la suite dénommée Commission du rapport et des études, puis en vertu du décret du 24 janvier

---

[496] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1676, n^os^ 1613.20 et s.

[497] *J.C.P.*, 1963, III, 29327.

1985, elle prendra le nom actuel de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat. Les articles 58 et 59 de ce décret ont mis en place un système de prévention de l'inexécution de la chose jugée et d'incitation à l'exécution qualifiée de « système d'aide à l'exécution »[498]. Plus précisément l'article 59 (actuel article R. 931-2 du Code de justice administrative) de cet instrument juridique permet au créancier victime de l'inexécution de saisir[499] la Commission (Section) du rapport et des études du Conseil d'Etat, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue par un tribunal administratif[500]. La Section peut intervenir soit sur demande d'éclaircissement d'un ministre[501], soit sur réclamation d'un requérant[502]. La demande est instruite selon une procédure souple et informelle. Les démarches sont généralement entreprises auprès de l'Administration concernée pour obtenir l'exécution de la décision et la persuasion est le moyen de pression habituelle (échanges de correspondance, conversations téléphoniques, contacts directs, appels aux autorités hiérarchiques ou de tutelle, convocations des intéressés, envoi d'un rapporteur sur place, menaces d'inscription de l'affaire au rapport annuel etc.)[503]. Toutefois ce système ne bénéficie qu'à l'exécution des

---

[498] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, pp. 1677 et s. On notera que l'aide à l'exécution peut être adressée soit à la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat (une des cinq sections de cet organe dont le rôle est double : prévenir l'inexécution et inciter à l'exécution des décisions de justice), soit à un tribunal administratif ou à une cour administrative d'appel (articles R. 931-5 et R.921-6 : le président de la cour administrative d'appel ou du tribunal administratif saisi ou le rapporteur désigné à cette fin « *accomplissent toutes les diligences qu'ils jugent utiles pour assurer l'exécution de la décision juridictionnelle qui fait l'objet de la demande* »).

[499] La saisine de la Section du rapport et des études n'est soumise à aucun formalisme particulier. Une simple lettre suffit à conditions qu'elle contienne l'ensemble des informations utiles : décision inexécutée, date de la notification. La réclamation doit toutefois être écrite en français (article R. 931-2 du Code de justice administrative).

[500] Ce pouvoir remonte, d'ailleurs, au décret du 28 janvier 1969 (*J.C.P.*, 1969, III, 35110).

[501] La demande d'éclaircissement ne peut porter que sur des décisions juridictionnelles qui, soit ont prononcé l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, soit ont rejeté tout ou partie des conclusions présentées en défense par une collectivité publique dans un litige de plein contentieux. Seuls les ministres peuvent saisir la Section du rapport et des études. Les autres autorités administratives doivent transmettre leur demande au Conseil d'Etat sous le couvert d'un ministre compétent (cette centralisation a soulevé des critiques « O. DUGRIP, *op. cit.*, n° 156). La saisine de la section n'est soumise à aucune condition de délai.

[502] Les requérants peuvent, après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle une décision d'une juridiction administrative leur accordant satisfaction, même partielle, leur a été notifiée, signaler à la Section du rapport et des études les difficultés qu'ils rencontrent pour obtenir exécution. En ce qui concerne les décisions ordonnant une mesure d'urgence, notamment un sursis à exécution, ils peuvent saisir cette section sans délai (*J.C.P.*, 1963, III, 29327). Cependant la saisine de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat n'a pas un effet suspensif et le requérant est autorisé à former tous les recours contentieux qu'il croit nécessaires (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1706, n° 1631.51).

[503] J. MASSOT et J. MARIMBERT, « Le Conseil d'Etat, Notes et documents », n° 4869, *Doc. fr.*, 1988, pp. 279 et s. En cas de mauvaise foi manifeste de la personne publique à s'exécuter en dépit de ces pressions, le président de la Section du rapport et des études peut saisir le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat aux

décisions rendues par les juridictions administratives (Conseil d'Etat, Cours administratives d'appel, tribunaux administratifs). Et c'est là le « Talon d'Achille »[504] de cette législation qualifiée, comme dit plus haut, du système d'aide à l'exécution ;

- la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975[505] fixant le taux légal des intérêts. Elle devrait inciter à une exécution rapide des décisions de justice en relevant sensiblement les intérêts à payer en cas d'inexécution des décisions de justice. En fait, cette loi prévoit une majoration de cinq points (5 points) de ce taux deux mois après l'intervention d'une décision de justice tant judiciaire qu'administrative devenue exécutoire (non susceptible d'appel ou d'opposition), fût-ce par provision (article 313-3 du Code monétaire et financier actuel : ancien article 3 de la loi du 11 juillet 1975)[506] ;

- la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977[507] instaurant la gratuité des actes de justice devant les tribunaux civils et administratifs. Certaines dispositions de cette loi ont trait directement au fonctionnement de la justice administrative et même à l'exécution des décisions de justice sans toutefois contribuer réellement à l'amélioration du système existant ;

- le décret n° 76-286 du 24 mars 1976[508] obligeant, depuis mai 1976, le Conseil d'Etat de faire mention, à l'occasion de la notification des décisions accordant satisfaction totale ou partielle au requérant, de la compétence de la Commission (Section) du

---

fins *d'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office* à l'encontre de cette personne récalcitrante. (Article 59-4 du décret du 30 juillet 1963, actuellement, article R. 931-7 du Code de justice administrative). En pratique toutefois, la Section du rapport répugne souvent à déclencher elle-même une demande juridictionnelle d'astreinte, préférant laisser l'initiative de cette procédure « aux parties intéressées ».

[504] C'est nous qui soulignons.

[505] *J.C.P.*, 1975, III, 43075.

[506] L'idée d'une majoration de l'intérêt légal a été introduite pour la première fois par une loi du 5 juillet 1972 qui avait prévu un « doublement » de l'intérêt légal « à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la notification d'une condamnation passée en force de chose jugée ». Cette règle du doublement dont la jurisprudence avait limité le domaine d'application à la matière contractuelle, pouvait se concevoir à une époque où le taux de l'intérêt légal était immuablement plafonné à 5 % en matière civile et 6 % en matière commerciale. Mais lorsque la loi du 11 juillet 1975 décida de faire varier annuellement le taux de l'intérêt légal, le doublement de celui-ci risquait d'aboutir à des majorations considérables, surtout à un moment où l'on observait les premiers symptômes d'une inflation des taux d'intérêts. La loi du 11 juillet 1975, tout en maintenant le principe d'une majoration, a donc estimé plus sage de remplacer le doublement par une *majoration fixe de 5 points*. Cette solution qui n'était peut-être pas la plus rationnelle, était néanmoins la plus acceptable. Elle a été reprise par l'article L. 313-3 du Code monétaire et financier (R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 2ème éd., 2005, Dalloz, p. 66, n° 58).

[507] J. TERCINET, *op. cit.*, p. 5.

[508] *J.C.P.*, 1976, III, 44160.

rapport dont les délais de saisine a été ramené de six à trois mois à dater de la notification de la décision de justice ;

- la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976[509] ayant modifié l'article 11 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, instituant le Médiateur[510]. Cette loi permet au Médiateur d'adresser des recommandations et même des injonctions[511] à l'organisme administratif qui n'exécuterait pas une décision de justice (judiciaire ou administrative), l'obligeant à s'y conformer dans un délai qu'il fixe. A l'expiration de ce délai, le Médiateur établit un rapport spécial présenté au Président de la République et au Parlement. Le rapport est ensuite publié au journal officiel.

Mais, ce dispositif a-t-il produit des résultats escomptés ? Autrement dit, les procédés d'incitation à l'exécution mis en place avant la loi du 16 juillet 1980 ont-ils remédié à l'inexécution, par l'Administration de la chose jugée ?

---

[509] J. GEORGEL, « Médiateur de la République », *J.-CL. Adm.*, 1997, fasc. 1007 ; O. DUGRIP, « Exécution des décisions de la juridiction administrative », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, n^{os} 179 à 192, p. 15. ; C. GUETTIER, « Exécution des jugements », *J.-CL Adm.*, 1995, fasc. 1112, n° 111 à 124, p. 16 et 17.

[510] Le Médiateur de la République peut être saisi d'un cas d'inexécution d'une décision de justice quel que soit l'ordre de juridiction dont elle émane. Et c'est là une différence fondamentale avec le système « d'aide à l'exécution » de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat qui n'intervient que pour les décisions rendues par les juridictions de l'ordre administratif (article 4 de la Loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976). Par ailleurs, les décisions concernées doivent être celles qui sont « coulées ou passées en force de chose jugée ». D'après le Conseil d'Etat français, une décision coulée en force de chose jugée est celle qui est rendue en dernier ressort (différent du jugement définitif, comme par exemple, un jugement du tribunal administratif insusceptible d'appel) et qui est encore susceptible d'une voie de recours extraordinaire (C. E., ass., 27 oct. 1995, *Min. Logement c/ Mattio*, *Rec. C.E.*, p. 359, concl. M. ARRIGHI de CASANOVA, obs. B. PACTEAU ; R.F. décentralisation mars 1996, p. 256). Enfin, aux termes de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, le Médiateur de la République ne peut être saisi que par l'intermédiaire d'un député ou d'un sénateur dont le demandeur a le libre choix. Mais, la saisine du médiateur n'exclut pas celle de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat (O. DUGRIP, *op. cit.*, n^{os} 179 et s ; P. BON, « Un progrès de l'état de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique », *Rev. dr. publ. en France et à l'étranger*, 1981, p. 11 ; Voy. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, T. I, 1992, p. 550.

[511] En pratique le Médiateur privilégie toujours la persuasion en agissant, au besoin, de concert avec les autorités qui peuvent provoquer l'exécution de la décision comme la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat. En cas d'échec, il dispose alors d'un pouvoir d'injonction qui lui permet d'intimer l'ordre à la personne publique mise en cause de se conformer aux termes de la décision de justice dans un délai qu'il fixe. Sinon le refus d'exécuter fait l'objet d'un rapport au Président et la République et au Parlement, puis publié au journal officiel. S. GUINCHARD et T. MOUSSA notent que dans les faits, le Médiateur n'utilise pas assez souvent son pouvoir d'injonction (une à cinq injonctions en moyenne par an) et qu'il n'a eu recours qu'une fois, en 1994, à la présentation au chef de l'Etat et au Parlement et à la publication au journal officiel d'un rapport spécial. C'était dans l'affaire *M. CLAUDE NIOX, directeur de la caisse de crédit municipal de Nîmes c/ la commune de Mennecy*, dans l'Essonne où il avait été détaché pendant cinq ans (*J.O.* Fr., 14 oct. 1994, pp. 14588 et s. ; S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1712, n° 1632.52)

136. Efficacité des procédés « d'incitation à l'exécution » mis en œuvre. Le dispositif d'incitation à l'exécution, pour intéressante qu'il fut, demeura cependant largement insuffisant et inadéquat. La procédure visant à faire plier l'autorité par la menace d'une dénonciation publique des violations des jugements dont elle se rendait coupable, n'a pas été jugée efficace et susceptible d'offrir des garanties d'exécution faute de sanctions réelles. En effet, pareille mesure ne pourrait réellement sortir ses effets que là où les autorités sont soucieuses de leur image dans l'opinion et risqueraient d'être sanctionnées par elle en cas d'abus.

Par ailleurs, la saisine de la Section du rapport et des études, malgré certains succès dus à la publication du bilan de son activité depuis 1976 et l'effort de publication accompli, est restée une procédure inadaptée et surtout méconnue. Tellement méconnue, souligne D. LINOTTE[512], que même le rabattement de six à trois mois de la durée de la saisine de la Section opéré par les décrets n° 76-286 du 24 mars 1976 et n° 76-1068 du 22 novembre 1976 fut totalement ignoré même des instances supérieures. Certains documents des travaux parlementaires continuaient à évaluer ce délai à six mois, alors qu'il était désormais ramené à une période très courte de trois mois et que tout délai en matière de sursis à exécution était supprimé tant devant le Conseil d'Etat que devant les autres tribunaux administratifs.

Enfin, faute de garanties réelles d'exécution, les justiciables répugnaient surtout de saisir encore, au terme d'une bataille juridique souvent longue et difficile, une autre autorité[513] munie, en définitive, de la publication des difficultés dans un rapport administratif, comme de la seule arme contre l'inexécution des jugements[514].

---

[512] D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 2, n° 3011.

[513] Il s'agit de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat.

[514] D. LINOTTE, *ibidem*, n° 301. Ce point de vue de l'auteur semble être en contradiction avec celui de S. GUINCHARD et T. MOUSSA qui voient en la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, un organe à *l'efficacité éprouvée*, même si, du reste, ils affirment que la publication de l'affaire au rapport annuel du Conseil d'Etat exerce une réelle pression mais sans effet sur ceux qui méprisent le juge et n'ont que faire de l'image que l'histoire retiendra de leur gestion des affaires publiques. Aussi, écrivent-ils : « Le justiciable ne doit jamais négliger de se tourner vers la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat (…), au centre d'un système « d'aide à l'exécution » à l'efficacité éprouvée. Au fait, il y est incité puisque, depuis 1976, les expéditions des décisions du Conseil d'Etat font expressément mention des dispositions de l'article 59 du décret du 30 juillet 1963 ». En somme, pour ces auteurs, cette efficacité résulte de la *seule autorité* de la Section du rapport et de ses membres. Cette autorité, déclarent-ils, suffit pour persuader la personne publique fautive à se conformer à la chose jugée. Ces auteurs font d'ailleurs remarquer que sur le plan quantitatif, les demandes à l'exécution représentent la plus grande partie de l'activité de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat. Car en 1997, par exemple, cette Section a enregistré 245 demandes d'aide à l'exécution contre seulement 98 demandes d'astreinte adressées directement à la Section du contentieux (dont l'instruction a été confiée à la

Tout ceci témoigne de difficultés et insuffisances ayant caractérisé la mise en place, en France, avant 1980, des mécanismes d'incitation à l'exécution des décisions de justice. Toutefois, considérées sous un autre angle, ces difficultés et insuffisances font preuve de la volonté déjà exprimée, à l'époque, d'adopter des mesures tendant à pousser de manière plus contraignante les personnes publiques au respect de la chose jugée. Aussi, l'avènement de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, relative aux astreintes en matières administratives et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public a-t-il été salué comme une réforme véritablement créatrice ayant non seulement introduit en droit public français quelques bouleversements importants[515], mais aussi et surtout accentué le caractère contraignant pour l'Administration des dispositions antérieurement envisagées.

Cette réforme ardemment souhaitée ne fut pas pourtant chose aisée au regard du temps relativement long qui a précédé sa consécration.

137. Antécédents et procédure d'élaboration de la réforme (loi du 16 juillet 1980). Il s'est agi d'un projet gouvernemental[516] déposé en avril 1977, lequel est devenu une loi en juillet 1980. Trois ans ont donc été nécessaires pour que la réforme soit adoptée. Cette lente gestation, à travers deux législatures et sept sessions parlementaires de la loi s'explique, d'après la doctrine, en raison de la modification très profonde qu'a subi le projet gouvernemental au cours de son examen au Parlement[517]. A l'origine, le projet visait

---

section du rapport et des études) et douze demandes d'éclaircissement émanant de ministres (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1704, n° 1631.11).

[515] Cas de l'astreinte introduite en matière administrative par cette loi selon les prescrits de l'article 2 qui autorisait le Conseil d'Etat seul à prononcer une astreinte à charge d'une personne publique refusant d'exécuter volontairement une décision de justice. Toutefois, l'introduction de l'astreinte en matière administrative n'a pas bouleversé les principes de base du droit public français puisque l'exposé des motifs du projet de loi soulignait qu'il s'agissait simplement de trouver des solutions à l'épineux problème d'inexécution des décisions de justice administrative sans modifier les principes du droit public « Il importe de combler cette lacune de notre système juridique sans bouleverser les principes fondamentaux sur lesquels il repose ».

[516] En réalité, le gouvernement a repris l'idée présentée dans la proposition de loi dite « De la liberté » par MM. FOYER, LABBE, CHINAUD et M. LEJEUNE (*J.O.* Fr., doc. A.N. n° 2080, Vème législature, art. 30, al. 2 : « Le juge administratif peut condamner les personnes publiques à des astreintes pour assurer l'exécution de ses décisions ». Par ailleurs, certains auteurs dont R. PERROT et P. THERY *« Procédures civiles d'exécution »*, 2ème éd., 2005, Dalloz, p. 206, affirment, pour leur part, que cette réforme et toutes celles qui ont suivi sont surtout dues à J. RIVERO qui, dans une chronique très remarquée, avait insisté sur la nécessité de la réforme (voy. J. RIVERO, « Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*, 1962, chron. pp. 37 et s.).

[517] Sur la longue gestation de ce texte qui a entraînée des réactions diverses, certains auteurs craignaient que le projet de loi ne fût jamais adopté au motif qu'il fut « mis en état d'hibernation » et retiré, le 1er juin 1978, sans explication de l'ordre du jour de l'Assemblée nationale (Voy. notamment : G. VEDEL, « La République mande et ordonne », *Le Monde*, 6 mai 1977 ; PH. BOUCHER, « L'exécution des décisions des juridictions

exclusivement les astreintes prononcées en matière administrative. Grâce à l'initiative de l'Assemblée nationale, le texte fut réaménagé de manière à y inclure les dispositions relatives à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. Dispositions qui sont devenues la pièce maîtresse de la réforme complétée par la question intéressante des astreintes.

Ainsi, la loi du 16 juillet 1980 constitue, en droit français, un mécanisme dynamique de l'initiative des réformes entre le gouvernement et le Parlement, la majorité et l'opposition[518]. Dans le souci de garantir effectivement l'exécution des décisions de justice par l'Administration, elle a introduit l'astreinte en matière administrative et s'est efforcée, en même temps, d'éliminer les obstacles que la seule efficacité de l'astreinte ne pouvait permettre de vaincre. L'astreinte est ici appuyée par une procédure d'exécution forcée des condamnations pécuniaires encourues par les pouvoirs publics. Elle s'accompagne d'un régime spécial de responsabilité personnelle des agents dont le comportement a provoqué la condamnation de leur service à une astreinte.

Aux termes de l'article 7 de la loi du 16 juillet 1980, toute personne à l'origine de la condamnation d'une personne morale de droit public à une astreinte (en raison de l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice), est passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500francs (750 euros actuellement, articles L. 313-12 et L. 313-13 du C. jur. Fin.) et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire annuel brut alloué à la date où la décision de justice aurait dû recevoir exécution.

On le constate à la lecture de cette disposition, il pèse sur les biens du fonctionnaire français une lourde menace si, de son fait, une personne publique venait à être condamnée au paiement d'une astreinte. La disposition est d'application générale et concerne aussi bien les condamnations prononcées par les juridictions administratives que celles relevant de juridictions de l'ordre judiciaire[519]. Elle est capable d'inciter l'agent de l'Etat beaucoup plus à l'exécution que la seule perspective de la condamnation de la personne publique à une

---

administratives : la fin d'un scandale ? », *Le Monde*, 21 avril 1977 ; Voy. P. BURKI, « Gestation d'une loi avortée. Quelques remarques à propos du projet de loi relatif aux astreintes prononcées en matière administrative », *Rev. adm.*, 1979, n° 187, p. 40.

[518] D. LINOTTE, *op. cit.* n° 3011, p. 1.

[519] J. TERCINET, *op. cit.*, p. 10.

astreinte. Raison pour laquelle elle a été accueillie et saluée comme « la disposition essentielle de la loi du 16 juillet 1980 ».

Nous ne nous livrerons pas à une analyse systématique de cette loi dans cette section. Nous nous contenterons simplement d'en ressortir quelques traits caractéristiques étant entendu que l'examen approfondi de cette législation de même que celui de l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge feront l'objet de la deuxième partie consacrée à l'étude des mécanismes de protection actuellement en vigueur.

Peut-être est-il important de souligner, dès à présent, que la loi du 16 juillet 1980 qui est au cœur d'un « droit de l'exécution forcée contre les personnes publiques »[520] en France a été sujette à de nombreuses modifications. La plus intéressante est celle apportée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cette loi a modifié en profondeur le droit des astreintes susceptibles d'être prononcées contre les personnes morales de droit public en mettant fin au monopole du Conseil d'Etat de prononcer des astreintes. Aussi, ce privilège est-il également reconnu au juge administratif qui, saisi de l'action principale, a le droit d'émettre une injonction en la faisant assortir, au besoin, d'une astreinte[521].

Pour une meilleure appréhension de réformes et aménagements modernes apportés à la loi du 16 juillet 1980, nous reprenons ci-après, l'énumération des principaux d'entre eux depuis l'année 1980 à ce jour.

138. Principales modifications apportées à la loi du 16 juillet 1980. Depuis 1980, le texte initial de la loi du 16 juillet 1980 a été modifié et complété par différentes lois qui, sans en changer l'architecture d'ensemble, lui ont apporté certaines retouches. On citera notamment :

---

[520] Ce « droit de l'exécution » est actuellement constitué de quatre textes réglant l'ensemble des mécanismes susceptibles d'aboutir à l'exécution des décisions de justice par les personnes publiques, à savoir : -1) le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, plusieurs fois modifié et dont l'article 3 a institué la Commission du rapport du Conseil d'Etat devenue, depuis 1985, Section du rapport et des études du Conseil d'Etat ; -2) La loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (loi considérée comme le texte essentiel de ce droit de l'exécution) ; -3) la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative qui modifie le droit des astreintes susceptibles d'être prononcées contre les personnes morales de droit public et 4) la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dont l'article 17 modifie l'article 1 de la loi du 16 juillet 1980 en réduisant à 2 mois le délai pour l'ordonnancement ou le mandatement de toute décision coulée en force de chose jugée condamnant une personne publique au paiement d'une somme d'argent dont le montant est déterminée par la juridiction elle-même.

[521] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1687, n° 1622.12.

- la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social[522], dont l'article 90-1 modifie l'article 2 de la loi du 16 juillet 1980 en consacrant la possibilité de prononcer une astreinte contre les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public ;

- la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993[523]. L'article 77 de cette loi modifie l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 ;

- la loi n° 94-504 du 22 juin 1994 portant diverses dispositions budgétaires et comptables relatives aux collectivités locales[524]. L'article 9 de ce texte complète l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 et perfectionne la procédure de recouvrement d'office des créances procédant d'une décision de justice ;

- la loi n° 95-125 du 8 février 1995[525] précitée dont les articles 76 et 77 modifient l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 et créent un article 6-1 ouvrant la possibilité pour les juges administratifs saisis de l'action principale d'assortir leurs décisions d'injonctions et d'astreintes. Ainsi, elle met fin à un tabou ayant, depuis la loi du 16 juillet 1980, réservé ce pouvoir au seul Conseil d'Etat agissant par le biais de la Section du rapport et des études. En dépit de la chronologie qui la situe postérieurement à la loi du 16 juillet 1980, la loi du 8 février 1995 est considérée comme une œuvre de base dont la loi du 16 juillet 1980 vient apporter des éléments complémentaires. En effet, en reconnaissant aux juridictions administratives le pouvoir d'assortir directement leurs condamnations d'astreintes, la loi du 8 février 1995 leur permet de *prévenir directement* les résistances à l'exécution et apparaît comme posant le principe de base en matière d'astreinte. Dès lors, la loi du 16 juillet 1980, chronologiquement antérieure à elle et donnant au seul Conseil d'Etat le droit de prononcer, *a posteriori*, des astreintes une fois saisi des difficultés d'exécution, se présente comme prenant le relais de celle de 1995. Cette considération permet de considérer la réforme de 1995 comme constituant à la fois un « saut quantitatif et

---

[522] *J.O.* Fr., 31 juill. 1987, p. 8582 ; http://www.senat.fr/dossierleg/a86870738.html

[523] *J.O.* Fr., 30 janv. 1993, p. 1597 ; http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/AMEAC.htm

[524] *J.O.* Fr., 23 juin 1994, p. 9033 ; http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/MCEAA.htm

[525] *J.O.* Fr., 9 février 1995, p. 2183 ; http://www.ucanss.fr/services/.../document/Code/Code_2000-01-01_00-05_0_PP.htm

qualitatif »[526] au regard des principes antérieurement applicables en matière d'astreinte. Contribue à renforcer cette observation le fait que les pouvoirs « normaux » du juge ont été modifiés et accrus par rapport à la situation antérieure ;

- la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000[527] dont l'article 17 modifie l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 en posant le principe que : « toute décision de justice passée en force de chose jugée, de quelque juridiction qu'elle émane, qui condamne l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent doit donner lieu à un ordonnancement dans un délai de deux mois à compter de sa notification à l'autorité chargée de son exécution (dans la loi du 16 juillet 1980, ce délai était de quatre mois). Ces dispositions sont applicables aux ordonnances de référé qui accordent une provision »[528].

Ce nouveau régime d'astreintes et d'injonctions a été complété par deux décrets, à savoir :

- le décret n° 95-830 du 3juillet 1995 qui réaménage le pouvoir du Conseil d'Etat au service de la chose jugée, pouvoir qu'il partage désormais avec les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ;

- le décret n° 95-831 du 3 juillet 1995 qui organise l'exercice des nouvelles compétences d'astreintes dévolues aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel.

---

[526] C'est nous qui soulignons. Dans le même sens avec cependant une petite nuance, S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1677 n° 1613.23.

[527] http://www.baag.chez.com/contadm/1-80-539.html

[528] CL. BRENNER, *op. cit.*, p. 30 ou encore R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 206, n° 198. Selon ces derniers auteurs, la dernière précision relative aux ordonnances de référé a été ajoutée par l'article 17 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 pour dissiper le doute qui consistait à savoir si l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 posant le principe que « *toute décision d'une juridiction passée en force de chose jugée condamnant la personne publique à une somme d'argent dont le montant est déterminée par la décision elle-même, doit être ordonnancée dans un délais de 4 mois »,* était également applicable aux *ordonnances de référé allouant une provision*. Car, ces ordonnances sont en principe des décisions de nature provisoire (même lorsque tous les recours suspensifs d'exécution sont expirés) et ne constituent nullement des jugements ou des décisions coulées en force de chose jugée. Le doute fut d'autant plus persistant qu'un arrêt de la Cour de cassation avait semblé reconnaître le droit de mettre en œuvre les dispositions de la loi du 16 juillet 1980 au profit de « *tout bénéficiaire d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée condamnant une personne morale de droit public, même à titre provisoire* », incluant par là également les ordonnances de référé qui allouent une provision (Cass. (1re civ.), 21 déc. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 348 ; *Gaz. Pal.*, 1988, 2, p. 685, note VERON ; *R.T.D. civ.*, 1989, p. 145, obs. R. TERROT). Depuis la loi du 12 avril 2000 (article 17), le doute est levé : les dispositions de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 sont aussi applicables aux ordonnances de référé.

Enfin, il faut noter que la loi du 16 juillet 1980 elle-même a fait l'objet de deux règlements d'application :

- le décret n° 81-501 du 12 mai 1981[529] pris en application de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. Ce décret a porté également sur quelques aspects de la Commission du rapport et des études du Conseil d'Etat devenue, depuis 1985, Section du rapport et des études.

- le décret n° 88-336 du 11 avril 1988[530] modifiant et complétant le décret précité du 12 mai 1981 pris en application de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public et relatif également à la Commission du rapport et des études du Conseil d'Etat.

Tous ces textes sont aujourd'hui rassemblés, organisés et clarifiés par le nouveau Code de justice administrative (C.J.A. entrée en vigueur le 1er janvier 2001) qui régit les juridictions administratives de droit commun, c'est-à-dire, le Conseil d'Etat, les Cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. Les livres IX de la partie législative (C.J.A., articles L. 911-1 à L. 931-9) et de la partie réglementaire (C.J.A., articles R. 911-1 à R. 931-9) sont consacrés à l'exécution des jugements rendus par les juridictions administratives et représentent ainsi un effort d'unification de tous les principes législatifs qui gouvernent la question. Ils constituent, à l'heure actuelle, en France, les instruments juridiques privilégiés d'un « droit spécial de l'exécution contre les personnes morales de droit public » dont les sources sont contenues dans ce qui est qualifié de : « Code de l'exécution des décisions du juge administratif »[531].

Ces réformes constituent, par ailleurs, ainsi que l'affirment R. PERROT et P. THERY, des progrès indéniables. Et même si elles peuvent encore laisser subsister des aléas pour le créancier, elles ont le mérite de combler la brèche ouverte par l'immunité d'exécution qui

---

[529] *J.O.* Fr., 14 mai 1981, p. 1406 ; http://www.localtis.info/servlet/ContentServer?

[530] *J.O.* Fr., 13 avril 1988, pp. 4841-4842 ; http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?

[531] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1677, n° 1613.23.

laisse ce dernier (créancier) sans solution à une époque où la puissance publique étend ses activités sous la forme d'établissements à vocation industrielle ou commerciale[532].

B. Mesures de contrainte et procédés d'intimidation exclus par l'immunité d'exécution en droit français

139. Introduction. En droit français la règle de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public trouve à s'appliquer quelle que soit la mesure d'exécution mise en cause (saisie-attribution[533], saisie-vente[534], saisie conservatoire[535], saisie-appréhension et saisie-revendication de biens meubles corporels[536], saisie immobilière[537], etc.) et le moyen de pression utilisé (astreinte, délai de grâce). Cependant, cette prérogative ne peut être invoquée que dans le cas où la personne publique est prise en qualité de débitrice. Elle est étrangère à l'hypothèse tout à fait différente où une mesure est pratiquée entre les mains de cette personne en sa qualité de tiers saisi[538].

En effet, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'égard de l'exécution forcée est, en droit français, considérée comme l'une des caractéristiques qui permet de les distinguer des personnes privées[539]. Dans cette perspective, elle protège tous les biens de la personne publique (meubles corporels et incorporels y compris les immeubles) en cas de refus de celle-ci d'acquitter volontairement ses dettes et la règle est absolument stricte (et d'application générale) que le créancier qui veut se faire payer ce qui lui est dû ne peut, dans cette hypothèse, que mettre en œuvre les procédures particulières instituées par la loi du

---

[532] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 207.

[533] Articles 42 à 47 de la loi du 9 juillet 1991 et 55 à 79 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

[534] Article 50 à 55 de la loi du 9 juillet 1991 et 81 à 138 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

[535] Article 74 de la loi du 9 juillet 1991.

[536] Articles 139 à 163 du décret du 31 juillet 1992.

[537] Articles 673 et s. de l'ACPC, abrogé depuis le 1er janvier 2007 par ord. du 21 avril 2006 et D. du 27 juillet 2006.

[538] C.A. Paris, 26 mai 1982, *J.C.P.*, 1982, II, 19911, note J. PREVAULT ; C.A. Paris, 15 avril 1986, *D.*, 1986, IR, p. 348. Dans le même sens, voy. chapitre 1er : Droit congolais.

[539] L. JACQUIGNON, *op. cit.*, p. 72. (rapport au Vème Congrès de l'Ac.I.D.C.).

16 juillet 1980, spécialement, les techniques de la tutelle obligatoire[540]. Il s'agit donc d'une prérogative absolue de puissance publique jamais remise en cause.

Nous allons brièvement examiner les saisies comme mesures de contrainte interdites par l'immunité d'exécution dans ce système juridique (1) avant de dire un mot sur les moyens de pression tendant à dissuader le débiteur public de sa résistance à l'exécution de ses obligations (2).

1. Les saisies

140. Procédures : importantes innovations apportées par la loi du 9 juillet 1991. La matière des saisies a, depuis la loi française du 9 juillet 1991 relative à la réforme des procédures civiles d'exécution mobilière, fait l'objet d'importants changements qui ont eu pour conséquence de remplacer le droit commun des voies d'exécution antérieur caractérisé par sa lourdeur, sa confusion et son archaïsme par des procédures simples mais efficaces destinées non seulement à protéger les intérêts des créanciers dans un contexte où le tissu économique a subi de profondes transformations[541], mais aussi ceux des débiteurs. En effet, ces derniers ne peuvent plus être laissés à la merci de n'importe quel créancier, dans n'importe quelles conditions et ne doivent pas, de surcroît, être écrasés par un excès de sévérité au point de se trouver privés de ce dont ils ont besoin pour leur existence et celle des personnes à leur charge.

Dans cette perspective, certaines saisies telles que *la saisie-brandon* devenue très rare en pratique et dont la Cour de cassation avait, depuis 1979, admis qu'elle pouvait être valablement remplacée par la saisie conservatoire de droit commun, ont disparu parce que ne

---

[540] Il s'agit précisément des procédés d'ordonnancement et de mandatement d'office.

[541] Des biens nouveaux sont apparus, les moyens bancaires ont littéralement explosé, les valeurs mobilières ont essaimé sous des formes les plus variées issues de l'imagination toujours féconde des milieux financiers, la fortune n'est plus visible à l'œil nu comme elle l'était autrefois, mais dissimulée sous forme des comptes en banque solidement approvisionnés et cachés sous le couvert d'un anonymat impénétrable dans les pays étrangers. Il s'agit donc, en somme, de protéger le créancier contre la « volatilité » du patrimoine (R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, pp. 18-19).

présentant plus qu'un intérêt historique[542]. Depuis le décret du 31 juillet 1992 portant mesures d'exécution de la loi du 9 juillet 1991, cette forme de saisie (saisie-brandon) ne constitue plus une saisie autonome et devient simplement une annexe de la saisie-vente. Il en est de même de *la saisie-gagerie* et de *la saisie foraine* qui toutes deux sont actuellement fondues dans la saisie conservatoire des meubles corporels.

Trouvent alors leur place dans les innovations apportées par la nouvelle législation, toute une gamme de saisies réglementées par le législateur (en plus des moyens d'exécution traditionnels) et adaptées à la nature propre de certains biens. Ainsi, par la révision de certaines idées du droit de l'exécution et leur adaptation à l'évolution de la société moderne, on a veillé, pour reprendre l'heureuse expression de R. PERROT et de P. THERY, à ce « *qu'à la diversité des biens correspondît une diversification des moyens d'exécution* »[543].

Concrètement la liste des principales innovations apportées en matière des saisies contient l'indication de mesures d'exécution forcée que voici :

- *la saisie-vente* qui est la saisie de droit commun applicable aux meubles corporels et qui a remplacé l'ancienne saisie-exécution. Les règles de cette saisie s'appliquent également, sous réserve de certaines dispositions particulières, à des biens mobiliers ayant une certaine spécificité tels que les récoltes sur pied, les objets placés dans un coffre-fort et les véhicules terrestres à moteur. Mais, la saisie des meubles corporels d'une certaine importance comme la saisie des navires, bateaux et aéronefs est soumise par l'article 531 du Code civil à des formes spéciales ;

- *la saisie-attribution de créances* qui a été substituée à l'ancienne saisie-arrêt des créances de sommes d'argent. Elle s'en distingue profondément par son domaine, sa mise en œuvre et ses effets. Alors qu'en vertu de l'ancienne saisie-arrêt régie par l'article 557 du Code de procédure civile, le créancier pouvait saisir-arrêter « *les effets appartenant à son débiteur, qui ne sont pas des immeubles par nature, ou s'opposer à leur remise* », la saisie des effets mobiliers corporels ou incorporels appartenant au débiteur obéit désormais selon la loi du 9 juillet 1991 à des règles distinctes (saisie

---

[542] Cass., 2ème civ., 10 janvier 1979, *Bull. civ.*, II, n° 14 ; *D.*, 1979, inf. rap., p. 239 ; M. et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, p. 17.

[543] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 18, n° 19.

conservatoire, saisie-vente, saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières, etc.). La saisie-attribution de créances est donc une procédure d'exécution qui permet à un créancier muni d'un titre exécutoire, constatant une créance liquide et exigible, de saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur des sommes d'argent, pour en obtenir le paiement.

La saisie-attribution des créances est considérée comme l'innovation majeure de la réforme du 9 juillet 1991[544]. Sa caractéristique essentielle est que l'acte de saisie produit un double effet : d'abord, il rend les sommes saisies indisponibles et le tiers saisi ne peut plus se libérer entre les mains du débiteur ou d'un autre tiers ; ensuite, il emporte attribution immédiate au créancier saisissant, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée ainsi que de tous ses accessoires, de la créance du débiteur sur le tiers. Ainsi, le premier saisissant jouit d'une situation d'exclusivité étant assuré de ne pas entrer en concours avec les créanciers qui se manifesteraient après.

- *la nouvelle saisie-revendication* qui, tout en gardant le caractère conservatoire de l'ancienne saisie-revendication, s'en écarte à plus d'un titre. Au fait, comme le notent M. et J.-B. DONNIER[545], l'ancienne saisie-revendication n'a pas totalement disparu. Elle a été simplement absorbée par la nouvelle saisie-appréhension. La nouvelle saisie-revendication constitue donc une forme particulière de la saisie conservatoire préparatoire à une saisie-appréhension. Car, le créancier qui veut pratiquer une saisie appréhension peut, en attendant de voir celle-ci être menée à son terme, rendre immédiatement indisponible les biens appelés à être livrés ou restitués en opérant sur ces derniers une saisie-revendication. C'est donc une procédure préparatoire à la saisie-appréhension. Mais, elle n'est pas obligatoire étant donné que le créancier n'est pas tenu de recourir préalablement à la saisie-revendication avant de procéder à la mesure de saisie-appréhension. Celle-ci conserve toute son autonomie ;

- *la saisie-appréhension des biens meubles corporels*. C'est une procédure d'exécution forcée qui permet à un créancier muni d'un titre exécutoire de se faire remettre un bien détenu par autrui et dont il réclame en vain la remise ou la restitution. L'exemple le

---

[544] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 663, n° 800.10.

[545] M. et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, p. 263.

plus frappant est celui de l'acheteur, du prêteur ou du déposant qui réclame sans suite la remise ou la restitution de la chose achetée, prêtée ou déposée[546].

En raison de son effet définitif qu'est la remise de la chose, le créancier ne peut intenter une procédure de saisie-appréhension que lorsqu'il est muni d'un titre exécutoire. C'est ce que prescrit l'article 56 de la loi du 9 juillet 1991 aux termes duquel : « *L'huissier de justice chargé de l'exécution fait appréhender les meubles que le débiteur est tenu de livrer ou de restituer au créancier en vertu d'un titre exécutoire, sauf si le débiteur s'offre à en effectuer le transport à ses frais. Lorsque le meuble se trouve entre les mains d'un tiers et dans les locaux d'habitation de ce dernier, il ne peut être appréhendé que sur autorisation du juge de l'exécution* ».

La saisie-appréhension ne peut être confondue avec la saisie-vente. Alors que celle-ci a pour but de rendre indisponible le bien du débiteur en vue de le faire vendre et se faire payer sur le prix, la saisie-appréhension a, quant à elle, une finalité limitée qui est de permettre au créancier de s'assurer la maîtrise d'un bien se trouvant entre les mains d'un détenteur par sa remise à sa propre personne. En somme, il s'agit pour le créancier de se rendre, par cette procédure, maître d'un bien déterminé, sauf à préciser que la saisie-appréhension peut conduire à la vente lorsque le bien est appréhendé pour être remis à un créancier-gagiste[547].

D'autres saisies comme la saisie des valeurs mobilières[548], la saisie des véhicules automobiles[549] et la saisie des objets placés dans un coffre-fort[550] sont encore réglementées

---

[546] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 614, n° 682.

[547] R. PERROT et P. THERY, *ibidem*, p. 614.

[548] La saisie des valeurs mobilières et des droits d'associé est régi par l'article 59 de la loi du 9 juillet 1991 qui édicte que : « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible* – ce sont là les conditions habituelles – *peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire* ». Cette saisie s'applique aux parts sociales et aux valeurs mobilières, parmi lesquelles figurent les actions qui, comme les parts sociales, sont des droits d'associés.

[549] Articles 57 et 58 de la loi du 9 juillet 1991 et 164 à 175 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992. C'est la saisie des engins motorisés se déplaçant par eux-mêmes sur la terre ferme. Elle concerne les voitures de tourisme, les camions et camionnettes, les fourgons et fourgonnettes, les cyclomoteurs, les vélomoteurs et motocyclettes, les tracteurs routiers et agricoles, les engins de travaux publics et agricoles de toute nature dès lors qu'ils peuvent circuler par leurs propres moyens, les chariots élévateurs et certains motoculteurs conçus pour véhiculer leur utilisateur. Ne sont toutefois pas comprises dans cette saisie : les remorques tractées ou semi-portées qui ne sont pas équipées d'un moteur (J.-J. BOURDILLAT, « Les mesures d'exécution sur les véhicules terrestres à moteurs », *Rev. huissiers,* 1993, p. 297 ; D. DAHAN, « La saisie des véhicules terrestres à moteurs : une mesure parfois délicate à mettre en œuvre », *Rev. huissiers,* 1999, p. 516).

dans ce système. Mais, elles obéissent toutes à une même loi : elles ne peuvent être diligentées contre les personnes morales de droit public. L'interdiction est formelle et elle ne souffre, en droit français, d'aucune exception car le principe posé par l'article 1er, alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991 est absolument général : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ».

141. Contrôle de l'exécution forcée : le juge de l'exécution. Pour terminer avec les saisies en droit français, il important de souligner, au titre des innovations introduites par la loi du 9 juillet 1991, l'institution du juge de l'exécution[551] chargé du contrôle de la régularité des procédures d'exécution forcée de droit commun et des diverses contestations qu'elles peuvent susciter[552]. Les fonctions de juge de l'exécution sont exercées par le *président du tribunal de grande instance* investi d'une mission spéciale et constituant une juridiction autonome (comme pour la juridiction des référés), indépendante du tribunal lui-même[553].

La création d'une juridiction spécialisée en matière de contrôle de l'exécution forcée a été dictée par le souci de mettre un terme à l'éparpillement[554] des compétences en regroupant autour d'une seule et unique juridiction spécialisée tout ce qui à trait à l'exécution et à la

---

[550] C'est la saisie des objets contenus dans un coffre-fort situé dans les locaux du débiteur ou d'un tiers. Elle est régie par les articles 266 à 274 du décret du 31 juillet 1992. Son effet immédiat est d'interdire l'accès au coffre-fort sans la présence de l'huissier (articles 266-3° et 267, alinéa 1er du décret du 31 juillet 1992) en vue de prévenir tout risque de détournement. Des règles spéciales ont été consacrées à cette saisie à laquelle on peut recourir soit à des fins conservatoires, soit à des fins exécutoires.

[551] Régi par les articles L. 311-12 à 311-12-2 nouveaux du Code de l'organisation judiciaire dans leur rédaction des articles 5 à 9 de la loi du 9 juillet 1991 ainsi que par les articles 6 à 37 du décret du 31 juillet 1992. Voy. aussi P. JULIEN, *Le juge de l'exécution*, Petites affiches, 6 janv. 1993, pp. 45 et s. En droit belge, voy. le juge des saisies, page 32, n° 143.

[552] En principe, l'article 311-12-1 du Code de l'organisation judiciaire confère au juge de l'exécution quatre chefs de compétence. Ainsi, il s'occupe de : 1) difficultés relatives aux titres exécutoires ; 2) contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée ; 3) autorisations de mesures conservatoires et contestations relatives à leur mise en œuvre ; 4) demandes en réparation fondées sur l'exécution ou l'inexécution dommageable des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires. Si l'on excepte les dernières attributions envisagées qui, du reste, ne concernent pas spécifiquement les voies d'exécution, la compétence du juge de l'exécution est exclusive et cette exclusivité est d'ordre public : tout autre juge doit relever d'office son incompétence (article 311-12-1, al. 4 du Code de l'organisation judiciaire).

[553] On aperçoit ainsi la différence d'avec le droit belge où le juge des saisies est choisit par le Roi parmi les juges du tribunal de première instance et ne constitue pas une juridiction autonome.

[554] Dans le droit antérieur, les règles de compétence étaient complexes et soulevaient de multiples problèmes (par exemple, la question de savoir si le président du tribunal de commerce pouvait autoriser une saisie-arrêt en matière commerciale ou celle de savoir si le tribunal de commerce pouvait valider une telle saisie-arrêt). Ces problèmes, et bien d'autres encore, ne peuvent plus se poser maintenant avec l'institution du juge de l'exécution.

sauvegarde des obligations[555], c'est-à-dire, toutes les demandes et contestations relatives à l'exécution ; mais aussi et de façon plus large « toutes les questions de fond »[556] de nature à entraver le déroulement d'une mesure d'exécution.

En principe, le président du tribunal de grande instance statue, en tant que juridiction de l'exécution forcée, à *juge unique,* mais il peut renvoyer les causes qui lui sont soumises à la formation collégiale du tribunal de grande instance (article 311-12-2 du Code de l'organisation judiciaire). Le président du tribunal de grande instance peut, par ailleurs, déléguer ses fonctions à un ou plusieurs juges en poste dans ce tribunal ou dans les tribunaux d'instance du ressort (article L. 311-12 du Code de l'organisation judiciaire). Normalement, la compétence territoriale du juge de l'exécution est déterminée, au choix du demandeur, par le lieu où demeure le débiteur ou le lieu d'exécution de la mesure (article 9 du décret du 31 juillet 1992). Mais, cette option de compétence est parfois exceptionnellement fermée.

Enfin, il faut signaler que le terme « *juge de l'exécution* » n'est pas une invention de la loi du 9 juillet 1991. L'idée d'un regroupement de compétences relatives à l'exécution forcée autour d'un juge unique transparaissait déjà dans la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, mais elle était restée lettre morte dans l'attente d'une réforme globale des procédures civiles d'exécution. Ce juge de l'exécution prévu également par l'article 311-11 du Code de l'organisation judiciaire est resté théorique (faute de décret d'application) et n'avait pas de pouvoirs propres parce qu'il statuait au nom du tribunal de grande instance auquel il appartenait sans aucune compétence particulière en matière de voies d'exécution[557].

La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 a repris la même idée en donnant le même nom de « juge de l'exécution » au magistrat chargé de vérifier la régularité de toutes les procédures d'exécution

---

[555] Grâce à ce regroupement, les parties connaissent désormais la juridiction à laquelle elles peuvent soumettre leurs différends en matière d'exécution. Cela permet de réaliser une économie de temps et de moyens financiers sans oublier le traitement rapide des affaires.

[556] C'est le cas, par exemple, d'un tiers qui, à l'occasion d'une saisie-vente, revendique la propriété des biens saisis ou encore, en matière de saisie-attribution, si le créancier saisissant prétend que le tiers détient des sommes qu'il a déclarées ne pas devoir. Le juge de l'exécution est compétent pour trancher ces difficultés qui portent sur le fond, dès lors que cela est nécessaire pour statuer sur la régularité et la validité de la mesure d'exécution contestée (TGI Paris, 8 sept. 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, p. 2, somm. 808 ; Cass., 2ème civ., 26 nov. 1997, *Bull. civ.*, II, n° 284 ; *JCP*, 1998, II, 10061, note DU RUSQUEC).

[557] M. et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, p. 32.

forcée de droit commun et des développements plus importants lui ont été, du reste, consacrés[558].

Des mesures de contrainte passons maintenant aux moyens dissuasifs.

2. Les moyens de pression à effet dissuasif

142. La compensation[559]. Analysée comme un moyen de pression portant atteinte au caractère volontaire du paiement puisque celui qui la pratique se paie lui-même, la compensation fut longtemps interdite contre les personnes morales de droit public en France. Les débiteurs des personnes publiques disait-on, ne peuvent pas compenser leurs dettes par les créances qu'ils ont sur elles[560].

Quoi que cette opinion soit encore défendue en doctrine[561]et que la question de la compensation à l'égard des personnes publiques constitue l'objet de division dans la littérature juridique française, un certain nombre d'auteurs considèrent qu'aucun argument valable ne permet d'exclure la compensation dans les rapports juridiques avec ces personnes en sorte que celle-ci (compensation) demeure applicable vis-à-vis d'elles[562]. Néanmoins, ces auteurs estiment que la qualité de personne publique d'une des parties en présence impose certaines limites à la compensation.

---

[558] A l'Assemblée nationale, l'institution du juge de l'exécution a donné lieu à de très vifs débats, souvent passionnés, qui ont permis à beaucoup de critiquer le fonctionnement de la justice en général : l'institution du juge unique, le recrutement des magistrats, etc. (spécialement en première lecture, à la séance du 3 avril 1990, *J.O*. Fr., *Ass*. Nat., pp. 28 et s.).

[559] La compensation est en réalité une modalité d'extinction des obligations. Mais, ici nous la considérons comme un moyen de pression pouvant être utilisé à l'encontre d'une personne publique.

[560] A. HEURTE, « La compensation en droit administratif », *A.J.D.A*., 1960, pp. 57 et s ; P. AMSELEK, « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *R.D.P*., 1988, pp. 1485 et s. Voy. aussi, en jurisprudence, Cass. fr., 17 janvier 1956, *G.P*., I, 258 : « La compensation aboutirait en l'occurrence à contourner le principe de l'immunité d'exécution et équivaudrait à une procédure indirecte d'exécution forcée ».

[561] A. HEURTE, *idem*, p. 57 et P. AMSELEK, *idem*, p. 1485.

[562] *Rép. Dalloz*, Droit civil, v° Compensation, n° 176.

Tel semble être également l'avis du Conseil d'Etat français qui a, à plusieurs reprises, a admis la possibilité de la compensation, dont il estime qu'elle ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité publique[563].

143. La possibilité pour le particulier d'exécuter l'obligation en lieu et place de l'Etat à l'occasion d'une décision juridictionnelle prononcée contre lui. Que ce soit à propos d'obligations pécuniaires ou d'autres prestations, le droit français de l'immunité d'exécution interdit au juge de décider certaines mesures lorsqu'il statue au fond à l'encontre d'une personne morale de droit public. Il ne peut, par exemple, lorsque l'Etat est condamné à exécuter certains travaux au profit des particuliers, autoriser ces derniers à effectuer eux-mêmes ces travaux aux frais de l'Etat si celui-ci ne s'exécute pas volontairement.

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs qui a pour objet de circonscrire la compétence du juge à l'égard de l'Administration, celui-ci ne peut se substituer à l'Administration et, à plus forte raison, il ne peut substituer un particulier à l'Etat dans l'exécution de la condamnation. Ce, malgré les pouvoirs d'injonction lui reconnus depuis longtemps en matière judiciaire[564], et tout récemment en matière administrative par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative à l'astreinte en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, telle que modifiée et complétée à ce jour.

Ainsi, même s'il a pris conscience que le but de son office, n'est pas, à tout le moins uniquement de faire jurisprudence, mais de donner, si nécessaire sous la contrainte, une solution claire, concrète et rapide à une difficulté ponctuelle, le juge français (administratif ou judiciaire) estime qu'il ne lui appartient pas de faire exécuter, par les particuliers, les condamnations infligées à l'Etat et se contente la plupart de temps de laisser ce dernier seul accomplir l'acte. Ce soutènement est renforcé par le fait qu'il a été jugé que :

---

[563] C.E., fr., 23 février 1935, *Rec. Ledon*, 1935, p. 95.

[564] Sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire voy. notamment J.M. LE BERRE, « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'Administration », *A.J.D.A.*, févr. 1979, p. 14 ; M.-C. GAUTHIER, « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'encontre de l'Administration », *Le courrier juridique des finances*, déc. 1995, pp. 1 et s.

- l'annulation d'un refus implicite de réaliser des travaux permettant de mettre fin à un dommage de travaux publics peut conduire le juge à enjoindre *à la personne publique (en l'espèce la commune) de les réaliser à bref délai*[565] ;

- l'annulation d'une autorisation d'occupation du domaine public oblige *l'administration* à mettre fin à l'occupation devenue illégale[566] ;

- l'annulation de la délibération d'un conseil municipal décidant de la création d'une allocation municipale et de la décision de publier une information y afférente sur le mobilier urbain de la commune implique nécessairement le retrait des dites affiches des panneaux municipaux (injonction faite au *Maire* de procéder à l'enlèvement complet des affiches dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement sous astreinte de 300 francs par jour de retard à l'expiration de ce délai)[567] ;

- l'annulation du refus d'abroger des dispositions réglementaires illégales oblige *l'administration* à prononcer cette abrogation[568] ;

- après avoir évalué les réparations dues en conséquence de l'illégalité commise par l'administration, le juge judiciaire peut, pour garantir l'effectivité de sa décision, enjoindre à *la personne publique*, au besoin sous astreinte, de mandater sans délai les sommes auxquelles elle a été condamnée[569].

Dans toutes ces hypothèses, le juge se refuse, comme on peut le constater, d'intimer aux personnes publiques l'ordre de se faire remplacer par des personnes privées dans la mise en œuvre de la condamnation. Car, ce sont les personnes publiques elles-mêmes qui doivent être incitées à faire ce qu'elles doivent en exécution de la chose jugée. Dès lors, lorsque le juge (surtout administratif) a des raisons de croire à une persistance du comportement illégal de la personne publique, il peut, anticipant sur l'avenir et exerçant en même temps un effet de pression sur la personne publique, assortir chacune de ses condamnations à dommages et

---

[565] T.A. Lyon, 4 févr. 1998, M.-J. GUILLOT ; *L.P.A.*, 5 août 1999, pp. 24 et s., concl. E. KOLBERT.

[566] C.E., 24 mai 1995, n° 139227, *Cne de Sanay-sur-Mer*.

[567] T.A. Marseille, 7 avr. 1998, n° 98-1359 et a., *Préfet des Bouches du Rhône c/Cne de Vitrolles*.

[568] C.E., 21 févr. 1997, *Calbo*, *Dr. adm.*, 1997, n° 218 ; *JCP G*, 1997, II, 22866, note M. LASCOMBES ; C.E., 30 juillet 1997, n° 170287, *Patureau*.

[569] T. C., 15 avr. 1991, *Couach*, *Rec. C.E.*, p. 462.

intérêts, de la réserve explicite des droits de l'intéressé à une nouvelle indemnité si un nouveau refus lui était imposé[570].

144. La décision tenant lieu d'acte juridique à accomplir. Face au refus délibéré de l'Administration d'obéir à son injonction, le juge français est-il autorisé à décider que son jugement tiendra lieu d'acte juridique qu'il prescrit ?

La réponse à cette interrogation est assurément négative au regard du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit au juge de faire acte d'administrateur et de se substituer à la personne morale de droit public pour ce qu'elle doit elle-même faire. Il s'agit ici de ne pas amener la personne publique à accomplir, sans sa propre intervention, ses obligations. Les exemples, énumérés au point précédent, démontrent à suffisance que non seulement le juge s'interdit d'ordonner que les particuliers soient mis à la place de l'Etat dans l'exécution des obligations incombant à ce dernier, mais aussi et surtout, il évite et se réserve d'accomplir lui-même l'acte, se montrant généralement très prudent en précisant simplement les mesures que l'Administration doit elle-même prendre soit pour réparer un dommage, soit pour mettre un terme à une illégalité préjudiciable.

Bref, le juge se limite à son pouvoir de dire le droit en ordonnant toutes les mesures indispensables pour assurer la sauvegarde des droits des administrés, sans pour autant s'immiscer directement dans la gestion administrative quotidienne. La prohibition de substitution du juge à l'Administration a une portée générale et les justiciables, en faisant recours au tribunal, ne peuvent s'attendre à bénéficier du concours de celui-ci autrement que de le voir trancher les litiges de manière autonome. Le juge ne peut donc pas empiéter sur les attributions de l'Administration.

C'est ce qu'exprime J. RIVERO lorsqu'il écrit notamment : « *Le principe de la séparation de la fonction administrative et de la fonction juridictionnelle au sein de l'exécutif serait méconnu si le juge faisait acte d'administrateur, en substituant lui-même, à la décision censurée, la décision légale* »[571].

---

[570] C.E., 8 févr. 1961, *Rousset*, *Rec. C.E.*, p. 85, concl. G. BRAIBANT.

[571] J. RIVERO, « Le système français de la protection du citoyen contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Dabin*, 1963, pp. 813 et s. ; J. CHEVALIER, « L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur », *Actualité juridique*, 1972, pp. 67 et s.

Ceci prouve que le pouvoir de substitution paraît difficilement admissible en droit français, malgré la possibilité reconnue au juge (surtout administratif) de prononcer à l'encontre des personnes morales de droit public des condamnations assorties, au besoin, d'astreintes.

145. L'astreinte. En France, l'astreinte est un mécanisme prétorien pratiqué par les juridictions judiciaires dès le 19ème siècle. Elle est, selon J. TERCINET[572], le fruit de l'interprétation de l'article 1036 du Code de procédure civile qui donne à ces juridictions le pouvoir d'injonction. Outre quelques décisions isolées rencontrées en cette matière au cours du 19ème siècle[573], il a fallu attendre le début du 20ème siècle pour assister à la généralisation de cette pratique devant les tribunaux sous l'impulsion d'ADHEMAR ESMEIN[574]. Cependant dans le silence du texte la consacrant expressément, des doutes survinrent quant à la légalité de l'astreinte, surtout qu'elle ne pouvait s'intégrer exactement dans aucune catégorie des pratiques judiciaires connues jusque-là.

Vint l'idée de la rattacher aux dommages et intérêts comme variante de la responsabilité civile. Mais cette idée ne put faire du chemin au motif que fondée sur l'article 1382 du Code civil, elle ne pouvait se justifier en tant que mécanisme destinée à vaincre la résistance à la décision du juge. L'article 1382 étant principalement applicable aux cas de réparation du préjudice résultant d'un comportement fautif. Dès lors, et devant la carence manifeste de consécration légale, les esprits se tournèrent vers l'idée de *peine civile sanctionnant une désobéissance à l'injonction du juge* et c'est cette idée qui finit par s'imposer en dépit de quelques résistances dues à l'esprit par trop légaliste du début du XXème siècle[575].

On put alors admettre que l'astreinte ne prenait appui sur aucune disposition légale ; que, néanmoins, les prescrits de l'article 1036 du Code de procédure civile en autorisaient indirectement la pratique en tant qu'ils reconnaissaient au juge le pouvoir de délivrer des injonctions. Cette situation demeura inchangée et permit à l'astreinte de connaître un essor considérable sous l'influence des tribunaux. Toutefois, le besoin d'une intervention législative

---

[572] J. TERCINET, *op. cit.*, p. 6.

[573] Cass. Req., 22 nov. 1841, *S.*, 1842, 1, p. 170 ; Cass. civ., 26 juillet 1854, *S.*, 1855, 1, p. 33.

[574] Dans une étude qui eut un grand retentissement : « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *R.T.D. civ.*, 1903, pp. 5 et s.

[575] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 75.

se faisait toujours sentir face à la lacune constatée sur son fondement et sur sa véritable nature juridique[576].

C'est la loi n° 72-262 du 5 juillet 1972 qui eut le mérite de saisir en premier lieu cette institution à laquelle elle conféra un statut légal et autonome pour enfin la consacrer expressément à son l'article 5 en ces termes : « *Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* ».

Sans doute cette loi permit de résoudre d'énormes difficultés en déterminant les pouvoirs du juge judiciaire en matière d'astreinte, notamment, en précisant que seule l'intervention du juge pouvait, en cas de non-respect de l'obligation, condamner le débiteur au paiement de l'astreinte, mais elle resta lacunaire dans bien de points et laissa apparaître ses faiblesses quelques années plus tard[577]. Ce qui amena le législateur de 1991 à y revenir avec plus d'à propos au cours de la réforme sur les procédures civiles d'exécution forcée de droit commun sans toutefois modifier substantiellement les principes dégagés par la loi antérieure de 1972[578]. Aussi, l'article 33, alinéa 1er de la loi du 9 juillet 1991 reprit-il exactement la formulation de l'ancien article 5 de la loi du 5 juillet 1972 en décidant que tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.

Il s'ensuit, dès lors, que l'astreinte peut, en droit français, être prononcée par toutes les juridictions de l'ordre judiciaire au premier comme au second degré, aussi bien par les juridictions de droit commun (tribunaux de grande instance et cours d'appel) que par les juridictions d'exception[579] (tribunaux d'instance, tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes, etc.).

Par ailleurs, ce mécanisme a connu, à l'heure actuelle, une extension considérable car il est fait usage de l'astreinte dans des domaines les plus variés comme l'expulsion, la concurrence, les troubles du voisinage, etc. Bref, toutes les fois qu'il s'agit de contraindre un débiteur à

---

[576] R. PERROT et P. THERY, *ibidem*, p. 75.

[577] M. et J.-B DONNIER, *op. cit.*, p. 132 ; R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 76.

[578] On notera que la réforme de 1991 a été complétée à son tour par le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, dans ses articles 51 à 53 et que l'astreinte est actuellement réglementée par les articles 33 à 37 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

[579] L'astreinte qui est un moyen de pression à caractère personnel n'est pas à proprement parler une voie d'exécution puisque son objet n'est pas directement la vente forcée des biens du débiteur. C'est pourquoi, elle peut être ordonnée et même liquidée par les juridictions d'exception (M. et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, p. 154).

respecter une décision de justice lui imposant certaines obligations personnelles telles que la délivrance d'un certificat de travail, la réalisation de certains travaux, l'abstention de certains actes etc. L'astreinte peut également être prononcée par les juridictions répressives afin de garantir l'exécution de leurs condamnations civiles[580] et il existe aussi des astreintes en matières commerciale et administrative.

146. Extension quant à l'objet de l'astreinte : obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent. A cet égard, il convient de noter que si l'astreinte est demeurée pendant longtemps cantonnée au creuset où elle prit naissance, à savoir : les obligations de faire et de ne pas faire[581], cela n'est plus le cas en droit français moderne. Une évolution marquante influencée par la consécration légale de l'astreinte a permis à la doctrine[582] et à la jurisprudence de se montrer plus audacieuse en admettant le prononcé de l'astreinte même en ce qui concerne les obligations de somme d'argent[583], quand bien même cette solution n'est pas admise par une certaine jurisprudence[584].

---

[580] Il en est de même pour le juge de l'exécution qui peut intervenir à double titre : il peut d'abord comme tout juge, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de ses propres décisions. Mais, il peut aussi – et ceci lui est particulier – assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge, si les circonstances en font apparaître la nécessité (article L. 33, alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991).

[581] Cass. civ., 28 oct. 1918, *S*., 1918-1919, 1, p. 89, note HUGUENEY ; Cons. Prud'h. Nevers, 2 juin 1980, *Gaz. Pal*. 1981.1, somm. 100.

[582] Notamment CL. BRENNER (*op. cit*., p. 3) pour qui l'astreinte peut également être prononcée en cas d'inexécution d'une obligation monétaire.

[583] Cass. com., 3 déc. 1985, *Bull. civ*., V, n° 286, *R.T.D. civ*., 1986, p. 745, obs. J. MESTRE ; Cass. soc., 29 mai 1990, *Bull. civ*., V, n° 244 ; *J.C.P*., 1990, IV, p. 285 ; *R.T.D. civ*., 1991, p. 534, obs. J. MESTRE. Dans le même sens on cite parfois, Cass, com., 17 avril 1956 (*JCP* 1956, II, 9330, note VELLIEUX). Mais, on doit noter que cet arrêt a été rendu dans un cas où il s'agissait d'obtenir le paiement d'une indemnité d'expropriation contre une collectivité publique à l'égard de laquelle on ne peut, en principe, utiliser les procédures d'exécution forcée de droit commun. Quoi qu'il en soit, l'évolution de l'astreinte quant à son objet marque une différence importante entre le droit belge (loi uniforme Benelux) et le droit français. Alors qu'en droit belge il est formellement interdit au juge de prononcer une astreinte en ce qui concerne les obligations ayant pour objet une somme d'argent, en droit français, le législateur de 1991 ne dit rien à cet égard. Par ailleurs, le juge français peut d'après la loi française prononcer même d'office une astreinte en matière judiciaire, alors que le droit belge exige une demande du requérant à cet égard.

[584] La Cour d'appel de Paris a estimé dans son arrêt du 6 mai 1999 qu'il n'y avait pas lieu d'assortir d'une astreinte le jugement condamnant un contractant à exécuter le contrat dans la mesure où cette condamnation n'imposait pas une obligation de faire mais une obligation qui s'exécute par le paiement d'une somme d'argent. Or, relève la cour, s'agissant d'une créance de somme d'argent, le meilleur moyen d'en obtenir le paiement est de procéder aux voies d'exécution utiles. Encore faut-il, cependant, que le créancier détienne pour cela un titre exécutoire, ce qui était le cas en l'espèce. On voit donc qu'en matière des obligations des sommes d'argent, la jurisprudence n'est pas unanime, car certaines juridictions refusent encore de suivre la voie tracée par la Cour de cassation quant au prononcé de l'astreinte en cette matière. Une intervention législative serait donc souhaitable pour fixer les esprits face à ses hésitations (*Juris-Data*, n° 113409 ; voy. aussi M. et J.-B. DONNIER, *op. cit*., p. 133).

Pour rappel, ces obligations furent exclues du champ d'application de l'astreinte en raison du fait que le créancier pouvait en obtenir l'exécution forcée en usant de procédures ordinaires de contrainte (c'est-à-dire, les saisies) ce qui rendait inutile tout recours à l'astreinte. Celle-ci n'étant, du reste, réservée qu'aux obligations de faire et de ne pas faire dont l'exécution forcée par le débiteur fut jugée inadmissible en vertu du principe selon lequel : « Personne ne peut être contraint contre sa volonté à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Pareilles obligations, pensait-on, ne pouvaient, en cas de réticence du débiteur, se résoudre autrement que par le paiement des dommages et intérêts conformément à l'article 1142 du Code civil[585].

Les réticences du passé vis-à-vis de l'astreinte (alors une simple création jurisprudentielle dépourvue de fondement légal) en général et de son domaine d'application en particulier, ne pouvant plus s'expliquer en raison de sa reconnaissance légale, on crut raisonnable d'étendre son application aux obligations de somme d'argent d'autant qu'il fut soutenu que « si l'astreinte est considérée comme *une peine civile* sanctionnant *la désobéissance à l'injonction ou à l'ordre du juge*, il peut se révéler comme un important incitant dont l'utilité ne peut se limiter qu'aux seules obligations de faire ou de ne pas faire »[586]. Ce qui est vrai pour ces obligations, disait-on, devrait l'être aussi pour les obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent et l'appui apporté par l'astreinte à l'exécution des obligations de faire et de ne pas faire devrait également servir pour les obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent parce que par le jeu de l'astreinte, on s'efforce de pousser le débiteur à exécuter lui-même, sinon de manière spontanée du moins résignée, ses obligations ; ce qui a le mérite d'éviter les frais et les lenteurs de procédures[587].

On retrouve ici, en substance, les arguments développés à l'appui de l'extension du mécanisme d'astreinte aux obligations monétaires ; arguments dont nous avons fait largement état au chapitre 1er relatif au système congolais de l'immunité d'exécution et qui ont le mérite de mettre en exergue l'existence d'un courant doctrinal et jurisprudentiel favorable à l'évasion

---

[585] Voy., à ce sujet, l'excellente interprétation de P. WERY reprise au chapitre 1er de cette étude. Cfr. *supra*, n° 47.

[586] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 79.

[587] R. PERROT et P. THERY, *ibidem*, p. 79. On remarquera que le paiement d'une somme d'argent n'est pas toujours chose aisée. Le créancier butte souvent sur les manœuvres dilatoires du débiteur tendant à faire obstacle à l'acquittement de celle-ci (crédits à l'étranger, dilapidation ou dissimulation de certains biens, etc.). Dans cette perspective, l'astreinte peut alors jouer un rôle incitatif dont l'utilité ne se limite plus nécessairement à l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire.

de l'astreinte de son creuset originaire pour couvrir, en raison de garanties d'économie de temps et de frais qu'elle offre, d'autres obligations au rang desquelles se trouvent les obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent[588].

147. Extension quant à la personne du débiteur : application aux personnes morales de droit public. Quant à l'application de l'astreinte aux personnes morales de droit public elle est l'œuvre de la loi du 16 juillet 1980 relative à l'astreinte en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, telle que modifiée et complétée à ce jour notamment par la loi n° 95-125 du 8 février 1995. La première réservait au seul Conseil d'Etat le pouvoir de prononcer des astreintes en matière administrative, ce qui eut pour conséquence de priver les autres tribunaux administratifs (cours administratives d'appel et tribunaux administratifs) du droit d'assortir leurs condamnations d'astreintes. Mais, tirant les conséquences de cette situation, la loi du 8 février 1995 a étendu ce pouvoir aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel[589]. Ces juridictions peuvent désormais, saisies de l'action principale, conforter leur position par des condamnations à des astreintes.

Ainsi, en cas d'inexécution d'un jugement (ou d'un arrêt) définitif, le justiciable peut demander à la juridiction administrative qui a rendu la décision d'en « assurer l'exécution » et si l'Administration ne répond pas favorablement à la démarche incitative du juge, ce dernier peut fixer un délai en vue de l'exécution et au besoin prononcer une astreinte (article L. 911-4 du Code de justice administrative)[590].

Pour terminer, signalons que, contrairement au droit belge, l'astreinte est accompagnée en droit français d'un régime spécial de responsabilité pécuniaire personnelle des agents dont le comportement aura provoqué la condamnation de leur service à une astreinte. Cette

---

[588] Cfr. *supra*, n° 47.

[589] E. BARADUC-BENABENT, « L'astreinte en matière administrative », *D.*, 1981, chron., pp. 95 et s. ; D. LINOTTE, *op. cit.*, n° 3011, spéc. n^{os} 20 et s. ; P. BON, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; G. VEDEL et P. DELVOLVE, « *Droit administratif* », 12ème éd., t. II, pp. 379 et s. ; M.-H. RENAUT, « Astreinte et injonction en matière judiciaire et administrative : une histoire mouvementée », *Rev. huissiers*, 1998, p. 385.

[590] Dans tous les cas la demande d'astreinte peut être présentée si la décision n'a pas été exécutée dans les six mois de sa notification (article R. 931-3 du Code de justice administrative), sauf en cas de refus explicite de l'autorité administrative condamnée. Dans cette hypothèse, la demande peut être présentée immédiatement (article R. 931-3 du Code de justice administrative). En droit belge cette demande doit, d'après l'article 36, être présentée dans les trois mois de la notification de la décision à la personne publique.

responsabilité est appréciée par la Cour de discipline budgétaire et financière. Il s'agit surtout de renforcer les garanties d'exécution de la condamnation sous astreinte elle-même.

Parvenu à ce point des explications, on est alors conduit à s'interroger sur les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit français car si ce privilège profite, en principe, à l'Etat, bon nombre d'entités se voient accorder une large gamme de compétences au sein de l'Etat et se réclament également bénéficiaires de cette prérogative.

§ 2. Les bénéficiaires de l'immunité d'exécution dans le système juridique français

148. Vue d'ensemble. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'Etat et les collectivités publiques territoriales (régions, départements, communes) jouissent en droit français de l'immunité d'exécution. En ce qui les concerne, le principe n'a jamais été discuté[591].

Les problèmes ont surgi en revanche au sujet des établissements publics dont la diversité est grande et les statuts forts disparates. L'intervention de la Cour de cassation a semblé trancher définitivement ces questions en établissant un statut unique pour tous ces établissements publics auxquels il a été reconnu le bénéfice entier de l'immunité d'exécution. Mais, le débat semble être encore relancé sur un terrain autre que le cadre purement doctrinal.

Examinons tour à tour ces différents bénéficiaires.

---

[591] CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, pp. 37-42 ; J. TERCINET, *op. cit.*, p. 5 ; D. LINOTTE, *op. cit.*, pp. 2 et s. ; R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 203 ; M. et J.-B. DONNIER, *op. cit.*, pp. 84-85 ; S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, pp. 1667 et s.

A. Les personnes morales de droit public

1. Les pouvoirs publics

149. L'Etat. La prohibition des voies d'exécution de droit commun contre l'Administration s'applique, en premier lieu, à l'Etat. Le principe semblait tellement évident qu'il fut très vite affirmé par le juge judiciaire[592] et par le conseil d'Etat[593] (du moins dans ses formations consultatives) avant d'être étendu sans difficultés aux démembrements de la puissance publique[594].

Parmi les textes qui commandent actuellement la matière, on peut notamment retenir l'article 1er, alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991 selon lequel : « *L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient de l'immunité d'exécution* » ; mais, aussi la loi du 3 janvier 1973 portant institution du Médiateur de la République qui déclare que l'intervention de cet organe est subordonnée à la condition que la décision de justice en cause et dont on sollicite l'exécution concerne directement l'une des personnes reprises à l'article 1er, c'est-à-dire : « *L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics* ».

La reconnaissance à l'Etat du privilège de l'immunité d'exécution constitue donc, en droit français, une règle constante et suffisamment affirmée et réaffirmée qu'il n'est guère besoin d'insister.

150. Les communes et les départements. Deux avis du Conseil d'Etat relevés en dates du 12 août 1807 et 26 mai 1813 rendent compte de l'immunité d'exécution reconnue aux communes en énonçant respectivement que : « *pour obtenir un paiement forcé, le créancier d'une commune ne peut jamais s'adresser qu'à l'Administration* » ; « *Il n'y a lieu ni à*

---

[592] T. cass., 16 thermidor an X, *Metz*, *S.*, 1791-an XII, p. 677 ; Cass., 31 mars 1819, *Enregistrement contre Jousselin*, *S.*, 1819, 1821, p. 51.

[593] C.E., avis, 12 août 1807 et C.E., avis, 26 mai 1813, cités par R. ODENT, *Contentieux administratif*, 1976-1981, fasc. V, p. 1711.

[594] Il s'agit des collectivités territoriales et des établissements publics.

délivrance de contrainte contre le receveur, ni à citation devant les tribunaux, ni à saisie-arrêt entre les mains du receveur de la commune ou des débiteurs de la commune… ». Une seule solution s'impose : « *se pouvoir par devant le préfet* »[595].

Outre ces avis du Conseil d'Etat, le principe de l'immunité d'exécution des communes et partant celui des départements fut aussi exprimé avec plus de précisions par la Cour de cassation française dans son arrêt du 15 février 1938 en ces termes : « *La loi du 24 août 1790, titre II, article 13, interdit aux juges de troubler de quelques manières que ce soit les opérations des corps administratifs. Par application de ce principe, le créancier d'une commune ne peut poursuivre, par les voies judiciaires, l'exécution d'une condamnation prononcée à son profit. Pour se faire payer ce qui lui est dû, il doit s'adresser à l'administration supérieure qui a seule le droit d'autoriser le paiement des dettes de la commune. Il ne saurait non plus, par voie de saisie-arrêt, frapper d'indisponibilité aux mains des comptables qui les détiennent, les fonds d'une commune et priver celle-ci des ressources sans lesquelles les services municipaux ne sauraient fonctionner* »[596].

De ce qui précède, il résulte que la question de l'immunité d'exécution des communes avait reçu une réponse en jurisprudence dès le début du 19ème siècle et la même solution fut étendue plus tard au profit des départements dont les activités ne pouvaient, en aucune manière, être troublées en tant qu'éléments des corps administratifs.

Dès lors, la consécration, par la loi du 9 juillet 1991, de l'immunité d'exécution au profit de toutes les personnes morales de droit public et spécialement en faveur des communes et des départements n'a fait que consolider pour ces entités, une prérogative traditionnelle et singulière à laquelle la France demeure absolument et incontestablement attachée.

---

[595] CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 39.

[596] Req., 15 février 1938, *D.*, 1938, I, p. 126.

2. Les organismes publics

151. Les établissements publics traditionnels[597]**.** Le privilège de l'immunité d'exécution des établissements publics administratifs fut consacré dès le XIX^{ème} siècle par le Tribunal des conflits dans son célèbre arrêt du 9 décembre 1899 dit : « Association syndicale du canal de Gignac ». Selon cette décision solidement motivée, le Tribunal, après avoir constaté que les associations syndicales des propriétaires sont des établissements publics, en déduisit que leurs biens sont insaisissables et qu'aucune procédure d'exécution forcée de droit commun ne pouvait, en conséquence, leur être appliquée. La maxime de cet arrêt affirmait que : « *Les voies d'exécution instituées par le Code de procédure civile pour le recouvrement des créances sur des particuliers ne peuvent être suivies vis-à-vis des établissements publics. Les tribunaux judiciaires ne peuvent prescrire les mesures d'exécution du droit commun à l'encontre des associations de propriétaires* »[598].

D'autres décisions furent également prises dans le même sens, notamment par le tribunal civil de la Seine[599] et par la Cour de cassation française. Cette dernière, par son arrêt du 9 juillet 1951 rendu dans l'affaire dite « Société Nationale des Entreprises de Presse » (SNEP)[600], avait d'ailleurs reconnu le bénéfice de l'immunité d'exécution à cette défunte société au motif quelle se différenciait profondément des sociétés commerciales. La Cour de cassation avait, pour ce faire, retenu les spécificités de cette entreprise en insistant d'une part sur les prérogatives de puissance publique attachées à sa personne et, d'autre part, sur le fait qu'elle assurait la gestion d'un service public sans aucun but lucratif et était soumise au contrôle de la Cour des comptes.

---

[597] En France, les établissements publics administratifs (EPA) se retrouvent dans divers domaines. On peut citer notamment dans le domaine financier (La caisse des dépôts et consignations), dans le domaine des activités économiques (Les chambres de commerce et d'industrie, les chambres des métiers, les chambres d'agriculture), dans le domaine social et sanitaire (l'Agence nationale pour l'emploi, les caisses nationales de sécurité sociale, les centres communaux d'action sociale, les hôpitaux, l'Etablissement français du sang), dans le domaine éducatif et culturel (les collèges, les lycées, les universités, le Collège de France, l'Ecole nationale d'administration (ENA), le Centre nationale de la recherche scientifique – CNRS – et divers musées, comme le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou, familièrement nommé « Centre Beaubourg »).

[598] T. C., 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, *Rec. Leb.*, p. 731, *S.*, 1900, 3, p. 49, note M. HAURIOU.

[599] Dans son jugement du 18 octobre 1933 (*D.*, 1934, 2, p. 65, note WALINE).

[600] Cass. civ., 9 juillet 1951, *S.*, 1952, I, 125, note R. DRAGO.

Cette prise de position de la haute Cour, loin de résoudre la question de l'immunité d'exécution des entreprises publiques, eut plutôt un effet contraire puisqu'elle fut considérée comme « un pavé jeté dans la mare ». En effet, aux termes de cette jurisprudence, les établissements publics industriels et commerciaux n'étaient pas considérés comme bénéficiaires du privilège de l'immunité d'exécution tant que ne leur étaient pas applicables les règles relatives à la comptabilité publique. Ce qui créa une certaine incertitude dans la reconnaissance de ce privilège à ces organismes publics[601].

On pensa, dès lors, voir cet arrêt demeurer une œuvre isolée en raison des nombreuses hésitations et interrogations qu'il suscita. Loin s'en faut. S'engageant dans la même voie, plusieurs arrêts de la Cour d'appel de Paris[602] tirèrent argument du critère de la « soumission aux règles de la comptabilité publique » dégagé par la haute Cour pour distinguer les établissements publics industriels et commerciaux dotés d'un comptable public, reconnus bénéficiaires de l'immunité d'exécution, des autres institutions non soumises à ces règles et privées, par conséquent, de cet important privilège[603].

---

[601] Néanmoins, l'arrêt *SNEP* du 9 juillet 1951 aura eu le mérite d'avoir confirmé, dans une affaire mettant en cause des entreprises « semi-publiques », la jurisprudence antérieure portant prohibition de l'usage de la contrainte à l'encontre des établissements publics de type classique en raison tant des missions de service public dévolues à ces entités que de leur mode de fonctionnement basé sur les règles de droit public.

[602] *Paris, 11 juillet 1984*, *D*., 1985, 174, note R. DENOIX de SAINT-MARC. Il s'agit dans cette affaire, de saisies-arrêts pratiquées par les ASSEDIC entre les mains de certaines agences de voyage sur les sommes qu'elles devaient à la SNCF. La Cour d'appel de Paris écarta l'immunité au motif que les sommes saisies n'appartenaient pas à des organismes publics (absence de comptable public) et que l'importance et la nature des biens saisies n'empêchaient pas le fonctionnement régulier et continu du service public. Cette décision fut largement et amplement commentée (Y. GAUDEMET, *Gaz. Pal*., 1984, doctr., p. 565 ; R. DUCOS-ADER, *Gaz. Pal*., 1986, doctr., p. 474 ; P. AMSELEK, *J.C.P*., 1986, II, 3236). Voy. aussi Paris, 18 mars 1986, *Gaz. Pal*., 1987, I, p. 230, note B. NICOD).

Quant à la Cour de cassation française, elle n'osa pas se prononcer directement dans l'affaire des ASSEDIC et décida par deux arrêts de cassation sans renvoi du 16 décembre 1987 d'abord, que la SNCF, Société d'économie mixte jusqu'au 31 décembre 1982, ne figurait pas au nombre des employeurs tenus au versement des sommes réclamées par les ASSEDIC, ensuite, et par voie de conséquence, qu'il convenait d'ordonner mainlevée des saisies-arrêts pratiquées, celles-ci étant privées de cause par l'effet de la première cassation. S'agissant de la seconde affaire, elle a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1987 dit B.R.G.M.

[603] De son côté une partie de la doctrine soutint que la solution réservée par la Cour de cassation à l'entreprise SNEP concernait les établissements publics industriels et commerciaux présentant un « *haut degré d'administrativité* » et ne concernait pas les autres « *commerçants publics* » (F. MARLE, « A propos de quelques décisions de jurisprudence relatives à l'insaisissabilité des biens d'un établissement à caractère industriel et commercial », *Cah. de documentation juridique*, 1950, doctr., pp. 550 et s ; L. JACQUIGNON, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *A.J.D.A*., 1958, pp. 71 et s. ; Y. GAUDEMET, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *Gaz. Pal*., 1984, 2, doctr., pp. 565 et s ; CH. JEANTET, « Emprunts français à l'étranger : domaines réservés à la loi française », *JCP G*, 1975, I, 2704 ; R. PERROT, *Voies d'exécution*, Les cours de droit, 1978, p. 26. *Pour sa part*, même s'il n'avait pas été amenée à connaître de la question dans ses formations contentieuses, le Conseil d'Etat considérait toujours que les voies d'exécution de droit commun n'étaient pas applicables à l'encontre des établissements

Seule l'intervention ultérieure de la Cour de cassation dans son arrêt du 21 décembre 1987 dénommée « Bureau de Recherches Géologiques et Minières », en abrégé BRGM, permit de mettre un terme à ce temps de flottement.

Selon cet arrêt de la 1ère Chambre civile de la Haute cour, le principe de l'insaisissabilité des biens s'applique aux personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale et les créanciers ne peuvent, dès lors, que mettre en œuvre les règles particulières de la loi du 16 juillet 1980. La Cour de cassation mit ainsi fin au débat à ce sujet dans des termes solennels que voici :

- *Vu l'article 537, alinéa 2 du Code civil ;*
- *Vu le principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables ;*
- *Vu la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 ;*
- *Attendu qu'il résulte du premier de ce texte que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leurs sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé ; qu'il appartient seulement au créancier bénéficiaire d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée et condamnant une personne publique au paiement, même à titre de provision, d'une somme d'argent, de mettre en œuvre les règles particulières issues de la loi du 16 juillet 1980 ».*

Le coup d'arrêt était ainsi nettement marqué. La Cour vint, par cette décision, imposer un retour à l'orthodoxie en consacrant l'immunité totale d'exécution des personnes morales de droit public, même celles exerçant une activité industrielle et commerciale.

152. Les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC). Le bénéfice de l'immunité d'exécution aux établissements publics à caractère industriel et commercial

---

publics, même industriels et commerciaux (C.E., avis, n° 323.971, sect. Travaux publics, 6 févr. 1979, *E.D.C.E.*, n° 31, 1979-1980, p. 216 : à propos des OPHLM et des OPAC – « Etude relative aux établissements publics nationaux », *E.D.C.E.*, 1984-1985, n° 36, p. 32 ; S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1668, n° 1612.23).

remonte officiellement, à tire de rappel, à l'arrêt BRGM du 21 décembre 1987 de la Cour de cassation qui eut le mérite de remettre « les pendules à l'heure »[604], après les hésitations créées par l'arrêt SNEP du 9 juillet 1951.

Dès lors, il n'y a plus d'hésitation possible aujourd'hui sur l'état du droit positif français à cet égard : l'impossibilité d'utiliser les voies d'exécution du droit commun pour inciter au respect de la chose jugée concerne toutes les personnes morales de droit public sans distinction[605].

Cependant, la polémique a refait surface sur un terrain différent du contexte purement doctrinal : celui des aides d'Etat. Soucieuse de préciser sa pensée sur les aides d'Etat accordées sous la forme de garantie, la Commission européenne a, dans sa communication interprétative datée du 24 novembre 1999 déclaré en des termes généraux que : « *les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'Etat ou une couverture des pertes par l'Etat* » font partie des aides d'Etat.

Ainsi considérée, cette conception des aides d'Etat s'applique incontestablement aux établissements publics français à caractère industriel et commercial en tant qu'ils ne peuvent, en vertu de l'immunité d'exécution dont ils sont bénéficiaires, être déclarés en faillite[606] ni faire l'objet des saisies. Ce qui, dans les relations communautaires, serait source de problèmes et de conflits dans la mesure où pareilles aides revêtent un caractère illégal et abusif[607].

Dans cette perspective, la Commission européenne s'est empressée, à la fin de l'année 2002[608], de notifier à l'Etat français que l'insaisissabilité des biens de la société EDF (établissement public industriel et commercial) et plus particulièrement le fait que ses actifs ne peuvent faire l'objet des procédures d'exécution forcée de droit commun constitue une aide d'Etat contraire aux prescrits de l'article 87 du Traite des Communautés européennes. Aussi,

---

[604] C'est-à-dire, soumettre toutes les personnes publiques au même statut d'entités bénéficiaires de l'immunité d'exécution.

[605] Toutefois, certains auteurs continuent de critiquer la reconnaissance, par la jurisprudence, du privilège de l'immunité d'exécution aux établissements publics à caractère industriel et commercial (cfr. *supra*, n° 133).

[606] L'immunité d'exécution interdit de déclarer en faillite les personnes publiques n'exerçant pas une activité commerciale (voy. J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 263, n° 9).

[607] D. PREAT, « La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ? », *L.P.A.*, 26 janv. 2000, pp. 4 et s. ; S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1669, n° 1612.27.

[608] Plus précisément par lettre du 16 octobre 2002 adressée sous la signature de MARIO MONTI agissant au nom de la Commission européenne.

a-t-elle demandé la suppression pure et simple avec effet immédiat de cette « *garantie illimitée dont bénéficie EDF sur tous ses engagements* ». Cependant, le Gouvernement français qui a confirmé sa volonté de transformer EDF en une société anonyme n'a pris aucun engagement valant acceptation inconditionnelle de cette mesure et aucune précision n'a été donnée quant au calendrier de la réforme[609].

Face à cette attitude ambiguë de la France, la Commission européenne lui a notifié, le 4 avril 2003, sa décision de considérer l'insaisissabilité des biens d'EDF comme une aide d'Etat et il fut décidé, dès le 2 avril déjà, d'entamer une procédure formelle d'investigation sur le cas EDF conformément à l'article 88, §2 du Traité des Communautés européennes. Cette procédure aboutit à la fin de l'année 2003 à une demande de remboursement par EDF d'un montant de 888 millions d'euros[610].

On le voit, la question de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques industrielles et commerciales n'a cessé d'être au cœur de débats, surtout qu'il est parfois reconnu à ces personnes la possibilité de gérer et d'aliéner leurs biens (y compris ceux affectés au service public) dans les conditions du droit privé. Approche jugée favorable, par la doctrine, à la mise à l'écart du principe de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques constituées sous la forme d'EPIC[611].

Bref, on assiste à l'heure actuelle, à des degrés divers et pour diverses raisons[612], à une remise en cause, en droit français, de l'interdiction de la contrainte à l'encontre des personnes morales ayant la forme d'établissements publics à caractère industriel et commercial.

---

[609] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1669, n° 1612.27.

[610] *Les Echos*, 28 nov. 2003 ; S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1669, n° 1612.27.

[611] E. FATÔME, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », *A.J.D.A.*, 2003, pp ; 21 et s. L'auteur s'interroge sur la portée de l'article 23 de la loi modifiée du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de La Poste.

[612] L'une d'elles repose sur le fait que l'insaisissabilité des biens des EPIC prive ces derniers de la possibilité d'accéder facilement au crédit faute de garanties à donner aux tiers. Ainsi, le privilège laisse la place à une situation inquiétante lourde de conséquences pour ces établissements publics. Mais, c'est la conséquence obligée de l'application du critère organique qui dicte aujourd'hui toutes les solutions jurisprudentielles en matière de procédure d'exécution.

B. Les biens protégés

153. Tous les biens des personnes publiques[613]**.** En France, l'insaisissabilité des biens des personnes publiques concerne sans distinction tous leurs biens : biens matériels, mobiliers ou immobiliers, de dépendances du domaine public ou du domaine privé, de deniers, de droits incorporels, de valeurs ou de créances. Elle n'est donc pas une composante du régime de l'inaliénabilité du domaine public et la doctrine n'a cessé de le rappeler en des termes précis que voici : « *Il n'est pas davantage possible de saisir un immeuble qu'une collectivité publique exploite à titre purement lucratif, comme le ferait un particulier propriétaire, en le donnant en location dans les conditions du droit privé qu'il n'est possible de saisir un jardin public ou un tribunal* »[614].

Quant à la jurisprudence, elle a eu aussi l'occasion d'affirmer que l'insaisissabilité n'est pas le corollaire de la domanialité publique. En témoignent ces deux attendus tirés à la fois de la jurisprudence du tribunal civil de la Seine et de la Cour de cassation qui mettent tous l'accent sur le fait que les biens des personnes publiques, qu'ils soient constitués de deniers ou d'autres ressources, sont en eux-mêmes insaisissables sans égard au régime de la domanialité publique : « *Attendus que toutes les ressources de l'établissement public sont également grevés d'une affectation d'utilité publique et que, sans qu'il y ait lieu de rechercher la nature des sommes saisies arrêtées ou la qualité des tiers saisis, il convient de décider que toutes les saisies… sont nulles comme faites au préjudice d'un établissement public* »[615] et « *Attendus que les deniers publics sont insaisissables… que les deniers d'une commune sont publics, sans distinction d'origine et sans départ entre domaine public et domaine privé* »[616]. Il en résulte que les biens des personnes publiques bénéficient d'une très grande protection en droit français, en sorte qu'il n'y a pas lieu de faire ici la distinction entre les biens manifestement utiles et ceux déclarés non manifestement utiles au service public, comme en droit belge.

---

[613] Cette protection est ici plus radicale en raison du caractère intransigeant de l'immunité d'exécution dans ce système juridique. Il n'y a donc pas lieu de faire la distinction entre les biens manifestement utiles et les biens non manifestement utiles au service public comme en droit belge.

[614] Notamment P. AMSELEK, *op. cit.*, n° 3286.

[615] T. civ. Seine, 18 oct. 1933, *D.P.*, 1934, 2, pp. 65 et s., note M. WALINE.

[616] Cass. (2è civ.), 16 déc. 1965, *Cne d'Azay-le-Rideau*, *Bull. civ.*, 1966, II, n° 1038.

154. Egalement les biens des concessionnaires privés utiles au service public. Par ailleurs, les personnes publiques peuvent mettre à la disposition des personnes privées certains biens ou certains ouvrages nécessaires à l'exploitation d'un service public dans le cadre, par exemple, d'une convention d'occupation du domaine public. Ces biens sont également insusceptibles d'exécution forcée selon le droit commun. D'où la nécessité d'un inventaire précis et formel de ces derniers dans chaque cas.

§ 3. Fondements de l'immunité d'exécution en droit français

A. Des fondements traditionnels ne présentant plus qu'un intérêt historique

155. Des préceptes traditionnels dont certains ne persuadent guère. Il est admis en droit français que l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public repose traditionnellement sur certains préceptes tels que le respect dû à l'ordre public ; la présomption de solvabilité de la personne morale de droit public ; l'article 537 du Code civil ; l'impossibilité pour les collectivités publiques détentrices de la force publique d'user de cette force contre elles-mêmes[617] ; la séparation des pouvoirs entre l'Administration et le juge, même administratif ; le respect des règles de la comptabilité publique[618] ; l'existence des voies

---

[617] Ainsi, P. AMSELEK soutient, par exemple, qu'un trouble à l'ordre public peut résulter de l'emploi de la force publique contre des personnes publiques. Aussi, écrit-il : *« On souligne souvent combien il serait aberrant et pour ainsi dire contre nature que l'Etat, qui a le monopole de la force publique, use de celle-ci contre lui-même, mais il serait aussi aberrant qu'il en use à l'égard des autres personnes publiques. D'une manière générale, des voies de contrainte contre une personne publique seraient incompatibles avec sa dignité même de personne publique et la parcelle de puissance et d'intérêt public dont elle est toujours dépositaire, quels que soient son statut et ses missions »* (P. AMSELEK, *op. cit.*, n° 31). Pour sa part M. DUGRIP note que : *« La puissance publique dispose du monopole de la contrainte. C'est l'Etat qui décide de prêter ou de ne pas prêter main-forte à l'exécution des décisions de justice. Dès lors, on ne saurait le contraindre contre lui-même et ses démembrements »* (M. DUGRIP, *op. cit.*, n° 244, cité par P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 603).

[618] Pendant un temps, on a cru apercevoir le fondement de l'immunité d'exécution dans le fait que les personnes publiques et surtout les établissements publics sont soumis à un régime comptable de droit public. L'idée a été défendue que les établissements publics dotés d'un comptable public ne pouvaient être contraints à l'exécution forcée parce qu'il ne pouvait se soustraire à l'obligation d'obtenir de la tutelle l'autorisation d'inscrire la dépense au budget de l'établissement débiteur. Ce qui ne pouvait se réaliser en cas d'établissement soumis aux règles de la comptabilité privée. Plusieurs décisions avaient admis cette distinction (C.A. Paris, 11 juillet 1984, *D.*, 1985, p. 174, note crit. DENOIX de SAINT-MARC ; *Gaz. Pal.*, 1984, 2, p. 614 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 625 (SNCF) ; C.A. Paris 18 mars 1986, *D.*, 1987, p. 310 ; *Gaz. Pal.*, 1987, 1, p. 230, note NICOD (BRGM), approuvée par les uns

d'exécution administratives[619] ou encore la nécessaire continuité du service public. Il s'agit, en fait, des justifications précédemment analysées et dont les explications dénotent parfois l'embarras de les prendre toutes en considération en raison du fait que certaines d'entre elles ne persuadent guère et revêtent plutôt un aspect suranné.

Ainsi en est-il de la présomption de solvabilité de l'Administration actuellement battue en brèche[620] de même que l'interdiction des injonctions et des astreintes vis-à-vis de l'Administration[621].

(notamment Y. GAUDEMET, « La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question », *Gaz. Pal.*, 1985, 2, doctr., p. 565) et vivement critiquée par d'autres (à titre indicatif : R. DUCOS-ADER, *op. cit.*, p. 474 ; P. AMSELEK, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1986, I, 3236). Depuis l'arrêt de la Cour de cassation française du 21 décembre 1987 dit arrêt BRGM (déjà cité), la question a été tranchée. La Cour a banni toute distinction fondée sur les règles de la comptabilité publique et admis que tous les établissements publics à caractère industriel et commercial, sans distinction, (même ceux qui ne sont pas dotés d'un comptable public) sont en droit de se prévaloir de l'immunité d'exécution.

[619] A cet égard, CH. HUBERLANT et F. DELPEREE soutiennent qu'en France, le principe de l'immunité d'exécution est tempéré, en ce qui concerne les collectivités locales et les établissements publics par la procédure de l'inscription d'office : une prérogative reconnue à l'autorité de tutelle même sans texte (CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 42 ; en ce sens, J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Paris, L.G.D.J. 1960, p. 160). Pour la Cour de cassation française, le pouvoir d'inscription d'office ne comporte aucune décision juridictionnelle, aucune prescription, elle ne crée aucun droit acquis au bénéficiaire du crédit, elle n'a d'autre effet que de rendre possible l'ordonnancement du crédit (Cass. fr., 8 novembre 1943, *D.A.*, 1944, J., p. 21). Toutefois, selon G. VEDEL, le créancier peut toujours se voir opposer une appréciation de l'opportunité selon laquelle l'autorité de tutelle estime devoir refuser, du moins pour un temps, d'exercer son pouvoir (G. VEDEL, *op. cit.*, p. 405). Toujours à propos des voies d'exécution administratives et particulièrement de la tutelle de substitution organisée dans le cadre de la décentralisation territoriale, certains auteurs en France estiment qu'il s'agit d'armes puissantes mises au service du pouvoir central à l'encontre des autorités décentralisées. Ces armes constituent, disent-ils, la traduction d'une certaine centralisation du pouvoir ainsi que l'expression de l'incapacité juridique des entités décentralisées. Aussi observent-ils : « *Mais, les préfets veuillent à la centralisation et ils disposent pour cela d'une institution typiquement française : la tutelle qui est une arme donnée au pouvoir central à l'encontre des autorités décentralisées, dans l'intérêt de l'unité de l'Etat et dont la dénomination signifie bien, malgré les protestations officielles, que les collectivités locales ou départementales sont considérées comme incapables au sens que le droit privé donne à ce terme. Le tuteur est partout présent avec ces pouvoirs d'approbation, d'annulation, de substitution, etc. De plus, à cette tutelle officielle s'ajoutent des tutelles plus ou moins dissimulées, comme le remarquent les observateurs attentifs des réalités administratives, des tutelles dites indirectes. Elles sont multiples, à commencer par les tutelles financières. Quant une collectivité décentralisée, par exemple, veut emprunter pour financer une opération, elle n'a souvent d'autre alternative que de s'adresser à des organes de l'Etat ou dépendant de lui. Qu'une subvention spécifique puisse lui être accordée et sa liberté de choix est encore diminuée. Elle ne l'obtient que si elle se soumet aux conditions posées. On ne saurait oublier, à côté de ces tutelles financières, les tutelles techniques (*nécessaire respect de contrats-types ou d'actes-types, c'est-à-dire, de modèles imposés par l'administration centrale, intervention des ingénieurs de l'Etat des ponts et chaussées, génie rural… dans la gestion, etc.*). Ces mécanismes juridiques très puissants ne font que refléter une propension globale à la centralisation de l'Etat qui est illustrée de bien des manières* » (S. RECOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, L.G.D.J., t. 142, 1982, cité par G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, « *Droit administratif* », 8ème éd., 2002, p. 229).

[620] Cfr. *supra*, nos 72, 73 et 122.

[621] Cfr. loi du 16 juillet 1980. Par ailleurs, le Tribunal des conflits a reconnu ce pouvoir au juge judiciaire : Trib. Confl., 17 mars 1949, *Société Rivoli Sébastopol*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n° 73 (il revenait dans cet arrêt – à la suite des critiques de la doctrine – sur une jurisprudence plus « audacieuse »

B. Inutilité d'une analyse des fondements traditionnels de l'immunité d'exécution en droit français

156. Identité des justifications et consécration légale de l'immunité d'exécution en France. Les observations ci-dessus énumérées nous amènent donc à ne pas nous consacrer à l'analyse systématique de chaque fondement traditionnel de l'immunité d'exécution étant entendu que, d'une part, les arguments avancés, surtout en doctrine, pour le maintien ou le refus de chacun de ses fondements sont quasiment les mêmes dans tous les systèmes (ils sont surtout empruntés aux auteurs français) ; que, d'autre part, l'insaisissabilité des biens des personnes publiques étant expressément consacrée par le législateur français à l'article 1, alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991, elle acquiert, dès lors, indubitablement un fondement légal qui ne peut permettre de contester aujourd'hui le fait qu'une immunité d'exécution soit reconnue au profit des personnes publiques en France. D'ailleurs, de nos jours, les controverses portent moins sur le principe lui-même que sur la détermination de ses bénéficiaires et l'étendue de l'immunité à laquelle, du reste, certaines législations modernes se sont efforcées d'apporter des aménagements.

C'est pourquoi, il nous semble important de souligner seulement, qu'en réalité, la véritable explication de l'immunité d'exécution réside encore, ici comme ailleurs[622], sur le fait que les biens et les deniers des personnes morales de droit public sont affectés au fonctionnement du service public et qu'ils ne sauraient, de ce fait, être détournés de leur affectation au bénéfice des simples particuliers sans compromettre gravement la poursuite de l'intérêt général[623].

---

admettant ce pouvoir en cas de simple emprise irrégulière : Trib. Conflit 17 juin 1948, *Manufacture de velours et peluches et Société Velvétia*, *Leb*., p. 513) ; J. BORE, « Astreintes », *Répertoire de droit civil*, t. 1, n° 114 et s. Voy. aussi Cass. (1ère civ.), 19 novembre 1958, *Bull. Cass*., I, p. 122 : condamnation de la R.T.F. à la réfection d'un mur ou à sa consolidation : C.A. Paris, 5 janvier 1972, *D.S*., 1972, p. 445, note J. DUTERTRE : ordre à O.R.T.F. de supprimer un passage d'un film de télévision et de procéder à la diffusion d'un avertissement avant et après la projection.

[622] Cfr. *supra*, nos 68, 118, 119 et 120.

[623] A cet égard, il est particulièrement intéressant de reprendre ce raisonnement du Conseil d'Etat, confirmant au début de l'année 2003 un arrêt rendu en 2002 par la Cour administrative d'appel de Marseille. Le Conseil fait, dans des termes prudents et précis, allusion au principe de proportionnalité qu'il convient de reprendre en intégralité son raisonnement pour bien en apprécier la portée : « *Lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon*

157. Conclusion. Ainsi prend fin l'étude de l'immunité d'exécution en droits belge et français et de manière générale dans les droits positifs des Etats soumis à l'analyse. En effet, les droits belge et français de l'immunité d'exécution s'apparentent à plusieurs égards : fondements du principe, mesures d'exécution et moyens de pressions proscrits, portée du principe, consécration légale du principe, etc. Cette parenté s'explique notamment par le fait que les deux systèmes juridiques sont liés par un « cordon ombilical » qui puise ses origines du passé lointain de la colonisation de la Belgique par la France. Mais, au-delà de cette occupation, bien des institutions et des lois françaises ont survécu en Belgique au nombre desquelles se trouve l'exorbitant privilège de l'immunité d'exécution qui scelle aujourd'hui l'identité de régime entre les deux pays, du moins en ce qui concerne les aspects spécifiques précédemment évoqués.

Toutefois, la similarité fondamentale avec le droit français, essentielle pour appréhender exactement le privilège de l'immunité d'exécution en droit belge (puisqu'il est d'inspiration française) ne doit pas occulter les différences importantes existant entre les deux droits. La première réside au niveau de l'attachement au principe : alors que le droit français est resté fidèle à l'orthodoxie de l'immunité d'exécution qui repose sur l'interdiction absolue de l'usage de la contrainte à l'encontre des personnes publiques, le droit belge s'en détache en consacrant la saisissabilité limitée des biens de ces personnes. Ce qui nous a permis de qualifier le système français de : « système d'immunité absolu avec tempéraments » par opposition au système belge qui est un « système d'immunité relative » en raison de la saisie autorisée de certains biens des pouvoirs et organismes publics (article 1412*bis* du Code judiciaire).

Quant aux autres éléments de différence, on notera seulement à ce stade que le droit français présente dans son ensemble un système cohérent et efficace d'exécution des décisions de justice caractérisé surtout par la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'agent

---

irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que dans la négative, il lui revient ensuite, de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général » (C.E., 29 janvier 2003, *Synd. Interdépartemental de l'électricité et du gaz des Alpes Marines et commune de Clans c/ Mme GASIGLIA*, *Rec. C.E.*, 2003, p. 21, concl. C. MAUGÜE ; P. SABLIERE, « Voie de fait et régularisation de l'emprise », *A.J.D.A.*, 2002, p. 1231).

public reconnu coupable de l'inexécution par son service de la chose jugée. Certaines tendances enregistrées en droit belge vont d'ailleurs dans le sens de l'adoption en Belgique de quelques éléments de ce système[624].

TITRE II. — L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION EN DROIT INTERNATIONAL[625]

158. Introduction. Consacrée au profit de l'Etat et de ses démembrements dans l'ordre juridique interne, l'immunité d'exécution connaît davantage d'applications en droit international où elle constitue, pour les Etats[626], une règle coutumière régit par le droit international public. Cependant, si dans la sphère nationale, la prérogative de l'immunité d'exécution exprime l'interdiction de procéder à des mesures d'exécution forcée sur les biens de l'Etat situés sur son propre territoire, dans l'ordre international, le principe revêt, suite à l'intervention d'un tiers Etat dit « Etat du for » dans les rapports juridiques entre l'Etat étranger et les particuliers, une réalité toute différente. Dans cet ordre, en effet, la question de l'exécution sur les biens se pose suite à la condamnation de l'Etat étranger non pas par ses propres tribunaux comme c'est généralement le cas en droit interne, mais par les tribunaux

---

[624] Notamment P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 605-610 ; A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 447.

[625] Faute de pratique congolaise en matière d'immunité d'exécution des Etats étrangers, autrement dit, en l'absence de cas concrets où l'exécution forcée sur les biens des Etats étrangers se trouvant en RDC aurait été poursuivie, il nous a semblé utile de présenter ce titre sous la forme qui met en exergue la pratique des autres Etats étudiés (la France et la Belgique) en matière d'immunité d'exécution en droit international. Nous espérons ainsi voir la RDC, dont le système juridique a toujours été influencé par ces deux pays, s'inspirer des principes de solution dégagés dans ces systèmes en cas de problème lié à l'immunité d'exécution d'un Etat étranger. S'agissant de l'absence de pratique congolaise en matière d'immunité d'exécution des Etats étrangers, on pourra se référer à la mercuriale déjà citée du Procureur Général de la République LUHONGE KABINDA NGOY dans laquelle, parlant de la *procédure d'exequatur* en RDC, il faisait observer ce qui suit : « *en l'absence d'une jurisprudence congolaise connue en la matière, on se limitera simplement à donner quelques éclaircissements sur les notions de l'ordre public et des droits de la défense* » (LUHONGE KABINDA NGOY, *op. cit.*, pp. 12-13). Ce déficit jurisprudentiel est également observé en matière de saisie des biens d'un Etat étranger ordonnée par les juridictions congolaises.

[626] Contrairement au droit national, l'immunité d'exécution s'applique en droit international au profit d'autres sujets comme les organisations internationales. Pour ces dernières, le fondement de cette règle n'est pas la coutume. Elle revêt plutôt un aspect conventionnel. C'est le cas par exemple des Nations Unies dont les immunités sont posées en termes généraux à l'article 105 de la Charte, complété par d'autres conventions (I. PINGEL-LENUZZA, « Rapport introductif » du colloque sur *Le droit des immunités et exigences du procès équitable*, 30 avril 2004, CERCO-CDE, éd. PEDONE, 2004, p. 8). Ce fondement conventionnel peut également résulter des conventions multilatérales entre Etats membres, traités bilatéraux ou accords de siège (D. FAVRE, « L'immunité des Etats et des organisations internationales : la pratique suisse », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, actes du colloque du 30 avril 2004, CERCO-CDE, éd. PEDONE, 2004, p. 53).

d'un autre Etat (Etat du for) auxquels il a été soumis, et les biens devant servir à l'exécution de la condamnation doivent se trouver en dehors du territoire de l'Etat condamné.

En termes simples, on peut schématiquement expliquer cette règle qui se justifie selon le principe « *par in parem non habet juridictionem* ou *par in parem imperium non habet* »[627] de deux manières. Dans le premier cas : un Etat A entre, pour diverses raisons[628], en conflit avec un particulier qui, au lieu de porter l'affaire devant les juridictions de cet Etat, préfère saisir les organes judiciaires d'un tiers Etat B dit « Etat du for » en raison par exemple de la naissance du litige dans ce deuxième Etat. Saisis de l'affaire, les tribunaux de l'Etat du for concluent à la condamnation de l'Etat étranger A qui, du reste, possède des biens dans l'Etat du for B. Peut-on en exécution de cette condamnation saisir ces biens ? Autrement dit, peut-on, pour assurer l'exécution par la force des obligations incombant à l'Etat A, saisir ses biens situés hors de son territoire (c'est-à-dire dans l'Etat B) ?

Mais, la situation ne s'arrête pas à cette première hypothèse parce que la spécificité de l'immunité d'exécution en droit international est de concerner les biens de l'Etat étranger situés hors de son territoire. Ainsi, dans un deuxième cas de figure, l'Etat étranger A peut se voir condamner non pas par le juge du for B, mais plutôt par son propre juge (de l'Etat A) alors que le particulier demandeur poursuit l'exécution, moyennant *exequatur*, de cette décision sur les biens de l'Etat A situés à l'étranger (dans l'Etat B). Peut-on également considérer ces biens comme étant totalement ou partiellement hors de portée de l'exécution forcée ?

La réponse à ces interrogations exige que soit examiné au préalable le principe de l'immunité d'exécution en droit international, depuis ses origines à ce jour, afin de déterminer, à travers le processus de son évolution, dans quelle mesure il peut y être porté atteinte sans bousculer

---

[627] Ce qui peut être traduit comme suit : *entre égaux, le juge de l'un ne peut juger l'autre ou encore, le juge d'un souverain ne peut juger l'autre souverain sans le consentement de ce dernier*. C'est le principe de l'égalité souveraine des Etats. En effet, l'Etat doit s'abstenir, en vertu de ce principe, de soumettre les Etats étrangers au jugement de ses organes judiciaires.

[628] Il peut s'agir par exemple d'un conflit opposant un particulier **X** à un Etat étranger **Y** à qui il a été livré des marchandises dans un tiers Etat **Z**. Pour non paiement de cette marchandise par l'Etat étranger **Y**, le particulier **X** saisit les tribunaux de l'Etat **Z** (lieu d'exécution du contrat de vente) qui condamnent l'Etat étranger **Y** à l'exécution de son obligation de payer sa dette. A supposer que l'Etat étranger **Y** s'obstine à ne pas exécuter le jugement de condamnation prononcé à son encontre alors qu'il a des biens dans l'Etat tiers **Z**, il se posera immanquablement la question de savoir si ces biens de l'Etat étranger **Y** se trouvant hors de son territoire peuvent faire l'objet de saisie en exécution de la condamnation.

les raisons qui justifient sa mise en œuvre effective et sans non plus entraver les relations entre Etats.

A cet égard, il convient de noter qu'historiquement, la matière de l'immunité d'exécution est régie, s'agissant des Etats, par des règles coutumières de droit international qui consacrent l'immunité absolue de la puissance publique[629]. Ces règles interdisent absolument l'usage de la contrainte vis-à-vis des Etats et sont le plus souvent appliquées par des tribunaux de tradition civiliste, comme les tribunaux français. Mais, le privilège de l'immunité d'exécution n'est pas en droit international fondé que sur des sources traditionnelles. Quelques conventions, sans doute peu nombreuses, ont permis de réglementer cette matière même si elles n'ont pas eu une influence significative en raison non seulement du nombre limité des parties contractantes, mais aussi des cas réduits de mise en application. Ainsi, en est-il de la Convention de Bruxelles de 1926 sur les immunités des navires d'Etat[630] et de la Convention européenne[631] sur l'immunité des Etats, signée à Bâle le 16 mai 1972[632] et entrée en vigueur le 11 juin 1976[633].

---

[629] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 7.

[630] Elle est la première convention à avoir été conclue en ce domaine (voy. G. VAN SLOOTEN, « La convention de Bruxelles sur le statut juridique des navires d'Etat », *Rev. int. dr. et législ. comp.*, 1926, p. 453 ; I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 7).

[631] Cette convention, faut-il le préciser, n'engage que quelques Etats (Allemagne, Belgique, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suisse) et la France qui n'a pas signé le texte de cet accord international n'en fait pas partie. La particularité de cet instrument juridique est de réserver à une juridiction internationale européenne le soin de régler les questions touchant aux immunités (il s'agit du Tribunal européen des immunités « T.E.I. » institué par le protocole additionnel à la Convention de Bâle du 16 mai 1972. Ce protocole est entré en vigueur le 22 mai 1985 et le Tribunal lui-même fut officiellement installé en la même année à Strasbourg. Pour la documentation voy. notamment M.F. LABOUZ, « Le Tribunal européen des immunités », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, cahier du CEDIN, éd. Montchrestien, E.J.A. 1990, pp. 153-158).

[632] Cette Convention se préoccupe de fournir aux Etats des règles applicables en matière d'immunité sans tenir compte du droit coutumier en vigueur. Par ailleurs, elle n'a pu résoudre l'épineux problème de l'exécution des décisions de justice par les Etats et se contente d'un compromis entre les Etats acquis au principe de l'immunité absolue d'exécution et ceux qui autorisent les mesures d'exécution sous certaines conditions. En somme cette Convention combine l'obligation faite aux Etats d'exécuter les décisions de justice et la règle qui autorise la non-exécution (article 23 : *il ne peut être procéder sur le territoire d'un Etat contractant ni à l'exécution forcée, ni à une mesure conservatoire sur les biens d'un autre Etat contractant, sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit)*. C'est là, le « talon d'Achille » de cet instrument juridique qui explique la réticence des Etats à y adhérer. Toutefois, le mérite essentiel de cette Convention est d'avoir fini par rallier, dix ans après sa conclusion, le Royaume-Uni au principe de l'immunité restreinte (voy. M.-O. WIEDERKHER, « La Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 », *A.F.D.I.*, 1974, p. 924 ; M.-F. LABOUZ, *op. cit.*, p. 155).

[633] J. VERHOEVEN (dir), « *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* », Larcier 2004, p. 5 ; G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, Council of Europe, 2006, p. VIII. Il importe de noter que le droit international se taille une solide réputation

Au plan national, de nombreux Etats de tradition anglaise se sont récemment dotés chacun d'une législation sur les immunités d'Etat. Tel est le cas de la loi américaine de 1976 sur les immunités des Etats[634] qui fait référence au droit international en soulignant qu'il autorise les tribunaux locaux à se saisir des litiges de nature commerciale mettant en cause un Etat étranger. Peuvent également être cités comme disposant d'une législation positive sur les immunités, les Etats suivants : le Royaume-Uni[635], le Canada[636] et l'Afrique du Sud[637].

Ces diverses sources permettent aux personnes morales que sont les Etats de revendiquer, devant les juridictions nationales, le bénéfice de l'immunité d'exécution. Cependant, le développement des conflits transnationaux mettant en cause les personnes privées et les Etats suite au rôle de plus en plus important joué par les pouvoirs publics dans le commerce international ; le besoin ressenti d'avoir une approche restrictive des hypothèses engageant la souveraineté étatique et le souci de préserver les intérêts des partenaires privés entrant en relation juridique et d'affaires avec les Etats ont poussé les systèmes occidentaux à évoluer d'une conception absolue de l'immunité d'exécution à une conception plus restrictive qui autorise dans certaines circonstances et sous certaines conditions la saisie des biens de l'Etat situés à l'étranger[638]. Dès lors, les Etats ne bénéficient plus de l'immunité d'exécution

---

« d'avarice » en matière d'instruments juridiques internationaux relatifs aux immunités. Outre la Convention européenne sur l'immunité des Etats déjà citée et considérée comme le premier texte de base, il y a lieu de signaler le projet d'articles élaborés en 1978 par la Commission de Droit International (C.D.I.) en vue d'instituer un régime immunitaire universellement acceptable et dont les travaux ont été présentés en 1991 à l'Assemblée générale des Nations Unies sans être totalement adoptés en raison des divergences sur cinq points dont notamment la notion d'Etat aux fins de l'immunité ; ce qui a eu pour conséquence l'ajournement de ses travaux. Enfin, le dernier texte international en matière des immunités et particulièrement de l'immunité d'exécution est la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens qui a repris les travaux de la Commission de Droit International (C.D.I.). Cette dernière convention a été adoptée le *2 décembre 2004* telle qu'elle a été élaborée dans sa dernière phase sous la présidence de GERHARD HAFNER et ouverte à la signature des Etats le *17 janvier 2005* suivant résolution A/RES/59/38 des Nations Unies. Elle n'est toujours pas en vigueur à ce jour et elle a le mérite d'avoir réalisé une codification universelle à partir des règles coutumières existantes. En plus, elle ne contient pas des règles procédurales très lourdes et paraît ainsi plus efficace que la Convention européenne sur l'immunité des Etats (G. HAFNER, MARCELO G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, pp. X-XII).

[634] Pour un commentaire de cette législation, voy., par exemple, R. VON MEHREN, « The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 », 17 Colum. J. Transnat'I L. 33 (1978).

[635] S.I., 1978, n° 1572. Commentaire, voy. F. A. MANN, « The State Immunity Act 1978 », (1979) 50 BYIL 43.

[636] S.C., 1980-81-82, C. 95 (1982). Commentaire, voy. notamment H. L. MOLOT et M. L. JEWETT, « The State Immunity Act of Canada », *Ann. can. dr. int.* 1982, p. 79.

[637] Loi de 1981 dont le texte est reproduit dans la *Documentation relatives aux immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Série législ. des Nations Unies, N.Y., 1982.

[638] Cette évolution n'a pas été pourtant universellement admise, poussant ainsi les tribunaux à statuer souvent au cas par cas et à appliquer le principe de l'immunité relative selon des critères très divers avec cette conséquence qu'on a assisté à l'existence de décisions judiciaires très différentes. Néanmoins, l'adoption d'une immunité

absolue, surtout en ce qui concerne leurs activités économiques[639] et se trouvent placés, à ce point de vue, sur un pied d'égalité avec les simples particuliers[640].

Cette position est également soutenue par la plupart des tribunaux européens et les derniers efforts de codification internationale manifestés dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens reflètent le point de vue selon lequel les organes affectant leurs biens à des actes de gestion (*jure gestionis*) ne sont pas considérés comme se situant dans le champ d'application de la notion d'Etat et ne peuvent de ce fait bénéficier de l'immunité d'exécution. L'article 19 de cette Convention constitue bien une illustration de cette position en ce qu'il énonce que si les biens sont spécifiquement destinés à être utilisés autrement qu'à des fins de service public non commercial, ils ne peuvent être protégés par l'immunité d'exécution[641]

---

restreinte d'exécution demeure une tendance qui se confirme de plus en plus et qui est favorable à l'instauration d'un régime susceptible d'emporter l'adhésion universelle.

[639] Ainsi, les biens de l'Etat étranger ne sont protégés de toute mesure d'exécution que pour autant qu'ils soient affectés à *une activité de souveraineté*. C'est autant dire que l'immunité d'exécution n'existe pas pour les actes de gestion qui ont pour conséquence de rendre les biens saisissables. La Convention de New York de 2005 abonde dans le même sens en énonçant à son article 19 que si les biens sont spécifiquement destinés à être utilisés autrement qu'à des fins de service public non commercial, ils ne seront pas protégés. Il appartient donc à chaque Etat de donner sa compréhension du service public non commercial qui normalement englobe toutes les activités qui relèvent du pouvoir régalien de l'Etat.

[640] Il est surtout question d'éviter que les Etats puissent bénéficier d'un privilège injustifié par rapport aux particuliers dans les affaires (G. HAFNER, MARCELO G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. VIII). Par ailleurs, les institutions financières seraient réticentes à accorder des crédits aux Etats sans la garantie de pouvoir engager des poursuites judiciaires contre eux et d'utiliser des procédures d'exécution forcée en cas de non respect de décisions judiciaires. Bref, il s'agit surtout de la nécessité d'assurer aux personnes privées une plus grande sûreté dans leurs relations juridiques avec les partenaires étatiques. La possibilité d'attraire ceux-ci devant les tribunaux internes et de mettre en œuvre des mesures d'exécution à leur égard est certainement un instrument important de cette sûreté même si par ailleurs elle comporte l'inconvénient de marquer « l'intrusion » des particuliers et de leurs intérêts dans les relations interétatiques. D'où le besoin des Etats et surtout des gouvernements de contrôler cette « intrusion » sous peine de se voir entraîner dans des conflits imprévisibles et indésirables (CH. LEBEN, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des Etats », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, cahier du CEDIN, éd. Montchrestien, E.J.A. 1990, p. 25). Ce besoin de sécuriser et de stabiliser les rapports juridiques et d'affaires entre les Etats et leurs partenaires privés va de pair avec la nécessité d'établir un régime international et uniforme des immunités dans l'intérêt compris de tous les partenaires et pour le bon fonctionnement de la société internationale.

[641] Cependant, les parties peuvent, dans un traité, déroger à cette règle afin de rendre insaisissables les biens de l'Etat étranger pourtant affectés à une activité non souveraine. Ainsi jugé en application de l'accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et l'URSS conclu le 17 novembre 1972 et rendu applicable par succession d'Etats à l'Ukraine consécutivement au protocole du 10 mars 1992 conclu entre les gouvernements belge et ukrainien. La maxime de cette décision déclare que : « *les navires de la Black Sea Shipping cy sont propriété d'Etat de la République d'Ukraine et ne peuvent, bien qu'affectés à une activité commerciale, être saisis en vertu d'une créance maritime* » (Civ. Anvers, sais., 7 février 1994, *Dr. Eur. Transp.*, 1995, p. 624 et Civ. Anvers, sais., 22 février 1994, *Dr. Eur. Transp.*, 1995, p. 628). Bien entendu, l'Etat doit prouver qu'il est propriétaire des navires pour que ceux-ci bénéficient de l'immunité d'exécution (voy. P. D'ARGENT, « Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003), *R.B.D.I.*, 2003-1, vol. XXXVI, p. 612).

Cependant, en dépit de l'adhésion des tribunaux européens au principe de l'immunité restreinte, on doit, par ailleurs, relever leur réticence à lever souvent l'obstacle que constitue l'immunité d'exécution en raison de la gravité de l'atteinte portée à la souveraineté de l'Etat et aux relations interétatiques par les mesures d'exécution forcée[642]. Aussi, certains Etats exigent-ils une autorisation de l'Exécutif préalable à la mise en mouvement des procédés contraignants à charge d'un Etat étranger[643].

Quoi qu'il en soit, ce principe de l'immunité restreinte d'exécution résultant du rétrécissement de la notion d'Etat due à la prise en compte de l'élément *ratione materiae* est actuellement d'application en Belgique en dépit du fait que la Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur la question. Seules les juridictions de fond ont eu souvent l'occasion de faire connaître leur position en la matière[644]. Elles ont donc affirmé généralement la théorie de l'immunité d'exécution restreinte, mais leur jurisprudence est loin d'être homogène à cet égard.

Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles fut la première juridiction belge à reconnaître une limitation de l'immunité d'exécution résultant de l'élément *ratione materiae (voy. l'arrêt*

---

[642] CH. LEBEN, *op. cit.*, p. 10 ; G. HAFNER, MARCELO G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 156. En ce sens, voy. aussi Aix-en-Provence, 14 févr. 1966, *Statni Banka et banque d'Etat tchécoslovaque c. Englander, JDI*, 1966, pp. 846-856, note PH. KAHN.

[643] Cas de la Grèce et de la Croatie. Ici « *Une demande de mesures provisoires dirigées contre un Etat étranger est irrecevable en l'absence d'une décision préalable du ministre de la Justice manifestant un consentement à cette demande* ». Voy. Tribunal de première instance de l'île de Kos, jugement 275/1982, 1982, GR/15 ; voy. aussi Tribunal de première instance de Thessalonique, jugement 1822/1981, 1981, GR/16 ; Acte exécutoire, 28 juillet 1996, Journal officiel de la République de Croatie, N° 57/96, HR/2 (G. HAFNER, MARCELO G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 156). Cette exigence est actuellement abolie en Italie (Italie, *Journal officiel*, 25 janvier 1925, n° 223, I/1. ; *Condor et Filvem (personnes morales) c. ministère de la Justice (organe public)*, Cour constitutionnelle, 15 juillet 1992, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 941 ; 101 ILR, 394 ; I/41).

[644] Voy., par exemple, affaire *Irak c/ S.A. Dumez*, Tribunal civil de Bruxelles, 27 février 1995, *J.T.*, 1995, p. 565, B/5, qui déclare : « en droit international public, le principe de l'immunité d'exécution n'a pas non plus une portée absolue. Il ne suffit pas qu'un bien appartienne à un Etat étranger pour qu'il doive *ipso facto* échapper à toute mesure d'exécution. Cette immunité ne joue que pour certains biens. ». La même idée a été exprimée par la Cour constitutionnelle allemande mais, sous une autre version, dans l'affaire dite du *Compte bancaire de l'ambassade des Philippines*. La Cour déclare : « Il n'existe pas actuellement une pratique des Etats qui serait déjà suffisamment générale et soutenue par la conviction juridique nécessaire pour établir une règle générale de droit international suivant laquelle l'Etat possédant la juridiction serait absolument empêché d'exercer des mesures d'exécution envers un Etat étranger » (Bundesverfassungsgericht « Cour constitutionnelle fédérale », 13 décembre 1977, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 46, p. 342, 65 ILR, 146, D/9 ; G. HAFNER, MARCELO G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 155).

Rafidain Bank c. consarc)[645]. Mais, cette restriction ne fut pas mise en application au motif qu'était en cause l'*exequatur* d'une décision étrangère. Quelques années plus tard, se référant à cet arrêt de la Cour d'appel, le tribunal de première instance de Bruxelles, prit position en faveur de l'immunité d'exécution restreinte dont il affirma « *qu'il n'a pas en droit international public la portée absolue que l'Etat saisie lui prête* »[646]. Ce jugement fut encore suivi d'une décision analogue du même tribunal qui réaffirmait le principe de l'immunité restreinte d'exécution en établissant une distinction entre les biens de l'Etat étranger destinés à des fins privées et ceux affectés à une activité de souveraineté[647]. Les derniers étant seuls réputés capables de tirer profit de la protection contre les mesures d'exécution forcée de droit commun.

L'évolution semblait ainsi se dessiner en faveur d'une immunité d'exécution restreinte d'autant que, dans une autre espèce (*De Meyer N.V. c. Sonatrach*), la Cour d'appel de Bruxelles se montra fidèle à sa jurisprudence antérieure en admettant, au nom de la restriction de l'immunité, le principe de la saisie pratiquée sur les biens affectés par l'Etat étranger à des fins privées[648].

Soudain et contre toute attente, devant statuer en appel du jugement du 9 mars 1995 rendu dans l'affaire *Zaïre c. d'Hoop*, la cour d'appel de Bruxelles fit une marche en rebours et revint à la conception traditionnelle de l'immunité absolue d'exécution qu'elle justifia par le souci de préserver les relations pacifiques entre Etats. Une mesure d'exécution soutint-elle « *représente un acte de coercition et est comme tel, en temps de paix inadmissible contre un*

---

[645] Bruxelles, (8ème ch.), 10 mars 1993, *Rafidain Bank c. Consarc*, *J.T.*, 1994, p. 787 et note J. VERHOEVEN « (…) *l'immunité d'exécution a pour but de soustraire* ***certains biens*** *de l'Etat étranger aux* ***mesures*** *d'exécution de ses créanciers…* ». Cependant la Cour d'appel ne donne aucune précision sur les biens susceptibles de saisie.

[646] Civ. Bruxelles (sais.), 27 février 1995, *Irak c. Dumez*, *J.T.*, 1995, p. 565 et note P. D'ARGENT ; ILR 284 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 119 et note J. VERHOEVEN.

[647] Bruxelles (sais.), 9 mars 1995, *Zaïre c. d'Hoop*, *J.T.*, 1995, pp. 567 et note P. D'ARGENT ; 106 ILR 294 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 134).

[648] Brussel, 21 mars 1995, *De Meyer N.V. c. Sonatrach*, *RDC*, 1997, p. 304. Cet arrêt fut l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation où il fut mis à néant au motif que les entreprises publiques, même faisant partie de la structure organique d'une même autorité publique, ne peuvent au regard de leur personnalité civile, être sans plus assimilées à cette autorité. Aucune simulation n'étant en l'espèce établie, la saisie-exécution pratiquée à charge d'un tiers et non du débiteur est illégale (Cass. (1ère ch.), 6 décembre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 490, p. 1244 et note B. DE GROOTE, *R.D.C.*, 1997, pp. 285-299).

Etat étranger, car elle est propre à blesser des susceptibilités et à porter préjudice aux rapports internationaux en y engendrant des frictions »[649].

Fort heureusement, ce revirement fut de courte durée et la Cour d'appel revint sur le principe de l'immunité restreinte d'exécution dans les affaires qui suivirent son arrêt du 8 octobre 1996. Dès lors, on peut affirmer aujourd'hui que les juridictions de fond belges demeurent généralement attachées à la théorie de l'immunité restreinte d'exécution des Etats étrangers[650].

Quant à la France, elle a appliqué jusque dans les années 1970[651] le principe d'une immunité absolue d'exécution de l'Etat étranger avant de se rallier à la conception autorisant une restriction de ce privilège exorbitant. Depuis, l'Etat français admet, à l'instar d'autres nations européennes, la théorie de l'immunité restreinte d'exécution.

---

[649] Bruxelles (9ème Ch.), 8 octobre 1996, *Zaïre c. d'Hoop*, *J.T.,* 1997, p. 100 et note P. D'ARGENT. Voy. aussi, P. D'ARGENT, « Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003) », *R.B.D.I.*, 2003-1, vol. XXXVI, pp. 575-636. Cette position de la Cour d'appel de Bruxelles dans cette affaire est, comme le note P. D'ARGENT, conservatrice et peu conforme à l'état du droit international en la matière. Aussi, est-elle demeurée une œuvre isolée en jurisprudence belge.

[650] Voy. pour cela, les affaires suivantes : I) *société Gécamines* « où la cour d'appel de Bruxelles limite le privilège de l'immunité d'exécution aux seuls biens nécessaires à la souveraineté de l'Etat et met à charge de la Gécamines, entreprise publique congolaise, la charge de la preuve de l'affectation de ses biens aux activités de souveraineté ». La cour d'appel précise, dans cette affaire, que la détermination de cette affectation doit, en principe, se faire selon les règles du droit international public, et ce n'est qu'à défaut de celles-ci qu'on peut se référer à la loi du for (*lex fori*) pour déterminer les biens susceptibles de faire l'objet de saisie. (voy. P. D'ARGENT, *op. cit.*, pp. 608-609). ; II) *Leica A.G. c. Central Bank of Iraq and République of Iraq* « sans préjudice de l'immunité diplomatique ou consulaire, l'immunité d'exécution de l'Etat peut seulement être invoquée pour des avoirs qui appartiennent au domaine public, et qui donc n'ont pas reçu une affectation privée… » (Bruxelles, 8ème Ch., 15 février 2000, *Leica A.G. c. Central bank of Iraq and Republic of Iraq*, *J.T.*, 2001, p. 6 et note M. ROMERO) ; III) *Burundi c. Landau* « L'immunité d'exécution dont bénéficie en règle les avoirs bancaires affectés aux besoins des ambassades se limite aux avoirs spécifiquement affectés aux dépenses et frais de l'ambassade » (Bruxelles, 9ème Ch., 21 juin 2002, *Burundi c. Landau*, *J.T.,* 2002, p. 714) ; IV) *Irak c. Vinci S.A.* en appel du jugement du 27 février 1995 prononcé contre l'Irak dans l'affaire *Irak c. Dumez*, la Cour d'appel de Bruxelles soutint que « l'affectation des biens saisies décide des limites à apporter à l'immunité d'exécution. Les biens saisissables sont ceux qui sont affectés à des activités commerciales ou de droit privé » (Bruxelles, 9ème Ch., 4 octobre 2002, *Irak c. Vinci*, *J.T.*, 2003, pp. 318-320).

[651] Pour la jurisprudence française de l'époque, il est dit qu'« un juge saisi d'une demande d'annulation d'une ordonnance de saisie est tenu de reconnaître le caractère absolu de l'immunité d'exécution », *Procureur de la République c. SA Ipitrade Internationale*, France, tribunal de grande instance de Paris, 12 septembre 1978, Clunet, 1979, p. 857, 65 ILR, 75, at 77. Voy. aussi *Clerget c. Banque commerciale pour l'Europe du Nord et consorts*, France, Cour de cassation (Première chambre civile), 2 novembre 1971, 65 ILR, 54. Il faut noter que contrairement à d'autres nations comme les Etats-Unis en 1976 (Foreign State Immunity Act) et le Royaume-Uni en 1978 qui se sont dotés d'une législation sur l'immunité d'exécution, la France a préféré ne pas légiférer en cette matière et s'en remettre aux tribunaux afin de se ménager une grande marge de manœuvre (B. OPPETIT, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, Cahiers du CEDIN, éd. Montchrestien, E.J.A. 1990, p. 50).

Faut-il du reste rappeler qu'il existe, dans l'ordre juridique international, deux sortes d'immunités de l'Etat : l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution[652]. La doctrine et la jurisprudence ont souvent cherché à déterminer le lien pouvant exister entre les deux institutions allant jusqu'à se demander si elles constituent une même institution souveraine ou des réalités différentes qui doivent être expliquées chacune selon sa propre logique[653]. En dépit des arguments tendant à faire partir le raisonnement de l'immunité de juridiction pour en tirer les conséquences sur l'immunité d'exécution[654] ou de l'immunité d'exécution pour déboucher sur l'immunité de juridiction[655], on doit, de nos jours, reconnaître que la distinction entre les deux institutions est nettement consacrée et les immunités des Etats en droit international sont présentées comme la réunion de deux privilèges : l'immunité de juridiction d'une part et l'immunité d'exécution d'autre part. La première permet à l'Etat bénéficiaire de

---

[652] Cfr. *supra*, n° 12.

[653] CH. LEBEN, *op. cit.*, p. 8.

[654] Ainsi, dans l'un de ses arrêts sur la question de l'immunité d'exécution (aff. *Royaume de Grèce contre J. Bär* du 6 juin 1956), le Tribunal fédéral suisse affirme l'unité de régime de deux immunités et, partant de l'immunité de juridiction qui, selon lui, n'est que relative, en tire la conclusion qu'il ne peut en être autrement pour l'immunité d'exécution. Dès l'instant où on admet que dans certains cas, un Etat étranger peut être partie devant les tribunaux suisses à un procès, il faut admettre qu'il peut faire l'objet en Suisse des mesures propres à assurer l'exécution forcée de la sentence rendue contre lui (*A.T.F.*, 82, I, p. 75, cité par P. LALIVE : « Note sur la jurisprudence suisse en matière d'immunités des Etats », *Clunet* 1987, p. 1000). Certaines décisions anciennes des tribunaux belges et italiennes allaient également dans le sens de l'établissement du parallélisme entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, mais elles n'ont pas été suivies par la suite. C'est le cas en Belgique de l'affaire *Socobel c. l'Etat hellènique et la banque de Grèce* (Tribunal civil de Bruxelles, 30 avril 1951, *J.T.*, 1951, p. 302, 15 ILR 3, B/7 ; R. VENNEMAN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, Centres de droit intern. de l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles et de l'Université de Louvain, 1971, pp. 119-180). Pour le tribunal civil belge qui défend dans cette affaire la théorie de l'immunité relative d'exécution, le pouvoir d'exécution est la conséquence du pouvoir de juridiction. Ainsi, le tribunal avait validé les saisies-arrêts pratiquées à charge de l'Etat hellénique et la banque de Grèce, à titre de mandataire de ce dernier. Il les avait validées aux motifs que « l'immunité des biens de l'Etat n'est pas un principe légal, que la jurisprudence se doit de s'adapter à l'intervention croissante de l'Etat dans le domaine du commerce et que l'intérêt général de la communauté belge à laquelle les biens de l'Etat sont affectés qui justifie l'impossibilité d'exécution forcée contre l'Etat belge, n'apparaît pas au profit d'un Etat étranger ayant conclu quelque *negotium* en Belgique ». Ce faisant le tribunal civil de Bruxelles a établi un parallèle entre immunité de juridiction et d'exécution : « dès lors qu'il agit *jure gestionis*, l'Etat étranger perd à la fois l'une et l'autre » (G. HAFNER, MARCELO G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 269).

[655] La démarche précédente se distingue de l'approche consistant à déduire l'immunité de juridiction de l'immunité d'exécution. Dans un article au *Clunet* daté de 1890 un auteur italien soutient qu'un jugement rendu contre un Etat étranger ne peut être exécuté ni dans l'Etat où il a été rendu ni dans l'Etat étranger lui-même. De la sorte, il en déduit qu'il faut accorder à l'Etat étranger une immunité de juridiction absolue, sinon, on aboutirait à des sentences dont l'exécution n'est assurée ni par le juge dont elle émane ni par une autre autorité (GABBA, « De la compétence des tribunaux à l'égard des souverains et des Etats étrangers », *Clunet*, 1890, p. 34).

ne pas être jugé par les tribunaux d'un autre Etat ; la seconde interdit l'usage de toute mesure d'exécution forcée de droit commun contre les biens de l'Etat se trouvant à l'étranger[656].

De la sorte, l'immunité d'exécution doit être considérée comme une notion séparée de l'immunité de juridiction. Partant, le fait de faire abandon de l'immunité de juridiction ou de ne pas avoir invoqué ce droit n'empêche nullement que dans la suite, on fasse appel à l'immunité d'exécution[657]. En outre, une renonciation à l'immunité d'exécution reste possible[658] étant précisé que la renonciation à l'immunité de juridiction n'implique pas renonciation à l'immunité d'exécution[659]. Le domaine de l'immunité d'exécution semble donc plus vaste que celui de l'immunité de juridiction parce que condamner un Etat étranger est une chose, mais le contraindre à l'exécution en est une autre, plus grave.

Bref, la problématique de l'immunité d'exécution met en cause, dans l'ordre juridique international, non seulement les intérêts privés, mais aussi les relations entre Etats parce qu'il ne s'agit pas seulement de juger une affaire privée, mais aussi d'examiner dans quelle mesure les procédures d'exécution forcée de droit commun ordonnées par l'Etat du for peuvent être appliquées sur les biens de l'Etat étranger. De la sorte, la procédure en immunité implique nécessairement, outre la prise en compte des intérêts privés, l'intervention manifeste de deux Etats à savoir : l'Etat étranger qui réclame le bénéfice de l'immunité d'exécution et l'Etat du for à qui revient le droit de l'accorder ou de la refuser[660].

---

[656] Toutefois, les tribunaux suisses ont établi, comme dit plus haut, une jurisprudence qui rapproche l'immunité d'exécution de l'immunité juridictionnelle et ont tendance à considérer les mesures d'exécution comme dérivant logiquement de la compétence juridictionnelle. De la sorte, l'immunité d'exécution est refusée lorsqu'est rejetée l'immunité de juridiction. Ainsi, il a été jugé que : « l'Etat étranger, qui, dans un cas déterminé, ne jouit pas de l'immunité de juridiction ne peut non plus se prévaloir de l'immunité d'exécution, à moins que les mesures d'exécution concernent les biens destinés à l'accomplissement d'actes de souveraineté » (cfr. aff. *République Arabe d'Egypte c. Cinetel*, Chambre de droit public du tribunal fédéral suisse, 20 juillet 1979, *A.S.D.I.*, 1981, p. 206, 65 ILR « 1984 », 425, at. 430, ch/23).

[657] R. VENNEMAN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, éd. Institut de sociologie, Bruxelles, 1971, p. 136 ; Cass. fr., 2 novembre 1971, *Clunet*, 1972, p. 266 et note PINTO.

[658] H. SYNVET, obs. sous Cass., 14 mars 1984, *J.C.P.*, 1984, II, n° 20.205, II, B. et *Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, *Clunet*, 1985, p. 879, n° 24.

[659] Cfr. *infra*, n° 173.

[660] On notera que les tribunaux turcs refusent généralement d'accorder l'immunité d'exécution aux Etats étrangers (*société X c. Etats-Unis d'Amérique*, Cour de cassation, 11 juin 1993, TR/6 ; *Société X c. La République d'Azerbaïdjan*, Tribunal de grande instance, 21 février 2001, TR/9 ; *Société X c. Ambassade du Turkménistan*, Tribunal de grande instance, 21 octobre 2002, TR/8).

Notre analyse portera essentiellement sur l'étude de l'immunité d'exécution[661] à l'exclusion de l'immunité de juridiction et des immunités reconnues aux organisations internationales quand bien même certaines allusions nettement passagères commandées par le souci de clarté de l'exposé pourront être consacrées à ces notions dans les développements ultérieurs.

Une étude compréhensive de cet important privilège impose donc nécessairement de s'interroger dans un premier temps sur la notion même de l'immunité d'exécution, à savoir : son fondement en droit international, les mesures d'exécution soumises au privilège, les hypothèses de renonciation ainsi que ses principales exceptions (Chapitre I) et, dans un deuxième temps, sur la portée et les bénéficiaires de cette prérogative (Chapitre II).

---

[661] *La mise en œuvre de cette immunité* conduit généralement la doctrine à faire usage du *critère de finalité* tiré de la distinction entre actes à but commercial et actes de souveraineté pour décider de l'octroi ou pas de l'immunité à l'égard des mesures d'exécution. La même position est soutenue par la jurisprudence. Ainsi, une décision rendue par le Tribunal civil de Bruxelles en date du 27 juillet 1971 affirme que : « à défaut d'un règlement international, la solution à donner au problème de l'immunité d'un Etat étranger en matière de saisie doit être recherchée à la lumière de la *destination* que cet Etat, contre lequel une saisie est dirigée, donne ou se propose de donner aux biens qui en font l'objet. Si ces biens sont destinés à un *but* qui concerne le *jus imperii*, toute saisie même conservatoire, est impossible parce que, même en ce dernier cas, elle en empêche le libre usage et la libre destination, ce qui s'oppose ou nuit au but que lui a donné cet Etat (Civ. Bruxelles, ch. s., 27 juillet 1971, *Pas*., 1971, III, p. 80 ; voy. de même, en Suisse, Trib. féd., 23 décembre 1982, *J.d.T*, 1985, II, p. 59 ; voy. aussi G. de LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.,* pp. 111-115). Ceci n'est pas le cas de *l'immunité de juridiction* où le critère souvent utilisé est celui de la *nature de l'acte*. Le critère de la nature de l'acte permet d'écarter de la protection que confère l'immunité de juridiction, tout acte de gestion d'un Etat étranger qui, en principe, peut être déféré à la compétence du juge du for. Il restreint le plus les cas d'actes de souveraineté (et donc d'immunité) et demeure plus soucieux de la protection des individus.

Chapitre I. Notions générales sur l'immunité d'exécution en droit international

Section 1. Notion, fondement et mesures de contrainte soumises à l'immunité d'exécution

§1. Notion

159. Constat. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent l'existence, en droit international, de l'immunité d'exécution à côté de l'immunité de juridiction. Cependant, un constat s'impose lorsqu'on tente de définir ces immunités de façon générale et en particulier l'immunité d'exécution : l'explication de la notion est souvent sacrifiée au profit de son régime juridique, c'est-à-dire, de la réglementation de l'institution[662]. Or, le régime juridique n'est mieux appréhendé que lorsque le concept auquel il se rapporte, et dont il prétend régenter la situation, se trouve bien explicité. Aussi, s'impose-t-il de préciser d'abord le sens du concept d'immunité d'exécution avant l'examen de son régime juridique car, dit-on, la précision dans les mots amène et produit la précision dans les choses[663].

160. Le concept d'immunité d'exécution considéré en lui-même. L'immunité d'exécution de l'Etat étranger, note B. OPPETIT[664], a longtemps représenté une zone quelque peu léthargique dans la matière des immunités diplomatiques parce que les décisions judiciaires y étaient rares et la réflexion théorique peu poussée. L'utilité peu perceptible, à l'époque, de ce privilège semble avoir été à la base de cette situation étant donné que les Etats mis en cause devant les tribunaux étrangers avaient la possibilité de paralyser dès le départ les procédures engagées à leur encontre au moyen de l'immunité de juridiction.

---

[662] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 29.

[663] BAYONA-BA-MEYA MUNA KIMVIMBA, « A propos de la polygamie », *R.J.Z*, 1988, pp. 71-80.

[664] B. OPPETIT, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, CEDIN, éd. MONTCHRESTIEN, 22 avril 1988, p. 49.

Le changement de la situation ne fut rendu possible que suite à certaines raisons liées d'une part à l'affaiblissement de la portée de l'immunité de juridiction résultant de multiples restrictions y apportées par les tribunaux et, d'autre part, aux nombreuses protestations soulevées au fil des ans et dont le volume est allé croissant. Ces protestations fustigeaient l'invocation par les Etats d'un privilège aussi important au moment où, descendus de leur piédestal, ils accomplissaient directement ou indirectement, à l'instar des personnes privées, des actes de commerce, devenant ainsi des véritables acteurs dans les relations économiques internationales.

Ces transformations du contexte dans lequel devait désormais jouer l'immunité d'exécution ont entraîné un regain d'actualité de la question et poussé certains législateurs à assurer la réglementation[665] de cette prérogative qui permettait désormais aux Etats de frapper d'inefficacité en aval des procédures qu'ils n'avaient pu bloquer en amont. D'où l'intérêt attaché à ce privilège dont il fallait par ailleurs déterminer le champ d'application.

Ainsi considérée, la question de l'immunité d'exécution se pose lorsqu'une personne tente de s'approprier un bien d'un Etat en vue de satisfaire une obligation qu'a cet Etat à son égard. L'immunité d'exécution consistera alors à ne pas priver l'Etat de ce bien matériel surtout lorsqu'il est jugé nécessaire à l'accomplissement par celui-ci de ses missions régaliennes. S'agissant particulièrement des condamnations judiciaires, la pratique de l'immunité d'exécution permet à un Etat étranger de s'opposer à l'exécution par la force d'une décision rendue par une juridiction étrangère[666] ou par un tribunal arbitral, dès lors que la décision en cause a été revêtue de l'*exequatur*[667].

---

[665] Cas des Etats-Unis en 1976 et du Royaume-Uni en 1978.

[666] Une juridiction de l'Etat dans lequel l'exécution est demandée.

[667] L'*exequatur* est défini comme une décision par laquelle le Tribunal de grande instance donne « force exécutoire » à une sentence arbitrale ou autorise l'exécution sur le territoire national d'un jugement ou d'un acte étranger (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, pp. 344-345. Voy. aussi Le ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 1970, p. 744). S'agissant précisément de cette procédure (*exequatur*), les tribunaux en France et à l'étranger, ont été conduits à plusieurs reprises à se prononcer sur la question de savoir si un Etat étranger peut se prévaloir de son immunité d'exécution dans une procédure judiciaire tendant à l'obtention de l'*exequatur* d'une sentence arbitrale. La question en valait la peine étant donné qu'une certaine doctrine représentée par P. BOUREL (in « Arbitrage international et immunité des Etats étrangers », *Rev. arb.*, 1982, p. 119) ne cessait de soutenir que l'*exequatur* de la décision (ou l'action en exequatur) ne peut être dissociée de l'exécution de la décision elle-même. Agir autrement serait établir une dissociation artificielle et inadmissible entre l'exequatur de la décision et la mise en œuvre de celle-ci ; dissociation préjudiciable à l'indépendance de l'Etat étranger parce que l'ordonnance d'exequatur n'est pas qu'un simple prolongement nécessaire de la sentence arbitrale et représente davantage un premier acte de la phase d'exécution. Cette conception par trop large de mesures d'exécution n'a pas été suivie par la jurisprudence

Il conviendra alors, avant d'indiquer les biens couverts par le bénéfice de l'immunité et les mesures de contrainte auxquelles peut s'opposer l'Etat étranger, de déterminer le fondement en droit international de ce privilège exorbitant.

§ 2. Fondement de l'immunité d'exécution en droit international

161. Mise en garde. Les immunités étant globalement présentées en droit international comme la réunion de deux privilèges comprenant l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, il a été souvent posé la question de savoir si les deux institutions reposaient sur un seul et même socle ou a contrario, sur des fondements différents. L'interrogation n'avait rien d'impertinent d'autant qu'une certaine tendance doctrinale représentée par CH. LEBEN[668] semblait établir une distinction entre les deux immunités quant aux raisons qui justifiaient leur reconnaissance aux Etats.

Ainsi, cherchant à savoir s'il existait un principe premier à partir duquel le concept d'immunité d'exécution pouvait être déduit, CH. LEBEN notait que ce privilège résulte du principe très général de non-recours à la force entre les Etats. Cette analyse, qui n'a pas été

---

qui exclut du domaine de l'immunité d'exécution l'action en exequatur en estimant qu'exequatur (ou action en exequatur) et exécution de la décision revêtue de l'exequatur sont deux choses bien distinctes. Ainsi en a-t-il été jugé par la Cour d'appel de Bruxelles le 10 mars 1993 dans l'aff. *Société Rafidain Bank et cons. C. Consarc Corp. et cons., J.d.T.*, 1994, p. 787 avec note J. VERHOEVEN, qui estime que la dissociation entre exequatur et exécution ne s'explique que par une « considération empirique » (cfr. note sous Bruxelles 10 mars 1993, *J.d.T.*, 1994, pp. 790-792). La jurisprudence française, pour sa part, retient la même solution qui a d'abord été posée par le tribunal de grande instance de Paris dès 1970 dans l'affaire *Yougoslavie c. SEEE*, puis réaffirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 juin 1981 relatif à l'affaire *Benvenutti et Bonfant c. République du Congo* et confirmée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 11 juin 1991 (*Sté SOABI c. Etat du Sénégal*). Selon la Haute Cour l'*exequatur* « ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'Etat considéré ». Ainsi donc, *exequatur* et exécution forcée d'une décision de justice ne sont pas identiques à telle enseigne que l'immunité d'exécution ne peut être conçue dans le cas d'exequatur tout court. Le bien-fondé de cette opinion, à laquelle nous adhérons, est confirmé par le fait que l'exequatur peut présenter un intérêt pour la partie privée, en dehors de toute idée d'exécution forcée. Il lui permet, par exemple, de disposer d'un titre complet qu'elle pourrait, le cas échéant, faire valoir pour tenter d'obtenir de son Etat d'origine l'exercice de la protection diplomatique. Pour d'autres commentaires relatifs à cette question voy. notamment I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, pp. 363-365 et B. OPPETIT, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, CEDIN, éd. Montchrestien 1990, p. 51).

[668] CH. LEBEN, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des Etats », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, *op. cit.*, pp. 12-13. Dans le même sens I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 19.

suivie par la doctrine[669], a été également rejetée par la jurisprudence[670] au motif que les immunités de juridiction et d'exécution de l'Etat étranger reposent toutes sur des fondements identiques qui sont des principes de droit international public[671].

162. Diverses justifications se réduisant en une seule. Ainsi, divers arguments ont été invoqués par la doctrine et la jurisprudence pour tenter de justifier les immunités de l'Etat étranger, en ce compris l'immunité d'exécution. Selon les cas, il a été fait appel soit à des notions extra-juridiques (comme la courtoisie ou la dignité), soit à des arguments analogiques[672] pour défendre le droit de l'Etat étranger à bénéficier de l'immunité d'exécution lorsqu'étaient pratiquées des saisies sur ses biens se trouvant à l'étranger.

On examinera successivement ces différentes justifications.

A. La courtoisie

163. Justification première jugée moins importante et somme toute subsidiaire. La courtoisie[673] a été régulièrement invoquée comme fondement de l'immunité dans des décisions de justice relatives à l'immunité des Etats, sans toutefois constituer une justification

---

[669] Voy. notamment B. GOLDMAN qui déclare ne pas être convaincu par l'invocation de l'interdiction du recours à la force pour justifier un traitement différent de l'immunité d'exécution (in I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 19).

[670] I. PINGEL-LENUZZA, *ibidem*, p. 19.

[671] Ces principes sont au nombre de trois et sont, pour reprendre l'heureuse expression d'I. PINGEL-LENUZZA, inextricablement liés. Il s'agit de la *souveraineté*, de *l'indépendance* et de l'*égalité* entendu au sens du droit international public (voy. I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 36. Dans le même sens, M. COSNARD, *op. cit.,* p. 75). Par ailleurs, le soutènement selon lequel l'immunité est fondée sur le droit international demeure tout à fait justifié d'un point de vue juridique étant donné que même si elle est posée à l'occasion d'un litige mettant aux prises l'Etat étranger et une personne privée, la question de l'attribution de l'immunité met en jeu les relations entre deux Etats : l'Etat du for qui se voit sollicité d'accorder ce privilège par l'intermédiaire de ses tribunaux et l'Etat étranger qui en réclame le bénéfice. Il s'agit donc d'une question intéressant nécessairement le droit international public quand bien même elle ne le concerne pas exclusivement.

[672] L'approche consistait à déduire du statut des ambassadeurs, des souverains ou de l'Etat local, les privilèges immunitaires reconnus aux Etats étrangers.

[673] La courtoisie est définie en droit international comme un ensemble d'actes accomplis presque invariablement par les Etats, mais qui ne sont pas motivés par le sentiment d'une obligation juridique. Elle se distingue de la coutume en raison du fait que celle-ci exige non seulement la répétition d'actes ou des précédents, mais également la nécessité pour les Etats d'accomplir les actes en cause avec le sentiment de se « conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique ».

principale. Ainsi, il a été jugé que l'immunité de saisie est une « restriction de la souveraineté nationale qui trouve son fondement dans la *courtoisie* entre nations et dans leur devoir réciproque de ne pas troubler les conditions de leur existence »[674]. La même formule se retrouve dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 juillet 1937 relatif aux navires réquisitionnés durant la guerre civile espagnole[675].

Pour sa part, la jurisprudence française avait également régulièrement invoqué cette notion en adoptant des positions où la courtoisie était associée à divers principes juridiques pour justifier l'immunité d'exécution des Etats. Tel fut notamment le cas de l'arrêt de la Cour de cassation française du 2 novembre 1971 rendu dans l'affaire dite *Clerget*. En l'espèce, la représentation commerciale de la République du nord Viêtnam avait été condamnée par un tribunal français à payer à CLERGET une somme importante à titre de salaire et indemnités. Faute d'avoir exécuté ce jugement une saisie-arrêt fut pratiquée sur certains de ses biens. La représentation commerciale sollicita la mainlevée de cette saisie en invoquant son immunité d'exécution. La Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 7 juin 1969[676], fit droit à cette demande et la Cour de cassation confirma cette décision au motif que les biens de l'Etat nord-viêtnamien ne pouvaient être saisis « eu égard à cette souveraineté et à cette indépendance auxquelles *la courtoisie* internationale impose qu'il ne soit pas porté atteinte »[677].

Une argumentation similaire se retrouve dans l'affaire *Liamco* où des saisies-arrêts avaient été pratiquées sur des biens libyens après l'*exequatur* par les tribunaux français d'une sentence arbitrale condamnant la Libye à payer des dommages-intérêts à la société *Liamco* pour abrogation anticipée et unilatérale des contrats de concession liant les parties. Pour obtenir la mainlevée des saisies-arrêts ainsi pratiquées, le Procureur de la République fit remarquer qu'il convenait d'accorder à la Libye une immunité d'exécution absolue « conformément à la règle de *courtoisie* internationale qui consiste à ne rien faire qui soit susceptible d'entraver le

---

[674] Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles de 1921 dans l'affaire *Etat portugais c. Sauvage, Steamers « Lima » et « Pangim », J.D.I.*, 1922, p. 739.

[675] *J.C.P.*, 1938, II, p. 609.

[676] *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1970, p. 483, note P. BOUREL ; *J.D.I.*, 1969, p. 895, note R. PINTO ; *J.C.P.*, 1969, II, 15594, note D. RUZIE.

[677] *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, p. 310, note P. BOUREL ; *J.D.I.*, 1972, p. 267, note R. PINTO ; *J.C.P.*, 1972, II, 16969, note D. RUZIE. On doit souligner que même si la Cour de cassation considère désormais l'immunité comme un principe de droit, elle a longtemps semblé hésiter sur son fondement exact (sur cette question, voy. spéc. J.M. JACQUET, note sous Cass. civ., 4 février 1986, *J.D.I.*, 1987, p. 113).

fonctionnement des services publics dudit Etat, ou nuire à cette réciprocité de traitement que les Etats s'accordent entre eux »[678].

Ainsi, la courtoisie a été constamment invoquée dans les décisions judicaires relatives à l'immunité d'exécution, mais elle n'a pu à elle seule justifier l'ensemble de la jurisprudence en la matière. D'abord, parce que l'immunité a parfois été accordée à un Etat non reconnu[679] ou même à un Etat avec lequel l'Etat du for était en guerre alors que si elle était justifiée par la seule courtoisie internationale, elle ne pouvait en tout cas pas se concevoir entre Etats belligérants. Ensuite, parce que la courtoisie maintient la compétence des tribunaux de l'Etat du for vis-à-vis d'un Etat étranger, laquelle ne peut être mise en œuvre que suite au respect dû à l'Etat étranger concerné. Ce qui implique une certaine liberté reconnue à l'Etat du for dans l'octroi à l'Etat étranger de l'immunité d'exécution. Or, en pratique[680], il est des cas où l'Etat du for a, non seulement la liberté, mais aussi l'obligation d'octroyer l'immunité à l'Etat étranger surtout lorsque ce dernier a agi dans le cadre diplomatique ou militaire. La courtoisie ne peut, à elle seule dans ce cas, justifier une telle reconnaissance. Et c'est la raison pour laquelle elle a été souvent considérée comme un fondement subsidiaire et intégrée parmi les règles de droit comme la souveraineté des Etats pour fonder l'immunité.

Enfin, la courtoisie ne pouvait justifier que très imparfaitement les limitations apportées à l'immunité d'exécution parce qu'elle était incapable d'expliquer la différence de traitement dans l'octroi ou le refus de ce privilège lorsque les faits de l'espèce étaient absolument identiques et que les relations avec l'Etat du for demeuraient inchangées[681].

---

[678] *Trib. gr. inst. Paris* (réf.) 5 mars 1979, *J.D.I.*, 1979, p. 857, note B. OPPETIT. Dans le même sens, voy. Prem. Vice-prés. Trib. gr. inst. Paris, 12 septembre 1978, *Procureur de la République c. Ipitrade*, *J.D.I.*, 1979, p. 857.

[679] Voy., par exemple, *Wulfsohn v. Russian S.F.S. Republic*, 234 N.Y. 372, 138 N.E. 24 (1923).

[680] Voy. C.A. COLLIARD, note sous Trib. civ. de Bruxelles, 30 avril 1951, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952, III et P. DE VISSCHER et J. VERHOEVEN, article préc., p. 42.

[681] En somme, la référence faite à la courtoisie internationale comme fondement de l'immunité d'exécution témoigne du caractère très politique des décisions de justice mettant en cause les Etats étrangers et le rappel de l'origine des immunités en tant que privilèges attachés à la personne du souverain (I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 24). Mais, ces décisions étaient rendues à l'époque où on considérait que l'immunité d'exécution des Etats étrangers avait un caractère absolu. Et c'est ce qui justifiait que, même lorsqu'il s'agissait des activités exercées par une représentation commerciale nord-vietnamienne, l'immunité d'exécution était accordée. Ce point de vue ne saurait être soutenu aujourd'hui où les activités des représentations commerciales sont considérées comme des actes de gestion qui échappent à l'immunité d'exécution et où le privilège lui-même revêt un caractère relatif.

B. La dignité

164. Justification vague et floue. Soucieux de fonder l'immunité d'exécution sur l'idée de dignité, certains juges ont soutenu que traduire un Etat en justice serait porter atteinte à sa dignité et même à celle du tribunal saisi parce qu'il est inconcevable de prononcer contre un Etat étranger un jugement dont l'exécution serait impossible, l'immunité de saisie étant absolue[682]. Ainsi, le juge de Paix de Bruxelles a-t-il affirmé dans un jugement du 28 avril 1902 que : « l'insaisissabilité des biens d'un Etat étranger tend à devenir l'un des principes les mieux établis du droit des gens. On ne peut donc admettre comme rationnelle et conforme à la dignité du pouvoir judiciaire une compétence qui se traduirait par des jugements non exécutoires, par un commandement sans sanctions, par des injonctions sans force coercitive »[683].

Bien entendu, cet argument, valable à l'époque où l'immunité d'exécution de l'Etat étranger avait un caractère absolu, paraît aujourd'hui totalement dépassé et ne saurait servir comme fondement rationnel de cette prérogative étant entendu que la jurisprudence admet désormais qu'une mesure de contrainte peut être prise contre les biens d'un Etat ou de l'un de ses démembrements. D'où des hésitations de plus en plus nombreuses des tribunaux à faire usage de cette notion vague et floue de dignité pour expliquer le principe de l'immunité d'exécution[684]. Toutefois, la jurisprudence n'a pas manqué de chercher d'autres arguments pour tenter encore de justifier ce privilège. Aussi a-t-elle fait recours à des arguments analogiques dont la technique consistait à déduire les immunités des Etats, et plus précisément l'immunité d'exécution, des règles conçues à l'origine pour s'appliquer aux personnes physiques, en l'occurrence, les ambassadeurs et les souverains.

---

[682] Encore une fois, il s'agit des idées développées à l'époque où on considérait l'immunité d'exécution comme revêtant un caractère absolu.

[683] Voy. affaire *Auguste Braive* (Justice de Paix de Bruxelles, 28 avril 1902, *Pas*., 1902, III, 240).

[684] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit*., pp. 26-27.

C. Les arguments analogiques

165. L'analogie avec les ambassadeurs. Dans sa démarche tendant à la recherche des arguments susceptibles de justifier les immunités des Etats étrangers, particulièrement l'immunité d'exécution, la jurisprudence a également fait usage d'un argument *a fortiori* tiré du droit applicable aux ambassadeurs. Elle a affirmé que si les ambassadeurs et les diplomates jouissent de l'immunité, c'est à plus forte raison que les Etats dont ils sont des représentants devaient en bénéficier. Dans cette perspective, la Cour d'appel de Nancy a décidé dans son arrêt du 31 août 1871 que : « l'immunité accordée aux ambassadeurs, ministres ou envoyés étrangers, appartient, à plus forte raison, aux gouvernements qui les accréditent et dont ils tiennent leurs pouvoirs »[685]. De même, dans son arrêt du 30 décembre 1840, la Cour d'appel de Bruxelles a soutenu que : « les principes du droit des gens applicables aux ambassadeurs le sont avec une grande supériorité de raison aux nations qu'ils représentent »[686].

En dépit de la fermeté avec laquelle elle a été souvent exprimée, cette théorie n'a malheureusement pas été jugée décisive, car l'immunité des Etats et celle des agents diplomatiques reposent sur des bases différentes. Dès lors, la protection des uns et des autres ne pouvait se concevoir sur des bases identiques. L'immunité des agents diplomatiques tient à la nécessité de sauvegarder la liberté des représentants étrangers dans l'exercice de leur fonction tandis que celle des Etats étrangers repose sur le principe de l'égalité souveraine des Etats[687]. De la sorte, les règles applicables au premier cas ne sont pas nécessairement transposables au second[688]. Autrement dit, le raisonnement valable dans une hypothèse ne l'est pas *a fortiori* dans l'autre.

---

[685] *Luchmann et Cahn c. Heymann, S.,* 1871, p. 129.

[686] Voy. *Société générale pour favoriser l'industrie nationale*, *Pas*., 1841, II, p. 33. Le raisonnement précité est en opposition avec les conclusions du Procureur général pour qui l'argument tiré de l'immunité des ambassadeurs « paraît vicieux parce qu'il suppose ce qui est à démontrer. Pour pouvoir soutenir que c'est parce qu'ils représentent le gouvernement dont ils tiennent leur mission que les ambassadeurs sont affranchis de la juridiction des tribunaux du pays dans lequel ils sont en mission, il faudrait avoir établi préalablement que ce gouvernement jouit, dans tous les cas, de cette même immunité. Or, c'est précisément ce qui est en contestation » (*Pas*., 1841, II, 41).

[687] Cour supr. Pologne, 14 décembre 1948, *Aldona S. c. Royaume-Uni, J.D.I.*, 1963, p. 191.

[688] Cette analyse a été majoritairement soutenue par la doctrine. Voy., à titre indicatif, P. DE VISSCHER et J. VERHOEVEN qui rejettent le raisonnement *a fortiori* tiré du droit applicable aux ambassadeurs au motif qu'il

Par ailleurs, à supposer que cet argument *a fortiori* fût juste, il ne pouvait justifier l'octroi aux Etats étrangers d'une immunité d'exécution absolue parce que l'immunité des ambassadeurs dont elle semblait être déduite n'avait au regard de l'article 31 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques qu'un caractère relatif. En effet, les ambassadeurs et agents diplomatiques ne peuvent aux termes de cette disposition invoquer l'immunité pour les actions réelles immobilières, les actions successorales et celles qui sont relatives à l'exercice d'une profession libérale ou commerciale lorsque ces actions ne mettent pas en cause leurs fonctions officielles[689]. Dès lors, l'immunité des ambassadeurs n'ayant pas un caractère absolu, celle des Etats, à supposer qu'elle fût identique à la première, ne pouvait l'être. Ce qui ne fut malheureusement pas le cas étant donné qu'un large courant doctrinal et jurisprudentiel était, à l'époque, favorable au principe de l'immunité absolue des Etats étrangers, d'où le rejet de cette théorie et de la tendance à vouloir assimiler les immunités des Etats à celles des souverains, personnes physiques.

166. L'analogie avec les souverains étrangers. Cependant la doctrine ne fut pas au bout de ses peines parce qu'elle était toujours très active dans la recherche des rapports entre les immunités des Etats et celles des souverains. Elle soutint encore que l'immunité d'exécution des Etats était déduite des privilèges de juridiction et d'exécution antérieurement reconnus aux souverains, personnes physiques. De l'abondante littérature retenue, il y a lieu de citer l'intervention du premier rapporteur du projet de convention de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles, Monsieur SOMPONG SUCHARIKTUL qui, se fondant sur un argument d'ordre pratique, faisait observer notamment que : « dans la

---

postule l'identité du représentant et du représenté. Or « cette identité n'existe pas, quels que soient les liens évidents qui unissent l'un à l'autre et qui est de l'essence même de la représentation » (P. DE VISSCHER et J. VERHOEVEN, « L'immunité de juridiction des Etats étrangers dans la jurisprudence Belge et le projet de convention du Conseil de l'Europe », in *Actes du colloque conjoint*, *op. cit*, p. 35, spéc. p. 44). On notera cependant que lorsqu'une mission diplomatique engagée dans une instance fait valoir son immunité, la jurisprudence estime que c'est en réalité l'immunité de l'Etat accréditant que la mission diplomatique invoque (cfr. Cour supr. Pologne, 26 mars 1958, *Consulat français à Cracovie*, I.L.R. vol. 26, p. 178 ou 25 mars 1987 *Maria B. c. Institut de la Culture autrichienne*, *J.D.I.*, 1987, p. 127 ou en Italie, Pretore de Rome, 16 décembre 1966 *Cinglio c. Ambassade d'Indonésie et Compagnia di Assicurazioni Intercntinentali*, I.L.R., vol. 65, p. 268, soulignant que « les ambassades ou missions diplomatiques en général ne sont que les organes à l'étranger de l'Etat qui les accrédite. En d'autres termes, ce n'est pas l'ambassade qui est la personne juridique pouvant apparaître devant un tribunal, mais l'Etat dont elle relève »). Voy. encore J. SALMON et S. SUCHARIKTUL, « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat ? », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 162 et s., spéc. pp. 163-164.

[689] Le texte de la Convention est publié dans le *Rec. des traités*, Nations Unies, t. 500, p. 95. Pour un commentaire de cette Convention, voy. C.A. COLLIARD, « La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques », *A.F.D.I.*, 1961, p. 3. Pour un rappel du principe, voy. la note du 14 février 1995 de la Direction du droit international public du Département fédéral des Affaires étrangères, *Rev. suisse dr. int. et europ.*, 1996, p. 624.

pratique de certains pays, la doctrine des immunités des Etats a été élaborée à partir des immunités des souverains étrangers qui représentent les pays à la tête desquels ils se trouvent. Dans la pratique anglo-américaine, on peut dire, par exemple, que les immunités des Etats découlent des immunités personnelles des souverains »[690].

A l'instar de celles qui l'ont précédée, cette théorie a également fait l'objet de critiques en raison du caractère limité de sa valeur explicative. En effet, cette conception repose sur une assimilation inadmissible entre Etat et souverain que rien ne rapproche (qu'il s'agisse du statut ou des fonctions de ces entités) et que la jurisprudence n'a, d'ailleurs, jamais consacrée. En plus, elle laisse dans l'ombre une question théorique importante parce que la justification avancée se contente de se prononcer sur l'origine des immunités et non sur le fondement même de ce privilège.

En outre, comme nous l'avons souligné en ce qui concerne les ambassadeurs, à considérer que cet argument analogique fût valable, il n'aurait conduit qu'à l'octroi aux Etats étrangers d'une immunité relative et non pas absolue, motif pris de ce que les souverains avaient dès le XVII^{ème} siècle cessé de bénéficier de l'immunité absolue. C'est ce qu'exprime BYNKERSHOEK lorsqu'il observe que dès le XVII^{ème} siècle, certains tribunaux hollandais n'ont pas hésité à traduire des princes en justice et même à saisir leurs biens. Et l'auteur ajoute : « *si on laisse de côté la raison d'Etat, rien n'empêche qu'on saisisse les effets des puissances étrangères et qu'on exerce la juridiction sur ces biens* »[691].

Par ailleurs, le déclin de l'institution monarchique à partir du XIX^{ème} siècle a conduit à admettre que les souverains étrangers soient traduits en justice et que leurs biens soient saisis. Si les Etats devaient être traités également de la même manière, cela ne pouvait conduire qu'à diminuer l'étendue de leurs privilèges. Ce qui n'était nullement en rapport avec le régime des immunités absolues leur reconnues au niveau international.

---

[690] *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, A/CN.4/331 et Add. 1, 11 avril et 30 juin 1980, n° 37. Cette position se rapproche de celle défendue par J.-F. LALIVE qui observe qu'« historiquement, l'immunité s'explique par le fait que l'Etat s'identifiait à la personne même du souverain. La souveraineté et l'indépendance du chef de l'Etat étranger, du Prince, entraînaient, par voie de conséquence nécessaire, l'impossibilité d'attraire celui-ci devant les tribunaux étrangers et encore moins de le soumettre aux voies d'exécution forcée » (J.-F. LALIVE, « L'immunité des Etats et des organisations internationales », *R.C.A.D.I.*, 1953-III, t. 84, pp. 205 et s., spéc., p. 213).

[691] S'agissant toutefois de savoir si un souverain peut être attrait devant les tribunaux étrangers, BYNKERSHOEK écrit : « ici, je ne décide rien. » (voy. BYNKERSHOEK cité par F. LAURENT, *Droit civil international*, *op. cit.*, pp. 46 et s.

Enfin, les arguments analogiques ont encore fait état de l'assimilation entre les Etats étrangers et l'Etat local pour justifier les immunités reconnus à ces Etats. Malheureusement, la conclusion à laquelle on a abouti ne fut pas totalement différente des raisonnements précédents.

167. L'analogie avec l'Etat local. Faisant encore usage du raisonnement par analogie, certaines décisions des tribunaux ont tenté de tirer argument de cette technique pour octroyer l'immunité à l'Etat étranger dans une mesure comparable à celle reconnue à l'Etat local. Ainsi, en a-t-il été pour l'immunité d'exécution, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 24 mai 1933 mettant en cause l'Etat grec.

Dans cette espèce, les défendeurs avaient obtenu du Président du tribunal d'Anvers, l'autorisation de pratiquer des saisies-arrêts à charge de l'Etat grec. La Cour d'appel de Bruxelles annula, par la suite, ces saisies au motif notamment qu'elles avaient été « autorisées et pratiquées à charge d'un Etat souverain étranger qui, pas plus que l'Etat belge, ne peut être soumis à des voies d'exécution forcée »[692].

L'utilisation d'un tel argument était surtout fondée sur le fait que différents systèmes juridiques[693] avaient, à l'époque, admis l'idée que l'Etat souverain (l'Etat local) ne pouvait être attrait devant ses propres tribunaux ni faire l'objet des procédures d'exécution forcée de droit commun parce que le « souverain local » était au-dessus des lois. Dès lors, le citer devant ses propres tribunaux ou le soumettre à l'exécution forcée serait donc porter atteinte à cette souveraineté.

Cette conception n'a pas pu résister à la critique au motif que l'opinion selon laquelle le souverain local était au-dessus des lois était contestable et n'a, du reste, jamais été démontrée, mais simplement posée comme principe. Par ailleurs, la doctrine n'a pas hésité à défendre l'idée que la souveraineté de l'Etat local n'était nullement entamée par le fait qu'il était cité

---

[692] Affaire *Mahieu, Bastin, Brasseur et cons. c. Grèce et Socobel, Pas.*, 1933, II, 147, spéc., p. 208.

[693] Tel est le cas du système américain qui soutenait la thèse selon laquelle, les tribunaux ne pouvaient avoir juridiction sur celui au nom duquel ils rendaient la justice (voy. arrêt de 1907 de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire du territoire d'Hawaii. Cité par I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 32). Certains auteurs avaient également adopté la même position. Voyez notamment G. SPEE, « de la compétence des tribunaux nationaux à l'égard des gouvernements et des souverains étrangers », *J.D.I.*, 1876, pp. 328 et s., spéc. p. 335 ; *J.D.I.*, 1876, p. 435.

devant ses propres tribunaux et devait comparaître devant les organes institués par lui[694]. Bien au contraire ! Le droit a évolué dans ce sens et l'Etat moderne accepte de plus en plus fréquemment de se soumettre à ses propres règles quand bien même il serait, dans certaines hypothèses, bénéficiaire de l'immunité de juridiction et surtout d'exécution devant ses propres tribunaux.

Ainsi, la théorie de l'analogie entre l'Etat local et l'Etat étranger comme fondement de l'immunité accordée à celui-ci n'emporta pas la conviction parce que la jurisprudence favorable à l'immunité de l'Etat local souverain n'a jamais démontré avec précision en quoi le parallélisme entre cet Etat et l'Etat étranger était justifié. Elle se contentait simplement d'affirmer qu'« aucun principe ne fait obligation au tribunal saisi d'accorder à un Etat étranger une prérogative dont l'Etat local (l'Etat du for) ne jouit pas » sans apporter d'autres précisions. Pareille argumentation ne pouvait résister à une saine analyse juridique étant donné qu'en matière des immunités, la situation de l'Etat local et celle de l'Etat étranger demeurent différentes même si, en pratique, les principes applicables dans un cas peuvent toujours avoir une influence sur ceux rencontrés dans l'autre.

En matière des immunités, en effet, l'Etat du for se présente devant ses sujets comme un sujet de droit interne (et pas un sujet de droit international) alors que l'Etat étranger reste soumis, du moins en ce qui concerne l'étendue de cette prérogative, au droit international[695]. De la sorte, vouloir établir une analogie entre ces deux entités quant à leur régime immunitaire et surtout en ce qui concerne l'étendue de l'immunité à laquelle peut prétendre l'Etat étranger conduit à une situation logiquement inacceptable et juridiquement injustifiée, d'où le peu d'attrait exercé par cette théorie jugée moins pertinente.

Toutefois, le mérite de cette conception aura été de permettre aux tribunaux de restreindre la portée de l'immunité de l'Etat étranger qu'à l'étendre. Ainsi, pour justifier son refus

---

[694] En ce sens, voy. à titre indicatif A. de CUVELIER, *op. cit.*, p. 125. Rappr. P. PRADIER-FODERE qui déclare qu'« invoquer le principe d'indépendance des Etats pour se soustraire avec sécurité à l'accomplissement de ses engagements (…) c'est abuser d'un grand mot et d'une grande idée pour se placer au-dessus du droit lui-même » (*Droit international public*, t. 3, Paris, 1887, p. 518).

[695] C'est le cas, par exemple, du droit anglais à propos de l'immunité de la Couronne. Celle-ci repose sur un principe constitutionnel (Le roi ne peut mal faire), alors que l'immunité des souverains étrangers repose sur la courtoisie internationale qui tire son origine dans le consentement ou dans l'usage consacrée par le droit international public (E. ROSCOE, « La condition juridique des navires appartenant à l'Etat et l'immunité des Etats du point de vue du droit maritime. Etude de droit anglais », *Rev. int. dr. mar.*, 1922, t. 34, pp. 25 et s., spéc. p. 36. *Adde* N. MATSUNAMI, *Immunity of State Ships*, Londres, 1924, p. 38). Le parallèle entre les deux situations ne s'impose donc pas de manière évidente.

d'octroyer l'immunité d'exécution dans l'affaire *Royaume de Grèce c. Banque Julius Bär et Cie* portée à sa connaissance, le Tribunal fédéral suisse avait, dans son arrêt du 6 juin 1956, adopté le raisonnement ci-après en réponse à l'argument du requérant qui, pour obtenir le bénéfice de ce privilège, évoquait le cas d'Etats comme la Belgique et l'Italie qui « *ont toujours dérogé dans une mesure particulièrement importante au principe de l'immunité absolue de juridiction, mais se refusent à admettre des actes d'exécution à l'égard des Etats étrangers ou ne les admettent qu'avec restriction* ».

Le tribunal fédéral suisse avait donc rejeté cet argument du requérant en déclarant notamment que : « *si les autorités belges en particulier refusent de procéder à des actes d'exécution à l'égard des Etats étrangers, c'est essentiellement par souci d'égalité parce qu'en Belgique l'Etat belge lui-même ne peut faire l'objet d'aucune mesure de ce genre. Pareil motif serait dépourvu de toute valeur en ce qui concerne le droit suisse, qui admet l'exécution forcée contre la Confédération, et dans certaines limites, contre les cantons et les communes* »[696].

On le constate, l'argument fondé sur l'analogie entre l'Etat local et l'Etat étranger ne fut donc pas jugé décisif pour écarter l'exécution forcée en l'espèce. Bien au contraire, il a servi à restreindre la portée de l'immunité et permis à ce que soient utilisées les mesures d'exécution contre un Etat étranger au regard du droit suisse.

D. La raison fondamentale de l'immunité d'exécution en droit international

168. Egalité souveraine des Etats. A la lumière des développements précédents, on peut se rendre à l'évidence que les arguments analogiques, bien qu'ayant servi à limiter la portée des immunités, n'avaient pas été considérés comme des véritables justifications de l'immunité d'exécution reconnue aux Etats étrangers, et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence moderne n'en fait pas régulièrement cas[697]. Pour rappel, celle-ci n'a retenu, de toutes les

---

[696] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 34.

[697] Le Tribunal fédéral suisse avait toutefois le 20 juillet 1979 utilisé une telle méthode analogique pour se prononcer sur la validité de séquestres opérés auprès de l'Office d'information et de tourisme de la République arabe d'Egypte à Genève. Le Tribunal avait, en la circonstance, fait un parallèle entre la situation de cet organisme et celle de différents offices suisses de tourisme, soumettant ainsi le premier au même régime que

justifications traditionnellement invoquées, que trois d'entre-elles jugées profondément liées (la souveraineté, l'indépendance et l'égalité)[698] et qui se réduisent finalement une seule à savoir : l'égalité souveraine des Etats. Egalité souvent exprimée dans une ancienne locution latine déjà citée : « *Par in parem non habet imperium* »[699].

Cet adage latin fut, selon la doctrine, vraisemblablement établi par le juriste BARTULOS au quatorzième siècle[700]. La maxime elle-même trouve son origine dans le droit canon et signifie, dans l'église catholique, qu'un dignitaire ecclésiastique n'a pas de pouvoir de juridiction sur un autre dignitaire de même rang[701].

Transposée dans le domaine de l'immunité d'exécution, elle a été présentée comme le fondement politico-juridique de l'attribution de ce privilège aux Etats étrangers et la traduction du principe d'égalité entre Etats en droit international. Car l'acte par lequel un Etat accorde ou refuse l'immunité à un autre s'inscrit dans une relation interétatique et dépend, en dernière analyse du droit international[702].

La notion d'égalité comme traduction de la souveraineté pleine et entière d'un Etat vis-à-vis des autres a donc contribué à la limitation de la portée des immunités en droit international parce que la souveraineté au même titre que l'indépendance n'est pas absolue. En effet, la société internationale à laquelle appartiennent les Etats bénéficiaires des immunités n'est pas

---

celui applicable aux seconds (Affaire *République arabe d'Egypte c. Cinetelevision International Registered Trust et Offices de poursuites de Genève, Ann. suisse de dr. int.,* 1981, pp. 206 et s., spéc. p. 214).

[698] On devra se garder de toute différenciation entre ces termes qui s'équivalent. L'indépendance et la souveraineté, par exemple, sont deux notions étroitement liées et qui sont le plus souvent définies l'une par rapport à l'autre. En fait, elles sont interchangeables et les tribunaux les ont invoquées soit séparément, soit ensemble comme justification unique ou principale de l'immunité d'exécution des Etats étrangers sans jamais les opposer. Ainsi *: le lexique de politique* rédigé sous la supervision des professeurs DEBBASCH et DAUDET, donnent de l'indépendance la définition suivante : « Condition d'un Etat qui ne dépend que de lui-même. L'indépendance s'exprime juridiquement par la souveraineté » (Dalloz, 6ème éd., 1992, p. 221). Réciproquement, la souveraineté désigne la « marque de l'indépendance de l'Etat et de la plénitude de ses compétences internationales » (voy. même ouvrage page 413). Bref, ces notions expriment l'idée d'une entité jouissant de la plénitude des compétences dans l'ordre juridique international. Quant à l'égalité, elle n'est qu'une autre manière de présenter la souveraineté pleine et entière de chaque Etat. Souveraineté envisagée soit dans ses relations avec les autres Etats souverains, soit en considération de sa propre souveraineté (*ut singuli*).

[699] Cfr. *supra*, n° 158.

[700] Sur ce point, voy. notamment J.N. MARTIN, « Sovereign Immunity », 18 *Harv. Int'l* L.J., 429, 431 n. 11 (1977).

[701] ALBERT de LAPRADELLE note cependant que cet adage ne valait à l'origine que pour l'exemption des souverains en matière pénale (A. de LAPRADELLE « La saisie des fonds russes à Berlin », *op. cit.*, p. 783).

[702] En ce sens, voy. notamment I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, pp. 19-45 ; M. COSNARD, *op. cit.*, pp. 66-79.

constituée que d'une seule souveraineté, mais de la juxtaposition de plusieurs souverainetés[703]. Cette relativisation de la notion de souveraineté sur le plan international a l'avantage d'avoir fixé l'attribution des immunités et particulièrement de l'immunité d'exécution sur cette caractéristique propre à la société internationale, ce qui eut pour conséquence, de rendre également relatif le régime de l'immunité d'exécution.

Ce privilège trouvant ainsi ses racines dans le droit international public, il est nécessaire de déterminer maintenant les mesures de contrainte dont l'usage, à l'égard de l'Etat étranger, demeure strictement prohibé.

§3. Mesures de contrainte visées par l'immunité d'exécution en droit international

169. Des mesures en relation avec une procédure judiciaire intentée contre un Etat. Tout Etat étranger attrait devant la justice d'un autre Etat dit « Etat du for », peut être l'objet de mesures de contrainte visant ses biens. Devant la diversité de ces mesures qui peuvent intervenir à des phases différentes de la procédure[704], il est important de déterminer clairement celles d'entre elles capables d'affecter l'Etat mis en cause au titre d'éventuelles mesures d'exécution.

A cet égard, il est affirmé[705] que l'Etat étranger en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat jouit de *l'immunité des mesures de contrainte* sur ses biens ou des biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle ou simplement des biens dans lesquels il a un intérêt juridiquement protégé[706]. Ces biens ne peuvent, en principe, être appréhendés par

---

[703] P. REUTER, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1961-II, vol. 103, pp. 425-656.

[704] Les mesures de contrainte visées sont celles qui sont liées à une procédure strictement judiciaire à l'exclusion des mesures administratives telles que la nationalisation, l'expropriation, la réquisition ou la confiscation des biens.

[705] Article 19 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.

[706] Ici apparaît la différence entre le droit interne et le droit international de l'immunité d'exécution dans la mesure où en droit interne, les biens protégés par le privilège sont uniquement ceux qui constituent la propriété (ceux appartenant) de la personne publique et qui sont jugés utiles à la satisfaction de l'intérêt général. Il s'agit ici d'une conception restrictive des biens différente de celle du droit international où le terme « bien » semble être pris dans son sens le plus large englobant les biens propres de l'Etat ainsi que tout autre bien en sa possession ou placé sous son contrôle ou simplement sur lequel il a un intérêt juridiquement protégé.

des voies d'exécution forcée de droit commun telles que la saisie, la saisie-arrêt et la saisie-exécution. A moins que l'Etat :

- n'ait expressément consenti à l'application de ces mesures :
  - dans un accord international ;
  - dans un accord d'arbitrage ou dans un contrat écrit ;
  - dans une déclaration devant le tribunal ou dans une communication écrite faite après qu'un différend a surgi entre les parties ; ou
- n'ait réservé ou affecté lesdits biens à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de cette procédure, ou
- n'ait établi que lesdits biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisé par lui (Etat) autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée[707].

Il convient de noter que l'expression « mesures de contrainte » utilisée dans ce paragraphe aussi bien que dans le libellé de l'article 18 de la Convention de New York a une portée plus large que le concept « mesures d'exécution » préalablement suggérée au cours des débats et dont l'expression renvoie aux procédures d'exécution forcées liées à une instance ouverte devant les tribunaux. Cette considération a conduit la Convention des Nations Unies, à la différence du projet de la Commission de Droit International (C.D.I.) à établir une nette distinction entre les mesures de contrainte antérieures et postérieures au jugement[708] vu que la portée extensive du concept « mesures de contrainte » implique que soient également inclues dans ce groupe toutes les mesures conservatoires ou préparatoires, notamment les saisies-arrêts pratiquées sur des biens appartenant à un Etat étranger et qui ne visent généralement

---

[707] Article 19 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.

[708] Ces deux catégories de mesures font l'objet de deux dispositions séparées dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens : Immunités des Etats à l'égard des mesures de contrainte antérieures au jugement (article 18) et Immunités des Etats à l'égard des mesures de contrainte postérieures au jugement (article 19).

qu'à geler les avoirs (en cause) entre les mains du défendeur pour servir à l'exécution éventuelle d'un jugement ultérieur ou de la sentence arbitrale de condamnation qui serait éventuellement prononcée contre lui[709].

Il s'ensuit, dès lors, que les mesures conservatoires peuvent, à l'instar de mesures d'exécution proprement dites, être couvertes par le bénéfice de l'immunité d'exécution, sauf l'action en *exequatur* qui, comme on l'a vu, n'est pas considérée par la jurisprudence comme une mesure d'exécution susceptible d'être protégée par le principe.

170. Mesures de contrainte antérieures au jugement. Quant à l'énumération des mesures antérieures au jugement proprement dites, on notera qu'elles comportent outre les mesures conservatoires ou préparatoires sus évoquées, toutes les saisies antérieures au jugement pratiquées afin d'établir la compétence juridictionnelle[710]. Ces mesures (antérieures) ne sont autorisées, selon les prescrits de l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, que dans les deux cas suivants :

- a) en cas de consentement de l'Etat étranger donné :
  - soit dans un accord international ;
  - soit dans une convention d'arbitrage ou un contrat écrit ;
  - soit dans une déclaration devant le tribunal ou par une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties ; ou
- b) à l'égard de biens spécialement réservés ou affectés par l'Etat étranger à la satisfaction de la créance sur laquelle porte la procédure.

Dans les pays de la *common law*, par exemple, le prononcé des mesures conservatoires, c'est-à-dire, antérieures au jugement ne peut intervenir que dans des conditions extrêmement strictes, les Etats étrangers bénéficiant parfois à leur égard d'une protection accrue par rapport à celles dont ils jouissent vis-à-vis des mesures d'exécution proprement dites[711]. Ainsi, la loi

---

[709] En principe, les mesures conservatoires constituent des atteintes moindres portées à la souveraineté d'un Etat étranger que ne les sont les mesures d'exécution *stricto sensu*.

[710] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, pp. 157-158.

[711] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 361.

américaine sur l'immunité des Etats étrangers de 1976 (*Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 « FSIA ») dispose que le prononcé des mesures conservatoires n'est possible qu'en cas de renonciation par l'Etat au bénéfice de son immunité d'exécution[712] et exige que cette renonciation soit expresse[713]. Pour sa part, la loi anglaise de 1978 (le *State Immunity Act* de 1978 « SIA ») se veut encore plus rigoureuse et stipule notamment qu'aucune mesure d'injonction (ordre de ne pas faire) ne peut être prise contre les biens appartenant à un Etat étranger sans son consentement écrit. Particulièrement, aucune injonction *Mareva*[714], interdisant au défendeur de faire sortir les fonds de l'Etat du for, autrement dit, d'éloigner les biens du ressort d'un tribunal ou de les dissiper de toute autre façon en vue d'éviter de se conformer à un jugement déjà rendu ou devant l'être, ne sera possible, sauf si le défendeur (l'Etat étranger) a expressément consenti à se soumettre à une telle mesure. Ainsi, la saisie antérieure au jugement de biens d'Etat utilisés même à des fins commerciales n'est plus autorisée en vertu du SIA[715].

Cette solution qui est contraire à la jurisprudence antérieure[716] a fait l'objet de critiques doctrinales au motif qu'elle risque, dans de nombreux cas, de rendre vaine la levée de l'immunité de juridiction, la décision rendue n'ayant guère des chances d'être exécutée[717].

171. Mesures de contrainte postérieures au jugement. Pour ce qui concerne les mesures de contrainte postérieures au jugement, elles ne sont pas, en principe, autorisées et ne peuvent l'être, aux termes de l'article 19, point (c) de la Convention des Nations Unies, que dans les deux cas précédemment énumérés (article 18, points a et b) et lorsqu'il s'agit des biens servant à des fins commerciales, c'est-à-dire, les biens « spécifiquement utilisés ou destinés à

---

[712] Sect. 1610 (d) de cette loi. La même règle s'applique aux démembrements de l'Etat. Pour un commentaire, voy. spécialement M. DEL BIANCO, « Execution and attachment Under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 », 5 *Yale Stud. World Pub. Ord.* 109, 143-144 (1979).

[713] Sect. 1610 (d) (1). La loi précise également que seules les saisies conservatoires ayant pour but de garantir l'exécution d'un jugement peuvent être validées, à l'exclusion de celles visant à conférer compétence au tribunal (sect. 1610 « d » « 2 »).

[714] Du nom de l'affaire *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarries S.A.* « 1975 » 2 Lloyd's L. Rep. 509.

[715] Fox. The Law of State Immunity (2002) 409.

[716] Voy. affaire *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria*, (1977) Q.B. 529, autorisant une injonction *Mareva* contre l'Etat étranger. La même affaire peut être également consultée chez G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 684.

[717] En ce sens, F.A. MANS, « The State Immunity Act 1978 », (1979) 50 B.Y.I.L. 43, 60 ; R. HIGGINS, « Les récents développements législatifs et jurisprudentiels dans le domaine de l'immunité de juridiction de l'Etat au Royaume-Uni », *A.F.D.I.*, 1983, pp. 23 et s., spéc. p. 30.

être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ».

Cette exigence du lien entre les mesures de contrainte et l'entité contre laquelle la procédure doit être intentée présente le double avantage d'éviter la saisie des biens situés sur des territoires autres que celui de l'Etat du for et d'empêcher l'exercice des voies d'exécution forcée sur des biens appartenant à d'autres personnes juridiques[718].

Quoi qu'il en soit, la plupart des tribunaux européens ne semblent plus favorables à la différenciation entre mesures de contrainte antérieures et postérieures au jugement et font usage du même critère pour décider de l'applicabilité des deux catégories de mesures[719].

Cette précision nous amène à l'étude des hypothèses dans lesquelles l'immunité d'exécution ne peut être soulevée devant les tribunaux étrangers, autrement dit, les principales exceptions au jeu de l'immunité d'exécution.

Section 2. Les principales exceptions à l'immunité d'exécution

Le principe de l'immunité d'exécution peut être écarté dans certaines hypothèses, notamment en cas de renonciation au bénéfice de ce privilège par l'Etat étranger ou lorsque le bien devant faire l'objet de saisie a été affecté par l'Etat étranger à l'activité économique ou commercial relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice. L'invocation de ce privilège peut aussi ne pas avoir lieu lorsqu'il s'agit des biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins autres que des fins de service public non commerciales.

---

[718] Entendez personnes juridiques autres que celles qui sont spécialement concernées par les mesures de saisie (G. HAFNER, « L'immunité d'exécution dans le projet de Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », in *Droits des immunités et exigences du procès équitable*, Actes du colloque du 30 avril 2004, éd. PEDONE, 2004, p. 97).

[719] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 158 et toutes les références citées sous la note n° 36.

Toutes ces limitations dites classiques sont de nature à empêcher l'Etat étranger de tirer profit de son immunité d'exécution dans des cas de figure précités. Mais, à côté de ces exceptions, existe un type nouveau de « limitation » dont on ne cesse de s'interroger sur ses rapports avec le privilège de l'immunité d'exécution, spécialement quant à savoir si elle constitue une nouvelle exception à cette prérogative. Il s'agit de l'invocation des règles relatives aux droits de l'homme et particulièrement de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Nous allons, à tour de rôle, examiner ces différentes situations en commençant par la renonciation.

§1. Renonciation au jeu de l'immunité d'exécution

172. Un principe nettement affirmé dans les instruments juridiques nationaux[720] et internationaux relatifs aux immunités[721]. La renonciation est un acte unilatéral ou conventionnel[722] par lequel un Etat étranger manifeste expressément ou tacitement sa volonté de ne pas revendiquer son immunité d'exécution dans une procédure judiciaire engagée contre lui[723]. La question principale que l'on peut se poser en matière de renonciation est celle de

---

[720] Notamment aux Etats-Unis, le *Foreign Sovereign immunities Act* de 1976 (FSIA) en son article 1610 (d) qui exige généralement une renonciation expresse à l'immunité pour toute saisie antérieure au jugement (réimpression dans 15 ILM « 1976 » 1388).

[721] Ce principe est repris aux articles 18 et 19 de la Convention des Nations Unies (particulièrement les trois premiers tirets du premier point de ces différents articles) ; à l'article 23 de la Convention européenne qui déclare : « Il ne peut être procédé sur le territoire d'un Etat contractant ni à l'exécution forcée, ni à une mesure conservatoire sur les biens d'un autre Etat contractant, sauf dans les cas et dans la mesure où celui-ci y a expressément consenti par écrit » et, enfin, à l'article VIII A 1 du projet de Convention de l'Association de droit international. Les droits nationaux l'appliquent également de même que les juges internes. Il est aussi fait état de la renonciation comme exception à l'immunité d'exécution même dans les pays demeurés fidèles au principe de l'immunité absolue. Ainsi, l'article 435 de l'ancien Code de procédure civile soviétique énonçait : *« (…) des mesures de contraintes antérieures au jugement et la saisie dirigée contre les biens d'un Etat étranger situés sur le territoire de l'URSS ne peuvent être ordonnées qu'avec le consentement des autorités compétentes de l'Etat concerné »* (article 435 du Code de procédure civile de la République socialiste fédérative soviétique de Russie, Vedomosty du Conseil suprême de la RSFSR, 1980, n° 32, p. 987, 11.06.1964, modifié le 01.08.1980), RUS/1).

[722] Convention d'arbitrage ou contrat écrit négocié avec une personne privée.

[723] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, pp. 344-345.

savoir dans quelles conditions cette renonciation peut effectivement avoir lieu et comment peut-elle être considérée comme apte à produire normalement ses effets.

En guise de réponse, on doit souligner que la jurisprudence s'accorde à reconnaître la possibilité pour un Etat étranger de renoncer à son immunité d'exécution à condition que cette renonciation soit *expresse* et qu'*elle résulte d'un acte de l'Etat manifestant de façon non équivoque sa volonté de renoncer*[724]. Dans une telle hypothèse, l'Etat concerné doit accepter que ses biens puissent être saisis hors de son territoire et cette renonciation à l'immunité devra, pour produire ses effets, être *spéciale, expresse* et *non ambiguë*.

Il y a là une certaine solennité et un certain formalisme prévus en vue d'entourer de garanties suffisantes l'expression de la volonté étatique. Car les mesures d'exécution contre les biens d'un Etat étranger sont un acte grave portant plus directement atteinte à la souveraineté de l'Etat que le simple prononcé d'une décision de justice. Ces mesures requièrent donc un consentement autonome qui ne peut se confondre avec le simple prononcé d'une décision de justice[725].

173. Renonciation à l'immunité de juridiction et renonciation à l'immunité d'exécution : quels liens ? Outre les conditions d'exercice de la renonciation, la problématique de l'abandon volontaire du privilège de l'immunité d'exécution soulève aussi la question de savoir si la renonciation à l'immunité de juridiction emporte automatiquement renonciation à l'immunité d'exécution d'une part et, d'autre part, s'il existe une place pour la renonciation implicite au privilège de l'immunité d'exécution.

Face à ces interrogations, les tribunaux ont apporté des solutions différentes. Et les positions défendues peuvent schématiquement se résumer de la manière suivante :

---

[724] Notamment Paris, 1ère Ch. A, 21 avril 1982, *R.C.D.I.P.,* 1983, p. 101 ; 65 ILR, 93 dans l'affaire *République Islamique d'Iran et consorts c. sociétés Eurodif et Sofidif* (Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a jugé que : « *…la stipulation d'une clause d'arbitrage ainsi que la référence à un règlement d'arbitrage prévoyant que les parties s'engagent à exécuter la sentence à intervenir n'impliquaient pas une renonciation à l'immunité d'exécution, laquelle ne peut résulter que d'actes manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer* ». Ainsi, « *l'acceptation d'un Règlement C.C.I. (et donc d'une convention arbitrale) constitue seulement un engagement de se soumettre volontairement à la sentence et d'en reconnaître la force obligatoire, mais ne contient aucune allusion à l'immunité d'exécution dont une partie pourrait éventuellement bénéficier et qu'elle ne doit donc pas être interprétée comme emportant renonciation à un droit qui n'entre pas dans son objet* ». Cette position a toutefois été critiquée car il est difficile d'établir une distinction entre l'exécution d'une décision et la soumission volontaire à cette décision ou la reconnaissance de sa force obligatoire (B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 56).

[725] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 175.

- traditionnellement, les tribunaux ont été conduits à estimer que la renonciation à l'immunité de juridiction n'emportait nullement renonciation à l'immunité d'exécution en sorte que la renonciation à l'immunité d'exécution pouvait résulter d'un acte séparé[726]. Cette règle de la séparation de deux immunités quant à ce qui concerne la question précise de la renonciation est actuellement reprise dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens[727]. Elle se retrouve aussi dans le projet d'article de la Commission de Droit international (C.D.I.)[728] ainsi que dans les législations nationales[729]. Par ailleurs, l'abandon de ce privilège (immunité d'exécution) ne se présumant pas, les tribunaux nationaux exigent généralement une renonciation supplémentaire à l'immunité d'exécution[730].

---

[726] L'immunité d'exécution, avons-nous dit, est considérée comme une notion séparée de l'immunité de juridiction. Partant, le fait de renoncer à l'immunité de juridiction ou de ne pas avoir invoqué ce droit n'empêche nullement que, par la suite, on fasse appel à l'immunité d'exécution. Cette thèse fut confirmée par la Cour d'Aix en France dans son arrêt du 23 novembre 1938 rendu dans l'affaire *Socifros c. URSS*. La Cour affirma à cet effet que : « Cette renonciation serait-elle admise, il ne s'en suivrait pas que l'URSS par là même devrait être considérée comme ayant renoncé *ipso facto* à l'immunité d'exécution… ces deux immunités sont indépendantes et les renonciations ne se présumant pas, l'URSS, même si elle avait renoncé au privilège de juridiction, ne pouvait voir exécuter la condamnation prononcée contre elle que si, par *des actes non équivoques*, elle avait autorisé cette exécution sur ses biens » (Affaire *Socifros c. URSS*, Cour d'Aix, arrêt du 23 novembre 1938, citée par R. VENNEMAN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, C.D.I., éd. de l'Institut de sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1971, p. 136 ; dans le même sens, I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 174).

[727] Article 20 ainsi libellé : « Dans les cas où le consentement à l'adoption de mesures de contrainte est requis en vertu des articles 18 et 19, le consentement à l'exercice de la juridiction au titre de l'article 7 n'implique pas qu'il y ait consentement à l'adoption de mesures de contrainte ».

[728] Article 18 2) du projet d'articles de la C.D.I. qui dispose : « Consent to the exercise of jurisdiction under article 7 shall not imply consent to the taking of measures of constraint under paragraph 1, for which separate consent shall be necessary ».

[729] Voy. L'article 13 (3) du SIA du Royaume-Uni au sujet de l'immunité d'exécution qui déclare qu'une « disposition prévoyant simplement la soumission à la compétence des tribunaux ne doit pas s'interpréter comme un consentement aux fins du présent alinéa ».

[730] Sur l'exigence, par les tribunaux nationaux, d'une renonciation supplémentaire à l'immunité d'exécution voy. aff. *Socialist Federal Republic of Yugoslavia c. Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises*, Trib. gr. inst. Paris, 6 juillet 1970 ; Paris 29 janvier 1975, *Rev. Arb.*, 1975, p. 328, note J.L. DELVOLVE ; Cour suprême de la République socialiste de Tchécoslovaquie, Avis de la Cour suprême Cpjf 27/86 publié sous le R.C. 26/1987, 27 août 1987, *Collection of Judicial Decisions*, 87, 9-10, CZ/4 ; *An International Bank c. Republic of Zambia*, High Court, Queen's Bench Division, (Commercial Court), 23 May 1997, 118 ILR 602, GB/10. Dans ce contexte de l'exigence d'une renonciation supplémentaire à l'immunité d'exécution, une décision du tribunal de commerce de Zagreb (Croatie) du 19 octobre 1993 est apparue comme une exception qui confirmait la règle en ce qu'elle a interprété une renonciation à l'immunité de juridiction comme valant renonciation à l'immunité d'exécution. Ainsi jugé : « Les parties sont convenues préalablement que leurs différends relèveraient de la compétence du tribunal de commerce de Zagreb. Le défendeur n'a pas alors soulevé la question de son immunité qui ferait obstacle au règlement du différend devant le tribunal croate ». Le tribunal a rendu son jugement et exécuté ensuite sa décision sur les biens du défendeur (Affaire *Société « S », Vinkovci, Croatie c. La République de*

174. Quid de la renonciation implicite ? Pour ce qui est de la renonciation implicite à l'immunité d'exécution, il y a lieu de souligner que même s'il apparaît évident que l'exigence d'un consentement exprès[731] d'abdiquer à l'immunité constitue une garantie efficace de protection de la volonté étatique motif pris de ce qu'en l'absence d'un tel consentement la renonciation serait inopérante, il n'en demeure pas moins vrai que la jurisprudence moderne[732], (surtout française[733] et suédoise[734]) considère qu'une renonciation implicite à l'immunité d'exécution peut être admise surtout lorsqu'elle découle de l'acceptation d'une convention d'arbitrage[735].

175. De la renonciation antérieure ou postérieure au litige. Enfin, la renonciation à l'immunité d'exécution qui est soumise à des conditions strictes, peut, à l'instar de la renonciation à l'immunité de juridiction, intervenir de manière théorique avant ou après la

---

Bosnie-Herzégovine, ministère des transports et des communications, tribunal de commerce de Zagreb, 19 octobre 1993, H/5).

[731] Les articles 18 a) et 19 a) de la Convention des Nations Unies exigent de l'Etat étranger « un consentement exprès » pour l'application à son encontre des mesures de contrainte antérieures ou postérieures au jugement. Cette condition est également reprise dans le projet d'articles de la C.D.I. (Commission de Droit International). Seul le projet de convention de l'Association de droit international prévoyait, dans son article VIII A, la possibilité d'une renonciation implicite à l'immunité d'exécution au cas où : « The foreign State has waived its immunity either expressly or by implication from such measures ».

[732] Allusion faite à la jurisprudence antérieure. Par exemple, en France dans l'affaire dite *Eurodif* jugée par la Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. civ., section A, en date du 21 avril 1982 (jugé que : « *…la stipulation d'une clause d'arbitrage ainsi que la référence à un règlement d'arbitrage prévoyant que les parties s'engagent à exécuter la sentence à intervenir n'impliquaient pas une renonciation à l'immunité d'exécution, laquelle ne peut résulter que d'actes manifestant de façon non équivoque la volonté de renoncer* ».

[733] « L'engagement pris par un Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international implique renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution » (Aff. *Société Creighton, entreprise privée, c. ministre des finances de l'Etat du Qatar et autre*, Cour de cassation, 1ère Ch. civ., 6 juin 2000, *Bulletin civil*, I, n° 207, f/9). Ceci se justifie car il peut être particulièrement choquant que, au terme d'une procédure d'origine purement contractuelle (convention d'arbitrage), un Etat qui avait librement accepté d'exécuter la sentence arbitrale puisse, en cas d'inertie, refuser l'application à son encontre des mesures de contrainte, alors que l'application desdites mesures apparaît comme la suite logique de son engagement (c'est nous qui soulignons).

[734] Cfr. aff. *Libyan American Oil Company c. Libye* (Etat), Cour d'appel de Svea (Svea hovrätt). Décision du 18 juin 1980, *Rättsfall fran Hovrätterna*, 1981, affaire n° 76:81, S/2 ; la Cour d'appel a jugé que la Libye avait renoncé à son immunité d'exécution à l'égard d'une sentence arbitrale par son acceptation d'une clause d'arbitrage.

[735] En Belgique, le jugement du 9 mars 1995 (Bruxelles, sais., 9 mars 1995, *Zaïre c. d'Hoop*, *J.T.*, 1995, p. 567 et note P. D'ARGENT) rendu dans l'affaire *Zaïre c. d'Hoop* semble déduire la renonciation à l'immunité d'exécution (de même que la renonciation à l'immunité de juridiction) de la conclusion, par l'Etat étranger, d'un contrat (ainsi jugé : *il résulte des circonstances que la demanderesse a, en signant le contrat sous sa mouture actuelle, renoncé implicitement mais certainement* ***aux immunités*** *«* entendez : immunités d'exécution et de juridiction *» en question*) ; alors que seule la renonciation à l'immunité de juridiction peut être implicitement déduite de cette opération. En effet, la renonciation à l'immunité d'exécution doit être, au regard de l'affaire *Burundi c. Landau*, explicite (Bruxelles, 9ème Ch., 21 juin 2002, *Burundi c. Landau*, *J.T.,* 2002, p. 714).

naissance du litige[736]. Toutefois, la pratique n'offre généralement que des cas de renonciation faite avant la naissance du conflit. Ces renonciations peuvent, aux termes des articles 18 et 19 (points « a », i, ii) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, s'exprimer soit dans un accord international[737], soit dans une convention d'arbitrage ou dans un contrat écrit[738] négocié avec une personne privée. Dans ces cas, l'Etat étranger n'est plus fondé, si un litige l'opposait à son cocontractant, à invoquer devant les tribunaux de l'Etat du for son immunité d'exécution.

Toutefois, l'éventualité de ne pas soulever l'immunité d'exécution ne se limite pas seulement qu'à la renonciation. Elle est aussi admise lorsque l'Etat étranger a manifesté sa volonté d'accepter les mesures d'exécution contre certains biens réservés ou affectés à la satisfaction de la demande.

§2. Exécution à l'égard des biens réservés ou affectés à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure

176. Une exception à l'immunité d'exécution également reconnue en droit international. On s'accorde pour reconnaître aujourd'hui que l'Etat étranger ne peut invoquer le bénéfice de l'immunité d'exécution à l'égard de certains biens définis, notamment des biens ou des fonds réservés ou affectés par lui à l'accomplissement d'une opération purement commerciale

---

[736] D'après les articles 18 et 19 (points a, iii) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, les renonciations à l'immunité d'exécution, faites après la naissance du litige, peuvent s'exprimer dans une déclaration devant le tribunal ou dans une communication écrite faite après la survenance du différend entre parties. Des prescrits de ces deux dispositions, il résulte que la déclaration ou la communication concernée ne peut être valable que pour une affaire déterminée et ne peut jamais être interprétée comme une renonciation générale. Cette restriction est nécessaire pour éviter le risque de voir les tribunaux invoquer la règle du précédent ou bien interpréter les termes d'une déclaration d'un Etat de façon à induire à partir d'une renonciation ponctuelle, une position de principe allant au-delà du cas d'espèce. La portée de la renonciation doit donc résulter expressément de la volonté de l'Etat qui peut accepter une ou plusieurs mesures de contrainte ou soumettre un ou plusieurs biens à de telles mesures (A. MAHIOU, « L'immunité d'exécution de l'Etat et les travaux de codification de la Commission du Droit International », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, *op. cit.*, pp. 170-171).

[737] L'accord international est la forme normale d'engagement pour tout Etat. Il peut être bilatéral ou multilatéral.

[738] Le consentement exprimé dans une convention d'arbitrage ou dans un contrat tient compte de la pratique de certains pays notamment les pays en développement qui concluent avec des sociétés transnationales des transactions industrielles et commerciales où ils acceptent de se soumettre à l'arbitrage ainsi qu'à l'exécution qui en découle.

réalisée par lui-même ou par un organe créé par lui à cette fin. Cette règle est reprise aux articles 18 et 19, point (b) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et elle figurait aussi à l'article 18, 1) b) du projet d'articles de la Commission du Droit International. Les tribunaux européens l'appliquent également et même la jurisprudence française demeurée fidèle à la règle de l'immunité absolue d'exécution l'a finalement adoptée[739].

Enfin, l'exécution sur les biens réservés, particulièrement les fonds spécialement affectés à la satisfaction de la réclamation, est aussi admise en Grande-Bretagne où il a été jugé par la Chambre des Lords que : « *même le compte bancaire d'une ambassade, s'il est affecté par l'Etat étranger exclusivement à des opérations commerciales, ne sera pas couvert par l'immunité à l'égard des mesures d'exécution* »[740].

§3. Exécution à l'égard des biens utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales

177. Autre exception à l'immunité d'exécution autorisée. De même que les deux précédentes limitations à l'immunité d'exécution déjà citées, l'utilisation par l'Etat étranger des biens à des fins autres que celles dites gouvernementales non commerciales constitue un frein à l'invocation par lui de l'immunité d'exécution et expose lesdits biens à des voies d'exécution forcée de droit commun. Contribuent à renforcer ce point de vue, l'attitude des tribunaux européens en la matière[741] ainsi que la position de la Convention des Nations Unies

---

[739] Cfr. *affaire République Islamique d'Iran et consorts c. sociétés Eurodif et sofidif*, Cour d'appel de Paris, 1ère Ch. civ., section A, 21 avril 1982, *R.C.D.I.P.,* 1983, p. 101 ; 65 ILR, 93, at. 97. Dans le même sens, aff. *Société Creighton Limited (entreprise privée) c. ministère des finances et ministère des Affaires municipales et de l'agriculture du gouvernement de l'Etat du Qatar*, Cour d'appel de Paris (1ère Ch., section G), 12 décembre 2001, *Revue de l'arbitrage*, avril 2003, n° 2, pp. 417-425, F/6. La maxime de cet arrêt déclare : « Sont saisissables, les biens affectés par l'Etat à la satisfaction de la réclamation en question ou réservés par lui à cette fin, à défaut à tous autres biens de l'Etat étranger situés sur le territoire de l'Etat du for ou prévus pour être utilisés à des fins commerciales, sans qu'il soit besoin d'établir que lesdits biens étaient affectés à l'entité contre laquelle la procédure a été engagée » (G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 347.

[740] *Alcom Ltd c. Republic of Columbia*, Chambre des Lords, 12 avril 1984, (1984) 2 All ER 6, GB/2.

[741] Notamment affaire *République Islamique d'Iran c. sociétés Eurodif et Sofidif*, Cour de cassation française, 1ère Ch. civ., 14 mars 1984 ; G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 344 (jugé que : « L'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger est de principe ; toutefois, elle peut exceptionnellement être écartée ; il en

sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Cette dernière exclut de l'immunité selon les prescrits de son article 19, point (c), les biens : « spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'Etat du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ». En Grande-Bretagne, l'article 13 (4) du *State Immunity Act* exclut de l'immunité d'exécution les biens de l'Etat étranger qui, à un moment donné, sont utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales.

Bref, la plupart des Etats européens, à l'exception de ceux restés fidèles au principe de l'immunité d'exécution absolue[742], adhèrent à l'opinion selon laquelle les biens de l'Etat étranger utilisés ou destinés à être utilisés à des fins de gestion privée (*iure gestionis*), c'est-à-dire, à des fins commerciales, demeurent saisissables[743]. La jurisprudence de la Cour de cassation française retient également la même solution en disant que les biens d'un Etat ne sont saisissables que s'ils « sont affectés à l'activité économique ou commerciale de droit privé qui est à l'origine du titre du créancier saisissant »[744].

Ainsi, dans la mesure où un bien est utilisé spécifiquement par l'Etat à des fins commerciales, la condition nécessaire est satisfaite pour une éventuelle application à son encontre des mesures de contrainte. Cependant, cette condition est insuffisante parce que selon les dispositions de l'alinéa (c) de l'article 19 de la Convention des Nations Unies il doit exister,

---

est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice). Dans le même sens en Belgique, aff. *Socobel c. l'Etat hellénique et la banque de Grèce*, Tribunal civil de Bruxelles, 30 avril 1951, G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 269 (jugé que : « dès lors qu'il a agi *jure gestionis*, l'Etat étranger perd à la fois l'immunité de juridiction et d'exécution ») ; aff. *Leica AG c. Central Bank of Iraq et Etat irakien*, cour d'appel de Bruxelles, 15 février 2000, G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 270 (s'agissant de l'immunité d'exécution, cet arrêt confirme la distinction entre les biens affectés à des fins souveraines (*jure imperii*), lesquels sont insaisissables et ceux affectés à des fins de gestion (*iure gestionis*) déclarés saisissables).

[742] Cfr. ancien Code de procédure civile de la Russie. Par ailleurs, on trouvait des dispositions analogues, bien que rédigées autrement dans les lois hongroises adoptées en 1963 et 1979, limitant les exceptions au principe d'immunité aux seuls cas où les Etats intéressés y consentent expressément (textes reproduits in A/CN.4/343/Add.3,5 mai 1981, pp. 1 et s. et A/CN.4/343, préc., p. 8. Voy. également *Rapport préliminaire sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, A/CN.4/415, 20 mai 1988, p. 21.

[743] Par opposition aux biens utilisés à des fins gouvernementales ou de souveraineté (*jure imperii*) et dont il appartient à chaque Etat d'en donner le contour exact. Autrement dit, chaque Etat est tenu de définir ce qu'il entend par « service public non gouvernemental ». De manière générale, il s'agit de tout ce qui relève des activités régaliennes de l'Etat (voy., par exemple, l'article 21 de la Convention des Nations unies).

[744] Voy. Cass., 1ère Ch. civ., arrêt du 1er octobre 1985 dans l'affaire *Sonatrach c. Migeon* citée par R. FABRE, *Revue de l'Arbitrage*, 1985, p. 706.

en outre, un lien entre le bien visé et l'organisme public contre lequel la procédure est intentée. Ce lien avec l'organisme public est une précaution tendant à éviter la saisie des biens d'une personne publique autre que celle qui fait l'objet des poursuites.

Le principe de la saisissabilité des biens de l'Etat à usage commercial étant donc admis, il s'est, dès lors, indiqué de préciser clairement quels types de biens pouvaient être considérés comme devant servir autrement qu'à des fins de service public non commerciales. Devant l'ambiguïté que comportait la notion d'activités commerciales[745], les droits nationaux comme les textes internationaux ont essayé de préciser le régime applicable à certaines catégories des biens présentant un intérêt particulier pour les Etats et dont ils ne peuvent être dépouillés sans nier leur qualité et leur existence.

178. Cas de biens présentant un intérêt particulier pour l'Etat. C'est à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens que revient le mérite d'avoir déterminé les biens insusceptibles de répondre des dettes d'un Etat étranger. La liste de ces biens protégés résulte de l'article 21 ci-dessous repris et dont l'énumération distingue les biens diplomatiques, militaires, les biens des banques centrales, les biens culturels et les biens scientifico-historiques.

L'article 21 déclare :

« 1. Les catégories des biens d'Etat ci-après ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa (c) de l'article 19 :

- (a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires, de ses missions spéciales, de ses missions auprès des organisations internationales, ou de ses délégations dans les organes des organisations internationales ou aux conférences internationales ;

- (b) Les biens de caractère militaire ou les biens utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires ;

---

[745] En effet, il n'existe pas de critères clairement définis et prêts à l'emploi, dans tous les cas, d'activités commerciales. Ainsi, les tribunaux rendent leur décision au cas par cas en prenant en considération le contexte global et toutes les circonstances du litige (G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 47).

- (c) Les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'Etat ;
- (d) Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'Etat ou de ses archives qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente ;
- (e) Les biens faisant partie d'une exposition d'objets d'intérêt scientifique, culturel ou historique qui ne sont pas mis ou destinés à être mis en vente.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'article 18 et des alinéas a) et b) de l'article 19 »[746].

On dira un mot sur chacun de ces points.

A. Les locaux diplomatiques et consulaires ainsi que les comptes des ambassades

179. La sous-catégorie la plus importante et la plus problématique des biens insaisissables. Les locaux diplomatiques et consulaires de même que les comptes des ambassades doivent, en tant qu'ils constituent des biens nécessaires à l'exercice de la souveraineté par l'Etat, jouir d'une protection renforcée contre les mesures d'exécution forcée de droit commun. Cette protection qui tire son origine du droit diplomatique et consulaire[747] est expressément consacrée par la Convention des nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, spécialement en son article 21 précité, parce qu'il s'agit ici de sauvegarder les biens de l'Etat utilisés à des fins non commerciales.

La jurisprudence est aussi, en grande partie, favorable à l'immunité d'exécution des biens précités en tant qu'ils contribuent à la réalisation des missions de service public, c'est-à-dire,

---

[746] Article 19 de la Convention des Nations Unies.

[747] Conventions de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (notamment l'article 22 qui prévoit « l'inviolabilité des locaux de la mission diplomatique ainsi que des objets qui s'y trouvent » et l'article 25 selon lequel : « l'Etat accréditaire accorde toutes les facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission ») et du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (notamment son article 31, §3 : « Les mesures de contrainte sur les biens du poste consulaire sont interdites »).

au bon fonctionnement des ambassades et représentations de l'Etat à l'étranger[748]. Cette considération a permis d'étendre le privilège de l'immunité d'exécution également aux centres culturels[749], aux bureaux d'information[750], ainsi qu'aux comptes bancaires destinés à financer les activités des missions diplomatiques.

180. Problématique de la saisie des comptes bancaires d'ambassades. S'agissant des comptes bancaires d'ambassades, leur saisie a souvent soulevé, en pratique, beaucoup des problèmes relativement à l'immunité d'exécution dont elles jouissent[751]. Car, les créanciers porteurs de titres exécutoires ou de jugements contre les représentations diplomatiques ne visent généralement qu'à saisir les comptes bancaires de ces dernières.

En somme, l'ensemble des problèmes que soulève la saisie des comptes bancaires d'ambassades s'articule autour de ces trois interrogations principales :

- les comptes bancaires d'ambassades sont-ils soumis au régime juridique de la seule immunité d'exécution des Etats ou bénéficient-ils, au contraire, de la « double immunité » d'Etats et diplomatique ? ;

- la charge de la preuve d'affectation à des activités souveraines des avoirs en banque incombe-t-elle à la mission diplomatique ou au demandeur en saisie ? ;

- bon nombre de comptes bancaires d'ambassades ayant un caractère mixte, peut-on autoriser la saisie partielle de ces comptes destinés à des activités économiques, sachant que la saisie emporte généralement l'indisponibilité totale des comptes saisis ?

---

[748] Notamment affaire *Ambassade de la fédération de Russie en France c. société NOGA (entreprise privée)*, Cour d'appel de Paris, 1ère Ch., section A, 10 août 2000, *Journal du droit international*, 2001, n° 1, pp. 116-127, F/10 (jugé que : « La seule mention dans le contrat litigieux que l'emprunteur renonce à tout droit d'immunité relativement à l'application de la sentence arbitrale rendue à son encontre en relation avec le présent contrat ne manifeste pas la volonté non équivoque de cet Etat de renoncer à se prévaloir de l'immunité diplomatique d'exécution et d'accepter qu'une société commerciale puisse, le cas échéant, entraver le fonctionnement et l'action de ses ambassades et représentations à l'étranger ». Sur quoi, la Cour d'appel a refusé de délivrer les ordonnances de saisie contre l'ambassade de Russie).

[749] Affaire *Espagne c. X SA, Office des poursuites du canton de Berne et Président du Tribunal d'arrondissement 4 du canton de Berne*, 1ère Cour de droit public du Tribunal fédéral Suisse, 30 avril 1986, *A.T.F.*, 112, Ia, p. 148 ; 82 ILR, 38 ; CH/23.

[750] Affaire *République Arabe d'Egypte c. Cinetel*, Chambre de droit public du Tribunal fédéral suisse, 20 juillet 1979, *A.S.D.I.*, 1981, p. 206, CH/23.

[751] Il est à souligner que n'est pas mise en cause ici l'immunité ou l'inviolabilité de l'ambassade et des diplomates, mais simplement l'immunité d'exécution de l'Etat étranger en sa qualité de titulaire du compte visé par la mesure de contrainte.

181. Du régime juridique des comptes bancaires d'ambassades. Les ambassades étant considérées comme les représentations de l'Etat à l'étranger, il va sans dire qu'elles n'ont pas de personnalité juridique propre. Leurs biens ainsi que les sommes portées au crédit des comptes ouverts en leur nom appartiennent donc aux Etats d'origine (accréditants). De la sorte, l'immunité d'exécution dont elles bénéficient résulte incontestablement de celle reconnue aux Etats par le droit international public. En témoignent, certaines décisions rendues, à cet effet, par les juridictions.

Ainsi, dans l'affaire *République du Zaïre c. d'Hoop* le tribunal civil de Bruxelles avait, dans son jugement du 9 mars 1995, affirmé qu'il découle de l'indisponibilité totale des avoirs saisis-arrêtés qu'aucune mesure de saisie bancaire ne peut être ordonnée (*contre l'ambassade du Zaïre en Belgique : c'est nous qui soulignons*), car il ne se conçoit pas qu'un Etat étranger puisse se passer de ses avoirs bancaires, lesquels sont nécessaires à l'exercice de sa souveraineté[752]. Cette position fut encore défendue par la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 21 juin 2002 rendu dans l'affaire *Burundi c. Landau* et aux termes duquel la cour soutint que l'immunité d'exécution dont bénéficient les avoirs bancaires affectés aux besoins des ambassades se limite aux avoirs spécifiquement affectés aux dépenses et frais de l'ambassade[753].

A cette jurisprudence peut être également associée la décision de la Cour constitutionnelle allemande qui, soucieuse de mettre un terme à la tendance de certaines juridictions à geler, par des saisies, les avoirs en banque des Etats étrangers, particulièrement ceux des missions diplomatiques avait, dans l'affaire déjà citée du *Compte bancaire de l'ambassade des Philippines,* exprimé le principe selon lequel : « *les demandes dirigées contre un compte courant bancaire général de l'ambassade d'un Etat étranger qui existe dans l'Etat du for et dont le but est de financer les coûts et les dépenses de l'ambassade ne sont pas susceptibles d'exécution forcée par l'Etat du for* »[754].

---

[752] Civ. Bruxelles (sais.), 9 mars 1995, *Zaïre c. D'Hoop*, *J.T.*, 1995, pp. 567 et note P. D'ARGENT ; 106 *ILR* 294 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 134.

[753] Bruxelles (9ème Ch.), 21 juin 2002, *Burundi c. Landau*, *J.T.*, 2002, p. 714. Dans le même sens, *Irak c. Dumez, J.T.,* 1995, p. 565 ; 106 ILR 284 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 119 et note J. VERHOEVEN.

[754] Bundesverfassungsgericht « Cour constitutionnelle fédérale », 13 décembre 1977, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 46, p. 342, 65 ILR, 146, D/9 ; G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 155).

La plupart des tribunaux européens[755] ont adhéré à cette jurisprudence qui est considérée comme un consensus général en la matière ; à l'exception toutefois de certaines décisions anciennes hollandaises où le caractère commercial d'un compte bancaire a été retenu à la place de son affectation à des fins de service public pour autoriser la saisie[756].

Cependant, contrairement aux décisions ci-dessus énumérées fondées sur l'immunité de comptes des ambassades déduites de celle des Etats étrangers, une autre partie de la jurisprudence considère que la protection des avoirs des missions diplomatiques repose sur une « double immunité » : celle du droit international « immunité d'exécution » et celle dite diplomatique. La dernière étant tirée de l'interprétation de l'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[757], quoique non explicitement prévue par celle-ci.

Cette immunité supplémentaire des comptes d'ambassades n'a pas, faut-il le souligner, un caractère absolu ainsi que l'a relevé la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Leica A. G. c. Central Bank of Iraq and Republic of Iraq*[758]. Pour la cour, l'immunité diplomatique des comptes bancaires d'ambassades s'applique dans la mesure où les sommes déposées sur ces comptes sont nécessaires ou utiles à l'exercice des fonctions de la mission. Autrement, il n'y aurait aucune raison d'octroyer ce privilège à ces comptes conformément à l'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques si les sommes y logées n'étaient pas utilisées par la mission diplomatique à des fins de souveraineté.

---

[755] Notamment anglais, autrichiens, espagnols et néerlandais (voy., à ce sujet, G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 163 ainsi que les références reprises en bas de page, n° 64, 65, 66 et 67). Les tribunaux suisses ont même jugé que les sommes correspondant aux dépenses de logement pour le personnel d'une ambassade font également partie des biens protégés servant à financer une mission diplomatique (aff. *Z. c. Organe de contrôle de Genève pour le règlement des créances et des faillites*, Tribunal fédéral, 31 juillet 1990, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 1991, 546, 102 ILR, 205).

[756] Notamment aff. *Royaume du Maroc c. Stichting Revalidatie Centrum « De Trappenberg »*, Tribunal d'arrondissement d'Amsterdam (procédure de référé), 18 mai 1978, NYIL 1979, pp. 444-445, 65 ILR, 375, NL/6. Dans le même sens de la saisie d'un compte bancaire d'une ambassade destiné à des activités exclusivement commerciales voy. la jurisprudence de la Chambre des Lords du 12 avril 1984 aux termes de laquelle « *un compte bancaire d'une ambassade affecté par l'Etat étranger exclusivement à des activités commerciales ne peut être couvert par l'immunité d'exécution* » (*Alcom Ltd c. Republic of Columbia*, Chambre des Lords, 12 avril 1984, (1984) 2 All ER 6, GB/2).

[757] L'Etat accréditaire accorde toutes les facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission.

[758] Voy. affaire *Leica* (Bruxelles (8ème ch.), 15 février 2000, *Leica A.G. c. Central bank of Iraq and Republic of Iraq*, *J.T.*, 2001, p. 6 et note M. ROMERO).

Eu égard à la polémique née de la soumission des comptes d'ambassades à une double immunité, il s'avéra, dès lors, nécessaire de connaître la position de la Cour d'appel de Bruxelles à cet égard.

L'affaire *Irak c. Vinci S. A.*[759] sembla alors fournir une heureuse opportunité à la cour d'appel. Mais, la Cour n'a pu se prononcer, en l'espèce, sur la question de la « double immunité » des comptes bancaires d'ambassades. Elle préféra, à la place, adopter une attitude plus pragmatique consistant simplement à souligner le fait qu'à l'heure actuelle, la distinction entre les deux immunités ne présente pas un intérêt pratique car dans les deux hypothèses, le critère d'affection des biens saisis est le seul à décider des limites à apporter à l'immunité d'exécution. Ainsi, d'après la cour d'appel de Bruxelles, la saisie des comptes bancaires d'ambassades n'est possible, en cas d'immunité d'Etat, que s'ils sont affectés à des activités commerciales ou de droit privé. De même, pour l'immunité diplomatique, cette mesure ne peut être autorisée qu'à la condition que les avoirs en banque « ne soient pas utiles ou nécessaires au fonctionnement de l'ambassade ». Ce qui revient à n'autoriser la saisie, dans les deux cas, des avoirs bancaires d'ambassades que lorsque ceux-ci sont affectés à des activités non souveraines.

Cette considération révèle le caractère artificiel de la tendance jurisprudentielle fondée sur la « double immunité d'exécution » des comptes bancaires d'ambassades et permet, *ipso facto*, de douter du bien fondé de cette opinion. Car, non seulement elle résulte d'une interprétation extensive de l'article 25 de la Convention de Vienne, mais aussi et surtout, elle semble poser deux obstacles à la saisie de comptes bancaires dont la mainlevée est fonction des besoins de la légation, autrement dit, de l'affectation à des fins souveraines de dépôts bancaires. Ce faisant, l'obligation *ne impediatur legatio* implique l'existence d'un contrôle marginal par le juge afin de vérifier la crédibilité de l'affectation des biens.

182. De la charge de la preuve d'affectation des comptes bancaires d'ambassades. Il est un principe selon lequel les comptes bancaires d'ambassades bénéficient d'une *présomption d'affectation à des fins souveraines*[760]. C'est ce qu'exprime plus clairement la cour d'appel de

---

[759] Cfr. affaire *Etat d'Irak c. Vinci Constructions Grands Projets s.a. de droit français*, Cour d'appel de Bruxelles, 9ème Ch., 4 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 318.

[760] P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 610.

Bruxelles dans l'affaire *Irak c. Vinci S.A.*[761] alors que dans une autre espèce (*Leica A. G. c. central bank of Iraq and Republic of Iraq*)[762] cette juridiction se montre moins explicite à cet égard.

Dans l'affaire *Zaïre c/ d'Hoop (8 octobre 1996),* la cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de souligner que cette présomption revêtirait un caractère absolu au point qu'on ne peut contraindre, en vertu de sa souveraineté, un Etat étranger d'apporter la preuve de la nature des biens saisis-arrêtés[763].

Cependant, la jurisprudence majoritaire se montre moins radicale et considère qu'il appartient à l'Etat accréditant ainsi qu'à la mission diplomatique elle-même d'apporter la preuve de l'affectation à des fins souveraines des fonds déposés. Ce faisant, elle reconnaît aux juges du for un pouvoir de contrôle marginal consistant à vérifier la crédibilité de l'affectation en fonction des éléments de preuve fournis par le créancier saisissant[764]. Il s'agit surtout d'éviter que la Convention de Vienne soit détournée de ses fins pour servir de support à des activités étrangères à celles dites diplomatiques[765].

Pour sa part, le juge de saisie de Bruxelles estime que le défaut de « *proportion raisonnable entre les montants saisis et les besoins d'une ambassade réduite à sa plus simple expression* » suffit à assurer le renversement de la charge de la preuve qui pèse sur l'Etat saisi[766]. Mais,

---

[761] Cfr. affaire *Etat d'Irak c. Vinci Constructions Grands Projets s.a. de droit français*, Cour d'appel de Bruxelles, 9ème Ch., 4 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 318 (jugé que : « Les sommes déposées sur le compte en banque d'une mission diplomatique bénéficient *d'une présomption d'affectation à des fins souveraines*. Mettre la preuve de l'affectation des fonds à charge de l'Etat serait contraire au principe même de l'immunité, qui établit par définition une présomption en faveur de l'Etat qui en bénéficie. Obliger un Etat à devoir systématiquement et à tout moment prouver qu'il est bien dans les conditions pour jouir de son immunité revient en pratique à lui en retirer le bénéfice »).

[762] Affaire *Leica AG c/ Central Bank of Iraq et Etat irakien*, Cours d'appel de Bruxelles, 15 février 2000, *J.T.*, 2001, p. 6 (jugé que : « les comptes bancaires des ambassades bénéficient d'une présomption en faveur de l'affectation au fonctionnement de la mission, d'où une présomption en faveur de l'immunité d'exécution, sauf preuve contraire du demandeur ».

[763] Bruxelles (9ème Ch.), 8 octobre 1996, *Zaïre c. d'Hoop*, *J.T.,* 1997, p. 100 et note P. D'ARGENT.

[764] Affaire *Leica AG c/ Central Bank of Iraq et Etat irakien*, Cours d'appel de Bruxelles, 15 février 2000, *J.T.*, 2001, p. 6 ; *Etat d'Irak c. Vinci Constructions Grands Projets s.a. de droit français*, Cour d'appel de Bruxelles, 9ème Ch., 4 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 318.

[765] Civ. Bruxelles (sais.), 27 février 1995, *Irak c. Dumez*, *J.T.*, 1995, p. 565 et note P. D'ARGENT ; ILR 284 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 119 et note J. VERHOEVEN ; Civ. Bruxelles (sais.), 9 mars 1995, *Zaïre c. D'Hoop*, *J.T.*, 1995, p. 567 et note P. D'ARGENT ; 106 *ILR* 294 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 134.

[766] Civ. Bruxelles (sais.), 27 février 1995, *Irak c. Dumez*, *J.T.*, 1995, p. 565 et note P. D'ARGENT; ILR 284 ; *Act. Dr.*, 1996, p. 119 et note J. VERHOEVEN.

comme l'observe P. d'Argent, cette approche requiert une grande prudence étant donné que c'est « au moment de la saisie et non au moment où le juge statue qu'il faut se situer pour apprécier l'affectation des fonds saisis »[767].

Quoi qu'il en soit, ce procédé (proportion raisonnable) ne semble nullement emporter l'intime conviction d'autres juridictions qui estiment qu'il appartient au demandeur en saisie de prouver, par toute voie de droit, que les fonds concernés par la mesure de contrainte ne sont pas affectés à une activité de service public[768]. Ainsi, le fardeau du renversement de la présomption d'affectation à des activités souveraines incombe aux particuliers demandeurs et les tribunaux ne peuvent en aucune manière ordonner la production par l'ambassade des extraits de comptes couvrant les opérations y enregistrées sans porter atteinte au principe même de l'immunité d'exécution[769]. Cette atteinte viserait également les immunités diplomatiques puisque l'Etat accréditaire (l'Etat du for) ne peut, selon les dispositions de l'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, rien entreprendre qui puisse entraver le fonctionnement harmonieux d'une ambassade (voir le principe coutumier *ne impediatur legatio*)[770].

Dès lors, en l'absence de toute preuve contraire du demandeur, les saisies devront être refusées au risque de blesser la sensibilité de l'Etat étranger et de perturber, *ipso facto*, les relations diplomatiques entre les Etats (étranger et du for).

Estimée défavorable aux intérêts de la partie privée, cette position met en exergue l'importance des considérations politico-juridiques en matière d'immunité d'exécution dont la prise en compte dans les procédures judiciaires aboutit le plus souvent à des décisions justifiables juridiquement et politiquement[771].

---

[767] P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 611. Dans le même sens Bruxelles (9ème Ch.), 4 octobre 2002, *Irak c. Vinci S.A., J.T.*, 2003, p. 318.

[768] Cette preuve est toutefois difficile à établir en pratique au regard du principe selon lequel les comptes bancaires des ambassades bénéficient d'une présomption d'affectation à des activités gouvernementales.

[769] Les tribunaux réservent généralement le crédit qu'il convient aux documents déposés par la mission diplomatique elle-même au nom de l'Etat accréditant faisant l'objet de saisi.

[770] Il y aurait également là une atteinte à l'article 24 de la Convention de Vienne (Cfr. Bruxelles (9ème Ch.), 4 octobre 2002, *Irak c. Vinci S.A., J.T.*, 2003, p. 318.

[771] C'est nous qui soulignons au regard de la motivation contenue dans l'affaire *République du Zaïre c. Hoop. et crts*, où le juge déclare notamment qu'« une mesure d'exécution représente un acte de coercition et est, comme telle, en temps de paix, inadmissible contre un Etat étranger ». On voit là qu'il se mêle aux décisions relatives à l'immunité d'exécution des considérations qui dépassent le strict cadre juridique et se situent sur le terrain de la

C'est autant dire qu'on se trouve ici sur un terrain quelque peu incertain où les solutions adoptées ne sont pas toujours les mêmes. D'où notre position consistant à qualifier ce groupe de biens de : « sous-catégorie la plus importante et la plus problématique des biens insaisissables ».

183. De la saisie des comptes dits mixtes. La troisième difficulté que soulève la saisie des comptes bancaires d'ambassades a trait à leur saisie partielle. En effet, bon nombre de ces comptes sont dits « mixtes », c'est-à-dire, utilisés pour partie à des fins commerciales et pour partie à des fins de souveraineté.

Certains auteurs[772] ont suggéré, en guise de solution à cette problématique, que les cours et tribunaux ne prennent en considération que l'entrave réelle et immédiate à la souveraineté, pour n'autoriser les mesures de contrainte que sur la partie des comptes des ambassades affectée à une fin commerciale ou ne servant pas aux besoins immédiats (dans un proche avenir) de la mission diplomatique. C'est la solution adoptée par la plupart de décisions de justice belges déjà analysées[773]. Celles-ci estiment qu'il n'y a pas d'obstacle à ce que la saisie

---

politique. D'ailleurs, la présomption du but jure imperii actuellement reconnue aux comptes bancaires des ambassades dans la pratique judiciaire des Etats, semble répondre à cette double préoccupation de protection juridique et politique des biens et avoirs des ambassades. Elle a été encore nettement affirmée par la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire bien connue du Compte bancaire de l'ambassade des Philippines. L'attendu solennel de la Cour qui consacre ce principe déclare que : « *(…) Les fonds portés à l'actif du compte bancaire ordinaire de l'ambassade d'un Etat étranger existant dans l'Etat du for, destinés à couvrir les dépenses et les coûts de l'ambassade, ne sont pas soumis aux mesures d'exécution exercées par l'Etat du for. Les organes d'exécution de l'Etat d'accueil commettraient une ingérence contraire au droit international dans les affaires exclusives de l'Etat d'envoi si l'Etat d'envoi était tenu, sans son* consentement, de donner des *détails sur l'existence ou sur les utilisations passées, présentes ou futures des sommes inscrites au crédit d'un tel compte* ». Cette position de la Cour constitutionnelle allemande (également présente en Belgique voy. Bruxelles, 9ème Ch., 8 octobre 1996, *Zaïre c. d'Hoop*, *J.T.*, 1997, p. 100 et note P. d'Argent) a été suivie par la plupart des tribunaux européens qui ont admis le principe de la présomption *juris tantum* en faveur du but non commercial des comptes d'une ambassade. C'est le cas notamment des *tribunaux français* (voy. *affaire Eurodif c. République Islamique d'Iran*, Cour de cassation, 1ère Ch. civ., 14 mars 1984, *R.C.D.I.P.*, 1984, pp. 644-655, F/5. Jugé que : « les biens appartenant à l'Etat étranger sont présumés affectés à une activité publique. Il appartient aux créanciers de l'Etat de prouver par tout moyen que les biens saisis sont affectés à une activité économique et commerciale relevant du droit privé et que la demande en justice d'où procède la saisie trouve son origine dans cette même activité économique ou commerciale) et *suisses* (voy. affaire *Z. c. Organe de contrôle de Genève pour le règlement des créances et des faillites*, Tribunal fédéral, 31 juillet 1990, *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 1991, 546, 102 ILR, 205, p. 207).

[772] Dans ce sens, voy. notamment J. SALMON et S. SUCHARIKTUL, « Les immunités diplomatiques entre deux chaises : immunités diplomatiques ou immunité d'Etat », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 162 et s., spéc. pp. 187 et s. Voy. aussi la discussion du Comité d'experts, in INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Report of the Sixty-sixth Conférence*, Buenos Aires, 1994, p. 497.

[773] Notamment, affaire *Leica* (Bruxelles (8ème ch.), 15 février 2000, *Leica A.G. c. Central bank of Iraq and Republic of Iraq*, *J.T.*, 2001, p. 6 et note M. ROMERO). Jugé que : « sans préjudice de l'immunité diplomatique ou consulaire, l'immunité d'exécution de l'Etat peut seulement être invoquée pour des avoirs qui appartiennent au domaine public, et qui donc n'ont pas reçu une affectation privée (…) ; l'immunité d'exécution peut

porte sur une partie du dépôt bancaire destinée à être utilisée autrement qu'à des fins de service public non commerciales[774].

Bien que la question fût amplement discutée[775], on doit se rendre à l'évidence que la saisie-arrêt des comptes bancaires emporte, en principe, l'indisponibilité totale de ces comptes pendant toute la durée de la procédure. Une telle indisponibilité mettrait en mal le fonctionnement harmonieux d'une ambassade au point qu'elle ne saurait être autorisée parce qu'elle constituerait une atteinte portée non seulement aux dispositions de l'article 25 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, mais aussi au principe même de l'immunité d'exécution. L'Etat accréditaire étant soumis à l'obligation d'accorder toutes les facilités pour l'accomplissement des fonctions de la mission, une partie du compte bancaire de l'ambassade devra, même dans l'hypothèse de saisie motivée par le mélange des fonds, demeurer toujours disponible afin de permettre l'accomplissement des activités régaliennes relevant des pouvoirs et responsabilités de la mission. Ce qui ne peut aller sans poser de problème au regard du principe *ne impediatur legatio*.

En somme, il y a lieu de souligner que quels que soient les développements précédents, la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens soustrait, en son article 21, les comptes bancaires des ambassades aux mesures d'exécution forcée de droit commun. La position ainsi adoptée s'explique par le fait que la possibilité de

---

seulement être écartée s'il apparaît, non seulement que les sommes déposées sur les comptes de la Générale de Banque ne pourraient pas être utiles à l'exercice des fonctions de la mission, mais aussi que ces sommes, qui font partie du patrimoine de l'Etat iraquien, n'appartiennent pas au domaine public de l'Iraq, mais sont affectées à des fins privées ».

[774] En sens contraire, voy. l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 8 octobre 1996 (*Zaïre c. d'Hoop*) d'après lequel la cour refuse toute saisie de ces comptes en vertu de l'indisponibilité totale qui résulte de la saisie-arrêt en droit belge (Bruxelles, 9ème Ch., 8 octobre 1996, *Zaïre c. d'Hoop*, *J.T.*, 1997, p. 100 et note P. D'ARGENT). Dans le même sens à propos du compte d'un consulat, Civ. Liège (sais.), 12 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1308 (sommaire), 1996, p. 1259, note G. DE L.).

[775] Certains tribunaux avaient admis la saisie de ces comptes au motif que toute solution contraire permettrait aux Etats de se soustraire systématiquement aux mesures d'exécution en ouvrant des comptes mixtes (voy. *Birch Shipping Corp. v. Embassy of Tanzania*, Misc. N° 80-247 (DDC 1980), résumé in 75 A.J.I.L. 373 (1981). *Adde* : Cour supr. Autriche, 6 août 1958, *Neustein c. République d'Indonésie*, I.L.R., vol. 65, p. 3. Pour un commentaire, voy. I. SEIDL-HOHENVELDERN, « State Immunity : Austra », 10 N.Y.I.L. 97, 197-198 (1979). Tandis que d'autres optaient carrément pour l'immunité d'exécution de ces comptes en prônant leur insaisissabilité (à titre indicatif, voy. *affaire du compte bancaire de l'ambassade de la République d'Autriche*, Cour suprême autrichienne, décision du 3 avril 1986, I.L.R., vol. 77, p. 489. et *affaire Benamar c ; Ambassade de la République d'Algérie*, Cour de cassation italienne, décision du 4 mai 1989, 84 A.J.I.L. 573 « 1990 » avec note L. RADICATI di BROZOLO). Mais, les juges n'entendaient nullement s'ingérer dans les affaires intérieures des Etats étrangers en tentant de distinguer, parmi les fonds déposés dans un même compte de l'Etat, ceux qui devraient servir à des fins de souveraineté (déclarés insaisissables) et ceux qui ne l'étaient pas parce que destinés à des activités commerciales (donc réputés saisissables).

mesures de contrainte à propos de biens de l'Etat utilisés à des fins commerciales étant admise, il fallait donc prévoir une clause de sauvegarde pour les biens nécessaires à l'exercice des prérogatives souveraines et dont un Etat ne peut être dépouillé sans nier sa qualité et son existence. Les comptes bancaires des missions diplomatiques et consulaires figurent donc parmi ces biens formant le « noyau dur de la souveraineté de l'Etat ».

B. Les biens à caractère militaire

184. Une exception justifiée par le caractère stratégique de ces biens pour l'Etat étranger. La seconde catégorie des biens liés à l'exercice par l'Etat de ses prérogatives de puissance publique et qui a, cependant, suscité moins de problèmes est constituée des biens militaires ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions militaires. C'est le cas des navires de guerre et autres matériels militaires. Ces biens ne peuvent faire l'objet de saisie au risque de mettre la sécurité de l'Etat étranger en danger. Aussi, bénéficient-ils d'une protection particulière en raison de leur caractère stratégique pour cet Etat. L'exclusion à leur égard des mesures de contrainte se trouve expressément stipulée dans de nombreuses législations nationales[776] et internationales[777]. De même, la jurisprudence reconnaît l'immunité d'exécution de ces biens, particulièrement, des navires de guerre, dont la protection revêt une portée plus large parce qu'elle s'exerce même lorsque ces navires sont hors service, par exemple, en cours de réparation[778].

---

[776] Par exemple, la Loi du 28 novembre 1928 (*M.B.*, 1er juin 1931) ayant pour objet l'introduction en droit belge des dispositions conformes à celles de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat, signée à Bruxelles le 10 avril 1926 (*M.B.*, 11 janvier 1929, *Pasin.*, 1928, p. 474). Cette loi autorise la saisie des navires d'Etat, sauf s'il s'agit de « navires de guerre... affectés à un service public non commercial ». Dans le même sens, la Convention de Bruxelles sur l'abordage, dont l'article 11 prévoit qu'« elle est sans application aux navires de guerre et aux navires d'Etat exclusivement affectés à un service public » (article 11 de cette Convention citée par M. REMOND-GOUILLOUD, « Navires et immunités étatiques », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger, op. cit.*, p. 212). De même, en droit suédois, les navires de guerre et autres navires servant à des fins non commerciales jouissent de l'immunité de juridiction et d'exécution. Parlement suédois (*Sveriges Riksdag*) loi du 17 juin 1938, Répertoire des lois suédoises, SFS 1938 : 470 (*Svensk författningssamling*, SFS 1938 : 470) S/23.

[777] Voy., à titre indicatif, La Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens (article 21, par. 1, b).

[778] *Wijsmuller Salvage B.V. c. ADM Natal Services*, Tribunal d'arrondissement d'Amsterdam, 19 novembre 1987, NL/8.

Point n'est besoin de rappeler que les navires d'Etats utilisés à des fins de service public, c'est-à-dire, souveraines, sont soumis au même régime d'insaisissabilité que les navires de guerre. Seuls les navires exploités à des fins commerciales[779] demeurent susceptibles d'être appréhendés par des voies d'exécution forcée de droit commun en raison de leur nature non gouvernementale[780]. Posée dès 1926 par la Convention de Bruxelles relative aux immunités des navires d'Etats, cette dernière règle est désormais reconnue dans la plupart des Etats européens dont certains, soucieux d'accorder une valeur particulière à son contenu, en ont transposé, dans leurs droits internes, certaines dispositions particulières.

C. Les fonds des banques centrales

185. Biens affectés à la politique monétaire de l'Etat. Les biens utilisés par les banques centrales ou les autres autorités monétaires pour les besoins de leurs activités monétaires (par opposition à ceux qui sont utilisés à des fins commerciales) ne peuvent faire l'objet des saisies par les créanciers privés[781]. La raison en est qu'on ne peut priver l'Etat des moyens de sa politique monétaire[782]. Cette considération a amené la Convention des Nations Unies à reconnaître expressément l'immunité d'exécution aux banques centrales et aux autres autorités monétaires de l'Etat (article 21 c).

---

[779] Cfr. Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 sur « l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat ». D'après cette Convention, les navires appartenant à des Etats ou exploités par eux, à des fins commerciales, s'y voient soumis aux règles applicables aux navires, cargaisons et armements privés. Cette assimilation ne cesse, bien entendu, que lorsque le navire est affecté à un service gouvernemental et non commercial (article 3, § 1).

[780] Voy. affaire *Société Paul Liegard c. Capitain Serdjuk and Mange*, France, Tribunal de Commerce de la Rochelle, 14 octobre 1964, 65 ILR, 38, p. 39.

[781] En ce sens voy. Aff. *Banca Carige SpA Cassa Di Risparmio Geneva E. Imperia c. Banco Nacional De Cuba and Another*, High Court, Chancery Division (Companies Court), 11 april 2001, (2001) 3 All ER 923, GB/11.

[782] On notera qu'en droit interne des Etats analysés (France, Belgique, RDC), les banques ne sont pas considérées comme des personnes publiques exerçant des activités de service public proprement dit car elles prennent souvent la forme des sociétés commerciales. En conséquence, leurs biens peuvent faire l'objet des saisies (dans ce sens, CH. HUBERLANT et F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 247).

Toutefois, une certaine jurisprudence considère que certaines banques centrales ne sont pas des émanations de l'Etat et ne peuvent donc pas, pour cette raison, bénéficier de l'immunité d'exécution[783].

D. Les biens culturels et scientifico-historiques

186. Une innovation de la C.D.I. reprise par la Convention de New York. L'article 21, points (d) et (e) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens consacre l'insaisissabilité des biens de l'Etat étranger faisant partie du patrimoine culturel ou ayant un intérêt scientifico-historique pour cet Etat. Il s'agit là d'une exception, au demeurant, bien accueillie par la doctrine[784] mais, qui ne s'applique qu'aux objets qui sont la propriété de l'Etat et qui ne sont pas mis en vente ou destinés à être mis en vente ; autrement dit, des biens affectés à une activité de souveraineté.

Ainsi, l'immunité d'exécution a été reconnue par le Tribunal civil de Bruxelles, à un film réalisé pour documenter la visite officielle d'un chef d'Etat étranger au motif que le bien était utilisé à des fins de service public. Cette position du Tribunal qui apporta une contribution importante à la construction jurisprudentielle de l'immunité d'exécution surtout quant au but ou à l'affectation des biens de l'Etat étranger fut exprimée en ces termes : « *à défaut d'un règlement international, la solution à donner au problème de l'immunité d'un Etat étranger en matière de saisie doit être recherchée à la lumière de la destination que cet Etat, contre lequel une saisie est dirigée, donne ou se propose de donner aux biens qui en font l'objet. Si ces biens sont destinés à un but qui concerne le jus imperii, toute saisie, même conservatoire,*

---

[783] Voy. l'affaire *Trendtex Trading Corporation c. Central Bank of Nigeria*, Court of appeal, 13 janvier 1977, (1977) 2 WLR 356, 64 ILR 111, GB/12 (jugé que : « The restrictive doctrine of State Immunity as recognized in customary international law is part of the common law. The question as to whether a separate legal entity of a foreign State is entitled to immunity depends upon the degree of control exercised by the State over that entity and the functions which the entity performed. (By majority) The Central Bank of Nigeria was not an emanation of the State entitled to claim immunity. Since the Bank was not immune its funds were not immune from seizure or injunction ».

[784] A titre indicatif, voy. C. KESSEDJIAN & C. SCHREUER, « *Le projet d'articles de la Commission du Droit International des Nations Unies sur les immunités des Etats* », cité par M. COSNARD, *op. cit.*, p. 190.

est impossible parce que, même en ce dernier cas, elle en empêche le libre usage et la libre destination, ce qui s'oppose ou nuit au but que lui a donné cet Etat »[785].

Cette raison ne fut pourtant pas la seule admissible parce qu'il aurait été aussi possible de considérer ce film documentaire comme un bien faisant partie du « patrimoine culturel » ou à tout le moins constituant « des archives » à sauvegarder ou un bien présentant un intérêt historique pour que l'immunité d'exécution soit demandée. En effet, l'article 1412*ter* du Code judiciaire belge porte que : « §1er *Sous réserve de l'application des dispositions impératives d'un instrument supranational, les biens culturels qui sont la propriété de puissances étrangères sont insaisissables lorsque ces biens se trouvent sur le territoire du Royaume en vue d'y être exposés publiquement ou temporairement »*[786].

Sont considérés comme biens culturels de puissances étrangères aux termes du paragraphe 2, premier alinéa de la même disposition, les objets présentant un intérêt artistique, scientifique, culturel ou historique[787].

§4. L'immunité d'exécution et le droit d'accès à un tribunal

187. Position du problème. Le droit d'accès à un tribunal défini comme le droit qu'à une personne de saisir une juridiction de ses prétentions et d'obtenir exécution de la sentence rendue a été également à la base de certaines affaires soumises à la Cour européennes des droits de l'homme. Il s'est agi en substance de savoir si le respect de ce droit peut être considéré comme une limitation au principe de l'immunité d'exécution. Autrement dit, si l'invocation de l'article 6, § 1 de la Convention de Rome peut paralyser l'interdiction de la contrainte dont bénéficie un Etat étranger sur ses biens situés dans le territoire du for.

188. Solution adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.). La C.E.D.H. qui a eu à se prononcer sur cette question reconnaît d'abord ce droit comme faisant

---

[785] *NV Filmparthers*, Belgique, Tribunal civil de Bruxelles, 27 juillet 1971, 65 ILR, 26, p. 28.

[786] A. KOHL et G. BLOCK, *Code judiciaire* 2006, 5ème éd. Bruxelles, Bruylant, 2007, p.514.

[787] Le deuxième alinéa de ce paragraphe deux précise que les biens culturels qui sont affectés à une activité économique ou commerciale de droit privé ne bénéficient pas de l'immunité visée au §1er.

partie des droits fondamentaux de la personne humaine et considère que le droit d'accès à un tribunal serait illusoire s'il était admis dans l'ordre juridique interne d'un Etat contractant qu'une décision juridictionnelle définitive et exécutoire reste inopérante au détriment d'une partie[788]. Par ailleurs, la Cour est d'avis que l'exécution du jugement, de quelque juridiction que ce soit, fait partie du « procès » équitable au sens de l'article 6, § 1 de la Convention de Rome du 4 novembre 1950[789].

Cependant, la C.E.D.H. estime que le droit d'accès à un tribunal comme le droit d'obtenir exécution par la contrainte d'une sentence juridictionnelle n'ont pas un caractère absolu. Dès lors, des restrictions peuvent être apportées à ces droits, particulièrement, au droit d'accès à un tribunal pour autant « *qu'elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »[790].

Ainsi, dans une affaire où les victimes d'atrocités commises par les troupes allemandes durant la seconde guerre mondiale avaient obtenu la condamnation de l'Allemagne au paiement des dommages et intérêts, le ministre grec de la Justice avait refusé d'autoriser la saisie de certains biens allemands situés en Grèce (alors que la loi grecque lui en donnait le droit) en raison de l'immunité d'exécution dont bénéficie, en droit international, l'Etat allemand.

Saisie de cette affaire, la C.E.D.H. a jugé que la restriction apportée à l'article 6, § 1 dans ce cas d'espèce, c'est-à-dire, le refus de saisir certains biens allemands se trouvant en territoire grec était admissible parce qu'elle poursuivait « *un but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre les Etats* » ; qu'ainsi, on ne peut « *de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal (…) des mesures (…) qui reflètent des règles de droit international généralement connues en matière d'immunités des Etats* ». Que par ailleurs, même si les crimes pour lesquels réparation a été obtenue relèvent du *jus cogens (*règle coutumière du droit international public à laquelle on ne peut déroger, par exemple, la prohibition du génocide), il n'est pas établi « *qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne*

---

[788] J. VERHOEVEN (dir), *Droit international des immunités : contestation ou consolidation* ?, Larcier, 2004, p. 142. Dans le même sens, Affaire *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, *Rec.*, 1997-II, § 40.

[789] Affaire *Kalogeropoulou et al.*, req. N° 59021/00, 12 déc. 2002, p. 6.

[790] J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 142.

peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol (sic) d'un autre Etat »[791].

L'analyse attentive de cette jurisprudence de la C.E.D.H. révèle une certaine identité de régime juridique (longtemps refusé) entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Car, soutenir comme l'a fait la Cour, qu'il n'est pas établi en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité (de juridiction sous-entendue ici) dans les actions en dommages et intérêts pour crime contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat revient, en d'autres termes, à faire croire que tout ce qui est bon pour l'immunité de juridiction l'est aussi pour l'immunité d'exécution. Or, comme on l'a déjà dit, ces deux privilèges sont soumis à des règles et à des autorités différentes. Dire le droit, autrement dit, rendre une sentence juridictionnelle n'est pas la même chose qu'assurer son exécution.

Ainsi, en ayant soumis à un même régime juridique l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution, la C.E.D.H. avait suscité une certaine polémique sur sa justification de l'immunité d'exécution dans l'affaire sous examen. Cette polémique devint inévitable, lorsque, poursuivant son raisonnement, la Cour ajouta : « *il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d'outrepasser contre son gré la règle de l'immunité des Etats. Cela est au moins vrai pour la situation du droit international public actuel, (…), ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur »*[792].

Dès lors, il y a lieu de s'interroger avec J. VERHOEVEN s'il est normal à une Cour de demander à un Etat de violer le droit international s'il le veut ? Bien plus, pourquoi dans la formule conclusive de son raisonnement, la Cour devait-elle préciser qu'un développement du droit international n'est pas à exclure dans le futur alors que celui-ci se réalise presque toujours forcément ? Pourquoi, enfin, la Cour ne s'était-elle pas limitée tout simplement à souhaiter un tel développement au regard de ce qui précède ?

Quoi qu'il en soit, on retiendra de cet arrêt le principe que *l'immunité d'exécution doit être respectée si elle est imposée par le droit international*, autrement dit, si elle constitue une

---

[791] J. VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 142-143.

[792] J. VERHOEVEN, *ibidem*, p. 143.

« *cause d'utilité publique* », un « *but légitime* »[793]. Dans le cas contraire, il peut être dérogé à ce privilège au profit du droit d'accès à un tribunal, l'immunité d'exécution n'étant pas d'ordre public (*jus cogens*) et n'ayant pas non plus un caractère absolu. Par ailleurs, la Convention européenne (article 6 §1er) doit aussi s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité d'exécution aux Etats[794].

189. Conclusion. Des développements qui précèdent, il ressort que la plupart des tribunaux adhèrent au principe selon lequel l'immunité d'exécution des Etats étrangers ne peut plus être considérée comme une règle absolue. En conséquence, le bénéfice de ce privilège peut être refusé aux Etats étrangers dans certaines situations notamment en cas de renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution, lorsque le bien que l'on cherche à saisir pour l'exécution d'une décision judiciaire a été affecté par l'Etat étranger lui-même à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice, c'est-à-dire, à l'activité même qui a donné naissance au litige principal soumis au juge ou enfin, lorsqu'il s'agit des biens clairement affectés à des activités commerciales[795].

Toutefois, certaines règles spécifiques viennent compléter ce principe de base de l'immunité restreinte d'exécution et visent à renforcer la protection de certains biens jugés nécessaires à l'indépendance et à la dignité qui s'attachent à la qualité d'un Etat. Il s'agit des biens présumés être affectés à des activités souveraines ou de puissance publique comme les fonds des banques centrales[796], les biens à caractère militaire et autres matériels militaires[797], les

---

[793] L'accent est ici mis sur l'aspect fonctionnel de l'immunité d'exécution consistant non seulement à garantir l'exercice indépendant de fonctions ou de responsabilités, mais aussi assurer la bonne gestion des rapports internationaux dans l'intérêt de la communauté internationale).

[794] En principe, il n'existe pas de conflit entre la règle du « droit au procès équitable » et celle de l'immunité d'exécution d'Etats. C'est ce qu'affirme la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Irak c. Vinci* : «*dans les limites de son acception restreinte, l'immunité d'exécution des Etats étrangers n'est pas inconciliable avec le (droit au juge) car l'intention des auteurs de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou du pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques n'était certainement pas de mettre à néant le principe de l'immunité d'exécution d'Etat et diplomatique unanimement admis en droit international* » (Bruxelles, 9ème Ch., 4 octobre 2002, *Irak c. Vinci*, *J.T.*, 2003, p. 318). Cette affirmation semble épouser la conception de la CEDH relative au « but d'utilité publique » ou « but légitime ».

[795] Voy. *supra*, section 2, nos 172 et s., de même que les nos 176 et 177.

[796] Cfr. *supra* n° 185.

[797] Cfr. *supra* n° 184.

biens des missions diplomatiques et consulaires[798] ainsi que les biens ayant un caractère culturel ou scientifico-historique[799]. En l'absence d'autre affectation définie de ces biens, ils sont censés demeurer des biens publics, ce qui revient en fait à refuser presque toujours leur saisie, sauf preuve contraire du créancier.

Il reste cependant que la preuve de l'affectation à une activité commerciale du bien saisi peut s'avérer fort malaisée pour le demandeur étant donné que l'Etat étranger a toujours la possibilité de contester une telle affectation ou prétendre qu'il n'y a pas de ventilation entre les fonds qui tous sont utilisés à des fins publiques.

Cette précision donnée, il devient important de passer à la détermination des bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit international car la mise en œuvre de ce privilège exige que soient déterminés, de façon précise, ceux qui peuvent réellement l'invoquer.

Chapitre II. Les bénéficiaires de l'immunité d'exécution

190. Question complexe au regard de la multiplicité des sujets de droit international et des organes qui les représentent. La détermination, en droit international, des bénéficiaires de l'immunité d'exécution est une question complexe au regard de la multiplicité des sujets susceptibles de tirer profit de cette prérogative. Si en droit interne, l'Etat et ses démembrements organiques et territoriaux demeurent les seuls titulaires et bénéficiaires de ce privilège, ceci n'est pas le cas en droit international où entrent en jeu d'autres acteurs de la vie internationale tels que les organisations internationales. Cette considération fait de l'immunité d'exécution, en tant qu'attribut de la personne[800], une prérogative qui dans l'ordre juridique international profite non seulement aux titulaires de ce droit que sont les Etats et les organisations internationales, mais aussi aux organes ou personnes physiques par lesquels ces sujets de droit agissent sur la scène internationale à savoir : le personnel politique, le

---

[798] Cfr. *supra* n° 179.

[799] Cfr. *supra* n° 186.

[800] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 93 : L'immunité d'exécution est un attribut de la personne et la notion de bénéficiaire en est la traduction procédurale puisqu'elle désigne les personnes physiques et morales possédant le droit d'invoquer le privilège dévolu à des sujets de droit.

personnel diplomatique et consulaire et enfin, le personnel des organisations internationales. Ainsi, les personnes morales comme les personnes physiques sont susceptibles de revendiquer, devant les juridictions nationales, le bénéfice de l'immunité d'exécution.

Notre étude étant essentiellement consacrée à la protection des créanciers (à un titre ou à un autre) des pouvoirs et organismes publics, c'est-à-dire, des personnes physiques ou morales entrant en relation d'affaires avec l'Etat au sens large, il ne sera nullement question d'aborder, dans ce cadre, la problématique de l'immunité d'exécution des organisations internationales et celle des personnes physiques qui les représentent. De la sorte, nos développements ne porteront que sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger et de ses composantes fédérales ou autres (Section 1), ensuite celle des établissements publics et des entités y assimilées (Section 2).

Section 1. L'Etat et ses composantes

§ 1. De l'Etat étranger

191. La notion de l'« Etat » aux fins de l'immunité d'exécution. La notion de l'Etat est un concept très important en droit des immunités en général et de l'immunité d'exécution en particulier au regard surtout de la position de la jurisprudence en la matière. Celle-ci pose en principe que seul l'Etat indépendant et souverain dans l'ordre international est titulaire et bénéficiaire direct de l'immunité d'exécution. Dès lors, surgit immanquablement la question de savoir ce que signifie exactement l'« Etat » considéré à l'heure actuelle comme l'une des notions[801] formant la pierre angulaire de la problématique immunitaire.

A la vérité, tous les droits s'accordent à admettre que l'Etat moderne dont les origines remontent aux traités de Westphalie de 1648 se caractérise par ses éléments de base dont la

[801] L'autre notion étant le champ d'application du concept Etat (G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 2).

compétence exclusive intérieure et l'indépendance dans les relations internationales[802]. Etant donné que l'immunité d'exécution de l'Etat trouve ses racines dans le droit international, c'est avant tout au regard de ce droit que devait s'apprécier la définition de l'Etat. Mais, il s'agit là d'un vœu pieux puisqu'en raison de son rôle et de la place prépondérante qu'il occupe dans l'ordre juridique international (l'Etat souverain étant lui-même sujet, créateur et destinataire principal du droit international) il ne semble pas utile de chercher la définition de l'Etat dans cette sphère[803].

L'explication de la notion étatique est surtout présente dans le domaine immunitaire. Et cela, à juste titre. En effet, l'octroi des immunités ayant pour objectif de faire respecter la souveraineté de l'Etat face aux procédures judiciaires diligentées à son encontre par les personnes privées, il parut nécessaire de mieux expliciter cette notion (dans le domaine immunitaire) afin d'éviter que des entités autres que l'Etat eussent été en mesure de tirer également profit de ce privilège. Aussi, un accent particulier fut-il mis sur la notion de souveraineté pleine et entière comme caractéristique de l'Etat au point que ce dernier ne peut, en tant que sujet de droit international, revendiquer cette qualité devant les juridictions internes aux fins d'immunité d'exécution sans préalablement exciper de sa souveraineté. Ceci pose naturellement le problème de la détermination du champ d'application *ratione personae* de l'immunité d'exécution, autrement dit, des personnes susceptibles de revendiquer le bénéfice de cette prérogative[804] en tant qu'Etat ou agissant pour le compte de l'Etat.

Toutefois, avant d'en arriver là, il sied de noter que c'est aux Etats dans l'ordre interne ainsi qu'à quelques instruments juridiques internationaux que revient surtout le mérite d'avoir cerné les contours du concept Etat. Sachant qu'en matière d'immunités, en ce compris l'immunité d'exécution, les conventions internationales sont peu nombreuses, nous allons tenter d'appréhender les différentes acceptions données à cette notion (d'Etat) par ces

---

[802] Sentence arbitrale de Max Huber rendue dans l'affaire de *l'île de Palmas* (1928), 2 RSA 829.

[803] La Convention américaine sur les droits et les devoirs des Etats adoptée à Montevideo en 1933 semble toutefois avoir tenté une définition de l'Etat dans l'ordre juridique international en se référant particulièrement à ses éléments dits constitutifs (territoire, population, souveraineté). Cette définition a été reprise par la théorie et la pratique contemporaine (voy. Conférence pour la paix en Yougoslavie, « Avis n° 1 de la Commission d'arbitrage (Commission Badinter) », *Revue général de droit international public*, 1922/21, pp. 264-266).

[804] Cette préoccupation fut jugée d'une extrême importance surtout à l'époque de la conception de l'immunité d'exécution dite absolue. A l'heure actuelle, l'intervention d'autres critères dans l'octroi de ce privilège, comme celui de la nature commerciale d'activités menées, ont contribué à réduire constamment son influence.

instruments juridiques tout en comparant au passage la pratique des Etats relativement au champ d'application de ce concept Etat.

A. Position des instruments juridiques internationaux sur la notion d'Etat

192. Des Etats souverains. Des trois instruments internationaux de base relatifs aux immunités d'Etats déjà cités, seule la Convention européenne ne contient pas des dispositions relatives à la définition de l'Etat. Le projet d'articles de la Commission du Droit International ainsi que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens comportent, chacun, une définition du concept « Etat ». Celui-ci est, aux termes de l'article 2, paragraphe 1, b), point i) de la Convention de New York, considéré comme désignant :

- « *i) l'Etat et ses divers organes de gouvernement* ;
- *ii) les composantes d'un Etat fédéral ou les subdivisions politiques de l'Etat, qui sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine et agissent à ce titre ;*
- *iii) les établissements ou organismes d'Etat ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir ou accomplissent effectivement des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat ;*
- iv) *les représentants de l'Etat agissant à ce titre* ».

Telle que définie aux points ci-dessus cités de la Convention de New York, la notion d'Etat ne peut donc nullement prêter à confusion dans la mesure où elle fait allusion à l'Etat souverain ainsi qu'à ses organes traditionnels, c'est-à-dire, tous les organes relevant du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire. Bref, rentrent dans la définition de l'Etat aux fins de l'immunité d'exécution, selon le paragraphe 1, b, i) de cette Convention, tous les organes de l'Administration de l'Etat, notamment le gouvernement central, les ministères et d'autres

services ou bureaux[805]. Il s'agit en fait des éléments qui procurent à l'Etat non seulement l'autonomie intérieure, mais aussi et surtout, l'entière souveraineté internationale.

Dès lors, les entités soucieuses de tirer profit de la protection que procure l'immunité d'exécution doivent préalablement, en considération de ce qui précède, répondre à la définition internationale de l'Etat, c'est-à-dire, être revêtues de la qualité d'Etat et, plus précisément, d'Etat pleinement et entièrement souverain. On voit donc que, s'agissant de l'octroi de l'immunité d'exécution, c'est la dimension extérieure de l'Etat qui est déterminante puisque la Convention des Nations Unies subordonne le bénéfice d'un tel privilège à l'existence de la personnalité internationale[806].

Quid alors de certains sujets assimilés à l'Etat souverain ?

B. Des sujets assimilés à un Etat souverain

193. Les Etats semi-souverains. La première question relative à la situation des entités semi-souveraines est celle de savoir si ces Etats dont la *souveraineté est limitée* peuvent prétendre au bénéfice de l'immunité d'exécution[807]. Par Etats dont la souveraineté est partielle ou limitée, on entend les Etats semi-souverains, c'est-à-dire, les entités qui, ayant été des Etats à

---

[805] MARCELO G. KOHEN, « La définition de l'Etat », in *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, Conseil de l'Europe, 2006, p. 4.

[806] C'est-à-dire, être un Etat entièrement ou pleinement souverain. L'Etat souverain est celui qui a le plein exercice de sa souveraineté tant nationale qu'internationale (P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public,* t. 1, Paris, 1921, n° 175). S'agissant de l'octroi du privilège de l'immunité d'exécution, c'est la dimension extérieure de l'Etat qui est prépondérante puisque la jurisprudence traditionnelle subordonne le bénéfice d'un tel privilège à l'existence de la personnalité internationale.

[807] Ces Etats sont qualifiés tantôt d'Etats non souverains (I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 71), tantôt d'Etats semi-souverains ou dont la souveraineté est partielle (M. COSNARD, *op. cit.*, p. 88), tantôt d'Etats protégés (I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 71 ; G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 4). Comme le souligne I. PINGEL-LENUZZA, la question de l'immunité d'exécution des Etats dits protégés a, à l'heure actuelle, perdu beaucoup de son intérêt pratique en raison de l'accession à l'indépendance complète de l'ensemble de ces Etats. Néanmoins, elle mérite d'être évoquée car elle permet de mettre en évidence certains traits caractéristiques du droit des immunités. Traditionnellement, l'Etat protégé est défini comme « celui qui s'est ou a été placé sous l'égide et sous la tutelle d'un Etat plus puissant et plus fort » (P. FAUCHILLE, *op. cit.*, n° 176, cité par I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 71). Cet Etat perd toujours l'exercice des droits de sa souveraineté extérieure (conclusion des traités, droit de légation) et parfois certains droits dépendants de la souveraineté intérieure, comme le commandement militaire ou l'administration de la justice (Voy. L. LE FUR, « *Précis de droit international public* », *D.*, 1931, p. 937, n° 226).

part entière, ont abdiqué au profit d'un autre Etat une partie de leur souveraineté, principalement en matière de relations internationales et de défense, bien que l'étendue de ce transfert puisse être plus vaste et toucher d'autres domaines[808]. Ces Etats conservent néanmoins une organisation interne et sont généralement dotés de structures législatives, exécutives et judiciaires[809]. C'est le cas, par exemple, de protectorats (Etats protégés).

La pratique des Etats atteste qu'en dépit de leur souveraineté limitée, les Etats protégés furent généralement considérés comme des Etats souverains et susceptibles de jouir de l'immunité d'exécution[810]. L'important était surtout de savoir si ces entités semi-souveraines pouvaient être traduites devant les tribunaux de l'Etat protecteur ou invoquer devant eux l'immunité d'exécution. La solution fut dictée selon que l'Etat protecteur exerçait ou pas sa souveraineté sur le protectorat. Lorsque les pouvoirs de l'Etat protecteur se limitaient uniquement à la prise en charge des relations extérieures et de la défense de l'Etat protégé, lequel avait la maîtrise de son gouvernement, les tribunaux lui reconnaissaient le droit d'invoquer l'immunité de juridiction ou d'exécution et de ne pas ainsi se plier à la justice ou aux voies d'exécution forcée imposées par les tribunaux de l'Etat protecteur[811]. En revanche, si l'Etat semi-souverain ne pouvait agir que dans le cadre d'une autorité déléguée par un autre Etat, il ne pouvait alors prétendre à l'immunité.

Quant aux autres protectorats tels que les colonies, elles ne pouvaient, en tant que subdivisions politiques relevant de la souveraineté de la puissance coloniale, prétendre au bénéfice, en leur nom propre, de l'immunité d'exécution, mais plutôt au nom de l'Etat colonial considéré comme le véritable défendeur à l'action. En effet, la colonie souvent appelée Etat vassal, n'avait qu'une souveraineté réduite, dérivant d'un autre Etat souverain envers lequel elle était dans un rapport de subordination. Ce statut (d'Etat vassal) avait pour

---

[808] En fait, cette définition rapproche les Etats semi-souverains des Etats fédérés. Cependant, la distinction entre les deux types d'Etats réside sur le mode de transfert de prérogatives et sur les bénéficiaires de ce transfert. Tandis que les prérogatives d'un Etat semi-souverain sont transmises en vertu d'un traité et ses rapports avec l'Etat bénéficiaire sont régis par le droit international, les Etats fédérés abdiquent à leur souveraineté en adhérant à une constitution et leurs relations avec l'Etat fédéral s'accomplissent dans le cadre d'un ordre juridique national. Bref, ce qui caractérise les entités semi-souveraines est la détermination de leur statut par le droit international (M. COSNARD, *op. cit.*, pp. 88-90).

[809] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 88.

[810] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 4. La raison était que l'Etat protégé ne perdait pas entièrement sa qualité de sujet du droit international en dépit de son abdication d'une partie de sa souveraineté (I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 71).

[811] MARCELO G. KOHEN, *op. cit.*, p. 4.

conséquence, la privation à la colonie de la jouissance et de l'exercice de sa souveraineté extérieure (sauf exception très rare). Aussi, la jurisprudence parut elle plus hésitante à reconnaître à la colonie le bénéfice de l'immunité d'exécution en tant qu'elle était privée de la personnalité internationale.

Bref, le problème consistait surtout ici à identifier l'Etat bénéficiaire de l'immunité d'exécution qu'à s'interroger sur l'applicabilité du privilège.

Pour tout dire, la question de l'attribution de la qualité d'Etat aux entités semi-souveraines aux fins de l'octroi de l'immunité d'exécution est aujourd'hui davantage d'intérêt historique que pratique. Néanmoins, elle éclaire la notion d'immunité de l'Etat, en mettant en évidence le rapport étroit qui unit immunité et souveraineté de l'Etat. Car c'est parce qu'il conserve une partie de sa souveraineté, c'est-à-dire, de sa personnalité internationale que l'Etat semi-souverain ou protégé est admis au bénéfice de l'immunité d'exécution[812]. Par ailleurs, la

---

[812] A l'heure actuelle, on peut, à cet égard, citer, l'arrêt de la Cour de cassation de France du 25 avril 2006 rendu dans l'affaire *Irak* dont la souveraineté était affectée par la guerre du Golf quoi que l'Irak n'ait pas perdu sa souveraineté internationale (Cfr. affaire *Irak c. Dumez)*. Cet arrêt de la Haute cour fait suite à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 février 2002 qui avait refusé l'immunité d'exécution à l'Etat irakien aux motifs, d'une part, que les résolutions des Nations Unies prises dans le cadre du maintien ou du rétablissement de la paix (chapitre VII de la Charte des Nations Unies) ont une fonction normative et coercitive et s'imposent aux juges des Etats membres dont la France (*Considérant que dès que le Conseil agit pour le maintien de la paix ou son rétablissement dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, ses résolutions, qui ont à la fois une fonction normative et coercitive, s'imposent aux juges des Etats membres, dont la France, comme possédant une autorité dérivée du traité constitutif des Nations Unies);* que d'autre part, la souveraineté de l'Irak était substantiellement affectée par l'injonction faite à ce pays d'honorer scrupuleusement ses obligations, ce qui avait pour conséquence de priver ce pays de la possibilité d'invoquer le bénéfice de l'immunité d'exécution de l'Etat et même de l'immunité diplomatique (*Considérant que le Conseil de sécurité en enjoignant l'Irak d'exécuter ses obligations, a, à titre punitif, affecté substantiellement la souveraineté de cet Etat en le privant de la possibilité d'invoquer le bénéfice d'une immunité d'exécution d'origine tant coutumière que conventionnelle à l'égard des dettes qui répondent aux conditions ci-dessus)*. C'est cet arrêt qui a été infirmé par la Cour de cassation française en date du 25 avril 2006. La Haute cour, après avoir statué sur la portée des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies qui, d'après elle, n'ont pas d'effet direct tant qu'elles n'ont pas été transposées en droit interne et rendues obligatoires (*Si les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies s'imposent aux Etats membres, elles n'ont, en France, pas d'effet direct tant que les prescriptions qu'elles édictent n'ont pas, en droit interne, été rendues obligatoires ; qu'à défaut, elles peuvent être considérées par le juge en tant que fait juridique*), a, toutefois, estimé que la Cour d'appel, avait, par son refus d'octroi de l'immunité d'exécution à l'Irak, violé les principes du droit international coutumier et conventionnel en matière d'immunités. Les arguments avancés par la Cour de cassation contre l'arrêt querellé sont : 1) la cour d'appel de Paris a donné un effet direct à une résolution des Nations Unies sans que celle-ci soit transposée en droit interne et rendue obligatoire ; 2) la souveraineté de l'Etat irakien était, certes, substantiellement affectée par la résolution 687 du 3 *avril* 1991 du Conseil de sécurité des Nations Unies ayant ordonné que l'Irak « *honore scrupuleusement toutes ses obligations au titre du service et du remboursement de sa dette extérieure* »; 3) toutefois, l'obligation imposée à l'Irak d'exécuter ses engagements ne privait pas cet Etat de ses immunités car la résolution 687 avait permis aux Etats membres des Nations Unies de réaffirmer leur engagement en faveur de la souveraineté de ce pays ; 4) l'acceptation par l'Etat irakien de cette résolution ne pouvait constituer pour lui une renonciation non équivoque au bénéfice des immunités. Cet arrêt de la Cour de cassation semble emporter notre intime conviction. Car le raisonnement de la Haute cour nous semble à cet égard très cohérent. La Cour donne d'abord sa

question de l'immunité d'exécution des Etats semi-souverains confirme l'importance de la relation interétatique en matière d'immunité d'exécution. En effet, c'est par la puissance protectrice que l'immunité des Etats protégés a été, le plus souvent, reconnue[813].

194. Les Etats dont la qualité étatique est controversée (Etats non reconnus). La question a encore été posée de savoir si les Etats revendiquant la qualité d'Etat ou dont la personnalité internationale était controversée, voire franchement niée par l'Etat du for, pouvaient bénéficier de l'immunité d'exécution[814]. Cette question longuement débattue dans la première moitié du XX^{ème} siècle a connu un regain d'intérêt suite aux modifications qu'a subie la communauté internationale après la chute du communisme. De nouvelles entités se sont créées et n'ont pas été reconnues par tous les Etat, ce qui a posé à nouveau le problème de l'octroi en leur faveur de l'immunité d'exécution.

De manière générale, la question de la reconnaissance[815] de l'Etat étranger par l'Etat du for aux fins de l'octroi de l'immunité d'exécution fut débattue tant en doctrine qu'en jurisprudence.

En doctrine, une nette distinction fut traditionnellement opérée entre la reconnaissance d'Etat et celle du gouvernement[816] et la question était de savoir si cette dissociation devait être appliquée également en matière d'octroi de l'immunité d'exécution. Plus précisément, il s'est

---

conception sur la portée des résolutions des Nations Unies. Ensuite, elle affirme qu'en dépit du fait que sa souveraineté a été affectée par la guerre du Golf, l'Irak n'a pas perdu sa personnalité internationale (élément capital dans l'octroi des immunités). Enfin, elle estime que l'acceptation, par l'Irak, de la résolution 687 des Nations Unies ne peut constituer pour lui une renonciation non équivoque au bénéfice des immunités (sans doute cette acceptation émise sous la pression des Etats vainqueurs ne pouvait donc pas être considérée comme libre car elle était affectée d'un vice : la violence exercée par les Etats vainqueurs sur l'Etat irakien. Ceci empêchait l'acceptation de l'Irak de produire normalement ses effets juridiques). Dès lors, nous estimons que la Cour de cassation a bien dit le droit et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris devait être cassé en ce qu'il a privé l'Etat irakien de son droit d'invoquer son immunité d'exécution dans l'affaire contre Dumez.

[813] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 72.

[814] Voy. notamment J. VERHOEVEN, « Les relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *R.C.A.D.I.*, 1985-III, t. 192, pp. 9 et s., spéc. pp. 86 et s.

[815] La reconnaissance est définie comme le procédé par lequel un sujet de droit international, en particulier un Etat, qui n'a pas participé à la naissance d'une situation ou à l'émission d'un acte, accepte que cette situation ou cet acte lui soit opposable, c'est-à-dire, admet que les conséquences juridiques de l'une ou de l'autre s'appliquent à lui (N.Q. DIHN, P. DAILLIER, A. PELLET, « *Droit international public* », L.G.D.J., 5ème éd., 1994, n° 367.

[816] Sur le caractère discutable d'une telle distinction, voy. G. SCELLE, « *Précis de droit des gens* », t. 1, Sirey, 1932, p. 103.

agi de savoir si la non-reconnaissance du nouveau gouvernement constituait ou non un obstacle à l'octroi de l'immunité[817].

Tenant compte du principe de la continuité de l'Etat, les auteurs ont majoritairement estimé que la non-reconnaissance du gouvernement n'avait aucune incidence sur l'octroi de l'immunité. Cette position fut clairement exprimée dans la règle selon laquelle « un changement de gouvernement n'affecte pas l'Etat lui-même dès lors que cet Etat a été reconnu. Le gouvernement, même non reconnu, qui le représente, peut bénéficier de l'immunité d'exécution[818]. »

Ainsi considérée, la question de l'immunité d'exécution du gouvernement non reconnu n'avait plus d'intérêt pratique, puisque, par hypothèse, la non-reconnaissance d'un tel gouvernement était sans influence sur l'octroi de l'immunité. Seule demeura la question de savoir si un Etat étranger non reconnu par l'Etat du for pouvait bénéficier de l'immunité d'exécution.

La jurisprudence sembla, dès le début du 20ème siècle, quelque peu hésitante sur la question[819]. Mais, à partir des années 1940, elle devint plus homogène et majoritairement plus favorable à l'octroi de l'immunité d'exécution, même en l'absence de la reconnaissance par l'Etat du for de l'Etat ou du gouvernement étranger partie au litige[820]. Cette position fut d'autant plus

---

[817] Le professeur P. BOUREL, s'est prononcé en faveur d'une telle distinction, mais il ne fut pas suivi par la majorité de la doctrine. Il souligna, par ailleurs, que la légitimité d'une telle dissociation n'apparaît pas à première vue, mais qu'elle s'impose dans l'hypothèse d'un changement de gouvernement intervenu à la suite d'événements insurrectionnels dans un Etat déjà reconnu. Mais, alors que dans son commentaire de l'arrêt *Clerget c. la Représentation commerciale de la République du Viet-nam*, il ne s'est pas prononcé sur le fait de savoir si la non reconnaissance du nouveau gouvernement constituait ou non un obstacle à l'octroi de l'immunité (Note sous Paris 7 juin 1969 *Clerget c. Représentation commerciale de la République du Viet-nam*, *Rev. crit. dr. int. pr.*,. 1970, pp. 483et s., spéc., p. 493), cet auteur a finalement rejoint le point de vue de la doctrine majoritaire dans *son traité de droit international privé* où il souligne que l'immunité de juridiction, voire d'exécution doit jouer « au profit des gouvernements non reconnus relevant d'Etats eux-mêmes reconnus » (Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, n° 474, note 3, p. 530).

[818] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 68.

[819] Voy. I. PINGEL-LENUZZA (*op. cit.*, p. 69) mettant en exergue l'attitude favorable du tribunal égyptien à cet égard. Le même auteur souligne les contradictions de la jurisprudence américaine en la matière et exprime la réponse négative des tribunaux anglais sur la question étant donné que ceux-ci subordonnent le bénéfice de l'immunité d'exécution à la reconnaissance soit *de jure*, soit *de facto*, par l'Etat anglais, de l'Etat qui en fait la demande

[820] Particulièrement les tribunaux américains, hollandais et japonais (cfr. I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, *op. cit.*, p. 70).

justifiée qu'il était admis que l'existence d'un Etat souverain était indépendante de sa reconnaissance par les autres Etats[821].

Toutefois, les tribunaux anglais restèrent en marge de cette analyse et continuaient, à l'époque, à faire dépendre l'octroi de l'immunité d'exécution à la reconnaissance par l'Etat anglais, des Etats demandeurs de l'immunité[822]. Cette reconnaissance était établie par un certificat du *Foreign Office* et valait preuve irréfragable de la qualité du défendeur. Sans doute ce choix était-il dicté par le souci des juges anglais de restreindre le jeu de l'immunité afin de diminuer le nombre de ses bénéficiaires.

La jurisprudence moderne, qui a connu un grand essor depuis la seconde guerre mondiale, a tendance à ne pas priver les Etats non reconnus du bénéfice de l'immunité d'exécution. Cette position a été adoptée depuis 1970 par les tribunaux français dans l'arrêt dit *Clerget*. En effet, ce litige, qui a opposé un ressortissant français à la République du nord Viêt-nam (possédant une existence de fait) a donné l'occasion aux tribunaux français de se prononcer sur la question de l'immunité d'un Etat non reconnu représenté par son gouvernement. Bien entendu, les positions de la jurisprudence furent quelque peu différentes dans cette affaire (*Clerget*) selon qu'il s'est agi de la Cour d'appel de Paris ou de la Cour de cassation, mais un dénominateur commun fut dégagé de l'ensemble de la jurisprudence française sur cette problématique[823].

Dans son arrêt du 7 juin 1969, rendu dans l'affaire de la République Nord-Viêtnamienne, la Cour d'appel de Paris avait jugé que la personnalité internationale de l'Etat est fondée sur sa seule effectivité ; que cette existence de fait est considérée comme acquise dès lors que cet Etat « exerce effectivement les compétences étatiques sur un territoire déterminé où son gouvernement est obéi par la majorité de sa population ». La Cour d'appel avait encore, à cette occasion, précisé que « la personnalité internationale d'un Etat est tout à fait indépendante de sa reconnaissance par les autres Etats ». Sur quoi, elle avait conclu que la République Nord-Viêtnamienne (non officiellement reconnue) était susceptible de se prévaloir de l'immunité de juridiction et *d'exécution* parce que les Etats ayant une

---

[821] I. PINGEL-LENUZZA, *ibidem*, p. 70

[822] Cfr. *affaire Government of the Republic of Spain v. S.S. Arantzazu Mendi* (1939) W.N. 69. La Chambre des Lords précisa en la cause que la reconnaissance de *facto* comme la reconnaissance de *jure* du gouvernement étranger pouvait lui permettre de bénéficier de l'immunité.

[823] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, pp. 319-320.

personnalité internationale sont également réputés bénéficiaires de ces privilèges indépendamment de toute reconnaissance[824].

Quant à la Cour de cassation, elle avait adopté un raisonnement contraire et rejeté purement et simplement la position de la cour d'appel. Tout en reconnaissant que la République du Nord Viêt-nam (ayant une existence de fait) pouvait bénéficier sur le territoire français de l'immunité de juridiction et *d'exécution,* elle avait fondé sa position non pas sur l'argument selon lequel l'absence de reconnaissance d'un Etat était sans influence sur l'octroi de l'immunité, mais plutôt sur l'existence des relations, notamment économiques, entre la France et le Viêt-nam. Ce qui laissa supposer que la décision de la Haute cour, de permettre à l'Etat Viêt-namien de se prévaloir des immunités en France, fût fondée sur la reconnaissance *de facto* par la France de cet Etat que sur son existence effective[825].

Quoi qu'il en soit, la reconnaissance par l'Etat du for n'est pas, selon la jurisprudence française, une condition préalable à l'octroi de l'immunité d'exécution à l'Etat étranger. Et, ceci démontre que, plus que la personne de l'Etat lui-même, l'immunité vise à protéger les compétences de souveraineté dont l'exercice est indépendant de la reconnaissance de l'Etat qui en est le titulaire par la communauté internationale[826].

195. Cas du Saint-Siège et de l'ordre souverain militaire de Malte. A l'heure actuelle, l'existence d'un principe de droit international public prévoyant l'immunité d'exécution des Etats étrangers implique, ainsi que le note M. COSNARD, que ce privilège soit en principe

---

[824] Voy. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1970, p. 483, note P. BOUREL ; *J.D.I.*, 1969, p. 895, note R. PINTO ; *J.C.P.*, 1969, II, 15594, note D. RUZIE.

[825] Le professeur P. BOUREL avait tenté d'appliquer le même raisonnement s'agissant de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. D'après lui, cet arrêt avait également fondé la reconnaissance des immunités à l'Etat Nord Viêt-namien, non pas sur son effectivité mais sur sa reconnaissance *de facto* par la France parce que l'arrêt de la Cour d'appel ne s'était pas préoccupé de rechercher les signes apparents de la République démocratique du Viêt-nam, mais avait seulement pris soin de relever des faits prouvant l'existence des relations très étroites entre le Viet-nam et la France (note sous Paris, 7 juin 1969, préc., p. 499). Son raisonnement ne fut pas jugé convaincant au motif que l'arrêt de la Cour d'appel contenait en lui-même un attendu affirmant expressément que « l'Etat étranger doit pouvoir bénéficier de l'immunité indépendamment de toute reconnaissance ». Tout au moins peut-on soutenir que seul l'arrêt de la Cour de cassation peut être considéré comme subordonnant l'octroi des immunités à la reconnaissance *de facto* par l'Etat du for (voy. I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.* p. 320 et toutes les références reprises en bas de la page).

[826] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 320.

accordé aux Etats qui en font la demande[827]. Néanmoins, chaque Etat est libre d'accorder l'immunité à qui il l'entend et si cela lui agrée.

Aussi, certaines entités dont la qualité étatique demeure controversée comme le Saint-Siège et l'ordre souverain militaire de Malte se sont-elles vu reconnaître le droit d'invoquer l'immunité de juridiction ou d'exécution d'un Etat[828]. Pour le Saint-Siège considéré non pas comme un Etat, mais comme une personne juridique internationale, il bénéficie d'un statut particulier (équivalent à un Etat) reconnu par les Accords de Latran du 11 février 1929 que les tribunaux italiens appliquent à maintes reprises[829] tandis que l'ordre souverain militaire de Malte est considéré comme sujet de droit international dépendant de l'Eglise catholique et cette raison lui permet, en tant que détenteur de la souveraineté, de revendiquer l'immunité devant les tribunaux de l'Etat italien[830].

En somme, la définition des éléments de base de l'Etat donnée au paragraphe 1 de l'article 2, points b, i) de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens n'a pas suscité beaucoup de problèmes d'autant que la pratique est homogène et s'accorde pour reconnaître que tout Etat doit comporter et inclure au minimum les divers organes de base déjà cités à savoir : le souverain ou le chef de l'Etat, le gouvernement central, les ministères et les services gouvernementaux. Cela n'a pas été le cas des autres acceptions de l'Etat énoncés dans les autres alinéas du paragraphe 1, b), de l'article 2 de la Convention précitée, surtout en ce qui concerne les composantes d'un Etat fédéral, les subdivisions politiques de l'Etat, les établissements ou organismes d'Etats ou les autres entités qui ne peuvent être considérés comme intervenant en tant qu'Etat ou pour le compte de l'Etat que dans la mesure où ils *accomplissent effectivement* leurs activités dans le cadre de l'autorité souveraine, autrement dit, dans la mesure où ils agissent dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique dites « *jure imperii* »[831].

---

[827] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 90.

[828] M. COSNARD, *op. cit.*, pp. 90-91 ; L. CAVARE, *Le droit international public positif*, Paris, Pedone, 3ème éd. (mise à jour J.-P. QUENEUDEC), 1967, tome I, pp. 474-485 ; JULIO BARBERIS, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *R.C.A.D.I.*, 1983-I, vol. 179, pp. 169, 173 ; N.Q. DIHN, P. DAILLIER, A. PELLET, *op. cit.*, n^{os} 293-297, pp. 409-412.

[829] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 91.

[830] M. COSNARD, *ibidem*, p. 91.

[831] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 5.

Cette position a surtout contribué à donner à l'Etat un sens *plus restrictif*[832], selon la Convention des Nations Unies, et à ramener la question de la relation entre l'Etat et ces entités sur un terrain autre que celui de la simple représentativité ou du statut. En fait, il ne s'agit plus, pour savoir si ces entités ont agi en tant qu'Etat, de se demander si elles sont des émanations de l'Etat, mais plutôt de savoir si elles ont agi dans le cadre des prérogatives de la puissance publique (*jure imperii*). Ainsi, l'élément essentiel devient l'activité de l'organisme, laquelle intervient pour déterminer si cet organisme ou entité peut être considéré comme relevant de l'Etat aux fins de la Convention. Dès lors, l'accomplissement des activités souveraines, soit par un organe de l'Etat *stricto sensu*, soit même par un organisme ou une entité d'une autre nature, donne droit au bénéfice de l'immunité d'exécution.

Compte tenu de l'importance attachée à ces entités tant du point de vue des instruments internationaux que de la pratique des Etats et de la jurisprudence, nous allons dire un mot de chacune d'elles.

§ 2. Des démembrements territoriaux de l'Etat

196. Les composantes des Etats fédéraux et les subdivisions politiques ou territoriales des Etats non fédéraux. S'agissant des bénéficiaires de l'immunité d'exécution dans l'ordre juridique interne, il a été affirmé que l'Etat et ses émanations territoriales telles que les Régions, les Communautés, les provinces, les communes, les départements, les villes, les secteurs et les chefferies sont en mesure de se prévaloir de cet important privilège en raison de leur qualité de personnes publiques et de la nature de service public liée à leurs activités. Il sied de vérifier si la situation se présente de la même manière dans l'ordre juridique international d'autant que les Etats souverains sont constitués dans cet ordre selon des configurations quasi analogues. La plupart d'entre eux sont, en effet, organisés soit en Etats fédéraux fondés sur un système de partage de pouvoirs entre l'Etat fédéral et les entités fédérées disposant d'une gamme de compétences plus étendues, soit en Etat centralisés déléguant une large partie de leurs attributions aux subdivisions politiques.

---

[832] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, pp. 4-5.

La jurisprudence a eu à se prononcer surtout sur la question de l'immunité d'exécution des Etats fédérés (A) et moins fréquemment sur celle des autres collectivités territoriales (B).

A. Les Etats fédérés

197. Positions contradictoires des Etats dans ce domaine. S'agissant de l'immunité d'exécution des entités fédérées, la pratique des Etats européens ne fait pas l'objet d'une position unanime et demeure, d'une façon générale, partagée entre deux thèses diamétralement opposées : celle consistant à accorder l'immunité d'exécution à ces entités et celle fondée sur le refus de ce privilège parce qu'elle prend principalement en compte la qualité de l'auteur de l'acte qui n'est pas sujet de droit international.

Parmi les Etats favorables à l'octroi, aux entités fédérées, de l'immunité d'exécution, il y a lieu de citer la Grande-Bretagne qui, par sa loi relative à l'immunité des Etats de 1978, admet la possibilité pour les composantes étatiques d'un Etat fédéral de bénéficier de cet important privilège[833]. Cette loi fait obligation au gouvernement britannique d'adopter des règlements aux fins d'application à ces composantes[834] de ses dispositions. Ainsi, en est-il de *l'Immunity (Federal States) Order 1979* (IE n° 457/1979), qui permet aux provinces autrichiennes de bénéficier de l'immunité et de *State Immunity (Federal States) Order 1993* (IE n° 2809/1993), par lequel les *Länder* allemands bénéficient de l'immunité.

En somme, cette législation a l'avantage d'avoir permis au Royaume-Uni de se conformer à l'article 28 de la Convention européenne sur les immunités d'Etats dont le paragraphe 2 dispose « qu'il appartient à l'Etat fédéral, agissant par l'intermédiaire de ses organes centraux de décider d'invoquer l'immunité de ses Etats membres »[835].

---

[833] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 9.

[834] Voy. Loi sur l'immunité des Etats de 1978, article 14 : « (5) L'article 12 de la présente Loi s'applique aux procédures instituées contre les territoires d'un Etat fédéral ; et Sa Majesté peut, par décret, prévoir que les autres dispositions de cette partie de la Loi s'appliquent à tout territoire fédéré spécifié dans le décret comme elles s'appliquent à un Etat. (6) Lorsque les dispositions de cette partie de la présente Loi ne s'appliquent pas à un territoire fédéré en raison d'un décret de ce type quel qu'il soit, les paragraphes (2) et (3) ci-dessus lui sont applicables comme s'il s'agissait d'une entité séparée » (H. FOX, *op. cit.* (note 10), pp. 329-330).

[835] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 9.

Quant à la tendance refusant le bénéfice de l'immunité d'exécution aux Etats fédérés, au motif qu'ils ne sont pas d'Etats souverains au sens du droit international public, elle est en grande partie représentée par la France qui ne reconnaît pas non plus l'immunité *ratione personae* des autres subdivisions territoriales des Etats centralisés. Cette position traditionnelle a été réaffirmée par le Tribunal de grande instance de Paris dans sa décision du 15 janvier 1969 rendue dans l'affaire *Neger c. Gouvernement du Land de Hesse*. Dans cette cause, le Tribunal a jugé que : « *L'immunité de juridiction n'existe qu'au profit des Etats souverains, c'est-à-dire qu'ils possèdent le droit exclusif d'exercer les activités étatiques, de déterminer librement leur propre compétence dans les limites du droit international public, que tel n'est pas le cas pour les Etats membres d'une fédération qui sont soumis à la tutelle de l'Etat fédéral* »[836].

Bien que rendue en matière d'immunité de juridiction, cette décision vaut également pour l'immunité d'exécution d'autant qu'il s'est agi surtout de déterminer la position de l'Etat français en matière d'immunités des Etats fédérés en général et particulièrement de l'immunité de juridiction[837].

Entre ces deux positions, la Convention européenne de 1972 adopte une solution plus nuancée que l'on peut qualifier de médiane[838] ou de double régime[839] : elle pose comme principe que « les Etats membres d'un Etat fédéral ne bénéficient pas de l'immunité » (article 28, paragraphe 1), puis, au paragraphe suivant, elle atténue ce principe en disant qu'il appartient à l'Etat fédéral, agissant par l'intermédiaire de ces organes centraux, de décider d'invoquer

---

[836] (F/4) *Neger c. Gouvernement du Land de Hesse*, Tribunal de grande instance de Paris, 15 janvier 1969, *Revue critique de droit international privé*, 1970, pp. 99-101 ; G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 9. On notera également que la Suisse, un Etat confédéral et pays membre de la Convention européenne sur les immunités d'Etats, semble aussi rejeter l'idée selon laquelle les composantes d'un Etat fédéral bénéficient de l'immunité d'exécution (C. DOMONICE, « Immunité de juridiction et d'exécution des Etats et chefs d'Etat étrangers », *Fiches juridiques suisses,* 1992, n° 934, p. 26).

[837] C'est nous qui soulignons, au regard de la position de la doctrine en la matière. Celle-ci traite globalement de cette question sans toutefois opérer une distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Aussi, croyons-nous, en toute logique, bien que cela ne soit pas de principe en droit des immunités où les régimes de ces deux institutions sont totalement différents, que ce qui a été dit au sujet de l'immunité de juridiction l'est aussi pour l'immunité d'exécution, du moins en cette matière (voy., par exemple, I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 322 et G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 7).

[838] C'est notre point de vue.

[839] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 7 ; comp. avec la position de I. PINGEL-LENUZZA (*op. cit.*, p. 324), selon laquelle, il s'agit d'un système très proche de celui du droit anglais.

l'immunité de ses Etats membres[840]. Et elle va encore plus loin en précisant que les tribunaux ne peuvent connaître des actes accomplis par ces Etats « dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperii*)[841].

Il en résulte donc que la tendance, d'après cet instrument juridique international, est de ne pas refuser en toutes circonstances le bénéfice de l'immunité d'exécution aux Etats fédérés parce qu'en dépit de l'interdiction de principe, un Etat fédéral peut faire une déclaration en vertu de l'article 28, paragraphe 2 de la Convention européenne et permettre à ses Etats membres de demander eux-mêmes le bénéfice de l'immunité d'exécution[842].

Cependant, en cas d'absence de déclaration prévue à l'article 28, paragraphe 2, les Etats membres d'un Etat fédéral seront considérés comme des entités distinctes au sens de l'article 27[843]. Dès lors, l'immunité d'exécution ne pourra leur être accordée en raison de leur statut (*ratione personae*) étant donné qu'ils ne sont pas sujets de droit international, mais uniquement sur base de la nature de leurs actes lorsque ceux-ci auront été accomplis dans l'exercice de l'autorité souveraine. On dira alors qu'ils bénéficient de l'immunité *ratione materiae*[844].

Parmi les pays signataires de la Convention européenne sur les immunités d'Etats, seuls trois d'entre eux ont, à ce jour, fait la déclaration prévue au paragraphe 2 de l'article 28. Il s'agit, dans l'ordre chronologique, de l'Autriche[845], de l'Allemagne[846] et de la Belgique[847]. Tous ces

---

[840] Article 28, paragraphe 2 : « *Toutefois, un Etat fédéral partie à la présente Convention peut déclarer, par notification adressée au Secrétariat général du Conseil de l'Europe, que ses Etats membres peuvent invoquer les dispositions de la Convention applicables aux Etats contractants et ont les mêmes obligations que ces derniers* ».

[841] Article 27.

[842] Aux termes des paragraphes 3 et 4 de l'article 28, c'est uniquement le ministère des affaires étrangères de l'Etat fédéral qui, selon la Convention européenne, reçoit et produit les actes se rapportant aux actions engagées contre un Etat membre d'un Etat fédéral, et que seul l'Etat fédéral peut être partie à une procédure prévue à l'article 34 de la Convention.

[843] Article 27, paragraphe 1 : « L'expression Etat contractant n'inclut pas une entité d'un Etat contractant distincte de celui-ci et ayant la capacité d'ester en justice, même lorsqu'elle est chargée d'exercer des fonctions publiques » (Voy. Rapport explicatif sur la Convention européenne relative à l'immunité des Etats et son protocole additionnel (http://conventions.coe.int/Treaty/Reports/Html/074.htm).

[844] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 8.

[845] Autriche : « La République d'Autriche déclare, en vertu de l'article 28, paragraphe 2, de la Convention européenne sur les immunités d'Etats, que ses Etats membres de Burgenland, Carinthie, Basse-Autriche, Haute-Autriche, Salzbourg, Styrie, Tyrol, Vorarlberg et Vienne peuvent invoquer les dispositions de la Convention européenne sur l'immunité des Etats applicables aux Etats contractants et ont les mêmes obligations que ces

Etats ont expressément et solennellement déclaré que leurs Etats membres, leurs *Länder*, Communautés ou Régions peuvent invoquer les dispositions de la Convention européenne sur l'immunité des Etats applicables aux Etats contractants et ont les mêmes obligations que ces derniers. De la sorte, ces entités pourraient elles-mêmes demander à bénéficier de l'immunité d'exécution devant les tribunaux des Etats contractants pour les procédures judiciaires engagées à leur encontre.

De ce qui précède, il résulte que la pratique des Etats européens n'est pas uniformément établie en matière d'immunité d'exécution des Etats fédérés et paraît à tout le moins contradictoire. Cette situation s'explique non seulement par le caractère réduit des Etats parties à la Convention européenne, mais aussi par le double régime mis en place par cet instrument juridique dont l'impact est resté assez mesuré. A cela s'ajoute le fait que les Etats qui sont eux-mêmes organisés selon une structure fédérale sont loin d'accorder leur violon sur la question. Toutes ces difficultés globalement considérées ne peuvent favoriser l'avènement d'une pratique unanime en matière d'immunité d'exécution des Etats fédérés.

Enfin, l'octroi à ces entités de l'immunité *ratione materiae* en raison des actes accomplis dans l'exercice de l'autorité souveraine contribue à limiter grandement l'importance pratique des différentes traditions enregistrées en la matière.

---

derniers » (Déclaration figurant dans son instrument de ratification, déposé le 10 juillet 1974. Période couverte : depuis le 11 juin 1976).

[846] Allemagne : « La République fédérale d'Allemagne modifie, par la présente, la déclaration qu'elle a faite en vertu de l'article 28, paragraphe 2, de la Convention, de sorte que tous les Etats (Länder) de la République fédérale d'Allemagne, à savoir les Etats de Bade-Wurtemberg, de Bavière, de Berlin, du Brandebourg, de Brême, de Hambourg, de Hesse, du Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, de Basse-Saxe, de Rhénanie du Nord-Westphalie, de Rhénanie-Palatinat, de Sarre, de Saxe, de Saxe-Anhalt, du Schleswig-Holstein et de Thuringe peuvent invoquer les dispositions de la Convention européenne sur l'immunité des Etats applicables aux Etats contractants et ont les mêmes obligations que ces derniers » (Déclaration figurant dans une lettre émanant du Représentant permanent, en date du 3 juin 1992, enregistrée au Secrétariat général le 5 juin 1992. Cette déclaration était nécessaire pour étendre la déclaration précédente aux cinq nouveaux *Länder* rattachés à la République fédérale d'Allemagne le 3 octobre 1990. Période couverte : depuis le 5 juin 1992).

[847] Belgique : « En vertu de l'article 28, paragraphe 2, de la Convention, Le Royaume de Belgique déclare que la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone, ainsi que la Région wallonne, la Région flamande et la Région Bruxelles-Capitale peuvent invoquer les dispositions de la Convention européenne sur l'immunité des Etats applicables aux Etats contractants et ont les mêmes obligations que ces derniers » (Déclaration figurant dans une lettre émanant du Ministre belge des affaires étrangères, en date du 4 septembre 2003, transmise par le Représentant permanent de la Belgique et enregistrée au Secrétariat général le 23 septembre 2003. Période couverte : depuis le 23 septembre 2003).

B. Les autres collectivités territoriales

198. Principe de non-immunité d'exécution pour les autres collectivités territoriales. Dès lors que la saisie concerne le patrimoine des collectivités locales décentralisées, telles que les villes, les départements, les provinces ou les communes, la pratique des Etats européens semble unanime pour reconnaître que dans ce cas, ces entités ne peuvent pas bénéficier de l'immunité d'exécution *ratione personae,* mais uniquement de l'immunité *ratione materiae* pour les actes accomplis *jure imperii*[848]. Tel est le cas de la France qui, dans une vieille jurisprudence réaffirmée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 janvier 1957 rendu dans l'affaire *Bauer Marchal,* souligne qu'« une ville étrangère peut être attraite devant une juridiction française pour s'entendre condamner à l'exécution de ses obligations »[849]. Cette solution est également admise en droit hollandais où le tribunal civil de La Haye a refusé l'immunité aux villes allemandes de Lyck et de Cologne[850].

L'analyse des instruments juridiques internationaux renforce également cette position. Tandis que la Convention européenne sur les immunités des Etats s'oriente vers une conception restrictive de l'Etat en excluant de cette réalité des entités distinctes dotées de la personnalité juridique (comme les villes, les provinces, les départements et toutes les autres composantes ayant la capacité d'ester en justice « article 27, paragraphe 1 »), lesquelles ne peuvent en principe solliciter le bénéfice de l'immunité d'exécution *ratione personae* en raison de l'absence de la personnalité juridique internationale[851], la Convention des Nations Unies incorpore quant à elle ces subdivisions territoriales dans la notion étatique (article 2,

---

[848] Il y a là une différence avec le droit interne où le caractère organique (*ratione personae*) est prépondérant dans l'octroi de l'immunité d'exécution à ces entités. Car, elles constituent des personnes morales de droit public (interne).

[849] *J.C.P.*, 1957, II, 9779, concl. LINDON. Encore une fois, cette jurisprudence rendue en matière d'immunité de juridiction est applicable également en cas d'immunité d'exécution, à telle enseigne qu'en droit français, tant les subdivisions territoriales des Etats centralisées que les Etats fédérés, sont exclus du bénéfice de l'immunité d'exécution.

[850] *N.J.*, 1917, p. 96 ; *N.J.*, 1924, p. 207. *Adde* C.C. A. VOSKUIL, « The International Law of State Immunity, as Reflected in the Dutch Civil law of Execution », 10 *N.Y.I.L.*, 246, 254 *et seq*. (1979).

[851] Cependant, le paragraphe 2 de cet article dispose que : « les tribunaux ne peuvent pas connaître des actes accomplis par (l'entité) dans l'exercice de la puissance publique (*acta jure imperi*) ».

paragraphe 1, b, ii)[852]. Toutefois, elle ajoute qu'elles ne pourraient être considérées comme intervenant en tant qu'Etat ou pour le compte de l'Etat que dans la mesure où elles accomplissent effectivement leurs actes dans le cadre de l'exercice de prérogatives de la puissance publique. D'où, en fin de compte, on arrive au même résultat consistant à priver ces entités du bénéfice de l'immunité d'exécution *ratione personae* au profit de l'immunité *ratione materiae*. Car la Convention européenne, bien que ne considérant pas ces composantes comme des Etats étrangers, autorise néanmoins que leur soit accordée l'immunité d'exécution pour les actes accomplis *jure imperii* (article 27, paragraphe 2) alors que la Convention des Nations Unies qui les définit formellement comme des subdivisions de l'Etat fait de l'accomplissement effectif des actes *jure imperii* la condition essentielle de leur désignation en tant qu'« Etat ».

Il s'ensuit, dès lors, que la tendance dominante est de ne pas accorder aux subdivisions territoriales des Etats centralisés l'immunité d'exécution, sauf pour les actes accomplis dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat.

Section 2. Les démembrements organiques

199. Introduction. La question de l'immunité d'exécution des démembrements organiques des Etats étrangers, c'est-à-dire, des organismes d'Etats dotés de la personnalité juridique distincte tels que les entreprises publiques ou les sociétés d'économie mixte, a également fait l'objet de discussions dans la pratique des Etats et en droit international. Elle a été d'autant plus soumise à la polémique que l'intervention des Etats étrangers en matière économique et commerciale s'est accrue depuis le souci manifesté par certains d'assurer la maîtrise du secteur économique et financier en vue du développement. Cette situation, qui a obligé les pouvoirs publics à créer divers organismes chargés de la gestion de différents secteurs qu'ils ne pouvaient eux-mêmes directement prendre en charge, a entraîné l'augmentation des conflits entre les personnes privées et ces organismes. Ces derniers ayant surtout tendance à

[852] Considérée seulement sous cet angle, on peut affirmer que cette Convention a une conception extensive de l'Etat. Mais, du point de vue des immunités, elle tend à donner au terme Etat un *sens plus restrictif* en exigeant de ces composantes qu'elles agissent effectivement dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique pour être désignés comme « Etat ».

invoquer, en tant qu'émanations, l'immunité d'exécution des Etats étrangers afin d'échapper aux procédures d'exécutions forcée de droit commun diligentées à leur encontre.

Les solutions proposées furent, comme dans les cas précédents, peu homogènes et différentes d'un droit national à l'autre et ce fut également le cas pour les différents instruments juridiques internationaux.

Nous nous proposons d'examiner préalablement la situation des établissements ou organismes d'Etat (§1), ensuite celle des autres entités comme les banques centrales (§2) et les entreprises d'Etat (§3) ; enfin, nous dirons un mot sur les personnes physiques représentants de l'Etat, car il arrive souvent que ces personnes demandent à bénéficier de l'immunité d'exécution au nom des pouvoirs publics pour lesquels elles sont sensées avoir agi (§4).

§1. Les établissements ou organismes d'Etat

A. Précision terminologique

200. Etablissements et organismes publics : des concepts considérés comme synonymes. Aux fins de l'immunité d'exécution en droit international, les termes « établissements » et « organismes » utilisés dans cette analyse doivent être compris comme désignant les mêmes réalités, c'est-à-dire, des entités de caractère public qui ne sont pas nécessairement des organes relevant de l'Etat ou de l'appareil gouvernemental[853], mais qui agissent au nom et pour le compte de l'Etat. Quant au concept « autres entités », également utilisé dans cette étude, il désigne des entités privées auxquelles l'Etat étranger confie certaines fonctions publiques et qui exercent leurs activités dans le cadre de l'autorité régalienne de cet Etat[854].

---

[853] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 10.

[854] Voy. commentaire de la C.D.I., *loc. cit.* (note 7), p. 17, par. 15.

B. Approches des instruments juridiques internationaux
sur le critère d'octroi de l'immunité d'exécution aux organismes publics

201. Immunité *ratione materiae* comme point d'ancrage des instruments internationaux de base. Divisés sur la notion d'Etat en matière d'immunité d'exécution, les instruments juridiques internationaux[855] semblent s'accorder sur les critères permettant de conférer cette prérogative à des organismes ou établissement d'Etats. Ainsi, les conventions européenne et onusienne considèrent que *la nature des activités* exercées par l'organisme constitue le critère privilégié de l'octroi de l'immunité d'exécution à celui-ci.

Pour rappel, la Convention européenne exclut du concept « Etat » les entités distinctes de l'Etat dotées de la capacité d'ester en justice. Cette considération implique qu'elles ne peuvent être reçues à demander l'immunité *ratione personae*[856] faute de personnification juridique internationale. Cependant, a-t-on précisé, l'immunité *ratione materiae* peut leur être accordée en vertu des actes accomplis dans le cadre de l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat (paragraphe 2 de l'article 27).

Cette démarche rejoint la technique utilisée au niveau de la Convention des Nations Unies qui, quoique insérant les organismes publics dans la définition de l'Etat, fait de l'accomplissement effectif, par eux, des actes de souveraineté (*acta jure imperii*), la condition de leur désignation en tant qu'Etat. En conséquence, ces deux approches aboutissent au même résultat en considérant que ces organismes peuvent être privés de l'immunité *ratione personae* et non de l'immunité *ratione materiae ;* qu'ils soient ou non dotés d'une personnalité juridique propre[857].

---

[855] Allusion surtout faite à la Convention européenne sur les immunités d'Etats de 1972 ainsi qu'à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2003.

[856] L'immunité *ratione personae* est celle qui peut être reconnue à une entité en tant qu'élément structurel de l'Etat étranger (le critère organique étant ici prépondérant). Quant à l'immunité *ratione materiae,* elle repose sur le but assigné aux actes accomplis par l'entité. S'agit-il des actes de souveraineté accomplis dans l'exercice des prérogatives régaliennes (*acta jure imperii*) et l'entité bénéficiera de l'immunité d'exécution ; par contre, lorsqu'il s'agit d'actes de gestion (*acta jure gestionis*) éloignés du but d'utilité public ou d'intérêt général, l'immunité ne pourra en aucune façon être accordée. On le constate, le critère fonctionnel (affectation ou destination de l'acte) s'avère d'un intérêt capital dans la reconnaissance à cette phase du privilège de l'immunité d'exécution.

[857] Le projet d'articles révisé de *l'International Law Association* (L'ILA) de 1994 a quant à lui préféré focaliser l'attention sur la nature de l'acte accompli, sans prendre position sur l'immunité *ratione personae* (voy.

C. Critère de distinction Etat-organisme public et régime applicable

202. Difficulté des instruments juridiques de s'accorder sur un critère de distinction décisif. La première question à régler concernant l'octroi de l'immunité d'exécution aux organismes publics était de savoir si ces entités pouvaient être considérées comme des émanations de l'Etat (*ratione personae*) ; autrement dit, il fallait d'abord déterminer si les actes accomplis par ces sujets pouvaient être considérés comme devant être attribués à un Etat étranger aux fins de l'immunité. L'interrogation fut d'autant plus importante qu'en cas d'absence de tout lien juridique avec l'Etat, particulièrement, en cas de détention par ces organismes d'une personnalité juridique distincte de l'Etat, l'immunité ne pouvait, selon la Résolution *de l'International Law Association* de Buenos Aires de 1994, être accordée[858].

Ainsi, le fait d'avoir une personnalité morale distincte de l'Etat fut érigé, par cet instrument juridique, en un critère essentiel de refus de l'immunité *ratione personae* établissant dès lors une nette distinction entre les biens de l'Etat étranger réputés insaisissables par principe et les biens des organismes autonomes jugés saisissables[859].

Cette position consistait donc à utiliser le critère de la personnalité morale non pas de manière mécanique pour priver les organismes distincts de l'Etat de l'immunité d'exécution, mais plutôt pour distinguer le régime applicable à l'Etat de celui qui devait s'appliquer aux organismes autonomes. Elle imposait ainsi à ces organismes l'obligation de rapporter préalablement la preuve que leurs actes pouvaient être attribués à un Etat étranger, sinon ils étaient considérés comme des entités autonomes et distinctes de l'Etat ne pouvant pas invoquer l'immunité d'exécution.

G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 10 ainsi que les remarques reprises à la note de bas de page n° 21).

[858] Le projet de convention adopté par *l'International Law Association* prévoyait que des entités ne bénéficiant pas de la personnalité morale jouissent de l'immunité dans les mêmes conditions que l'Etat (article I, 3). A l'inverse, les entités qui possèdent une personnalité juridique distincte de l'Etat sont privées du bénéfice de l'immunité, sauf si elles ont agi *jure imperii* (article I, B, *in fine*).

[859] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 335.

Contrairement à la Résolution de l'ILA 1994, la *Résolution de 1991 de l'Institut de Droit international* ne considère pas le fait d'avoir une personnalité juridique distincte de l'Etat comme un critère décisif du refus de l'immunité. Cette position est également reprise par la Convention européenne de 1972 qui estime que : « le seul critère de la personnalité morale ne peut être retenu, car (…) même une autorité étatique peut être dotée de la personnalité morale, sans pourtant constituer une personnalité distincte de l'Etat »[860]. Aussi présente-t-elle un double critère cumulatif permettant d'identifier les entités qui ne doivent pas être traitées comme l'Etat lui-même : « 1) l'existence distincte et indépendante des organes exécutifs de l'Etat et 2) la capacité d'ester en justice »[861].

La loi britannique sur l'immunité des Etats de 1978 semble, par ailleurs, reprendre, en des termes voisins, la Convention européenne en la matière, bien qu'il n'y soit aucunement fait mention du critère de la personnalité morale propre. Cette loi déclare dans son article 14 1) que : « les mentions d'un Etat inclus les mentions de (…) c) tout service de ce gouvernement, mais non d'une entité quelle qu'elle soit ci-après dénommée « entité distincte » qui ne relève pas des organes exécutifs du gouvernement de l'Etat et a la capacité d'ester en justice »[862].

Ainsi, en accord sur la nécessité de distinguer Etat et organismes autonomes dans l'octroi de l'immunité d'exécution à ces dernières entités, les instruments juridiques restent toutefois divisés sur le critère propre à opérer une telle distinction.

203. Manque d'homogénéité des droits nationaux également en la matière. Les critères permettant de distinguer l'Etat et les organismes autonomes pour le jeu de l'immunité d'exécution varient également selon les pratiques nationales.

En effet, une partie de la jurisprudence est favorable à l'idée selon laquelle on ne peut accorder l'immunité *ratione personae* à des entités jouissant d'une personnalité morale différente de celle de l'Etat[863]. Ainsi, en Suisse, le Tribunal fédéral avait rejeté la demande d'immunité d'exécution introduite au nom de la société KIA (Kuwait Investment Authority)

---

[860] Cfr. Rapport explicatif déjà cité (*supra*, article 27, § 1er de la C.E.D.H.).

[861] L'utilité de ce second critère est contestée dans la mesure où même les organes étatiques ont souvent la capacité d'ester en justice.

[862] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 11.

[863] Il en résulte qu'une entité qui ne serait pas autonome parce que privée d'une personnalité juridique différente de celle de l'Etat, serait considérée comme un démembrement de l'Etat et bénéficierait de l'immunité d'exécution dans les mêmes conditions que celui-ci.

dont les avoirs avaient fait l'objet de saisie à Genève à la suite d'un jugement du 24 janvier 1994. L'Etat Koweïtien avait invoqué l'immunité d'exécution de la société KIA en considérant que cette dernière dépendait directement de lui. Le Tribunal fédéral suisse n'a pas jugé nécessaire d'examiner la nature de l'activité ayant donné lieu à la dette au motif que le demandeur n'avait pas fait valoir qu'il avait agi dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique. *Pour le Tribunal, la question essentielle était de déterminer si la KIA pouvait être assimilée à l'Etat koweïtien*. La réponse à cette interrogation fut aussitôt jugée négative au regard non seulement du « statut » de la KIA à qui la loi koweïtienne (de création) conférait une individualité juridique différente de celle de l'Etat, mais aussi de l'avis de l'Etat du Koweït lui-même qui considérait la KIA comme une autorité publique indépendante.

Cette considération fondée sur le caractère autonome de la société KIA qui, juridiquement jouissait d'une personnalité morale différente de celle de l'Etat du Koweït, a amené le Tribunal à rejeter la demande d'immunité d'exécution introduite au nom de la société KIA, malgré plusieurs raisons invoquées par cette société pour prouver l'appartenance, à l'Etat Koweïtien, des fonds gérés par elle. En effet, la KIA fit d'abord valoir que les fonds gérés fussent mis à sa disposition par l'Etat Koweïtien afin de créer un fonds à l'intention des générations futures du Koweït une fois le pétrole épuisé ; qu'ensuite son Conseil d'administration était composé des ministres des finances et du pétrole, du Secrétaire général adjoint du Ministère des finances et du Gouverneur de la Banque centrale ainsi que de cinq autres spécialistes. Toutes ces raisons n'avaient pu emporter la conviction du Tribunal qui ne considéra que le caractère autonome de la société KIA pour se prononcer sur le rejet de son immunité d'exécution[864].

A l'opposée de la jurisprudence précédente, la jurisprudence française retient une solution différente parce que pour refuser l'immunité d'exécution à des entités différentes de l'Etat, l'existence ou l'absence d'une personnalité morale n'est pas, pour elle, un critère décisif. De même, ne sont pas déterminants à eux seuls les arguments tirés de la tutelle exercée par l'Etat sur l'organisme en cause ou de la mission de service public qui lui est dévolue[865]. Comme l'a souligné la Cour de cassation dans son arrêt du 1er octobre 1985 relatif à l'affaire *Sonatrach c. Migeon* : « à la différence des biens de l'Etat étranger, qui sont en principe saisissables, sauf

---

[864] *Revue Suisse de droit international et européen*, 1995, vol. 5, p. 593. Voy. aussi G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 13.

[865] I. PINGEL-LENUZZA, *op. cit.*, p. 337.

exceptions (…), les biens des organismes publics, personnalisés ou non, *distincts de l'Etat étranger*, lorsqu'ils font partie d'un patrimoine que celui-ci a affecté à une activité principale relevant du droit privé, peuvent être saisis par tous les créanciers, quels qu'ils soient de cet organisme »[866].

C'est donc pour l'essentiel le caractère distinct des patrimoines qui a ici retenu l'attention du juge et non l'existence d'une personnalité morale (juridique) différente de celle de l'Etat. Ce principe de distinction des patrimoines est, en France, considéré comme le critère fondamental de la distinction entre l'Etat et les organismes publics et il est susceptible de conduire le tribunal à décider si l'organisme en cause, jugé différent de l'Etat, peut se voir refuser l'immunité d'exécution[867]. En somme, le droit français considère la différence des patrimoines comme devant revêtir un caractère primordial dans l'octroi de l'immunité d'exécution. Mais, ce critère peut être complété par d'autres éléments[868].

On l'aura observé, les critères permettant de distinguer l'Etat étranger des organismes autonomes pour le jeu de l'immunité d'exécution varient encore selon la jurisprudence. Toutefois, comme on l'a relevé plus haut, l'utilité de ces critères semble à l'heure actuelle fort réduite d'autant qu'ils ont surtout servi à l'époque de la théorie de l'immunité d'exécution absolue. Après l'abandon généralisé de cette thèse, le facteur déterminant s'agissant d'accorder l'immunité d'exécution aux établissements et autres organismes de l'Etat

---

[866] *Rev. crit. dr. int. pr.* 1986.527, note B. AUDIT ; *J.D.I.*, 1986, p. 170, note B. OPPETIT ; *J.C.P.*, 1986, concl. GULPHE, note H. SYNVET.

[867] Comme le note I. PINGEL-LENUZZA (*op. cit.,* p. 338), l'opposition entre les deux systèmes risque de s'atténuer en pratique étant donné que les organismes publics distincts de l'Etat, quoique non personnalisés, n'existent pas en tant que tels dans les systèmes étrangers. L'important sera alors de déterminer le moment à partir duquel certains services de l'Etat étranger pourront être considérés comme des organismes publics au sens de la jurisprudence *Sonatrach*, c'est-à-dire, ayant un patrimoine propre. Or, l'existence d'une personnalité juridique est le plus souvent l'indice décisif en la matière, ce qui devrait conduire le juge français à rendre des décisions assez proches, au fond, de celles des juges suisses.

[868] Ainsi, dans son arrêt du 20 juin 1996, *Sté Bec. Frères c. Office des céréales de Tunisie* (*Rev. arb.*, 1997, p ; 263, note E. GAILLARD), la Cour d'appel de Rouen ne s'était pas uniquement fondée sur le critère purement formel pour décider si l'office disposait d'un patrimoine propre. Elle a certes relevé l'existence d'un « patrimoine initial dont l'Etat a fait apport » ; mais, elle a également souligné que depuis sa création, ce patrimoine avait été enrichi « *par plusieurs acquisitions qui sont le résultat de ses activités et de la gestion autonome du patrimoine confié* ». Ce n'est qu'à la suite de ces constatations que la Cour a estimé que l'Office ne pouvait « être identifié ou assimilé purement et simplement avec l'Etat » et en a conclu qu'il n'avait pas « à répondre sur son patrimoine propre de dettes de l'Etat ». Cette démarche ne se limite donc pas au seul aspect formel et combine le critère du patrimoine propre avec d'autres : activités propres de l'organisme et gestion autonome de celui-ci pour conclure que l'organisme est différent de l'Etat et ne peut répondre des dettes de ce dernier.

personnalisés ou non devient l'affectation donnée aux actes accomplis[869]. Si ces actes sont accomplis dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique (*jure imperii*), l'immunité d'exécution sera toujours accordée à ces entités. *Quod non a contrario*.

L'exemple ci-dessous repris constitue une illustration éloquente de cette position.

A la suite d'une requête de la société Liechtensteinoise Cinetelevision International Registred Trust (Cinetel) introduite dans l'affaire *République arabe d'Egypte c. Cinetel,* le Président du Tribunal de première de Genève avait saisi les avoirs en Suisse de la Fédération de la radiodiffusion et de la télévision de la République Arabe d'Egypte (TVRAE), ainsi que ceux de la Banque centrale d'Egypte (BCE) et de la Banque nationale d'Egypte (BNE). Il était précisé que les débiteurs, pris conjointement et solidairement, constituaient des « organismes d'Etat (…) formant une même entité économique avec l'Etat, leur maître économique ». Le séquestre portait sur les fonds de l'Etat, notamment ceux détenus par l'Office d'information et de tourisme (OIT) de la République Arabe d'Egypte à Genève et les ordonnances de séquestre furent exécutées auprès de l'OIT.

Agissant par voie de recours, la République Arabe d'Egypte (RAE) invoqua l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers et demanda au tribunal fédéral d'annuler les trois ordonnances de séquestre et leur exécution par l'Office des poursuites de Genève, dans la mesure où elles portaient sur des biens situés à Genève et affectés par l'Etat au fonctionnement de l'OIT. Le Tribunal fédéral conclut que les avoirs de l'OIT ne pouvaient faire l'objet d'une mesure d'exécution en raison des règles relatives à l'immunité des Etats. De l'avis du tribunal, l'OIT était un organisme de l'Etat égyptien, quand bien même elle revêtait un aspect économique. L'activité qu'il exerçait, et à laquelle ses biens et avoirs étaient – en partie du moins – affectés, constituait une *tâche incombant à la RAE en sa qualité de puissance publique*. Dès lors, la fonction que remplissait l'OIT était en fait semblable à celle qu'assurent les offices cantonaux du tourisme ou ceux que la Suisse entretient à l'étranger en qualité d'organismes de droit public. Cette raison amena le tribunal fédéral suisse à considérer que, dans certaines circonstances, l'affectation des biens appartenant à l'Etat étranger peut conduire à soustraire ceux-ci à l'exécution forcée, surtout lorsqu'il s'agit de biens destinés à l'accomplissement d'actes de souveraineté. Sur quoi le tribunal décida

---

[869] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 14.

d'admettre le recours de droit public de la République Arabe d'Egypte et ordonna l'immunité d'exécution sur les biens de l'OIT[870].

§ 2. Les Banques centrales

204. Statut spécial pour participation aux prérogatives de la puissance publique. La question de l'immunité d'exécution des banques centrales a déjà été évoquée au cours de développements précédents[871]. Pour rappel, il a été dit que les biens utilisés par les banques centrales pour les besoins de leurs activités monétaires ne peuvent faire l'objet des saisies par les créanciers privés parce qu'on ne peut priver l'Etat des moyens de sa politique monétaire. En effet, les banques centrales constituent des émanations de l'Etat d'un genre un peu spécial. Elles exercent des activités purement privées, mais remplissent aussi des fonctions importantes pour l'Etat, comme l'émission de la monnaie qui est une activité de souveraineté. Pour cela, elles occupent une place importante dans la politique de l'Etat.

L'intérêt de l'immunité d'exécution accordée aux banques centrales est d'autant plus justifié que la plupart d'entre elles disposent à l'étranger d'avoirs parfois considérables qu'il faut protéger et qu'on ne peut laisser à la merci de saisies intempestives[872]. Leur immunité tombe à point nommé à l'époque actuelle où ces entités sont généralement devenues indépendantes de l'appareil étatique dans bien des pays[873] et il est aujourd'hui acquis qu'il faut protéger les avoirs des banques centrales pour ne pas les laisser s'envoler au détriment de l'Etat. C'est pour cette raison que ces institutions doivent bénéficier d'un traitement spécial.

La législation britannique et celles qui s'en inspirent adoptent une position beaucoup plus radicale en exonérant les banques centrales et autres autorités monétaires de toute mesure d'exécution sur l'un quelconque des éléments de leur patrimoine. Ainsi, la *State Immunity Act*

---

[870] Cfr. (CH/23) *République Arabe d'Egypte c. Cinetel,* Chambre de droit public du Tribunal fédéral suisse, 20 juillet 1979, *Annuaire suisse de droit international*, 1981, p. 206 ; G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 15 et pp. 656-660.

[871] Cfr. *supra*, n° 185.

[872] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 174.

[873] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 18.

de 1978 dispose que : « les biens de la Banque centrale ou d'une autre autorité monétaire d'un Etat ne sont pas considérés (…) comme utilisés ou devant être utilisés à des fins commerciales ; et lorsqu'une banque ou autorité de ce type quelle qu'elle soit est une entité distincte, les paragraphes 1) à 3) de cet article (13) s'appliquent à elle comme si les mentions d'un Etat étaient des mentions de la banque ou autorité en question »[874].

Dans cette perspective, il a été jugé en date du 11 avril 2001 par la Haute Cour de la Division de la chancellerie (Tribunal des sociétés) que : « l'immunité d'exécution dont bénéficie une banque centrale, conformément à l'article 14 (4) de la loi sur l'immunité des Etats, est un facteur qu'un tribunal doit considérer au moment de décider d'user de son pouvoir d'appréciation pour autoriser la notification de l'action en dehors de sa juridiction »[875].

§3. Les entreprises d'Etat

205. Immunité soumise à l'exercice des activités *jure imperii*. De manière générale, les entreprises d'Etat ne bénéficient de l'immunité d'exécution que dans la mesure où elles exercent leurs activités dans le cadre de l'autorité souveraine de l'Etat.

D'autres entités, particulièrement les personnes physiques et les sociétés de droit privé agissant conformément à l'objet de la délégation de pouvoirs leur conférés par l'autorité publique sont aussi en droit de demander l'application, en leur faveur, de l'immunité d'exécution. La jurisprudence française a confirmé cette position à la suite de l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendu en date du 19 mai 1976 dans l'affaire *Zavicha Blagojevic c. Bank of Japan*. Pour la Haute Cour, une entité privée peut demander l'application de l'immunité de juridiction et partant de l'immunité d'exécution (c'est nous qui le soulignons) « du moment qu'il est constaté que les actes qui lui sont reprochés

---

[874] Article 14 (4) de la *State Immunity Act* de 1978. On voit donc bien que ces organismes bénéficient d'une protection plus importante. Ce qui a fait craindre à certains un retour à l'immunité d'exécution absolue au moment où la tendance est la relativisation de ce privilège (M. COSNARD, *op. cit.*, p. 176).

[875] (GB/11) *Banca Carige Spa Cassa di Risparmio Geneva e Impera c. Banco National de Cuba et autre*, Haute Cour, Chambre de la chancellerie (Tribunal des sociétés), 11 avril 2001, (2001) 3 AII ER 923.

correspondaient à l'objet même de la délégation de pouvoirs qui lui avait été conférée par l'Etat et qu'il n'est pas relevé qu'elle eût agi dans un intérêt autre que celui du service »[876].

§ 4. Les représentants de l'Etat

206. Personnes physiques engageant l'Etat. La notion de représentation peut intervenir pour justifier l'attribution de l'immunité d'exécution à une personne physique. En effet, les représentants, à savoir les chefs d'Etat, de gouvernement et de départements ministériels ainsi que les diplomates, possèdent la particularité d'être des rouages de l'organisation étatique et d'incarner l'Etat, notamment à l'étranger. Cette particularité a conduit le droit international, à travers le projet d'articles de la C.D.I. et la Convention des Nations Unies à reconnaître à ces personnes l'immunité surtout lorsqu'elles agissent à ce titre. L'expression « à ce titre » sert à souligner que l'immunité d'exécution est accordée à ces personnes en leur qualité de représentant *ratione materiae,* autrement dit, des personnes habilitées à poser des actes au nom et pour le compte de l'Etat à l'étranger. Bref, le droit des immunités tient compte de l'organisation interne de l'Etat pour accorder l'immunité d'exécution à toute personne physique par laquelle l'Etat s'exprime et à tout organe habilité à user des pouvoirs de l'Etat et à revendiquer son immunité[877].

Cependant, les immunités dont bénéficient à titre personnel (*ratione personae*) les chefs d'Etat et les personnes assimilées[878] ne sont pas, s'agissant de leur régime, à confondre avec les immunités de l'Etat. Elles relèvent plutôt du droit diplomatique[879] et ont pour but de

---

[876] *Zavicha Blagojevic c. Bank of Japan*, Première Chambre civile de la Cour de cassation, 19 mai 1976, *Revue critique de droit international privé*, 1977, p. 359.

[877] Un Etat est en effet constitué des services centraux, d'institutions ou organismes dépendant des services centraux pour lesquels travaillent des fonctionnaires. En vertu de l'approche structurelle, ces trois catégories sont habilitées à revendiquer l'immunité de l'Etat.

[878] C'est-à-dire, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères, les ambassadeurs et agents diplomatiques.

[879] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 20. Les questions relatives au régime des immunités des agents diplomatiques sont résolues par diverses conventions adoptées sous l'égide des Nations Unies, notamment la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires.

permettre au représentant de l'Etat d'exercer leurs fonctions en toute indépendance. Elles ne feront donc pas l'objet d'étude dans la présente analyse.

L'inclusion de représentants de l'Etat parmi les personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution de l'Etat se justifie pour des raisons pratiques. Il arrive en effet très souvent que ces personnes (représentants) soient citées comme défendeurs dans des procès engageant l'Etat ou mettant directement en cause un Etat étranger. Dans ces conditions, c'est l'Etat qui parlera par la voix de son représentant, personne physique habilitée à agir au nom et pour le compte de l'Etat. L'absence de la personnalité juridique propre du défendeur cité poussera le juge à assimiler purement et simplement ce dernier à l'Etat et à lui appliquer, dès lors, l'immunité de l'Etat[880]. Toutefois, cette immunité ne pourra lui être accordée qu'en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles lui confiées par l'Etat et dans la mesure où l'Etat lui-même pouvait bénéficier de cette immunité si la procédure était diligentée contre lui.

Ainsi jugé qu'« un représentant d'un Etat étranger bénéficie de l'immunité en ce qui concerne les actes officiels qu'il accomplit pour le compte de l'Etat, dans la mesure où cet Etat bénéficierait lui-même de l'immunité en ce qui concerne ces actes si la procédure avait été intentée contre lui »[881].

207. Difficultés pratiques de distinguer les deux sortes d'immunités. Il n'est pas facile d'établir, d'un point de vue pratique, la distinction entre l'immunité de l'Etat étranger prévue par le droit international général et l'immunité diplomatique. Aussi, importe-t-il de revenir sur ces notions avec plus d'à propos afin de mieux les cerner et d'éviter ainsi des confusions regrettables.

En effet, l'immunité de l'Etat et l'immunité diplomatique demeurent étroitement liées, partagent la même terminologie et produisent, en pratique, certaines conséquences communes ; mais leurs régimes juridiques sont totalement différents. L'immunité d'exécution du droit international général est régie, dans le domaine conventionnel[882], par la Convention de Bale de 1972 (impliquant quelques Etats à l'exception de la France) ainsi que par la

---

[880] Il s'agira surtout d'imputer un acte à l'Etat, et le seul fait d'être représentant suffira pour être autorisé à revendiquer l'immunité de l'Etat (M. COSNARD, *op. cit.*, p. 100 et p. 103).

[881] (GB/9) *Propend Finance Pty Ltd c. Sing et autres*, Cour d'appel, 17 avril 1997, 111 ILR 611.

[882] Outre les règles coutumières pertinentes.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens[883]. Pour leur part, les immunités diplomatiques relèvent de nombreux instruments juridiques comme la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, la Convention de 1969 sur les missions spéciales, la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales à caractère universel etc.[884]

Outre la différence des régimes juridiques et des sources, les deux immunités répondent à des objectifs différents et se démarquent aussi du point de vue de leur portée.

L'immunité des Etats a pour but de protéger la souveraineté de l'Etat par l'exclusion de toute contrainte de l'Etat du for à l'égard des actes accomplis par l'Etat étranger dans l'exercice de son autorité souveraine selon la règle *par in parem non habet imperium*. Elle est dite « *ratione materiae* » et repose essentiellement sur la distinction entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii*, ces derniers étant les seuls à bénéficier de l'immunité. Quant à l'immunité diplomatique, elle est destinée à assurer à l'Etat étranger un exercice libre et indépendant de ses fonctions diplomatiques dans l'Etat du for sans l'intervention d'aucune contrainte de la part de ce dernier Etat. L'immunité diplomatique est donc attribuée *ratione personae*[885] et demeure indépendante de la nature de l'acte concerné[886]. Ceci implique que les immunités diplomatiques ont une portée plus large que les immunités d'Etats. Car, elles protègent non seulement l'Etat accréditant mais aussi le diplomate à titre personnel.

Dès lors, même s'il est admis que l'Etat ne bénéficie pas de l'immunité d'exécution pour les actes non souverains, un diplomate impliqué dans l'accomplissement de ces actes ne peut faire l'objet de mesures de contrainte car d'une part, il doit être protégé personnellement et, d'autre part, la distinction entre actes *jure gestionis* et *actes jure imperii* n'existe pas en droit diplomatique. De la sorte, les agents diplomatiques jouissent de l'immunité même lorsqu'ils

---

[883] Non encore entrée en vigueur.

[884] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 51.

[885] C'est-à-dire, à titre personnel. Ainsi, l'immunité diplomatique accordée pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions officiels repose non pas sur l'Immunité des Etats du droit international général, mais plutôt sur le statut spécial du diplomate (Cfr. « D/16 », Cour constitutionnelle fédérale « *Bundesverfassungsgericht* », 10 juin 1997, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, vol. 96, p. 68, p. 85 et suivantes).

[886] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 49.

agissent à titre privé conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[887].

Toutefois, les deux catégories d'immunités se rapprochent en raison du fait qu'elles sont un attribut de l'Etat. C'est pourquoi, l'immunité diplomatique d'un agent peut être levée par l'Etat de la même manière que l'immunité des Etats.

Bref, l'immunité d'un agent diplomatique à l'égard d'un certain acte n'entraîne pas nécessairement celle de l'Etat[888] quand bien même cet Etat serait protégé en vertu du statut personnel du diplomate.

En raison de liens étroits entre les deux immunités et de conséquences pratiques communes qu'elles entraînent, les tribunaux ont souvent des difficultés pour déterminer la règle applicable aux affaires mettant en cause les représentants de l'Etat.

208. Un exemple récent : l'affaire France contre Djibuti. L'affaire France contre Djibuti constitue une illustration du lien indéniablement difficile à délier entre l'immunité de l'Etat et l'immunité dite diplomatique.

Les faits de la cause dans cette espèce s'articulent brièvement comme suit : en 1995, le juge français Bernard Borrel chargé d'enquêter sur les attentats et trafics d'armes impliquant le Président Djiboutien (Ismaël Omar Guelleh), est retrouvé mort dans un ravin à 80 kilomètres de la capitale, le corps à moitié calciné. Plusieurs procédures judiciaires sont simultanément ouvertes afin d'apporter la lumière sur les circonstances exactes de la mort du magistrat. Car à Djibouti, la mort du juge Borrel est considérée comme un suicide alors que la France la qualifie d'abord d'assassinat, puis de meurtre. Des dossiers pénaux sont donc ouverts à Djibouti et en France[889].

---

[887] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 52.

[888] Un acte accompli par un agent diplomatique peut ouvrir la possibilité des poursuites dirigées contre son Etat, alors que l'agent lui-même ne peut être poursuivi personnellement à cet égard. Comme, on le voit, le premier cas concerne l'immunité de l'Etat et le second, l'immunité diplomatique (Cfr. G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 52).

[889] Celui de la France est ouvert sur plainte de la veuve Borrel et porte sur la subornation de témoins dans cette affaire. La France reproche aux autorités djiboutiennes de corrompre systématiquement les témoins appelés en l'affaire.

Se fondant sur deux traités de coopération et d'entraide judiciaire signés par les deux pays en 1977 et 1986, Djibouti demande à la France de lui transmettre le dossier d'enquête sur la mort du magistrat Borrel ouvert auprès de la juge Sophie Clément. La France refuse, mais ne justifie pas son refus.

Entre-temps, dans le cadre de l'instruction du dossier judiciaire ouvert en la même affaire à Paris relativement à la plainte pénale déposée contre X pour subornation de témoin, la juge Sophie Clément avait appelé à comparaître, comme témoins, des personnalités politiques dont le Président djiboutien ainsi que le Procureur Général de la République de Djibouti et le responsable des services de sécurité de ce pays.

Faute pour ces deux dernières autorités djiboutiennes de répondre à l'invitation de la juge française, deux mandats d'arrêts internationaux furent émis à leur encontre.

Djibouti, protesta contre ces mandats d'arrêts internationaux en invoquant l'immunité diplomatique desdites autorités.

C'est sur ces entrefaites que le 10 juin 2006, Djibouti saisit la Cour internationale de Justice (C.I.J.) aux fins notamment de :

- à titre principal : condamner la France pour non-exécution de la commission rogatoire internationale et ordonner à cette dernière de lui transmettre son dossier d'enquête sur l'affaire Borrel dans son intégralité ou expurgé des éléments considérés comme secrets d'Etat ;

- à titre subsidiaire : dire pour droit que la France a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de prévenir et de ne pas porter atteinte aux immunités, à l'honneur et à la dignité du président de la République de Djibouti. En conséquence ordonner l'annulation par la France de la convocation à témoin adressée au chef de l'Etat djiboutien ;

- dire pour droit que la France a violé son obligation en vertu des principes du droit international coutumier et général de prévenir et de ne pas porter atteinte à la personne, à la liberté et à l'honneur du Procureur Général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de ce pays. En conséquence, ordonner

l'annulation non seulement des convocations à témoins leur adressées mais aussi celle des mandats d'arrêts internationaux émis à leur encontre.

209. Décision de la Cour[890]**.** Dans son arrêt du 4 juin 2008, la C.I.J. jugea, s'agissant d'abord du chef de l'Etat djiboutien, que la convocation à témoin adressée à ce dernier en date du 14 février 2007 était conforme à la procédure prévue à l'article 656 du Code de procédure pénale français ; que l'agrément du chef de l'Etat était expressément sollicité pour cette demande de témoignage ; que celle-ci lui était transmise selon les formes prévues par la loi. En conséquence, la Cour conclut que : « la France n'a pas porté atteinte – *aux immunités* – de juridiction du chef de l'Etat de Djibouti ».

Pour ce qui est de l'argument de Djibouti selon lequel la France avait, par la convocation à témoins adressée également à ses deux autres autorités politiques, porté atteinte aux immunités personnelles du Procureur général de la République de Djibouti et du chef de la sécurité nationale de ce pays, la C.I.J. rejeta les prétentions de Djibouti à cet égard en estimant : « *qu'il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agissait pas de diplomates au sens de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que la Convention de 1969 sur les missions spéciales n'était pas applicable en l'espèce* »[891]. La cour fit également observer qu'à aucun moment « *les juridictions françaises, ni la cour n'ont été informées par le Gouvernement de Djibouti que les actes dénoncés par la France étaient des actes de l'Etat djiboutien et que les deux fonctionnaires constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution* »[892].

210. Appréciation personnelle. L'analyse de l'arrêt de la C.I.J. montre que les immunités des Etats et les immunités diplomatiques sont, en vertu de l'identité de leurs conséquences pratiques, accordées ou refusées tantôt sur la base de l'immunité diplomatique, tantôt sur la base de l'immunité de l'Etat, tantôt sur la base de l'une et de l'autre.

---

[890] Il ne sera repris ici que les réactions de la C.I.J. relatives à la problématique des immunités.

[891] Allusion faite à l'immunité diplomatique.

[892] Allusion faite à l'immunité diplomatique (cfr. www.icj-cij.org).

Ainsi, dans l'affaire sous examen, la C.I.J. a rejeté les allégations de Djibouti relatives aux atteintes portées contre la personne du chef de l'Etat aux motifs notamment que l'agrément de ce dernier avait été expressément sollicité pour la demande de témoignage lui adressée. Que, dès lors, la France n'a pas porté atteinte *aux immunités* de juridiction (en ce compris d'exécution : nous soulignons) du chef de l'Etat djiboutien.

En ayant décidé ainsi, la C.I.J. a fait croire qu'il n'y avait eu, en l'espèce, ni violation de l'immunité diplomatique, ni violation de l'immunité de l'Etat par la France. La cour a donc justifié son refus de condamner la France à cet égard en se fondant sur les deux immunités.

Toutefois, à supposer que l'acceptation par le chef de l'Etat de la demande de témoignage eût été considérée comme une renonciation à son immunité de l'Etat, l'immunité diplomatique dont il est couvert à titre personnel n'aurait en tout cas pas permis de lui adresser la « fameuse » convocation à témoin étant donné que le chef de l'Etat jouit, à l'instar du chef du Gouvernement et du ministres des affaires étrangères, d'une immunité absolue *ratione personae* qui le protège à titre personnel dans l'exercice de ses fonctions[893].

Cette considération aurait conduit à la condamnation, par la C.I.J., de la France pour violation de l'immunité diplomatique du chef de l'Etat djiboutien. *Quod non in specie*.

Quant aux autorités politiques djiboutiennes à savoir, le Procureur général de la République de Djibouti et le responsable de la sécurité de ce pays, la Cour a estimé que la France n'a pas non plus violé le droit international en ce qui les concerne étant donné, d'une part, qu'ils ne sont pas des diplomates conformément aux Conventions de Vienne de 1961 et de 1969 et que, d'autre part, le Gouvernement djiboutien n'a pas informé la cour et la partie adverse (France) que les deux fonctionnaires constituaient des organes, établissements ou organismes de celui-ci chargés d'en assurer l'exécution.

Une fois de plus, la C.I.J. a jugé non fondées les arguments de Djibouti en faveur de ses fonctionnaires en se fondant sur les deux immunités (diplomatique et de l'Etat). Or, quand bien même les deux agents publics djiboutiens n'étaient pas des diplomates au sens strict, un examen attentif des arguments de Djibouti aurait conduit la cour à considérer les deux fonctionnaires comme des organes de ce pays à partir du moment où Djibouti les considérait

---

[893] Affaire concernant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil*, 2002, p. 3, par. 54.

comme tels dans l'affaire Borrel parce que leur témoignage devait être donné au non du gouvernement djiboutien. Dès lors, en tant que représentant de l'Etat djiboutien, en la cause, ces deux fonctionnaires pouvaient bénéficier de l'immunité reconnue à cet Etat. Car, le droit des immunités d'Etats tient compte de l'organisation interne de l'Etat pour accorder l'immunité d'exécution à toute personne physique par laquelle l'Etat s'exprime et à tout organe habilité à user des pouvoirs de l'Etat et à revendiquer son immunité[894]. Ceci n'a pas été le cas en l'espèce. Et c'est encore à tort que la C.I.J. a considéré que la France n'a pas violé le droit international en la cause.

211. Conclusion. Les enseignements majeurs tirés de l'analyse des bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit international ont démontré que l'accent fut d'abord mis sur les émanations et les démembrements territoriaux ou organiques de l'Etat comme entités susceptibles de revendiquer l'immunité de l'Etat étranger. Ces enseignements, largement influencés par la théorie de l'immunité absolue, ont privilégié l'élément *ratione personae,* c'est-à-dire, la relation « Etat-entité » se traduisant par la continuation de l'Etat dans la personne de l'entité comme critère d'octroi de l'immunité à cette dernière. Aucune considération de la distinction entre actes *jure imperii* et *jure gestionis* n'était alors prise en considération.

Concrètement, cela se traduisait, dans la problématique d'attribution de l'immunité d'exécution à une entité, par le souci de régler *au préalable* la question de savoir si les actes de cette entité pouvaient être imputés à un Etat étranger. Ce n'est qu'en cas de réponse affirmative, autrement dit, lorsque l'organisme ou l'entité était considéré comme intervenant en tant qu'Etat ou pour le compte de l'Etat qu'on devait par la suite vérifier si les actes accomplis rentraient dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat.

Après l'abandon généralisé de la théorie de l'immunité absolue, on peut, à l'heure actuelle, estimer que le débat engagé sur le *statut* des entités aux fins d'attribution ou de refus de l'immunité d'exécution est largement dépassé et ne présente plus qu'un intérêt historique. Le facteur déterminant s'agissant d'accorder l'immunité d'exécution aux émanations de l'Etat est la destination ou le but attaché aux actes accomplis. Si ces actes sont accomplis dans l'exercice de l'autorité souveraine de l'Etat (*actes jure imperii* et *non jure gestionis*),

---

[894] La détermination des bénéficiaires des immunités de l'Etat lors de la mise en cause des fonctionnaires de l'Etat a toujours été abordée par la méthode structurelle (M. COSNARD, *op. cit.*, p. 113).

l'immunité d'exécution sera accordée. Seul un petit nombre de décisions continue à présenter encore l'élément moral ou la personnification juridique de l'entité comme critère de différenciation entre l'Etat et l'entité permettant de refuser l'immunité d'exécution à cette dernière.

Le rétrécissement de la notion de l'Etat résultant de la prise en compte de l'élément *ratione materiae* influe donc également sur le champ d'application des bénéficiaires de l'immunité d'exécution parce que cette dernière ne profite qu'aux entités agissant dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique. Les derniers efforts de codification reflètent également ce point de vue en affirmant que les organes accomplissant les actes *jure gestionis* ne sont pas considérés comme se situant dans le champ d'application de la notion d'Etat et ne peuvent donc bénéficier de l'immunité[895].

Ainsi s'achève ce survol rapide de la notion d'immunité d'exécution en droit international. Il nous a permis de cerner la notion et de dégager les évolutions qu'elle a subies au fil des âges. Un constat s'est dégagé de cette évolution : la règle de l'immunité d'exécution n'est plus appliquée actuellement comme elle l'était au cours du XIX^{ème} siècle. Cette différence n'est pas le fruit du hasard. Elle est la résultante d'un changement progressif qui a vu les nouveaux critères d'octroi se superposer aux anciens pour aboutir à un régime globalement relativisé.

Il ne reste plus qu'à étudier profondément les systèmes actuels représentés par l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge et la loi française du 16 juillet 1980 (telle que modifiée et complétée à ce jour) et d'éprouver leur réception en droit congolais avant de proposer un système efficace de protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics en RDC.

---

[895] G. HAFNER, M. G. KOHEN et S. BREAU, *op. cit.*, p. 20.

DEUXIÈME PARTIE

PLAIDOYER POUR UN PRINCIPE MOINS ABSOLU À LA LUMIÈRE DES EXEMPLES BELGE ET FRANÇAIS

212. Introduction. La première partie de cette étude a permis de mieux cerner la notion d'immunité d'exécution tant en droit interne qu'en droit international. Elle a, en effet, surtout servi à mieux appréhender ce concept dans les deux ordres juridiques par la mise en exergue de ses réalités, l'indication de ses principales mutations et la détermination de ses limites. Loin de présenter, comme d'aucuns l'ont écrit[896], un privilège appelé à s'effacer et à disparaître totalement au profit d'un régime d'insaisissabilité des biens, elle a plutôt conduit à la prise en compte d'une évidence selon laquelle le principe de l'immunité d'exécution a encore de beaux jours devant lui parce que l'Etat en droit interne et dans la sphère internationale n'est pas considéré comme un sujet ordinaire.

Les droits belge et français ayant mis en place des mécanismes destinés à assurer la sauvegarde des droits des créanciers face à l'omnipotence des pouvoirs publics, c'est à l'étude de ces mécanismes que seront consacrés les développements qui suivent afin d'examiner les possibilités de leur application en RDC.

---

[896] M. COSNARD, *op. cit.*, p. 202. L'auteur fait observer que : « *la mutation qu'a connue l'immunité d'exécution des Etats démontre à tous égards la disparition de la notion. Et c'est justement en ne se préoccupant plus de la personne du bénéficiaire que la jurisprudence et la doctrine ont effacé l'immunité d'exécution des (tables de la loi). La personne est ignorée sauf pour la sanctionner d'une non-exécution volontaire. L'impossibilité de se substituer à l'Etat pour appliquer une sentence a été supprimée. S'il est exact qu'il demeure malaisé d'exécuter d'office une décision de justice rendue contre l'Etat, ce n'est plus à cause de son immunité d'exécution, mais en raison d'un régime d'insaisissabilité des biens de l'Etat largement entendu* ». Voy., dans le même sens, M. COSNARD citant I. PINGEL LENUZZA et soulignant qu'on a pu écrire dans un ouvrage récent que : « *la question des bénéficiaires de l'immunité d'exécution s'effacerait au profit de celle des biens couverts par le privilège* » (M. COSNARD, *op. cit.*, p. 201).

TITRE I. ANALYSE DES MÉCANISMES DE PROTECTION EN VIGUEUR

*Chapitre I. Le système belge de protection issu de l'article 1412*bis *du Code judiciaire*

Les développements relatifs à l'analyse de ce système seront regroupés en deux sections portant respectivement sur l'examen de l'article 1412*bis* (Section 1) et son appréciation critique (Section 2).

Section 1. Examen de l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge

213. Exposé de l'article 1412*bis* : rappel. Conscient de la nécessité de permettre aux pouvoirs publics d'assurer sans entrave la satisfaction des besoins essentiels de la communauté, l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge proclame solennellement et de manière générale l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, lesquelles ne peuvent, sauf exceptions limitativement énumérées par la loi, faire l'objet de procédures d'exécution forcée de droit commun. Aussi, s'impose-t-il, pour permettre un meilleur examen de cette disposition, d'en reprendre le libellé exact tel qu'il résulte de la loi belge du 30 juin 1994[897].

En effet, l'article 1412*bis* du Code judiciaire dispose que : « *§1er Les biens appartenant à l'Etat, aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux communes, aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables*.

§2. Toutefois, sans préjudice de l'article 8, alinéa 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, peuvent faire l'objet d'une saisie :

---

[897] Il s'agit de la loi du 30 juin 1994 sur l'immunité d'exécution des personnes publiques, insérant dans le Code judiciaire belge un article 1412*bis*.

- *1° les biens dont les personnes morales de droit public visées au paragraphe 1er ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis. Cette déclaration doit émaner des organes compétents. Elle sera déposée au lieu prescrit par l'article 42 pour la signification des actes judiciaires. Le Roi fixe les modalités de ce dépôt.*

- *2° à défaut d'une telle déclaration ou lorsque la réalisation des biens qui y figurent ne suffit pas à désintéresser le créancier, les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public.*

§3. Les personnes morales de droit public visées au paragraphe 1er, dont les biens font l'objet d'une saisie conformément au paragraphe 2, 2°, peuvent faire opposition. Elles peuvent faire offre aux créanciers saisissant d'exercer ses poursuites sur d'autres biens. L'offre lie le créancier saisissant si le bien est sis sur le territoire belge, et si sa réalisation est susceptible de le désintéresser.

Si le créancier saisissant allègue que les conditions du remplacement du bien saisi visées à l'alinéa précédent ne sont pas remplies, la partie la plus diligente saisit le juge dans les conditions fixées à l'article 1395.

§4. S'il y a opposition, elle ne peut résulter que d'un exploit signifié au saisissant avec citation à comparaître devant le juge des saisies. La demande, qui est suspensive de la poursuite, doit être formée à peine de déchéance, dans le mois de l'exploit de saisie signifié au débiteur.

Le jugement ne peut être assorti de l'exécution provisoire. Il n'est pas susceptible d'opposition.

Le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la signification du jugement. Le juge d'appel statue toutes affaires cessantes. L'arrêt rendu par défaut n'est pas susceptible d'opposition.

Art. 2. La présente loi entre en vigueur à la date fixée par le Roi et au plus tard six mois après sa publication au Moniteur belge »[898].

---

[898] A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 442.

Tel est le libellé exact de l'article 1412*bis* institué par la loi du 30 juin 1994. Le souci du législateur belge de régler, jusque dans les moindres détails, la délicate et épineuse question de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, dans un contexte où l'Administration se trouve de plus en plus dépouillée de ses prérogatives traditionnelles, expliquerait le caractère relativement long de cette disposition[899] dont l'analyse s'articulera autour de deux points, à savoir : 1) le principe de l'article 1412*bis* et ses tempéraments (§1), et 2) la faculté de substitution et la procédure d'opposition (§2).

*§1. Article 1412*bis *: principe et tempéraments au principe*

A. Le principe

214. L'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public. L'objectif de l'article 1412*bis* étant de concilier le principe de l'exécution des décisions de justice avec les exigences du service public, le législateur belge de 1994 a opté pour l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public. Cette insaisissabilité est affirmée de façon générale au premier paragraphe de cet article qui s'applique à toutes les personnes publiques ainsi qu'à tous leurs biens sans distinction[900]. Le législateur dispose à cet effet que : « §1. *Les biens appartenant à l'Etat, aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux communes, aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables* ».

---

[899] C'est nous qui soulignons.

[900] Le texte adopté par le législateur est fort différent de celui proposé par le Sénateur E. CEREXHE selon lequel : « *§1er. Les biens appartenant aux Régions, aux Communautés, aux provinces, aux communes, aux associations et fédérations de communes, aux organismes d'intérêt public, et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables. §2. Toutefois, les biens du domaine privé appartenant aux personnes visées au paragraphe 1er peuvent être saisis si le juge estime que la mesure sollicitée est, compte tenu des intérêts en présence, compatible avec les impératifs de la continuité du service public. Le juge veille ; le cas échéant, à laisser à l'administration un délai raisonnable pour s'exécuter* » (propositions de loi des 15 janvier 1987 et 29 mars 1988).

Ainsi, sont visés dans cette disposition : l'Etat et ses subdivisions territoriales et organiques énumérées au paragraphe 1er, soit les Régions, les Communautés, les provinces, les communes, les organismes d'intérêt public et plus généralement toutes les personnes morales de droit public telles que les centres publics d'action sociale, les associations et fédérations de communes, les régies publiques etc… La liste n'étant pas exhaustive[901].

Le libellé du paragraphe premier de l'article 1412*bis* et plus précisément l'expression : « *et généralement à toutes personnes morales de droit public* » contenue dans ce paragraphe, donne donc à cette disposition un caractère général qui se traduit par l'élargissement de son champ d'application et sa propension à englober toutes les personnes publiques.

Enfin, le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques s'applique ici à toutes les saisies, qu'elles soient conservatoires ou exécutoires.

215. Limitations *ratione personae*. Néanmoins, en raison de certaines législations particulières, le privilège de l'immunité d'exécution connaît certaines limites. Ainsi, sont considérées comme exclues du champ d'application de l'article 1412*bis* les institutions publiques de crédit et les entreprises publiques autonomes[902]. Les premières, régies par l'article 193 de la loi du 17 juin 1991, peuvent voir leurs biens être frappés de saisie en vertu de cette disposition légale expresse et précise[903] ; les secondes, quant à elles, ne sont pas soumises au régime de la saisissabilité limitée de l'article 1412*bis* en vertu du principe : « *Specialia generalibus derogant* ». Ce principe, exprimé en version latine, signifie tout simplement que « les dispositions légales spéciales dérogent aux prescrits légaux ayant un caractère général ».

---

[901] Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme de T'SERCLAES, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1992-1993, pp. 7-8. Dans le même sens, voy. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, *Doc. parl.*, Sénat., s.e. 1988, n° 213-2, spéc. p. 12 (autrement appelé Premier rapport ARTS).

[902] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 442.

[903] Il échet de noter qu'à la différence de la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques autonomes, aucune mention de ce texte n'est faite dans l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge. Par ailleurs, en vertu du caractère très général de l'article 1412*bis*, on serait tenté de soumettre également à cette disposition, les biens des institutions de crédit qui conservent la qualité des personnes morales de droit public tel que cela résulte des déclarations faites au cours de débats parlementaires. Toutefois, la majorité de la doctrine préfère faire primer un texte précis et exprès sur une loi plus générale et appliquer à ces institutions un régime particulier (M. PÂQUES, D. DEOM, P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE, *Domaine public, domaine privé : biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 194.

Les entreprises publiques autonomes étant des personnes publiques à part entière, on ne peut logiquement imaginer qu'elles ne soient pas visées par la nouvelle disposition dans son paragraphe premier. Cependant, la lecture attentive de ce paragraphe ainsi conçu : « *Les biens appartenant à l'Etat, aux Régions (…), aux organismes d'intérêt public et généralement à toutes personnes morales de droit public sont insaisissables* » fait apparaître une certaine contradiction au regard du prescrit de l'article 8, alinéa 2, de la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques autonomes. Cette disposition qui détermine les biens insaisissables de ces entreprises, ne vise pas tous les biens de ces entités comme c'est le cas dans l'article 1412*bis*. Ne sont concernés par la saisie, d'après l'article 8 alinéa 2, que « les biens de ces entreprises entièrement ou partiellement affectés à la mise en œuvre par elles de leurs tâches de service public ».

Dès lors, on se trouve devant deux dispositions légales partiellement contradictoires dont l'une à caractère général (article 1412*bis*, §1) prévoit que ne sont pas saisissables, tous les biens des personnes publiques y compris ceux des entreprises publiques autonomes et, l'autre à caractère particulier (article 8, alinéa 2) qui considère comme non saisissables, certains biens seulement de ces entreprises à savoir : ceux qui sont « entièrement ou partiellement affectés à leurs tâches de service public ».

Le critère pour saisir un bien prévu par la loi du 21 mars 1991 diffère donc de celui retenu par l'article 1412*bis* du Code judiciaire.

Au regard de la maxime *specialia generalibus derogant,* la contradiction devrait, en principe, se résoudre au profit de l'article 8 alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991 en tant qu'il constitue un texte particulier en la matière. Cette interprétation a l'avantage d'être en harmonie avec le vœu clairement exprimé au cours des débats parlementaires tant par le représentant du ministre de la Justice que par le Sénateur CEREXHE de voir les entreprises publiques autonomes être exclues du champ d'application de l'article 1412*bis*[904].

---

[904] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 443. Dans le même sens, voy. Rapport présenté au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS. *Doc. parl.*, Chambre, s.o., 1992-1993, n° 769-2, spéc., pp. 18 et 21-22 appelé aussi « Second rapport ARTS ».

Mais, est-ce à dire que ce vœu a été totalement exaucé suite à l'adoption de l'article 1412*bis* ? Pour A. M. STRANART et P. GOFFAUX, cet objectif n'a été que partiellement atteint[905]. Car observent-ils, le législateur a sans doute dû tenir compte du régime particulier de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques autonomes. Aussi, a-t-il prévu une réserve à ce sujet à l'article 1412*bis* : « *sans préjudice de l'article 8, alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (…)* » pour montrer qu'il entendait exclure ces entreprises du champ d'application de l'article 1412*bis* tel qu'organisé par les paragraphes deux et suivants de cette disposition.

Cependant, ajoutent-ils, étant donné que cette réserve n'a pas été reprise au paragraphe premier de l'article 1412*bis* et que les entreprises publiques autonomes sont bel et bien des personnes morales de droit public, elles demeurent, en toute logique, soumises à l'article 1412*bis*, particulièrement à son paragraphe premier. Toutefois, privilégiant des solutions issues de principes juridiques, notamment, de l'adage *specialia generalibus derogant*, ces deux auteurs, suivis par la majorité de la doctrine[906], prônent une application exclusive à ces entreprises de la loi du 21 mars 1991. Cette approche a la particularité de conférer aux biens des entreprises publiques autonomes affectés à leurs tâches de service public une protection supérieure à celle qui couvre les biens de l'Etat lui-même[907]. En effet, alors que les biens de l'Etat peuvent, aux termes du paragraphe deux points un et deux de l'article 1412*bis* faire l'objet de saisie, notamment lorsqu'ils sont déclarés saisissables par les personnes publiques elles-mêmes ou lorsqu'ils ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leurs missions de service public (*quod non a contrario*), ceux des entreprises publiques autonomes affectés à leur tâches de service public ne peuvent l'être en aucune manière.

---

[905] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 443.

[906] E. DIRIX, « Saisie sur des biens des autorités publiques », in *Hommage à M. Prof. M. STORME*, *Huis. Just.*, 10/1995, n^os^ 5 et 6, p. 142 ; R. WITMEUR, « Peut-on contraindre les autorités publiques à exécuter une condamnation prononcée contre elles ? Les commentaires de la loi du 30 juin 1994 insérant l'article 1412*bis* du Code judiciaire », *Cah. dr. jud.*, 1994, n° 17, p. 26 ; B. PEETERS, « Dwanguitvoering op overheidsgoederen — Een commentaar op art. 1412*bis* Ger. W. », *T.B.P.*, 1995, p. 74 ; C. NYSSENS, *op. cit.*, pp. 310-311 ; I. DUPONT, « L'article 1412*bis* du Code judiciaire a-t-il saisi les autorités publiques ? Examen de la mise en application de cet article par les personnes morales de droit public et autres tempéraments à l'immunité d'exécution », *Revue du Droit public et des Sciences administratives*, T1/2004, 28ème année, janvier 2005, p. 63 ; M. PÂQUES ; D. DEOM, P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.,* p. 194.

[907] M. PÂQUES, D. DEOM ; P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.,* p. 194.

Aussi, ne peut-on s'empêcher de s'interroger avec D. DEOM, s'il n'y aurait pas lieu de combiner les deux dispositions et d'appliquer à l'insaisissabilité des biens prévue par l'article 8, alinéa 2 de la loi du 21 mars 1991, les restrictions reprises au paragraphe deux de l'article 1412*bis* d'autant que, à y regarder de près, les deux dispositions prônent l'insaisissabilité des biens affectés aux missions de service public et soutiennent en conséquence, la saisie des biens considérés comme non utiles à la poursuite de l'intérêt général. Ce qui aboutirait à la formule commune suivante :

- les biens des entreprises publiques autonomes + les biens des personnes publiques affectés au service publique = insaisissables ;

- les biens des entreprises publiques autonomes + les biens des personnes publiques non affectés au service publique = saisissables[908].

De ce qui précède, il résulte que tous les biens de personnes morales de droit public sont insaisissables, mais sous la réserve d'importantes exceptions. Bien plus, les tempéraments apportés au principe de l'immunité d'exécution par l'article 1412*bis* ne portent pas davantage sur le champ d'application *ratione personae*, mais bien sur sa portée *ratione materiae*. Enfin, en l'absence de mentions expresses en sens contraire, le principe de l'immunité d'exécution s'applique non seulement dans les rapports avec les créanciers privés, mais aussi dans ceux entretenus avec les personnes publiques.

Et puisque les tempéraments apportés à l'immunité d'exécution ne portent que sur son champ d'application *ratione materiae*, il est dès lors intéressant de voir dans quelle mesure, ils ont été organisés par le législateur.

---

[908] L'interrogation nous paraît, somme toute, pertinente et la solution proposée séduisante parce qu'elle est cohérente et à tout le moins simplificatrice. D'ailleurs, la prise en compte du critère fonctionnel dans l'octroi de l'immunité d'exécution au cas où la personne publique n'aurait pas dressé la liste de ses biens saisissables aboutit à cette solution dans la mesure où ne seront déclarés insaisissables que les biens jugés manifestement utiles à la réalisation de la mission de service, ce qui ne serait pas le cas des autres biens réputés saisissables.

B. Tempéraments *ratione materiae*

216. Une saisissabilité limitée. Biens qu'ayant consacré l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public, l'article 1412*bis* du Code judiciaire n'a pas fait de ce principe un principe absolu. Tentant de répondre aux critiques et de remédier aux préjudices graves souvent causés aux créanciers, le législateur a prévu la possibilité d'une saisissabilité limitée des biens de ces personnes. Deux conditions d'application non cumulatives sont prévues à cet effet au paragraphe deux de cette disposition à savoir :

- 1° les biens dont les personnes morales de droit public ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis (§2, 1°) ;

- 2° les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public (§2, 2°).

L'insertion au point 2 du paragraphe deux de l'adverbe « manifestement » est, selon la doctrine[909], justifiée par le souci du législateur d'éviter de donner au juge des saisies un trop large pouvoir dans l'appréciation des impératifs de la continuité du service public. En effet, le contrôle du juge doit, à cet égard, rester marginal. Autrement dit, le juge ne peut se prévaloir de cette prérogative que s'il peut justifier que le bien saisi n'est manifestement pas utile à l'exercice de la mission de la personne morale. C'est à l'administration active qu'appartient un pouvoir d'appréciation plein et entier dans ce domaine. La technique du contrôle marginal ne fournit au juge, dans le cas où l'administration dispose d'une liberté de gestion, que le moyen de rendre possible et admissible un contrôle auquel il peut être difficilement reproché au juge de substituer l'organe juridictionnel à l'organe de l'administration active[910].

Par contrôle marginal, il faut entendre un type de contrôle juridictionnel limité, qui n'autorise le juge à intervenir que lorsqu'il n'existe pas de doute quant à l'irrégularité de l'action de

---

[909] Voy. notamment, A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 445).

[910] CL. NYSSENS, *op. cit.*, p. 308.

l'autorité administrative[911]. Comme l'observent A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, c'est par ce contrôle marginal que le juge « *censure le comportement déraisonnable de l'organe administratif en cause, lorsque le manque de raison et d'équité est si évident que la décision du juge correspond à une conception du droit communément partagée* ».

Enfin, il est intéressant de noter que l'article 1412*bis* du Code judiciaire a également prévu la possibilité pour les personnes morales de droit public de faire offre au créancier saisissant d'exercer ses poursuites sur d'autres biens (faculté de substitution) et organisé une voie de recours : l'opposition.

Mais, comment doit se réaliser la saisissabilité limitée des biens prévue par cette disposition ?

1. La déclaration des biens saisissables

217. Caractère facultatif de la liste des biens saisissables. S'agissant de biens déclarés saisissables, il importe de noter que le texte ne fait pas obligation aux personnes publiques de dresser pareille liste. Toutefois, lorsqu'elle est établie, le créancier est tenu d'exercer ses poursuites sur les biens y figurant et le juge des saisies est lié par la qualification ainsi faite par les organes compétents pour disposer desdits biens. Enfin, cette liste ne doit pas être nécessairement exhaustive.

Comme le souligne pertinemment CL. NYSSENS, les autorités qui prendront soin d'établir cette liste se mettront à l'abri d'un éventuel contentieux sur la nature du bien saisi devant le juge parce qu'elles auront déclaré elles-mêmes, conformément au critère de l'utilité manifeste prévu au 2° du paragraphe 2, les biens qui ne sont manifestement pas utiles pour l'exercice de leurs missions. Par contre, les autorités qui ne l'auront pas fait prendront le risque d'un tel contentieux.

Une interrogation subsiste cependant. Etant donné que le juge des saisies est lié par la qualification du bien fixé par l'autorité compétente, peut-il d'office ou sur proposition de

---

[911] A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Story Scientia, 1989, n^os^ 600 et 634. Voy. aussi Civ. Verviers (sais.), 12 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 480.

l'autorité saisie en contrôler la légalité ? Autrement dit, le juge peut-il contrôler la légalité de la décision d'inscrire un bien sur une liste des biens saisissables ?

La question ne manque pas d'intérêt d'autant qu'il ressort des travaux préparatoires[912] que les biens repris sur une liste bénéficient d'une présomption irréfragable de saisissabilité.

Pour A. M. STRANART et P. GOFFAUX, dont nous partageons le point de vue, le législateur du 30 juin 1994 ayant limité la saisie des biens des personnes morales de droit public à ceux d'entre eux jugés *manifestement pas utiles* à l'exercice de leur mission ou à la continuité du service public, il en résulte qu'il se trouve là établi expressément un critère légal *d'utilité du bien pour le service public* dont le juge devra dans le cadre de son contrôle marginal vérifier régulièrement l'application afin d'éviter que la saisie d'un bien ne vienne perturber la poursuite de l'intérêt général. Ainsi, affirment-ils : « *Compte tenu de cette volonté du législateur, il est, dès lors permis, pense-t-on, de conclure que l'inscription d'un bien sur la liste en tant que mesure susceptible de conduire à la saisie de ce bien, doit nécessairement se faire au regard desdites exigences de la continuité du service public ou des missions de la personne publique envisagée, lesquelles forment ainsi le critère d'inscription précité* »[913].

De la sorte, le juge peut, après vérification, ordonner la mainlevée de la saisie s'il estime que le bien figurant sur la liste présente une certaine utilité pour le service public ou pour l'accomplissement de la mission de la personne publique et que sa mention sur la liste des biens saisissables est le résultat d'une erreur de l'autorité. Il en sera également de même au cas où le bien répertorié venait à recevoir une nouvelle affectation qui le rendrait manifestement utile sans que la liste ait été dans l'entre-temps modifiée[914]. En somme, le juge pourra, selon les auteurs précités, refuser de prendre en considération la liste établie en vertu du pouvoir qui lui est reconnu de ne pas appliquer les actes administratifs illégaux (article 159

---

[912] Voy., par exemple, la déclaration de M. DUSQUESNE en Commission de la Justice de la Chambre (Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. BEAUFAYS, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1993-1994, n° 750, p. 3).

[913] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, pp. 444 et 445.

[914] Le juge dispose également du pouvoir de contrôler le respect des formalités requises pour l'élaboration des listes. Ainsi, le Conseil d'Etat peut censurer l'illégalité de la décision d'inscription d'un bien pour erreur manifeste d'appréciation, incompétence des autorités ou violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité. En revanche, l'absence de liste n'est pas soumise au contrôle, son établissement n'étant pas obligatoire. Voy., à titre indicatif, A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 445 ; I. DUPONT, *op. cit.*, p. 60.

de la Constitution[915]). C'est autant dire que l'inscription d'un bien sur la liste ne constitue nullement une présomption irréfragable de saisissabilité. Et c'est là une opinion fort intéressante dont il importe de connaître un jour la position de la jurisprudence au cas où il arriverait que la situation se présente.

En pratique cependant, il y a lieu de regretter, comme le souligne I. DUPONT[916], la quasi-absence de listes établies par les autorités publiques en application de l'article 1412*bis*. Ce constat déplorable fut d'ailleurs à la base de l'interpellation du Premier ministre quant à la mise en place des mesures efficaces destinées à assurer à la nouvelle législation sa mise en œuvre. Malheureusement, aucun suivi ne fut réalisé. La réponse décevante du Premier ministre rappelant chaque fois la possibilité réservée par la loi elle-même à l'absence de liste, tendait à enlever à cette problématique toute l'importance que logiquement elle requiert.

Aussi, soutenant la même opinion, le Ministre Président du Gouvernement wallon n'eut aucune peine à déclarer, en réponse à une question posée au sujet de la liste, qu'« *aucune liste des biens saisissables n'a été établie par la Région wallonne en application de l'article 1412bis, §2, 1° du Code judiciaire. En l'absence d'une telle déclaration, il y a lieu de s'en référer à l'article 1412bis, §2, 2°. Peuvent, en effet, faire l'objet d'une saisie, les biens qui ne sont manifestement pas utiles à la Région pour l'exercice de sa mission ou pour la continuité du service public* »[917].

Bien entendu, cette déclaration conserve son actualité en ce qu'elle met l'accent sur l'alternative offerte par le législateur à défaut de tout établissement de la liste des biens saisissables.

On remarque donc qu'en pratique, les autorités publiques se retranchent derrière le caractère non obligatoire de l'élaboration de la liste pour ne pas déclarer les biens saisissables. La loi ayant elle-même prévu une alternative à l'absence de liste.

218. Publicité de la liste. Pour ce qui est de la publicité de la liste, l'article 1412*bis* prévoit que la déclaration des biens saisissables se fait aux lieux prescrits par l'article 42 du Code

---

[915] Article 159 : « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

[916] I. DUPONT, *op. cit.*, pp. 63-64.

[917] Bulletin des questions et réponses, Parlement wallon, sess, 2001-2002, n° 1, pp. 12-13.

judiciaire[918]. L'idée d'imposer la publication de la liste au Moniteur belge ou d'en assurer la communication à la Chambre nationale des huissiers de justice n'a pas été retenue. Le texte définitif prévoit que le Roi fixe les modalités du dépôt de la déclaration. Pour l'auteur de cet amendement devenu un principe légal, l'importance de l'établissement de cette liste était telle qu'il fallait en déterminer une procédure uniforme pour les pouvoirs locaux. Et cette procédure uniforme ne pouvait être fixée que par arrêté royal. C'est ce qui ressort de sa justification d'amendement ainsi reprise : « *Eu égard à l'importance de l'établissement des listes, il est souhaitable, en particulier pour les pouvoirs locaux, de prévoir une procédure uniforme. Aussi, s'indique-t-il qu'un arrêté royal détermine les modalités à respecter pour établir ces listes et le cas échéant, pour les ratifier et qu'il précise dans quel délai, de quelle façon et où elles doivent être publiées* »[919].

Pour rappel, cette liste n'est nullement exhaustive. Elle peut être modifiée tant que la procédure de saisie n'a pas été entamée. Car, il n'est pas exclu qu'un bien figurant sur la liste ait été dans l'entre-temps affecté à une autre destination et devienne de ce fait manifestement utile[920].

Au demeurant, il ressort de la lecture des travaux préparatoires que le système de liste à établir par l'autorité publique vis-à-vis de ses propres biens a été institué comme solution de conciliation et de compromis équilibré entre les intérêts des personnes morales de droit public d'une part et ceux de leurs créanciers d'autre part[921].

---

[918] Article 42 du Code judiciaire : « *Les significations sont faites :*

- *à l'Etat, au cabinet du ministre compétent pour en connaître, ou, si l'objet du litige entre dans les attributions du Sénat ou de la Chambre des représentants, au greffe de l'assemblée mise en cause, sans préjudice des règles énoncées à l'article 705 ;*
- *à la province, au siège du gouvernement provincial ;*
- *à la commune, à la maison communale ;*
- *aux établissements publics, d'utilité publique et aux fondations, au siège de leur administration* ».

Pour les communautés et les Régions non concernées par l'article 42, il y a lieu de se référer à l'article 82 de la loi spéciale des réformes institutionnelles du 8 août 1980 qui prévoit que la Communauté ou la Région sont citées au cabinet du président du gouvernement communautaire ou régional.

[919] Amendement n° 9, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 750/7.

[920] Rapport du 2 juin 1994, *Doc. parl.*, Chambre, session 1992-1993, n° 750/9.

[921] Cl. NYSSENS, *op. cit.*, p. 307.

2. L'absence de liste ou l'insuffisance des biens figurant sur la liste

219. Biens manifestement pas utiles au service public déclarés saisissables. L'article 1412*bis* dispose au point 2° du deuxième paragraphe que : « *…à défaut d'une telle déclaration ou lorsque la réalisation des biens qui y figurent ne suffit pas à désintéresser le créancier, les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public*» sont saisissables.

Il résulte du prescrit de cette disposition que pour le législateur du 30 juin 1994, une déclaration suffisante des biens à saisir empêche la saisie d'autres biens. Ce n'est qu'en l'absence de déclaration ou en cas de déclaration insuffisante que le créancier pourra saisir d'autres biens de la personne publique. Mais, il doit s'agir, comme indiqué précédemment, *des biens qui ne sont manifestement pas utiles* à l'exercice de sa mission ou à la continuité du service public.

Le législateur retient donc là *un critère fonctionnel* applicable à titre subsidiaire, c'est-à-dire, à défaut de liste ou de l'insuffisance des biens y inscrits[922].

Toutefois, il y a lieu de noter que le choix de ce critère dit de « *l'utilité manifeste* » a donné lieu à des longues discussions et sa sévérité a varié au cours de l'élaboration du texte. La proposition initiale avait retenu le critère de la « *compatibilité avec les impératifs de la continuité du service public* » tandis que le premier texte voté par le Sénat le 7 février 1991 avait opté pour celui du « *caractère indispensable* » du bien à l'exercice de la mission de la personne morale ou à la continuité du service public. Quant au dernier critère retenu par la Chambre le 3 juin 1993, il prévoyait l'insaisissabilité des biens « *manifestement utiles pour l'exercice de la mission des personnes morales ou pour la continuité du service public* ». Finalement, la loi du 30 juin 1994 retiendra ce dernier critère avec une formulation négative à savoir : sont saisissables « *les biens manifestement pas utiles* » à l'exercice de la mission de la personne morale ou à la continuité du service public[923].

---

[922] Cl. NYSSENS, *op. cit.*, p. 307 ; A. M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 445.

[923] Voy. Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme T'SERCLAES, *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1992-1993, pp. 5-8 ; mais aussi Second rapport ARTS, *op. cit.*, pp. 5, et 45 et s.).

La formulation négative de ce critère entraîne *ipso facto* un renversement de la charge de la preuve. Ainsi, il appartiendra au créancier saisissant et non à la personne publique[924] de prouver que le bien saisi n'est manifestement pas utile à l'exercice de la mission[925] de la personne morale. Bref, toute saisie du patrimoine des personnes publiques sera appréciée sur base de ce critère fonctionnel et le juge devra tenir compte de l'affectation à laquelle l'autorité publique destine le bien, même si celle-ci n'est pas encore effectivement réalisée[926].

Plusieurs décisions de justice ont fait application du critère fonctionnel de l'inutilité manifeste et deux domaines ont été, à cet égard, mis en exergue. L'un concerne le patrimoine artistique des personnes morales de droit public, l'autre les avoirs bancaires desdites personnes.

S'agissant des œuvres d'art, il est un principe[927] que leur saisie ne peut être autorisée lorsqu'elles sont placées dans un lieu public. La raison en est certainement le rôle d'éducation culturelle qu'elles sont censées y jouer en dehors de leur fonction purement décorative (cas des œuvres d'art situées dans un musée). Ce raisonnement s'applique également aux tableaux attribués par l'autorité publique à une collection ou à un musée déterminé et qui sont encore momentanément placés en réserve[928]. En revanche, les œuvres situées en un endroit privé et non accessible au public (intérieur d'un bureau ministériel) peuvent toujours faire l'objet de saisie, encore que celle-ci puisse être limitée par l'affectation future qui impliquerait leur exposition dans un lieu public.

---

[924] D'après les travaux préparatoires, la personne publique « n'a pas à prouver positivement, *ab initio,* l'utilité manifeste d'un bien » (Second rapport ARTS, *op. cit.*, p. 47).

[925] Le concept mission désigne : « *la mission de la personne publique concernée. Il s'agit surtout pour le législateur qui l'utilise, de préciser la notion de continuité du service public même si la formulation révèle une certaine redondance* » (Premier rapport ARTS, *op. cit.*, p. 16).

[926] I. DUPONT, *op. cit.*, pp. 64-65. Cet auteur fait observer qu'avant l'entrée en vigueur de l'article 1412*bis*, la cour de cassation n'a pas appliqué le critère vague de « *biens manifestement pas utiles* » dans son effort de relativisation de l'immunité d'exécution. Elle préférait plutôt celui de « *continuité du service public* » ; ce qui a eu pour conséquence de ne pas réduire à la marge le pouvoir d'appréciation du juge. Aussi regrette-t-elle que le législateur se soit donné la peine d'élaborer un critère confus de « *biens manifestement pas utiles* » au lieu de s'en abstenir. Elle note qu'ayant institué le principe de « *mise en balance des intérêts en présence dans l'appréciation de la continuité du service public* », la Cour de cassation avait établi entre parties un équilibre que le législateur de 1994 est venu bousculer (voy. Cass., 30 septembre 1993, *Région wallonne c/ Mareels, J.L.M.B.,* 1994, p. 293 ; Cass., 28 janvier 1999, *Etat belge c/Gérard*, *R.G.D.C.*, 1999, pp. 654-655 et *R.W.,* 2000-2001, n° 32, p. 1199 et note S. BRIJS. Il s'est agi dans cette dernière affaire d'une saisie-arrêt exécution pratiquée contre l'Etat belge, en l'occurrence, le Département des travaux publics. La Cour de cassation faisant application du principe général de la continuité du service public avait cassé la décision du juge de fond en ce qu'elle n'avait pas pu démontrer que la saisie ne faisait pas obstacle à la continuité du service public).

[927] I. DUPONT, *op. cit.*, p. 65 ; CH. VANHEUKELEN et VAN DEN HASELKAMP, « Quelques réflexions sur la saisie mobilière », *Actualités du droit*, 2003/3, numéro spécial « Le droit du recouvrement », p. 514.

[928] Ces biens sont incontestablement considérés comme appartenant au domaine public.

Sur le plan jurisprudentiel cependant, les juges ne sont pas toujours aussi catégoriques. Mais, la question de la saisie des œuvres d'art demeure une des questions controversées, s'agissant surtout de la réalité du caractère « *manifestement pas utile* » du patrimoine culturel de l'Etat.

Ainsi, allant à contre-courant des développements précédents, le juge des saisies de Bruxelles a, par son ordonnance du 1er octobre 1996[929], déclaré saisissables les tableaux conservés dans les réserves des Musées royaux des Beaux-Arts et dans le bureau du Premier ministre estimant qu'ils n'avaient pas d'affectation particulière. La saisie fut donc autorisée dans ce cas en dépit des arguments développés par l'Etat qui tentait de prouver l'utilité manifeste de ces œuvres d'art grâce à leur éventuelle affectation future.

Dans une autre espèce, la Cour d'appel de Liège[930] avait réformé la décision du juge des saisies de Verviers du 12 janvier 1996 au motif que les tableaux saisis n'avaient pas un caractère manifestement pas utile à l'exercice de la mission de l'autorité publique ni à la continuité du service public.

Dans cette affaire, un créancier du C.P.A.S. de Dison voulait opérer une saisie sur onze tableaux exposés dans un home de vieillards et s'est heurté à l'opposition de cet organisme public. Le juge des saisies qui avait statué au premier degré[931] avait ordonné la mainlevée de la saisie en affirmant que : « *les œuvres s'avèrent utiles à l'exercice de la mission du C.P.A.S. car elles s'inscrivent dans le cadre de cette mission d'aide psychologique aux personnes âgées résidant dans la maison de repos où se trouvent les œuvres saisies* ».

---

[929] Civ, Bruxelles (sais.), 1er octobre 1996, *R.R.D.*, 1997, pp. 219-226, note M. DE HEMPTINNE. Commentant ce jugement, l'auteur estime que le juge ne tient pas ici compte des missions secondaires de l'autorité publique et glisse vers le critère plus large des biens non indispensables à la continuité du service public.

[930] Liège, 13 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1650-1653.

[931] Civ. Verviers (sais.), 12 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, commentaires M. DE HEMPTINNE, *R.R.D.*, 1996, pp. 316 et s. On remarquera que M. DE HEMPTINNE qui a également commenté la décision rendue par ce juge ne s'oppose pas à la mainlevée de saisie ordonnée à ce niveau parce qu'il estime que : *« la personne morale de droit public parviendra toujours à faire admettre que l'œuvre d'art n'est pas manifestement inutile, même si elle n'est pas à ce moment précis affectée à une mission culturelle, car, au moins il s'agit d'un tableau de maître, le pouvoir public peut se prévaloir d'une mission de protection et de conservation du patrimoine national* ». Pour l'importance accordée aux biens du domaine artistique voy. aussi R. WITMEUR selon lequel l'intention du législateur du 30 juin 1994 n'était pas de faire entrer ces biens dans la catégorie des « *biens manifestement pas utiles* ». Cette considération permet de protéger, ajoute-t-il : « *la réalisation de notre patrimoine artistique contre la négligence de certains pouvoirs publics à exécuter les décisions judiciaires prononcées contre eux* » (R. WITMEUR, *op. cit.*, n° 117, p. 32).

Au second degré par contre, la Cour d'appel retint le caractère inutile de ces tableaux et rejeta l'opposition. La Cour estima que les tableaux avaient été offerts au C.P.A.S. et non acquis grâce à des subventions qui auraient laissé présumer qu'il s'agissait de biens utiles. Aussi, refusa-t-elle d'ordonner la mainlevée de saisie parce que le C.P.A.S. avait, par ailleurs, commis une faute en n'exécutant pas son obligation de payer la créance considérée comme un moyen de subsistance pour le créancier.

On peut donc le remarquer, la jurisprudence ne rejoint pas forcément l'opinion de la doctrine au sujet de la saisie des œuvres d'art, particulièrement celles qui ne sont pas exposées dans les lieux accessibles au public. Cette situation conduit certains juges à les considérer comme étant dépourvues d'affectation pour autoriser ainsi la saisie.

Quant aux avoirs bancaires, la jurisprudence majoritaire tend à les considérer comme des biens nécessaires à l'exercice de la mission de la personne publique. Dès lors, ils ne font pas partie des biens « *manifestement pas utiles* » à la continuité du service public et leur saisie n'est pas en principe autorisée.

C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 3 octobre 1996[932] rendu en faveur de la S.R.W.L. Dans cette procédure, la Cour avait ordonné la mainlevée de la saisie-arrêt pratiquée sur une partie de ses avoirs en banque en arguant : « *qu'il ne se conçoit pas qu'un service public, tel que l'appelante, puisse se passer de ses avoirs bancaires, lesquels sont nécessaires à l'exercice de sa mission publique. Et qu'il est manifeste que la continuité du service public est mise en brèche par un blocage immédiat et total de ses comptes* ».

La Cour réitéra cette position dans un autre arrêt du 7 septembre 1999[933] dont un attendu faisait savoir qu'« *un compte en banque (de la Région flamande) ne peut pas être considéré comme un bien manifestement pas utile pour la continuité du service public* ».

---

[932] Bruxelles, 3 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 1239-1242.

[933] Bruxelles, 7 septembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, n° 32, pp. 1203-1205, et note S. BRIJS « Uitvoeringsimmuniteit voor bankrekeningen ». Comp. avec la décision en sens contraire de Bruxelles, 19 novembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, n° 36, pp. 1290-1293, selon laquelle « (…) *une saisie peut être pratiquée sur le prix dû suite à la vente d'un aérodrome désaffecté parce que l'administration ne déclare pas que le produit de cette vente doit recevoir une destination urgente déterminée* » (I. DUPONT, *op. cit.*, p. 66).

Enfin, suivant la même logique, le juge des saisies de Bruxelles fit lever, en date du 19 février 2001, une saisie sur un compte centralisateur du Ministère des finances estimant qu'elle « *mettait en péril la continuité du service public* »[934].

§2. La faculté de substitution et la procédure d'opposition

A. La faculté de substitution

220. Caractère informel de l'offre de substitution. Aux termes du §3 de l'article 1412*bis* : « *Les personnes morales de droit public visées au §1 dont les biens font l'objet d'une saisie conformément au §2, 2° peuvent (…). Elles peuvent faire offre au créancier saisissant d'exercer ses poursuites sur d'autres biens. L'offre lie le créancier saisissant si le bien est sis sur le territoire belge, et si sa réalisation est susceptible de le désintéresser. Si le créancier saisissant allègue que les conditions de remplacement du bien saisi visées à l'alinéa précédent ne sont pas remplies, la partie la plus diligente saisit le juge dans les conditions fixées à l'article 1395* ».

Incontestablement, ce paragraphe de la loi organise une faculté de substitution au profit de la personne morale dont le bien fait l'objet de saisie. Cette personne morale peut, en vertu du prescrit de ce paragraphe, proposer au créancier saisissant d'exercer ses poursuites sur d'autres biens qu'elle lui indique. La substitution a lieu sans qu'il soit nécessaire à la personne morale saisie de faire recours au juge des saisies[935]. De même, aucune intervention d'un huissier de justice n'est requise. Il s'agit d'une offre de substitution informelle devant se passer entre le créancier saisissant et la personne publique.

---

[934] Civ. Bruxelles (sais.), 19 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 916.

[935] §3 de l'article 1412*bis*.

Cependant comme le soulignent A.M. STRANART et P. GOFFAUX[936], étant donné qu'en principe la substitution ne peut se réaliser sur les biens figurant sur la liste, mais uniquement sur ceux jugés manifestement pas utiles à la mission de la personne morale ou à la continuité du service public, le juge des saisies peut toujours intervenir dans le cadre de son contrôle marginal pour vérifier, conformément à l'article 159 de la Constitution, si le bien de substitution offert en remplacement du premier répond à ce caractère[937]. L'enjeu est d'éviter la paralysie dans le fonctionnement du service public par la saisie d'un bien considéré comme utile.

Le texte prévoit, par ailleurs, que l'offre lie le créancier saisissant si les biens sont sis sur le territoire belge et que leur réalisation permet de le désintéresser[938]. Quant à la saisie des biens situés à l'étranger, elle reste possible, mais l'offre d'un tel bien ne doit pas être obligatoirement acceptée[939].

S'agissant de l'organe compétent pour décider de la substitution d'un bien, la doctrine estime qu'en l'absence d'une formulation expresse du législateur à ce sujet, il ne peut s'agir, par analogie avec la solution retenue pour l'établissement de la liste, que de l'autorité compétente pour aliéner ledit bien[940].

Enfin, en cas de contestation sur les conditions du remplacement du bien, le §3 prévoit *in fine* que la partie la plus diligente saisira le juge des saisies suivant les modalités du droit commun (article 1395 du Code judiciaire)[941].

---

[936] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 446.

[937] Même si les travaux préparatoires restent muets sur le critère devant régir la décision de substitution, celui-ci paraît se dégager de l'économie générale de l'article 1412*bis*. Notons, par ailleurs, qu'en cas de substitution, le créancier saisissant devra recommencer *ab initio* une nouvelle procédure de saisie sur le bien offert à charge bien entendu de l'autorité saisie (Second rapport ARTS, *op. cit.*, pp. 51-52 et intervention de M. BARZIN, *Ann. parl.*, Sénat, s.o. 1993-1994, séance du 10 février 1994, p. 1159).

[938] Il importe de signaler que la pratique ne fait quasiment pas état des cas où les autorités publiques auraient fait recours à la faculté de substitution. Le seul exemple cité est celui de la Région flamande qui tenta d'user de cette faculté lors d'une saisie opérée sur ses comptes en banque. Les conditions légales n'ayant pas été remplies, cette substitution n'a pas eu lieu (Civ. Bruxelles (sais.), 10 février 1998, *R.D.C.*, 2001, pp. 120-121).

[939] Rapport de la Commission de la justice au Sénat du 18 janvier 1994 (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1993-1994, n° 769/2, p. 39).

[940] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 446.

[941] Article 1395 : « *Toutes les demandes qui ont trait aux saisies conservatoires, aux voies d'exécution et aux interventions du service des créances alimentaires visées par la loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du SPF finances sont portées devant le juge des saisies (…). Les demandes sont*

B. La procédure d'opposition

221. Compétence du juge des saisies. L'autorité publique saisie peut faire opposition à la saisie. C'est ce qu'exprime le quatrième paragraphe de l'article 1412*bis* lorsqu'il déclare : « *S'il y a opposition, elle ne peut résulter que d'un exploit signifié au saisissant avec citation à comparaître devant le juge des saisies. La demande qui est suspensive de la poursuite, doit être formée, à peine de déchéance, dans le mois de l'exploit de saisie signifié au débiteur. Le jugement ne peut être assorti de l'exécution provisoire…* »

Aux termes de la loi, cette opposition doit être introduite auprès du juge des saisies et non pas auprès du juge qui a prononcé la condamnation[942]. Le délai pour se faire est d'un mois à partir de la signification de l'exploit de saisie au débiteur. Ce délai, plus long que ceux prévus dans la proposition de loi[943], permet de laisser le temps à l'autorité de régler ce problème à l'amiable en usant, par exemple, de sa faculté de substitution.

L'opposition est suspensive des poursuites et la décision rendue sur ce recours ne peut être assortie de l'exécution provisoire. Enfin, les jugements du juge des saisies rendus par défaut tant au premier degré qu'au degré d'appel ne sont pas susceptibles d'opposition telle qu'organisée par l'article 1407 du Code judiciaire (cet article prévoit une voie de recours ordinaire appelée opposition. Elle est ouverte contre une décision juridictionnelle rendue par défaut)[944].

---

introduites et instruites selon les formes du référé, sauf dans les cas où la loi prévoit qu'elles sont formées par requête ».

[942] Cela fut confirmé par le représentant du ministre au sein de la Commission : Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ARTS, *op. cit.*, p. 18.

[943] Au cours des discussions parlementaires, des délais de huit jours et de quinze jours ont été proposés puis abandonnés en raison de leur brièveté (Premier rapport ARTS, *op. cit.*, p. 19).

[944] On ne doit donc pas confondre l'opposition, voie de recours ordinaire organisée par l'article 1047 du Code judiciaire et l'opposition à saisie, organisée par l'article 1412*bis*. Cette dernière semble déroger au principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics (Cl. NYSSENS, *op. cit.*, p. 310).

Le caractère polysémique du terme « opposition » utilisé par le législateur à l'article 1412*bis* a poussé certains auteurs, notamment A.M. STRANART et P. GOFFAUX[945] à s'interroger sur le sens exact de ce concept tant il est vrai qu'il peut revêtir plusieurs acceptions et renvoyer successivement à l'opposition comme voie de recours ordinaire, à la tierce-opposition ou simplement à la demande de mainlevée de saisie. Face au mutisme du législateur à cet égard, ces deux auteurs pensent que le concept « opposition » tel qu'il ressort de l'article 1412*bis* du Code judiciaire se rapporte aussi bien à la voie de recours ordinaire appelée opposition qu'à la simple demande de mainlevée d'une saisie-conservatoire. De la sorte, observent-ils à juste titre, les deuxième et troisième alinéas du paragraphe quatre ainsi conçus : « *Le jugement ne peut être assorti de l'exécution provisoire. Il n'est pas susceptible d'opposition* » et : « *Le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la signification du jugement. Le juge d'appel statue toutes affaires cessantes. L'arrêt rendu par défaut n'est pas susceptible d'opposition* » visent la voie de recours ordinaire qu'est l'opposition. Tandis que le premier alinéa de ce paragraphe qui énonce que : « *S'il y a opposition, elle ne peut résulter que d'un exploit signifié au saisissant avec citation à comparaître devant le juge des saisies. La demande, qui est suspensive de la poursuite, doit être formée, à peine de déchéance, dans le mois de l'exploit de saisie signifié au débiteur* » concerne la demande de mainlevée d'une saisie conservatoire.

La tierce-opposition ne serait donc pas visée à l'article 1412*bis* aux motifs suivants :

- la tierce-opposition constitue une action principale[946] tendant à obtenir mainlevée d'une saisie, alors que l'opposition visée à l'article 1412*bis* du Code judiciaire n'est qu'un recours offert au saisi, particulièrement à la personne morale de droit public, contre une ordonnance (décision) du juge autorisant, sur requête unilatérale, une saisie conservatoire ;

- la tierce-opposition comme voie de recours extraordinaire n'a, de plein droit, aucun effet suspensif de l'exécution de la décision[947], sauf application de l'article 1127 du

---

[945] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, pp. 446-447.

[946] En cela, elle constitue une instance à laquelle sont appelées toutes les parties qui doivent à cet effet fournir leurs moyens de défense (G. de LEVAL, Traité des saisies, *op. cit.*, p. 37).

[947] G. de LEVAL, Traité des saisies, *op. cit.*, p. 37.

Code judiciaire[948]. Or, l'opposition mentionnée à l'article 1412*bis* est, d'après le législateur, suspensive de l'exécution de la poursuite (§4, alinéa 1er)[949] ;

- la tierce-opposition n'a pas été envisagée par le législateur de 1994 dans le paragraphe quatre commenté de l'article 1412*bis*. En effet, le législateur parle dans ce paragraphe de l'opposition qui doit être introduite dans le mois de la signification au débiteur de « *l'exploit de saisie* » et non de la signification de la « *décision attaquée* », ce qui aurait laissé penser à une allusion faite à la tierce-opposition ;

- la tierce-opposition reste soumise au droit commun, alors que l'opposition reprise à l'article 1412*bis* se rapporte à une procédure spéciale.

Par ailleurs, sachant que c'est dans l'hypothèse où l'autorité publique fait opposition auprès du juge des saisies que ce dernier retrouve son pouvoir d'appréciation, notamment quant au critère d'utilité manifeste, on se pose également des questions sur le fondement de cette opposition. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si l'opposition peut être formée uniquement pour contester l'inutilité manifeste ou si elle peut être aussi admise pour toutes les autres contestations relatives à la saisie (telles que l'absence de titre exécutoire en cas de saisie-exécution ou la non-exigibilité de la créance en cas de saisie conservatoire).

La doctrine reste fort divisée sur cette question. Certains auteurs estiment que cette opposition ne peut être envisagée que sous l'angle du seul critère fonctionnel[950] pendant que d'autres dont nous partageons le point de vue, pensent que l'opposition peut être formée non seulement pour contester la satisfaction du critère fonctionnel, mais aussi pour lever d'autres

---

[948] Article 1127 du Code judiciaire : « *Le juge des saisies peut, sur citation à la requête de la partie qui a formé tierce-opposition et toutes autres parties appelées, suspendre à titre provisoire, en tout ou en partie, l'exécution de la décision attaquée* ». On le constate, l'article 1127 ouvre au juge des saisies la possibilité de suspension sans lui en faire une obligation. Par ailleurs, bien que l'article 1127 ne détermine pas les critères d'octroi du sursis à exécution, il y a lieu de prendre en considération ceux qui sont généralement retenus en la matière : sérieux des moyens développés dans la tierce-opposition et crainte d'un préjudice difficilement réparable. Il est à noter que l'effet suspensif est ici attaché non pas à la demande comme c'est le cas de l'opposition de l'article 1412*bis*, mais bien à la décision sanctionnant l'instance (G. de LEVAL et J. van COMPERNOLLE, « L'évolution du référé : mutation ou renouveau ? », *J.T.*, 1985, p. 522, n° 18, note 53).

[949] Le législateur devait logiquement estimer que cette suspension était nécessaire à la sauvegarde de la continuité du service public, autrement, il ne l'aurait pas ordonnée.

[950] Voy. notamment K. BAERT, « Immuniteit bij beslag — Artikel 1412*bis* van het Gerechetelijk Wetboeck », Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie, schuldvordering, medeëigendom, immuniteit bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers. Een eerste commentaar, Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 133 et s.

contestations[951]. En effet, l'utilisation par l'article 1412*bis* du terme « opposition » sans autres précisions, c'est-à-dire, sans insister sur le fait que celle-ci ne concernerait que le caractère « manifestement pas utile » du bien saisi à la continuité du service public, permet de conférer à ce terme une acception générale qui ne peut se limiter au seul critère fonctionnel. Cette solution présente l'avantage de simplifier une procédure jugée en elle-même déjà fort complexe.

Au demeurant, l'article 1412*bis* déclare que la décision du juge des saisies n'est pas susceptible d'opposition ultérieure, et elle ne peut être assortie de l'exécution provisoire (§4, alinéa 2).

Quant au délai d'appel, il est, à l'instar de celui de l'opposition, fixé à un mois de la signification de l'exploit de saisie au débiteur. Le texte de l'article 1412*bis* ne prévoit pas un délai endéans lequel le juge d'appel doit statuer et se contente simplement de dire que celui-ci statue « toutes affaires cessantes » selon la formule consacrée aux articles 1622 et 1647 du Code judiciaire.

Section 2. Appréciation critique de l'article 1412*bis*

§1. Bilan

222. Article 1412*bis* : une démarche juridique positive, mais empreinte de certaines insuffisances. Au terme de l'examen de l'article 1412*bis* du Code judiciaire, on peut affirmer qu'il est juridiquement positif que le législateur de 1994 se soit inspiré de la doctrine et de la jurisprudence favorables à la protection des intérêts des créanciers de l'Etat pour assouplir la rigueur du principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. Ainsi, les partenaires publics et privés de l'Etat se trouvent placés sur un pied d'égalité avec ce dernier surtout lorsqu'ils accomplissent des actes qui ne relèvent pas des prérogatives de la

---

[951] R. WITMEUR, *op. cit.*, p. 34, n° 138 ; A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 447 ; M. PÂQUES, D. DEOM ; P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.,* p. 192.

puissance publique. La possibilité leur accordée, par la nouvelle législation, de saisir les biens des pouvoirs et organismes publics jugés manifestement pas utiles à la poursuite de l'intérêt général, permet de concrétiser cette évidence, sans pour autant porter atteinte au prestige et à l'autorité de l'Etat. A. M. STRANART et P. GOFFAUX ont eu des mots justes pour exprimer cette situation lorsqu'ils écrivent : « *Il était en effet inacceptable, dans un Etat de droit démocratique, que des créanciers, le plus souvent victimes des lenteurs administratives, voire de la négligence ou de la mauvaise foi de certains administrateurs, ne puissent d'aucune façon réaliser leurs droits, pourtant constatés dans un titre exécutoire, en saisissant les biens de la puissance publique, débitrice défaillante* »[952].

La réforme de 1994 a donc, grâce à sa logique protectrice des droits des créanciers, permis à la Belgique de satisfaire aux exigences européennes de respect de la propriété des biens et ce pays est, à l'heure actuelle, rangé parmi les Etats ayant organisé un recours devant les instances nationales en cas de violation par l'Administration d'un droit particulier, spécialement, celui résultant d'une condamnation judiciaire portant paiement d'une somme d'argent. Ceci est d'autant plus intéressant que le Royaume de Belgique fut déjà condamné par le Comité des ministres pour non-respect desdites exigences, l'immunité d'exécution absolue dont bénéficiaient les personnes publiques dans ce pays ayant été, dans l'ensemble, jugée contraire au respect dû aux biens au sens de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme[953].

---

[952] A.M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 447.

[953] Pour rappel, cet article reconnaît à toute personne le droit au respect de ses biens. Par biens, La Cour Européenne des Droits de l'Homme vise les biens meubles, immeubles, corporels ou incorporels, ainsi que les créances. Celles-ci doivent remplir la triple condition de certitude, de liquidité et d'exigibilité (M. PÂQUES, D. DEOM ; P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.,* p. 188). D'ailleurs, il existe actuellement une abondante jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de protection et du respect du droit aux biens. On peut citer à titre d'illustration les affaires suivantes qui concernent l'Etat français car la jurisprudence de la C.E.D.H. n'offre quasiment pas, à l'heure actuelle, des décisions en rapport avec l'Etat belge en la matière. Il s'agit de : 1) *Société de gestion du port de Campoloro et société fermière de Campoloro c/ France* (La Cour rappelle qu'une créance peut constituer un bien au sens de l'article 1er du protocole n° 1 de la Convention de Rome de 1950, à condition qu'elle soit suffisamment établie pour être exigible. Elle considère à l'unanimité qu'à l'espèce, les sociétés requérantes ont subi et subissent toujours une charge spéciale et exorbitante du fait du *non versement des sommes* dont elles auraient dû bénéficier en exécution des jugements du tribunal administratif, entraînant une violation de l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention de Rome. En effet, le tribunal a rendu deux jugements dont la Commune n'a pas fait appel, qui ont institué cette dernière débitrice au profit de deux sociétés requérantes à savoir la Sté de gestion du port de Campoloro et la Sté fermière de Campoloro) (Cfr. aff. *Sté de gestion du Port de Campoloro et Sté fermière de Campoloro c/ France*, C.E.D.H., 2ème section, requête n° 57516/00, arrêt du 26 septembre 2006 - http://www.echr.coe.int/echr/note information/fr.) ; 2) aff. *SA Cabinet Diot et SA Gras Savoye c/ France* (jugé que le refus de rembourser *les sommes* payées au titre de TVA en vertu d'une loi incompatible avec une directive européenne constitue une violation de l'article 1er du protocole n° 1 de la Convention de Rome) (Cfr. aff. *SA Cabinet Diot et SA Gras Savoye c/ France*, C.E.D.H., requête n° 49217/99,

Par ailleurs, le principe belge de la saisissabilité limitée des biens des personnes publiques issu de la réforme de 1994 est en parfaite harmonie avec l'article 87 du Traité des Communautés Européennes qui interdit les aides d'Etat en faveur des entreprises publiques. Selon la Commission européenne, en effet, l'insaisissabilité des biens dont bénéficient, dans certains pays[954], ces entreprises publiques, constituent des aides d'Etats contraires au Traité des Communautés Européennes et doit à tout prix être supprimée. En autorisant la saisie limitée des biens des personnes publiques jugés non utiles à la satisfaction des besoins collectifs, l'article 1412*bis* contribue incontestablement à la mise en œuvre des dispositions européennes sur le droit de la concurrence (article 87).

Toutefois, les développements précédents ne doivent absolument pas faire croire que cette disposition serait exempte de faiblesses. On peut, en effet, regretter que de peur d'instituer un « *gouvernement des juges* », l'article 1412*bis* ait réduit le pouvoir d'appréciation du tribunal par la mise en œuvre d'un double mécanisme reposant sur l'établissement de la liste des biens saisissables et l'institution d'une procédure de substitution. Ces mécanismes, a-t-on déjà relevé, sont d'une application complexe et contribuent, de manière générale, à affaiblir davantage les mérites du nouveau système.

Bien plus, la faculté laissée par le législateur aux personnes publiques de ne pas établir de liste n'est donc pas de nature à contraindre les autorités publiques à se conformer souvent à cette exigence. De même, la procédure de substitution qui permet à l'autorité publique saisie de s'opposer à la mesure d'exécution et de faire offre au créancier saisissant d'exercer ses poursuites sur d'autres biens, constitue une preuve, on ne peut plus irréfutable, de la suprématie toujours grandissante des pouvoirs publics tant à l'égard du créancier qu'à celui

---

49218/99, arrêt du 22 juillet 2003 - http://www.echr.coe.int/echr/note information/fr.); 3) aff. *Lallement c/France* (jugé que le requérant, exproprié d'une partie de ses terres agricoles, et ainsi privé de son outil de travail, ne s'est pas vu allouer une *indemnisation* raisonnable en rapport avec la valeur du bien, c'est-à-dire, couvrant le préjudice lié à cette privatisation. La Cour en conclut qu'il a subi une charge spéciale exorbitante constitutive d'une violation de l'article 1er du premier Protocole) (Cfr. aff. *Lallement c/France*, C.E.D.H., requête n° 46044/99, arrêt du 11 avril 2002 - http://www.echr.coe.int/echr/note information/fr.) ; 4) aff. *Motais de Narbonne c/France* (jugé que le fait de priver l'ancien propriétaire d'un terrain d'une *plus-value* constitue une violation de l'article 1er du protocole n° 1 de la Convention de Rome) (Cfr. aff. *Motais de Narbonne*, C.E.D.H., requête n° 48161/99, arrêt du 2 juillet 2002 - http://www.echr.coe.int/echr/note information/fr.). Par ailleurs, la protection de la propriété qui constitue un obstacle à la reconnaissance de l'immunité absolue d'exécution est encore consacrée par l'article 14 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples. Cette disposition réserve cependant au législateur la faculté de porter atteinte à ce droit en ces termes : « *Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées* » (voir P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 604).

[954] Cas de la France.

du juge[955]. Enfin, l'imprécision du critère fonctionnel de « *l'inutilité manifeste* » ainsi que l'appréciation qui en est souvent faite offrent plus de garantie d'insaisissabilité pour les personnes publiques. Les créanciers ne pouvant facilement apporter la preuve non seulement de l'« inutilité » manifeste du bien à saisir, mais aussi du fait que celui-ci ne deviendra pas utile dans le futur.

On est donc ici en présence d'une preuve négative qui, du reste, demeure très difficile, sinon impossible à apporter ; ce qui permet de toujours renforcer le rôle protecteur de l'immunité d'exécution en raison de la continuité du service public.

223. Article 1412*bis* : excellent moyen de pression contre les personnes publiques condamnées. En dépit de ces inconvénients, l'article 1412*bis* constitue un excellent moyen de pression à l'encontre des personnes morales de droit public objet de condamnation judiciaire. D'abord, le système de liste, malgré son caractère facultatif, présente de nombreux avantages :

1. il permet aux autorités publiques de déterminer elles-mêmes les biens saisissables, ce qui constitue un allégement de la charge de la preuve pour le créancier moins préoccupé, dans ces conditions, d'établir l'inutilité manifeste du bien visé par la saisie ;

2. il offre, en conséquence, une sécurité juridique accrue et ;

3. il facilite l'exécution des jugements[956].

Ensuite, très souvent lorsqu'une mesure de contrainte doit être exécutée à l'encontre des personnes publiques, celles-ci préfèrent, afin de se mettre à l'abri de la rigueur de

---

[955] En effet, le mécanisme de substitution se réalise ne dehors de toute intervention du juge.

[956] Cela ne peut cependant occulter le fait que ce mécanisme n'est pas très utilisé en pratique, ce qui complique parfois la situation des créanciers saisissant obligés, de ce fait, de s'en remettre au bon vouloir de l'administration. Comme le note I. DUPONT, la plupart des personnes morales de droit public se retranchent derrière le caractère non obligatoire de l'élaboration de la liste et ne voient pas l'utilité d'une telle déclaration étant donné que la loi prévoit l'hypothèse où les autorités n'y auraient pas procédé. Ces personnes pensent que dresser une telle liste de biens saisissables équivaudrait en quelque sorte à un acte de dénonciation qui n'est pas facile à accomplir. D'où la préférence accordée au paiement volontaire de leur dette en argent. Sur les personnes morales ayant établi ou non une liste, et les raisons de ce défaut, voy. I. DUPONT, *op. cit.*, pp. 60 et s.

l'article 1412*bis*, proposer un règlement amiable ou, dans bien des cas, faire opposition ou payer en espèce le montant de la créance[957].

C'est dire que l'article 1412*bis* constitue pour les personnes publiques, ainsi que l'observent M. PÂQUES, D. DEOM ; P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE[958], une source de pression qui les amène, plus qu'auparavant, à payer leurs dettes avant que les créanciers ne doivent en venir à l'exécution forcée[959].

De ce qui précède, il s'impose de proposer quelques pistes de solution susceptibles de renforcer ce système afin de le rendre, *ipso facto*, plus efficace.

§2. Perspectives de lege ferenda

224. Nécessité du caractère obligatoire de la liste des biens saisissables. En vue d'une responsabilisation accrue des personnes publiques, une réforme législative serait envisageable avec, en toile de fond, l'obligation et non la faculté pour les autorités publiques d'établir la liste des biens saisissables. Cette obligation serait renforcée par la mise en place, à l'instar du droit français, d'un régime de responsabilité personnelle des agents reconnus coupables de la non-élaboration de la liste. A cet égard, une peine d'amende véritablement dissuasive pourrait à toutes fins utiles être mise à charge desdites autorités de façon à briser régulièrement leur résistance à l'exécution des décisions juridictionnelles.

L'effet dissuasif d'un tel système ne serait pas négligeable étant donné que le manquement à l'obligation d'exécution appellera nécessairement une sanction susceptible de frapper le patrimoine personnel de l'agent mis en cause. Aussi, s'indiquera-t-il qu'un arrêté royal intervienne pour déterminer le délai endéans lequel les listes pourront être élaborées et déposées.

---

[957] I. DUPONT, *op. cit.*, pp. 66-67.

[958] M. PÂQUES, D. DEOM ; P.-Y ERNEUX et D. LAGASSE, *op. cit.*, p. 193.

[959] Autrement dit l'intérêt de cette disposition tient en bonne partie à son existence même. Bien plus, l'article 1412*bis* du Code judiciaire ne traite que des saisies. Dès lors, le principe de l'immunité d'exécution garde toute sa rigueur en ce qui concerne les autres mesures d'exécution telles que la compensation et d'autres moyens de pression déjà examinés.

Par ailleurs, pour éviter l'élaboration de listes minimalistes ou ayant un caractère purement symbolique, le législateur pourra prochainement décider que cette opération ne se fasse qu'en présence d'un représentant commis par la Cour des comptes. L'intervention de ce délégué aura pour conséquence de permettre à cette institution de contrôler périodiquement la crédibilité des listes des biens ainsi dressées en fonction des éléments fournis par les organes compétents des personnes morales de droit public.

225. Nécessité d'accroître les pouvoirs du juge dans l'appréciation du critère fonctionnel de l'inutilité manifeste. Bien plus, dans l'exercice de son contrôle marginal fondé sur l'appréciation de « l'inutilité manifeste », le juge devra, en cas d'absence de liste ou d'insuffisance de biens pour désintéresser le créancier, bénéficier d'un pouvoir plus large. De la sorte, l'appréciation de l'« utilité » qui dépend, bien entendu, des circonstances concrètes, devra se faire en prenant en considération une utilité directe et non une utilité indirecte. Ceci permettra de vérifier, chaque fois, si une activité de service public est réellement en jeu et implique l'intervention du bien visé.

Cette approche s'inscrit dans la logique de l'article 1412*bis* qui tend à rendre les personnes morales de droit public plus responsables dans l'exécution de leurs obligations, particulièrement dans la mise en œuvre des condamnations pécuniaires prononcées à leur encontre par les cours et tribunaux. Il s'agit surtout d'éviter que l'article 1412*bis* soit détourné de ses fins pour servir de support à l'immunité « absolue » des personnes publiques.

226. Généralisation du système d'inscription annuelle au budget des dépenses résultant des condamnations judiciaires. Complémentairement, un système d'inscription annuel au budget des dépenses, des dettes issues de condamnations judiciaires à charge des personnes publiques devra être généralisé et rendu obligatoire afin d'accroître, comme cela est prévu dans d'autres pays, les mécanismes de solvabilité et augmenter ainsi les garanties pour les créanciers des pouvoirs publics de recouvrer régulièrement leurs droits conformément aux exigences d'un Etat de droit.

Dans cette perspective, la Cour des comptes pourra encore être mise à contribution et invitée à contrôler périodiquement l'inscription aux budgets des personnes morales de droit public des crédits nécessaires au paiement des condamnations ainsi que l'information que les exécutifs devront donner aux assemblées nationales, communautaires, régionales et provinciales

concernant l'état des dettes impayées et particulièrement des dettes nées des condamnations juridictionnelles.

Une telle approche devra favoriser la transparence et aura de surcroît un effet psychologique important sur les responsables des personnes publiques qui, dès lors, seront appelées à accomplir régulièrement leurs obligations en matière de condamnations de justice.

227. Création d'un fonds pour l'exécution des condamnations judiciaires. Enfin, l'idée de la création d'un fonds pour l'exécution des condamnations de justice, chère à J. LE BRUN et D. DEOM[960], pourra être examinée et approfondie afin de déterminer non seulement sa consistance, mais aussi la manière dont il devra être alimenté[961] pour servir au règlement de créances. Ce système mieux organisé présentera un grand intérêt pour les créanciers des pouvoirs publics en raison non seulement de son coût moins élevé, mais aussi des possibilités de désintéressement rapide qu'elle pourra offrir à ces derniers. Quitte aux responsables du fonds à exercer contre les personnes publiques mises en cause des actions récursoires en récupération des sommes dues.

L'alternative de la création d'un fonds pour l'exécution des décisions de justice offrira en dehors des avantages déjà cités, la possibilité de concerner l'ensemble des pouvoirs et organismes publics parce qu'il pourra aider à la constitution soit d'un seul fonds pour toutes les personnes publiques, soit simplement d'un fonds par entité intéressée ou pour un ensemble d'entités relevant, par exemple, d'un même secteur[962]. Pareille formule devra donc permettre de multiplier en droit belge, à la manière du droit français, l'existence des mécanismes destinés à favoriser le respect de la chose jugée par les personnes morales de droit public. Ainsi, se trouvant devant une gamme de mécanismes offrant la possibilité de choix entre la saisie des biens des personnes publiques et la « demande de paiement » adressée aux responsables du fonds, les créanciers des pouvoirs et organismes publics belges auront la

---

[960] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 271.

[961] On pourrait, par exemple, opter soit pour un système d'alimentation forfaitaire de ce fonds au cas où la couverture à assurer comprendrait des créances nombreuses, soit pour un système d'alimentation ajustée aux condamnations acquises ou vraisemblables si les créances ne sont pas nombreuses (J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 271).

[962] Il faut noter que les fonds dont il est question ici ne sauraient être des fonds internes aux budgets ou aux comptabilités des débiteurs car leur utilisation tomberait sous l'appréciation discrétionnaire des pouvoirs ou des organismes considérés. Ainsi, comparables aux fonds de réserve ou de renouvellement rencontrés dans nombre d'organismes publics, ils ne présenteraient pas des avantages recherchés. Le mieux serait donc de localiser ces fonds en dehors de ces organismes.

conviction d'être efficacement protégés face au risque d'inexécution des sentences juridictionnelles par l'Administration.

228. Conclusion. Le système belge de protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics est un système proche du droit commun en ce qu'il autorise, sous certaines conditions, la saisie des biens des personnes morales de droit publics. En effet, l'article 1412*bis* du Code judiciaire permet que les biens des personnes publiques figurant sur une liste et ceux jugés manifestement pas utiles au fonctionnement régulier du service public soient soumis à la rigueur des voies d'exécution forcée du droit commun à la demande du créancier victime de l'inexécution. Il s'agit là non seulement d'une restriction apportée à l'omnipotence de l'administration, laquelle se trouve ainsi privée de la possibilité de s'abriter constamment derrière un privilège jugé excessif, mais aussi d'un moyen de pression suffisamment important exercé sur les personnes publiques en vue de les contraindre à se soumettre à l'autorité de la chose jugée. Un tel système présente donc l'avantage de rendre les personnes publiques plus responsables dans l'exécution de leurs obligations notamment par la possibilité qu'il offre à leurs dirigeants de dresser eux-mêmes la liste des biens saisissables. Toutefois, on doit regretter que cette faculté ne soit pas régulièrement saisie en pratique et qu'il faille, dès lors, en vue d'en assurer le total respect, envisager de *lege ferenda*, son caractère obligatoire.

Chapitre II. Le système de protection des créanciers de l'Etat établi par la loi française du 16 juillet 1980

229. Introduction. Les principes de solution à l'inexécution des décisions de justice institués par la loi française du 16 juillet 1980 reposent, avons-nous dit[963], sur trois idées cardinales : l'amélioration du paiement du montant des condamnations pécuniaires prononcées contre les

[963] Cfr. *supra*, n[os] 131 et 134.

personnes morales de droit public[964], l'introduction de l'astreinte en matière administrative et la mise en place de garanties complémentaires destinées à renforcer le procédé de l'astreinte.

Mis à part le mécanisme d'amélioration du paiement du montant des condamnations pécuniaires dont les règles sont applicables à toutes les décisions juridictionnelles, bien des procédés du dispositif de contrainte à l'exécution institués par la loi du 16 juillet 1980 ne bénéficient qu'à l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives[965]. Cette situation est due au caractère dualiste de l'organisation judiciaire française où coexistent deux ordres juridictionnels distincts : les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif[966].

Tandis qu'en matière judiciaire, et plus précisément dans le domaine du droit civil, le législateur s'est efforcé de faire prévaloir la chose jugée en accordant au juge le pouvoir de prononcer des astreintes[967] ; en matière administrative, le respect de la chose jugée s'est

---

[964] Pour rappel, cette étude se limite aux condamnations au paiement d'une somme d'argent infligées aux personnes publiques par les cours et tribunaux.

[965] Tel est le cas de l'astreinte en matière administrative et des garanties destinées à renforcer le procédé d'astreinte.

[966] En France, il existe une « *justice administrative* » totalement séparée et distincte de la « *justice de droit commun* ». C'est ce qu'on appelle la dualité des juridictions. Certaines de ces juridictions sont entièrement consacrées à l'action administrative. Le corollaire de cette dualité, mais qui, historiquement, la précède est l'interdiction générale faite au pouvoir judiciaire de connaître des actes administratifs, à défaut de dispositions légales expresses. Cette interdiction procède de différents textes qui, tour à tour, l'ont établie et rétablie à travers l'histoire du droit administratif français. Dans le développement de la jurisprudence administrative, par exemple, un arrêt du Conseil d'Etat français consacre en particulier qu'il est le juge « de droit commun » en matière administrative. C'est l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 (C.E., *Cadot*, 13 décembre 1889, *Rec*., p. 1.148, concl. JAGERSCHMIDT ; *S*., 1892, 3, p. 17, concl. et note M. HAURIOU). La formule sera reprise dans deux textes légaux postérieurs relatifs au Conseil d'Etat ainsi que dans le décret du 30 septembre 1953, cette fois à propos des tribunaux administratifs. Mais, est-ce à dire que le pouvoir judiciaire n'est jamais compétent, en France, dès qu'un acte ou une autorité administrative est concernée par le litige ? Sans entrer dans le détail de règles que les précis de droit et de contentieux administratif ont pu dégager à cet effet, on peut dire que seuls les actes de l'Etat personne civile ou de gestion privée, par opposition aux actes de la puissance publique ou de gestion publique, sont susceptibles de permettre la compétence du juge judiciaire. Les règles de compétence sont donc intimement liées aux règles régissant l'activité administrative (M. NIHOUL, *op. cit*., pp. 35-38). En Belgique par contre, il existe une unité fondamentale de juridiction et la perspective est inverse. Au lieu d'être interdit dans le domaine administratif, les cours et tribunaux ordinaires sont invités à s'immiscer dans l'action administrative par les articles 144 et 145 de la Constitution.

[967] En ce qui concerne l'astreinte en matière civile, l'article 5 de la loi du 5 juillet 1972 stipule que : « les tribunaux peuvent, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de leur décision ». Aussi, le juge judiciaire pouvait-il, dans certains cas user du pouvoir d'injonction et d'astreinte à l'égard de l'Administration, par exemple, dans l'hypothèse de voies de fait, dans le cas où une obligation de droit privé était mise en cause ou lorsque le fonctionnement d'un service industriel ou commercial était visé (Cass., 1ère civ., 19 novembre 1958, *Bull. Cass*., I, p. 122 : condamnation de la R.T.F. à la réfection d'un mur ou à sa consolidation ; C.A. Paris, 5 janvier 1972, *D.S*., 1972, p. 445, note J. DUTERTRE : ordre à l'ORTF de supprimer un passage d'un film de télévision et de procéder à la diffusion d'un avertissement avant et après la projection).

souvent heurté au principe de l'absence des voies d'exécution à l'encontre des personnes publiques et à l'interdiction pour la juridiction administrative d'adresser des injonctions à l'Administration. Cette dernière règle fut présentée comme la conséquence logique du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires en sorte que l'administré muni d'une décision d'un tribunal administratif condamnant l'administration devait simplement s'en remettre au bon vouloir de celle-ci et, devant sa mauvaise foi, entamer une nouvelle procédure permettant l'attribution de dommages et intérêts moratoires et compensatoires[968].

Mais, l'incompétence du juge administratif à prononcer des astreintes contre l'administration ne signifiait nullement que la notion d'astreinte fût totalement étrangère au contentieux administratif. Dans l'arrêt *Barre et Honnet*, le Conseil d'Etat avait jugé que : « *la faculté reconnue aux juges de prononcer une astreinte, en vue de l'exécution tant de leurs décisions que des mesures d'instruction qui en sont le préalable, a le caractère d'un principe général de droit* »[969]. Toutefois, cette décision n'a pu remettre en question le principe de l'interdiction générale faite au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration d'autant que le Conseil d'Etat lui-même ne cessait, à plusieurs reprises, de le rappeler.

C'est pour mettre un terme à cette interdiction générale qu'intervint la loi du 16 juillet 1980 dont l'effet est de favoriser l'exécution des décisions de justice par la reconnaissance au juge administratif du droit d'assortir ses décisions des astreintes. Ce faisant, la loi du 16 juillet 1980 a contribué à l'amélioration de la situation de nombreux administrés confrontés aux insuffisances enregistrées depuis plusieurs années en matière d'exécution des décisions de justice administrative en France.

Faut-il rappeler que le dispositif spécifique de contrainte à l'exécution, mis en place par la loi du 16 juillet 1980, fut précédé de l'institution, par le législateur, des *moyens non-contentieux* d'incitation à l'exécution de la chose jugée[970]. Ces moyens, dont la plupart demeurent d'application à ce jour, sont rappelons-le constitués, d'une part, de *demandes d'aide à l'exécution* adressées (conformément aux décrets n° 63-766 du 30 juillet 1963 et n° 69-88 du

---

[968] D. LINOTTE, *op. cit.*, n° 3011, p. 1.

[969] C.E., 10 mai 1974, *Barre et Honnet*, *A.J.D.A.*, 1974, p. 545, chr. FRANC et BOYON, p. 525.

[970] Cfr. *supra*, n° 135.

28 janvier 1969) à la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat[971] et, d'autre part, de la *saisine du Médiateur de la République*[972].

Les demandes d'aide à l'exécution sont introduites dans le cadre du système de *prévention* de l'inexécution de la chose jugée et d'*incitation* à l'exécution qualifié du « *système d'aide à l'exécution* »[973]. Elles sont admises pour permettre l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives et ne peuvent en aucun cas être mises en œuvre lorsque la personne publique a été condamnée par une juridiction de l'ordre judiciaire[974].

---

[971] Aux termes de l'article 58 du décret de 1963 et de l'article 6 du décret de 1969, les Ministres ont la possibilité de demander au Conseil d'Etat d'éclairer l'administration sur les modalités d'exécution d'un arrêt ou d'un jugement annulant un acte sur recours pour excès de pouvoir ou condamnant l'administration dans un litige de pleine juridiction. Ensuite, en vertu de l'article 58 du décret de 1963, le Vice-président du Conseil d'Etat ou le président de la Section du contentieux peuvent d'eux-mêmes, lorsque l'administration ne s'incline pas spontanément devant la chose jugée, inviter le président de la Section du rapport et des études à « *appeler l'attention de l'administration sur les suites à donner à une décision* ». Un membre du Conseil d'Etat est alors désigné pour s'occuper du dossier dont il peut être fait mention au rapport annuel. Enfin, l'article 59 du décret de 1963 et l'article 7 du décret de 1969 prévoient la possibilité pour les requérants de signaler eux-mêmes à la Section du rapport et des études, les difficultés qu'ils rencontrent pour obtenir l'exécution des décisions leur accordant satisfaction. Cette dernière procédure est jugée très intéressante pour les justiciables parce qu'ils peuvent eux-mêmes la mettre en œuvre. Elle a, d'ailleurs, fait l'objet de beaucoup d'amélioration par la suite. Ainsi, depuis le mois de mai 1976, le Conseil d'Etat avait pris la décision de mentionner dans les formules de notification de ses arrêts, le texte de l'article 59 du décret de 1963 instituant la possibilité pour les requérants de signaler eux-mêmes directement au Conseil d'Etat les difficultés d'exécution rencontrées. Par ailleurs, la saisine de la Section du rapport et des études, qui ne pouvait se faire que dans les six mois de la date à laquelle la décision inexécutée avait été lue, a été ramenée à trois mois à compter de la date de la signification, par la Section du rapport, de la décision aux requérants. Enfin, la mention au rapport annuel du Conseil d'Etat de la réticence de l'administration à exécuter la chose jugée a contribué un tant soit peu au renforcement du mécanisme de protection des justiciables (voy. P. BON, « Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique », *R.D.P.*, 1981, pp. 7-11).

[972] P. BON, *op. cit.*, p. 7.

[973] Cfr. décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, plusieurs fois modifié instituant en son article 3 le rapport annuel auprès du Conseil d'Etat et la Commission chargée de le préparer dite Commission du rapport devenue depuis le 24 janvier 1985, Section du rapport et des études du Conseil d'Etat.

[974] Il est vrai que le seul fait de l'inexécution, du retard dans l'exécution ou de la mauvaise exécution par l'administration d'une décision de justice entraîne la mise en œuvre des mécanismes institués par la loi du 16 juillet 1980. Toutefois, l'inexécution par la personne publique de la chose jugée peut être due à des causes étrangères revêtant une certaine complexité. C'est le cas notamment lorsque la décision à exécuter émane non pas d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel, mais d'une juridiction administrative autre à savoir : juridiction à compétence spéciale relevant du Conseil d'Etat par la voie de l'appel (Commissions d'arrondissement des dommages de guerre, Commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés) ou de la cassation (Commission de recours des réfugiés politiques, conseils nationaux des différents ordres professionnels). Dans cette hypothèse, l'administré doit saisir la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat de sa demande d'aide à l'exécution. Par contre, lorsque les difficultés d'exécution concernent la décision rendue par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, c'est d'abord vers ces juridictions que l'administré devra se tourner pour solliciter son aide à l'exécution. Il ne peut donc saisir directement la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat de sa demande. S'il le fait, cette dernière transmettra la demande soit au tribunal administratif qui a rendu la décision, soit à la cour d'appel, selon les cas. La loi du 8 février 1995 donne à ces juridictions le pouvoir de contribuer à l'exécution de leurs propres décisions (loi n° 95-125 du 8 février 1995, *J.O.* Fr., 9 février 1995, p. 2183 ; voy. aussi Code de justice administrative, articles L. 911-4, R.

Quant à la saisine du Médiateur de la République, elle est subordonnée à la condition que la décision de justice dont l'exécution est sollicitée concerne directement l'Etat, les collectivités publiques territoriales et les établissements publics. Toutefois, contrairement au dispositif « *d'aide à l'exécution* » de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, le Médiateur de la République peut être saisi d'un cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle quel que soit l'ordre de juridiction dont elle émane (ordre judiciaire ou administratif) à condition qu'elle soit coulée ou passée en force de chose jugée[975]. L'article 8 de la loi du 3 janvier 1973 énonce cependant que le Médiateur ne peut connaître des réclamations des agents en conflit avec l'administration ou l'organisme dont ils relèvent[976].

Le présent chapitre ne sera consacré qu'à l'étude de mécanismes mis en œuvre par la loi du 16 juillet 1980 et les textes qui l'ont modifiée ou complétée. Seront donc exclus les procédés non contentieux établis par d'autres textes pour atténuer la rigueur du principe de l'immunité d'exécution de l'administration tels que la saisine du Médiateur et de ses représentants locaux. De la sorte, l'analyse de données récoltées pour l'étude de la loi française de 1980 s'articulera autour de deux sections à savoir : l'examen schématique de la loi du 16 juillet 1980 (Section 1) et son appréciation critique (Section 2).

921-5 et R. 921-6). En effet, devant les tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel, les demandes d'aide à l'exécution formées par les justiciables passent, avant de connaître un tour strictement contentieux, par une « *phase amiable* » où le président de la cour administrative d'appel ou du tribunal administratif saisi (ou le rapporteur désigné à cette fin) accomplit aux termes des articles R. 921-5 et R. 921-6 du Code de justice administrative : « *toutes diligences qu'ils jugent utiles pour assurer l'exécution de la décision juridictionnelle qui fait l'objet de la demande* ». L'aide à l'exécution se rapporte exclusivement à l'application concrète de ce qui a été précédemment jugé. Elle n'a ni pour objet, ni pour effet de trancher un litige distinct de celui qui a été jugé. Il s'agit surtout ici pour le magistrat saisi de faire œuvre de pédagogie, c'est-à-dire, adresser des lettres, fixer de rendez-vous ou organiser des entretiens avec l'administration fautive pour essayer de l'inciter à l'exécution par la persuasion ou simplement la menace selon des formes appropriées. Cette procédure d'aide à l'exécution se distingue donc du recours pour excès de pouvoir qui, normalement, est dirigé contre une nouvelle décision de l'administration méconnaissant l'autorité de la chose jugée. Elle est aussi différente de l'action en dommages et intérêts qui tire son fondement de l'inexécution de la décision (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1708, n° 1631.86). De la sorte, si l'administration a pris les mesures nécessaires dictées par l'exécution de la chose jugée en réintégrant le fonctionnaire irrégulièrement évincé et en reconstituant sa carrière, la demande en indemnisation du préjudice causé se rapporte à un litige distinct (C.E., 22 avril 1992, *M^elle^ Iban*, *Rec.* CE, p. 1094, cité par S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1723, n° 1641.95).

[975] Le Médiateur de la République *peut* également être saisi du cas d'une décision juridictionnelle non passée en force de chose jugée. Dans cette hypothèse, il instruit la demande en privilégiant seulement l'information, la persuasion et la recommandation et ne peut, en aucune façon, faire usage de son pouvoir d'injonction.

[976] Pour la seule et simple raison que les cours et tribunaux demeurent compétents pour connaître de ces matières. Le lexique des termes juridiques définit le Médiateur de la République comme étant une autorité indépendante instituée en 1973 à l'exemple de l'ombudsman. Il est chargé face à une administration de plus en plus bureaucratique et complexe de protéger les administrés sans se substituer aux tribunaux. Son mandat est de six années (voy. R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 16ème éd., Dalloz, 2007, p. 421).

Section 1. le système de la loi du 16 juillet 1980

§1. L'amélioration du paiement du montant des condamnations pécuniaires

A. Principe de la réforme

230. La décision juridictionnelle vaut liquidation de la dépense. Le principe de solution adopté par la loi française du 16 juillet 1980 pour éviter les cas d'inexécution des décisions de justice portant condamnation pécuniaire des personnes publiques est celui d'après lequel : « la décision de justice vaut liquidation de la dépense ». Cette dernière ne devant plus qu'être ordonnancée et payée. L'article 1er de cette loi dispose, en effet, que : « *lorsque une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat, une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de quatre mois*[977] *à compter de la notification de la décision de justice*[978]*. Passé ce délai, le créancier de la personne publique dispose soit, devant l'Etat, de la possibilité de se faire payer directement par le comptable assignataire de la dépense, sur présentation de la décision de justice, soit devant un établissement public ou une collectivité locale, d'un recours au mandatement d'office par l'autorité de tutelle… ».*

On le constate à la lecture de cette disposition, le législateur considère que, la somme mise à charge de la personne publique par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, est en principe déjà liquidée en sorte qu'il suffit à la personne publique de donner l'ordre de paiement selon la procédure administrative. Celle-ci se déroule généralement en

---

[977] Ce délai a été réduit par l'article 17 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 à deux mois.

[978] Il s'agit de la notification faite à l'autorité chargée de l'exécution de la décision de justice (art. 1er-I).

quatre phases comprenant : l'engagement, la liquidation, l'ordonnancement et le paiement[979]. L'intervention du juge est considérée comme se situant dans la phase de la liquidation[980] d'autant que sa tâche ne se limite qu'à déterminer le montant exact à payer par la personne publique condamnée ; le reste de l'opération étant renvoyée à la procédure administrative d'exécution de dépenses publiques laquelle exige que l'ordre de payer ou d'exécuter une dépense publique émane d'une autorité administrative compétente. En l'espèce, cet ordre, doit selon le législateur, intervenir dans le délai légal, faute de quoi, le créancier a le droit de se faire payer directement par le comptable d'Etat. Il s'agit donc pour l'ordonnateur de dépenses d'une « compétence liée » pour reprendre l'heureuse expression de M. DI QUAL[981].

Cette procédure constitue donc une importante garantie de paiement pour les créanciers de l'Etat. Toutefois, comme le soulignent S. GUINCHARD et T. MOUSSA[982], une distinction devra être établie par le créancier entre l'ordonnancement et le paiement en vue d'éviter toute déconvenue.

Aux termes de l'article 31 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement de la comptabilité publique, l'ordonnancement est « *l'acte administratif donnant, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre de payer la dette de l'organisme public. Il est prescrit soit directement par les ordonnateurs principaux (pour l'Etat il s'agit des ministres) ou par*

---

[979] Article 28 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique. Voy. aussi P. BON, *op. cit.*, p. 25.

[980] P. BON, *op. cit.*, p. 25 ; G. VEDEL, *Cours de législation financière*, 1956-1957, p. 143 ; M. DUVERGER, *Finances publiques*, 8ème éd., p. 340 (cité par P. BON, *op. cit.*, p ; 25). Ainsi, l'opinion de J. TERCINET (voy. J. TERCINET, *op. cit.*, p. 11) selon laquelle la loi du 16 juillet 1980 fait du juge un « ordonnateur de la dépense » nous semble fort discutable d'autant que le législateur n'autorise pas le juge qui a déterminé le montant de la condamnation à se substituer aux autorités de la personne publique dans la procédure d'exécution de la dépense publique. Il donne seulement pouvoir au juge de liquider le montant à payer par la personne morale et oblige pour le reste, les autorités de ladite personne à *ordonnancer* ce montant, c'est-à-dire, à donner l'ordre de payer ce montant dans le délai légal au risque de voir le créancier se faire directement payer par le comptable assignataire. C'est ce qu'exprime bien le législateur à l'article 1er de cette loi en indiquant que « lorsque la décision juridictionnelle passée en force de chose jugée *a déterminé le montant à payer* par la personne publique, cette somme doit être *ordonnancée* dans les quatre mois ». Il n'est donc nullement question ici de substituer le juge à l'administration dans la procédure d'exécution de la dépense publique en faisant de lui un ordonnateur de la dépense. L'ordonnateur est généralement l'autorité administrative compétente pour donner l'ordre d'exécuter la dépense publique. La réforme de 1980 maintient le principe de l'ordonnancement par une autorité administrative, mais cet ordonnancement est désormais obligatoire et doit, d'après la loi, intervenir dans un délai relativement bref (voy. P. BON, *op. cit.*, p. 28).

[981] L. DI QUAL, *La compétence liée*, p. 363 et s. (cité par J. TERCINET, *op. cit.*, p. 12).

[982] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1742, n° 1651.21.

les ordonnateurs secondaires[983] ». Le paiement quant à lui est la dernière étape de la procédure. C'est l'exécution même de l'obligation par la personne morale de droit public. Elle consiste dans le versement par cette dernière d'une somme d'argent au créancier conformément au dispositif de la décision juridictionnelle de condamnation.

Puisque le terme utilisé par le législateur dans la loi de 1980 est celui d'ordonnancement et non de paiement, le créancier devra savoir que cette phase d'ordonnancement n'est pas la dernière étape dans le processus de l'exécution de la dette publique. Ce processus a-t-on souligné précédemment ne s'achève que par le paiement de la dette. Dès lors, ce paiement peut être différé et ne pas avoir lieu dans le délai légal de deux mois (anciennement quatre mois) prévu par le législateur puisqu'en pratique un autre délai de deux à six semaines peut s'écouler entre le jour de l'ordonnancement où le mandat de paiement émis par l'ordonnateur est transmis au comptable et le jour du paiement effectif[984].

B. Conditions de fond de la réforme

231. Deux conditions de base. La mise en œuvre du dispositif de la contrainte au paiement institué par la réforme de 1980 exige la réunion de deux conditions cumulatives de fond à savoir : la fixation du montant de la condamnation par la décision de justice (1) et la reconnaissance à cette décision du caractère définitif ou décision passée en force de chose jugée (2).

---

[983] Sur le plan purement technique, le terme approprié pour désigner les ordres de payer émanant des ordonnateurs secondaires est celui de mandatement (D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 3).

[984] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1742, n° 1651.21. On notera avec satisfaction que la réduction à deux mois du délai d'ordonnancement (au lieu de quatre) tend à rendre effectif le paiement rapide du créancier voulu par le législateur et dont le retard souvent enregistré dans l'intervention du comptable public contribuait surtout à anéantir l'efficacité du système (c'est nous qui soulignons). En fait, l'ancien délai de quatre mois a été également institué par le législateur en vue de permettre au Conseil d'Etat de se prononcer sur une éventuelle demande de sursis à exécution émanant de la personne publique, et aux collectivités locales de se procurer le cas échéant, les ressources nécessaires (J.L. AUTIN, « Le refus d'ordonnancer une dépense publique », *A.J.D.A.*, mars 1979, pp. 14-20).

1. Fixation du montant de la condamnation par décision de justice

232. Une exigence légale impérative. L'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 exige pour l'application des mécanismes de contrainte mis en place à l'encontre des personnes publiques dans l'exécution des décisions juridictionnelles que celles-ci déterminent elles-mêmes le montant de sommes à payer. Cela veut dire que le problème ne se pose pas et la contrainte est susceptible de jouer si le montant ainsi requis est nettement fixé par la juridiction[985]. En revanche, le créancier ne pourra recourir à la procédure de l'article 1er en cas de décision judiciaire muette ou lacunaire sur le montant total de la condamnation due par la personne morale de droit public. Il en est ainsi lorsque la décision de justice mentionne les sommes à payer dans ses attendus ou dans ses considérants et non dans son dispositif. De même, ne sera pas soumise à la contrainte de la loi du 16 juillet 1980, une décision de justice qui renvoie la liquidation de la dette à d'autres décisions judiciaires ou à une expertise. Tel est le cas, par exemple, devant le juge administratif, du renvoi du justiciable devant la personne publique pour faire ce que de droit ou lorsque la décision juridictionnelle comporte des dispositions alternatives (condamnations conditionnelles comme en matière de fixation par le juge judiciaire des indemnités d'expropriation dues par les collectivités expropriantes).

2. Décision de justice définitive ou passée en force de chose jugée

233. Décision non susceptible de voies de recours ordinaires. Les dispositions de la loi du 16 juillet 1980 ne sont applicables que lorsque la décision juridictionnelle en cause est passée en *force de chose jugée,* ce qui implique que la contrainte à l'exécution instituée par cette loi

---

[985] Dans ces conditions, la contrainte est susceptible de jouer non seulement sur la condamnation principale, mais aussi sur les intérêts et les frais irréductibles. Car l'article 1er du décret n° 80-501 du 12 mai 1981 précise que : « *l'ordonnancement ou le paiement direct par le comptable dans les conditions prévues à l'article 1re de la loi (…) du 16 juillet 1980 ne s'applique aux intérêts que si la décision de justice en a fixé le point de départ et le taux* ». D'après la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975 fixant le taux d'intérêt légal, il est admis que le paiement des intérêts au taux légal, dus à compter du prononcé de la décision de condamnation, entre dans le champ d'application de la contrainte au paiement organisée par la loi du 16 juillet 1980. Il en est de même de dépens lorsqu'ils ont été taxés et dans la mesure où l'ordonnance de taxe est passée en force de chose jugée (Code de justice administrative, art. L. 911-9).

ne peut être mise en œuvre qu'à l'égard des décisions devenues définitives[986] et non à l'égard des jugements pouvant encore être frappés d'appel ou d'opposition. Ainsi, sont concernés par cette procédure dans l'ordre judiciaire, les arrêts rendus par la cour d'appel, les jugements rendus en premier et dernier ressort par les tribunaux d'instance, les ordonnances de référé, les décisions du juge de l'exécution etc.

C. Champ d'application de la réforme

1. Ratione materiae

234. Décision juridictionnelle. L'article 1er de la loi de 1980 stipule que : « *lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat, une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans les quatre mois à compter de la notification de la décision de justice…* ».

Il ressort de la disposition susdite que le système mis en place par l'article 1er vise la décision juridictionnelle. Son champ d'application est donc très vaste puisqu'il englobe aussi bien les décisions rendues par les juridictions de l'ordre administratif que celles émanant de l'ordre judiciaire. Bref, c'est un système qui se rapporte à tous les contentieux administratifs mettant en cause les personnes morales de droit public quelle que soit la juridiction compétente à la seule condition que la décision juridictionnelle en cause soit passée en force de chose jugée. Cette considération implique que la réforme de 1980 ne s'étend pas aux décisions prononcées par les juridictions administratives à l'encontre des personnes privées, autres que celles qui

[986] Une décision juridictionnelle est réputée définitive lorsqu'elle n'est plus susceptible d'une voie de recours, soit qu'elle n'ait pas été contestée dans les délais, soit que les recours exercés aient échoué. Une décision de justice est passée en force de chose jugée lorsqu'elle n'est plus susceptible d'être attaquée par des voies de recours ordinaires (appel ou opposition). Mais, elle peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

sont chargées de la gestion d'un service public. Les voies d'exécution forcée de droit commun restent ouvertes contre ces personnes[987].

2. Ratione personae

235. Toute personne publique. D'application générale, le dispositif de la loi du 16 juillet 1980 concerne toutes les personnes publiques y compris l'Etat lui-même. Aussi, les mécanismes de contrainte introduits par cette réforme sont-ils d'abord organisés contre l'Etat et ensuite contre les collectivités locales ou les établissements publics.

236. Devant l'Etat. La procédure permettant de contraindre l'Etat à payer les sommes mises à sa charge par les juridictions est différente de celle qui est organisée à l'encontre des collectivités locales et des établissements publics. En effet, l'alinéa 1er de l'article premier de la loi de 1980 énonce que : « *lorsque la décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de quatre mois (actuellement deux mois) à compter de la notification de la décision de justice* ». Ce seul énoncé constitue une innovation importante et la doctrine[988] considère cette disposition comme ayant un caractère vraiment révolutionnaire dans la mesure où elle prévoit une obligation d'ordonnancement et, par voie de conséquence, celle de paiement dans un délai relativement court.

Mais, la loi a su aller encore plus loin en prévoyant un mécanisme efficace en cas de difficultés liées à l'insuffisance de crédits[989] parce qu'il peut se faire que la dépense soit

---

[987] D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 2. Voy. aussi, CE, 10 févr. 1992, *Cne de Charbonnières-les-Varennes*, *Rec. CE*, p. 1233.

[988] P. BON, *op. cit.*, p. 28 ; D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 2 ; J. TERCINET, *op. cit.*, p. 11.

[989] En vertu du règlement général sur la comptabilité publique : « *Les dépenses des organismes publics (l'Etat y compris) doivent être prévues par leur budget et être conformes aux lois et règlements. Aucune dépense de quelque nature que ce soit ne peut donc être payée si elle n'est pas conforme à l'autorisation annuelle que constitue, pour l'Etat, la loi de finances* » (article 27, alinéa 1 du décret du 29 décembre 1962).

imputée sur des crédits limitatifs qui se révèlent insuffisants[990]. Dans ce cas, l'alinéa second de l'article 1er, § 1 de la loi de 1980 dispose que : « *l'ordonnancement est fait dans la limite des crédits disponibles. Les ressources nécessaires pour les compléter sont dégagées dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances*[991]*. Dans ce cas l'ordonnancement complémentaire doit être fait dans un délai de six mois à compter de la notification* ».

Cela veut dire que dans cette hypothèse, l'Etat doit d'abord payer dans le délai prévu la fraction de la somme dont il est redevable à concurrence des crédits limitatifs dont il dispose, quitte à procéder, par la suite, à l'ordonnancement de la somme complémentaire. Cet ordonnancement complémentaire doit, selon la loi, intervenir dans les six mois à compter de la notification de la décision de justice[992]. Ce n'est qu'à défaut d'ordonnancement dans les délais requis (deux mois ou six mois) que le créancier peut, sur présentation de la décision de justice, se faire directement payer par le comptable assignataire[993]. Car, l'alinéa 3 de l'article 1er, § 1, de la loi de 1980 précise que : *« le comptable assignataire doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement »*[994].

---

[990] Il va de soi que si la somme est imputée sur des crédits limitatifs suffisants, il n'y a pas de problèmes tant que ces crédits ne sont pas épuisés. Les crédits limitatifs sont ceux qui sont ouverts pour les dépenses dont le montant est conforme aux crédits ouverts et qui ne peuvent être augmentés que par une nouvelle autorisation budgétaire. Par contre si la somme est imputée sur des crédits évaluatifs dont les dépenses peuvent être supérieures si nécessaire, sauf ratification ultérieure par la loi budgétaire (article 9, ordonnance du 2 janvier 1959), elle peut être ordonnancée sans difficulté puisque l'article 9 susdit déclare que les dépenses auxquelles s'appliquent les crédits évaluatifs s'imputent au besoin, au-delà de la dotation inscrite aux chapitres qui les concernent.

[991] L'article 11 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 dispose que : « *Les dépenses sur crédits limitatifs ne peuvent être engagées et ordonnancées que dans la limite des crédits ouverts ; ceux-ci ne peuvent être modifiés que par une loi de finances sous réserve des dispositions prévues aux articles 14, 17, 21 et 25, ainsi que des exceptions ci-après…* ». Donc, les ressources nécessaires pour compléter les crédits sont dégagées par un prélèvement sur un crédit ouvert à cet effet au ministère des Finances ou, si ce crédit est lui-même insuffisant, par décret d'avance, ratification en étant faite par la plus prochaine loi de finances.

[992] Voy. également S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1743, n° 1651.22 ; D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 8 ; P. BON, *op. cit.*, p. 29.

[993] Ce système de paiement direct auprès du Trésor, note D. LINOTTE, existe en droit algérien qui, par une ordonnance du 17 juin 1975 relative à « *l'exécution des décisions de justice et des sentences arbitrales* », permet aux administrés de recouvrer directement auprès du Trésor leurs créances. C'est ce système, ajoute-t-il, qui semble avoir influencé la loi française du 16 juillet 1980 quand bien même les travaux parlementaires ne s'y réfèrent pas expressément (D. LINOTTE, *op. cit.*, p., 2).

[994] En effet, le créancier qui n'a pas reçu la lettre l'informant de la date de l'ordonnancement ou du mandatement de sa créance ainsi que de la désignation du comptable assignataire de la dépense peut saisir le comptable d'une demande de paiement sans ordonnancement ou mandatement préalable. On peut donc le remarquer aisément, au nom de la protection des créanciers, le législateur a dérogé ici au principe fondamental du droit de la comptabilité publique qui recommande la séparation des ordonnateurs et des comptables. Il s'agit là d'une dérogation très importante car le comptable public ne peut jamais procéder au paiement sans ordre préalable

C'est là, à n'en point douter, l'aspect le plus important de la réforme (auquel s'ajoute le bref délai de paiement ainsi que le système de responsabilité personnel de l'agent public fautif) parce qu'en cas de réticence de l'ordonnateur à accomplir son devoir, le citoyen peut toujours se tourner vers le comptable public à qui la loi reconnaît le pouvoir de procéder au paiement même à défaut de tout ordonnancement préalable[995].

La loi du 16 juillet 1980 ne désigne pas expressément l'autorité compétente pour ordonnancer la dépense. Aussi, la doctrine estime-t-elle que les règles habituelles en la matière doivent être appliquées[996]. En pratique, l'exécution de la dépense publique fait intervenir, dans sa phase d'ordonnancement, deux types d'autorités administratives : les ordonnateurs principaux ou les ordonnateurs secondaires. Les ordonnateurs principaux de l'Etat sont les ministres. Ils ont l'exclusivité de la représentation de l'Etat et sont chargés d'émettre des ordres de paiement appelés « *ordonnances de paiement* » soumises au visa des contrôleurs financiers. Quant aux ordonnateurs secondaires, ils sont constitués de toutes les autres autorités administratives qui, dans l'organisation d'ensemble des pouvoirs publics, sont chargées de définir l'imputation comptable des dépenses publiques. Ils en autorisent le paiement en émettant des « *mandats de paiements* »[997].

Afin d'éviter que le créancier ne soit pas informé de la date de l'ordonnancement ou du mandatement, une lettre recommandée avec demande d'avis de réception lui est adressée le jour de l'émission du titre. La même lettre comporte la désignation du comptable assignataire de la dépense.

Enfin, pour éviter que les demandes de paiement direct soient formulées à tort et pour prévenir en même temps les risques de double paiement, l'article 2 du décret n° 88-336 du 11

---

d'une autorité administrative. Or, en matière d'exécution des condamnations pécuniaires mises à charge de personnes publiques, la loi du 16 juillet 1980 l'autorise.

[995] Il a été toutefois jugé dans un arrêt rendu par la Section du Contentieux du Conseil d'Etat que lorsque l'acte sur le fondement duquel est effectuée la dépense a été annulé par le juge de l'excès de pouvoir, le comptable public (en l'espèce, il s'agissait du comptable d'une commune) est tenu de cesser tout paiement. Ainsi, le comptable ayant continué de payer des indemnités après l'annulation du texte qui les a instituées a été mis en débet, même s'il n'a pas été informé de l'annulation (CE, sect., 8 juill. 1998, *Min. Budget*, *R.D.P.*, 1998, pp. 1239 et s., concl. M. GIRARDOT, obs. T-X. G.). Cette solution est à tout le moins sévère, mais apparemment logique.

[996] Notamment D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 3 ; P. BON, *op. cit.*, p. 27.

[997] J. M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., 2ème éd. T. I, nos 667 et s.

avril 1988[998] déclare que le comptable assignataire[999] est informé de la même façon que le créancier, de la date à laquelle les sommes ont pu ou peuvent avoir été mandatées par l'ordonnateur.

237. Exécution des condamnations pécuniaires devant les collectivités locales et les établissements publics. Devant les collectivités territoriales et les établissements publics, le dispositif mis en place pour faciliter l'exécution de décisions de justice portant condamnation pécuniaire des personnes publiques est globalement le même que pour l'Etat. Les conditions relatives à la nature de la décision et au délai de quatre mois (deux mois actuellement) pour ordonnancer ou mandater sont identiques. Ce qui change, c'est surtout le système de paiement. Car, en cas de manquement aux obligations d'ordonnancement et de mandatement, le créancier ne dispose pas de la possibilité de se faire payer directement par le comptable assignataire comme cela se passe devant l'Etat. Il dispose seulement d'un recours à l'autorité de tutelle.

Autrement dit, lorsque l'ordonnateur manque à son devoir d'ordonnancement et d'information du créancier, ce dernier n'est pas autorisé à saisir le comptable assignataire d'une demande de paiement direct. Il doit seulement adresser son recours à l'autorité de tutelle, en l'occurrence le Préfet[1000]. Si les crédits existent et qu'ils sont disponibles, le Préfet

---

[998] J. MAGNET, *Les comptables publics*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 1995, p. 12.

[999] Les comptables assignataires sont ceux qui sont désignés pour exécuter les opérations et en assument corrélativement la responsabilité. Ils sont tenus d'en exercer eux-mêmes le contrôle, dans les conditions posées par le règlement général sur la comptabilité publique, mais l'exécution matérielle (encaissement et décaissement) peut en être faite par d'autres comptables, leurs correspondants, qui opèrent pour leur compte et sous leur responsabilité. Ainsi, les impôts directs à la charge de contribuables, qui ont quitté la circonscription où ils étaient imposés, peuvent être versés par eux à la caisse du comptable subordonné du Trésor de leur nouvelle résidence ; les dépenses payables en numéraire peuvent être réglées sur visa des comptables assignataires, par les comptables des lieux où résident les bénéficiaires (J. MAGNET, *op. cit.*, p. 12). Il importe de signaler que le réseau des comptables publics étant très complexe, lorsqu'un comptable saisi n'est pas assignataire, il doit en aviser le créancier et transmettre le dossier au comptable compétent. La loi du 16 juillet 1980 ne donne aucune précision quant à la nature et à la forme de la demande qui doit être introduite par le créancier pour obtenir paiement direct auprès du comptable public. C'est la circulaire du 7 juin 1989 relative à l'exécution des décisions de justice condamnant l'Etat au paiement d'une somme d'argent qui apporte la solution à ce problème en précisant : « *Qu'il suffit d'une simple lettre du créancier, ou même, que ce dernier se présente, en personne, au guichet du comptable muni de l'expédition de la décision rendue en sa faveur, revêtue de la formule exécutoire* » (Cir. du 7 juin 1989, *J.O.* Fr., 16 sept. 1989, p. 11717 ; *D.*, 1989, lég. p. 321 ; *J.C.P. G.*, 1989, III, 63142).

[1000] S'agissant de collectivités locales, l'autorité de tutelle à saisir est le Préfet. Par contre, dans le cas d'un établissement public national, l'autorité vers laquelle le créancier devra se tourner est l'autorité de tutelle de cet établissement (en l'occurrence l'autorité ministérielle de tutelle). Si l'établissement public condamné est un établissement public local ou un groupement de collectivités territoriales, le régime applicable est le même que pour les collectivités territoriales elles-mêmes. En pratique, lorsque la décision de justice a condamné un

procède au mandatement d'office sans mettre préalablement en demeure la collectivité[1001]. C'est ce que prévoit l'article 1er, alinéa 1er de la loi du 16 juillet 1980 en déclarant : « *Lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat, une collectivité locale ou un établissement public (…), cette somme doit être ordonnancée dans les quatre mois à compter de la notification de la décision de justice. Passé ce délai, le créancier de la personne publique dispose, soit devant l'Etat, de la possibilité de se faire payer directement par le comptable assignataire de la dépense, sur présentation de la décision de justice, soit, devant un établissement public ou une collectivité locale, d'un recours au mandatement d'office par l'autorité de tutelle* ».

Mais, en cas d'insuffisance de crédits, le problème est résolu par l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi de 1980 aux termes duquel : « *En cas d'insuffisance de crédits l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement une mise en demeure de créer les ressources nécessaires ; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas crée ces ressources, l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office* ».

C'est donc clair, l'intervention de l'autorité de tutelle est obligatoire en cas d'absence ou d'insuffisance de crédits pour créer les ressources nécessaires. Elle consiste en une mise en demeure adressée, à cet effet, à la collectivité locale ou à l'établissement public. L'autorité de tutelle (en l'occurrence le Préfet) dispose pour cela d'un délai d'un mois à compter de la saisine du créancier. Une fois mise en demeure, la collectivité dispose à son tour d'un délai d'un mois pour s'y conformer[1002]. Si la mise en demeure se révèle infructueuse, l'autorité de tutelle procède à l'inscription d'office de la somme due en dégageant les ressources nécessaires.

Ces ressources peuvent être dégagées soit en réduisant les crédits affectés à d'autres dépenses et encore libre d'emploi, soit en augmentant les recettes, soit en faisant un usage rationnel de ces deux possibilités. Mais, si l'importance de la somme à payer est de nature à compromettre

---

établissement public local à payer une somme d'argent, qu'il s'agisse des dommages-intérêts ou d'une astreinte liée au refus de se conformer à l'obligation de faire ou de ne pas faire, le créancier doit adresser son recours aux chambres régionales de compte qui dispose des prérogatives importantes lui permettant de surmonter la non-inscription au budget des crédits adéquats (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1747, n°1651.62).

[1001] L'autorité de tutelle, en l'occurrence le Préfet, est obligée d'intervenir comme dans le cas de l'exécution des condamnations pécuniaires concernant l'Etat. Elle ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire de ne pas ordonnancer.

[1002] Ce délai est de deux mois lorsque la dette est égale ou supérieure à 5 % du montant de la section de fonctionnement du budget de la collectivité locale intéressée (voy. décret n° 81-501 du 12 mai 1981, art. 3-1).

l'équilibre réel du budget, l'autorité de tutelle doit, dans ce cas, conformément à l'article L. 1612-5 du Code général des collectivités territoriales, saisir la chambre régionale des comptes qui établira un échéancier de paiement sur plusieurs années[1003]. Ce paiement sera fait à l'aide de subventions exceptionnelles attribuées par un arrêté ministériel selon la procédure prévue à l'article L. 235-5 du Code des communes qui dispose que : « *des subventions exceptionnelles peuvent être attribuées par arrêté ministériel à des communes dans lesquelles des circonstances anormales entraînent des difficultés financières particulières* ».

Il s'agit là, en effet, d'une possibilité explicitement confirmée par les représentants du Gouvernement tant devant l'Assemblée nationale que le Sénat[1004].

238. Responsabilité de l'Etat. Par ailleurs, la responsabilité de l'Etat peut être engagée à l'égard de la collectivité locale mise en cause si l'autorité de tutelle fait un usage abusif de ses prérogatives. Cette même responsabilité de l'Etat peut être aussi établie vis-à-vis du créancier si cette autorité de tutelle refuse de faire usage de ses prérogatives ou les utilise avec retard.

Il est admis depuis longtemps que l'Etat commet une faute en ne prenant aucune mesure réelle pour favoriser l'exécution des décisions de justice rendues à l'encontre d'autres personnes publiques[1005]. Ainsi, sa responsabilité n'est pas seulement liée à l'inexécution des décisions de justice le concernant directement. Elle peut l'être aussi du fait de la non-utilisation des prérogatives dont il dispose pour forcer l'exécution. C'est le cas, par exemple, de la responsabilité de l'Etat pour faute de son représentant lorsque celui-ci refuse ou retarde, sans motif valable, d'inscrire au budget une dépense obligatoire. C'est aussi le cas du Préfet qui n'a pas créé les ressources budgétaires adéquates pour permettre à une commune de s'acquitter des indemnités mises à sa charge par un tribunal administratif[1006].

Cependant s'agissant de cette dernière hypothèse, la jurisprudence administrative d'appel semble quelque peu réservée. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a réformé le

---

[1003] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1746, n° 1651.42.

[1004] Intervention du Secrétaire d'Etat à la justice devant le Sénat, *J.O.* Fr., Débats, *S.*, 1978, p. 713. Intervention du Garde des Sceaux devant l'Assemblée nationale, *J.O.* Fr., Débats, A.N., 1980, p. 1277. Intervention du Secrétaire d'Etat à la Justice devant le Sénat, *J.O.* Fr., Débats, S., 1980, p. 3316.

[1005] Principe de la responsabilité pour autrui qui oblige l'Etat à réparer les actes ou omissions fautives commises par les personnes dont il doit répondre.

[1006] TA Bastia, 30 mars 1995, *Sté de gestion du port de Campoloro et a. c/ Préfet de la Haute corse*, *D.*, 1995, jur., pp. 553 et s., note J.-P. PASTOREL.

jugement rendu le 30 mars 1995 par le tribunal administratif de Bastia au motif que : « *la loi du 16 juillet 1980, éclairée par les travaux préparatoires, n'a ni pour objet ni pour effet de transférer à l'Etat la charge d'une dette d'une commune née d'une condamnation prononcée par une décision de justice, lorsque l'inexécution de cette décision est imputable aux difficultés financières de cette collectivité* »[1007].

Quoi qu'il en soit, la responsabilité de l'Etat du fait des actes ou omissions de ses représentants ne peut être engagée, selon la jurisprudence, que si le requérant arrive à prouver une faute lourde[1008]. Cela signifie que la faute légère[1009] dite « *faute simple* » de ses représentants ne peut en principe obliger l'Etat lorsqu'il ne fait pas usage ou utilise en retard les prérogatives dont il dispose pour contraindre les collectivités locales ou les établissements publics à se conformer à la chose jugée. Toutefois, on doit reconnaître que la distinction n'est pas aisée entre ces deux catégories de fautes d'autant que la distance qui les sépare n'est pas de nature, mais elle relève plutôt des difficultés rencontrées en pratique par le représentant de l'Etat. Bien plus les textes organisant les prérogatives de l'Etat pour permettre l'exécution ponctuelle ou complète des décisions de justice ne laissent pas à ses représentants une grande marge d'appréciation. Soit que les représentants de l'Etat acceptent de poser les actes ou les gestes requis et la responsabilité de l'Etat n'est pas établie ; soit qu'au contraire, ils s'en abstiennent et l'Etat en devient, *ipso facto*, obligé. D'où l'intérêt, en pareille occurrence, de ne s'en tenir qu'à la notion de *responsabilité pour faute* tout court si l'on veut que l'Etat soit rendu responsable des fautes commises par ses représentants dans l'exécution des décisions de justice condamnant pécuniairement l'administration. Il en va de la plus grande protection des droits des créanciers des pouvoirs et organismes publics.

[1007] CAA Lyon, 6 juin 1996, n° 95LY00935, *Min. Intérieur c/ Sté de gestion du port de Campoloro et Sté fermière de Campoloro, R.F.D.A.*, 2000, p. 1107.

[1008] TA Lyon, 13 janv. 1994, *Franc, Dr. adm.*, nov. 1994, n° 607 ; TA Bastia, 3 juillet 1997, *Cne de Saint Florent et a. c/ Préfet de la Haute Corse*, LPA, 14 janvier 1998, note S. HOMONT. La faute lourde est tout manquement volontaire aux dispositions législatives ou réglementaires impératives ordonnant ou prohibant tel ou tel acte (KALONGO MBIKAYI, *op., cit.*, p. 242). En dehors de la violation d'un texte, la faute lourde s'apprécie par rapport au comportement de l'homme moyen, l'homme avisé, l'homme prudent. Il s'agit d'un comportement que n'aurait pas eu, dans les mêmes circonstances extérieures, un homme prudent, honnête, avisé, soucieux de ses devoirs sociaux (H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrétien, T. I, 6ème éd. nos 416 et s., particulièrement n° 439 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité*, Bruxelles, Larcier 1967, p. 167, n° 265).

[1009] La faute légère est généralement une faute d'imprudence ou de négligence. L'imprudence est le fait de faire ce qu'on aurait pas dû faire. Quant à la négligence, elle est le contraire de l'imprudence. C'est le fait de ne pas faire ce qu'on aurait dû faire (KALONGO MBIKAYI, *op. cit.*, p. 245). En droit civil, il suffit même d'une faute légère pour entraîner la responsabilité de son auteur et partant l'obligation de réparation.

Cependant le Conseil d'Etat, toujours fidèle à l'exigence d'une faute lourde en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités locales, a profité de l'affaire dite du port de *Campoloro* pour redéfinir et préciser le régime de responsabilité de l'Etat en cas d'inexécution par une collectivité locale d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée condamnant pécuniairement l'administration. Pour la Haute juridiction, en effet, la responsabilité de l'Etat du fait de sa collectivité territoriale ne peut être engagée que pour *faute lourde* ou pour *rupture de l'égalité devant les charges publiques*.

Dans les considérants principaux de son arrêt du 18 novembre 2005 qui méritent d'être reproduits textuellement, le Conseil d'Etat a, à cet égard, décidé que : « *Considérant qu'aux termes du II de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public : lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice. A défaut de mandatement ou d'ordonnancement dans ce délai, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office. En cas d'insuffisance de crédits, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement une mise en demeure de créer les ressources nécessaires ; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou créé ces ressources, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office ;*

Considérant que, par ces dispositions, le législateur a entendu donner au représentant de l'Etat, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; qu'à cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires ; qu'au nombre de ces mesures, figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge ;

Que si le Préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité est en droit de se retourner contre l'Etat en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle ; qu'en outre, dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le Préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial »[1010].

Ainsi, le Conseil d'Etat ne retient la responsabilité de l'Etat, du fait de la non-exécution par une collectivité locale d'une décision judiciaire de condamnation pécuniaire la concernant, qu'en cas de faute lourde du représentant de la puissance publique dans cette collectivité ou en cas de dommage ayant un caractère exceptionnel.

Cette position du Conseil d'Etat n'a toutefois pas été reprise par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui, allant au-delà même de la notion de faute lourde, considère simplement l'Etat comme *garant* des sommes que les collectivités territoriales sont condamnées à payer à la suite des décisions judiciaires définitives prononcées à leur encontre. Ainsi, dans l'affaire susdite du port de *Camopoloro,* la Cour européenne des Droit de l'Homme, dans son arrêt du 26 septembre 2006, a condamné la France, au nom du droit à un procès équitable, à verser aux créanciers l'intégralité de la somme mise à la charge des collectivités territoriales en cause[1011].

[1010] CE, sect., 18 novembre 2005, n° 271.898, *Sté fermière de Campoloro et a*., *J.C.P. G*., II, 10044, note R. de MOUSTIER et O. BEATRIX.

[1011] C.E.D.H., 2ème sect., Aff. *Sté de gestions du port de Campoloro et Sté fermière de Campolloro c/ France*, n° 57516/00 citée par S.GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit*., p. 1739, n° 1642.65. La Cour « *estime qu'en s'abstenant d'exécuter, pendant plus de 14 ans, les jugements rendus par le tribunal administratif* (à charge d'une commune) *en faveur des sociétés requérantes* (sté de gestion du port de Campoloro et sté fermière de Campoloro), *la France a privé ces dernières d'accès à un tribunal. Elle conclut à l'unanimité à la violation de l'article 6 §1 de la Convention. La Cour estime en outre que les sociétés requérantes ont subi et subissent toujours une charge spéciale et exorbitante du fait du non-versement des sommes dont elles auraient dû bénéficier en exécution desdits jugements. De ce fait elle conclut à l'unanimité à la violation de l'article 1er du protocole additionnel n° 1* ». Voy. http://www.echr.coe.int/echr/note information/fr.

Par cette décision instituant une sorte de responsabilité de plein droit de l'Etat[1012] en cas de défaillance constatée des collectivités territoriales à s'acquitter des montants des condamnations pécuniaires leurs infligées par les juridictions, la Cour européenne de Droit de l'Homme vient de montrer qu'elle est plus préoccupée de la protection des intérêts des créanciers des pouvoirs publics. Et cela, contrairement à l'idée soutenue par une certaine jurisprudence selon laquelle le dispositif de contrainte à l'exécution mis en place par la loi du 16 juillet 1980, éclairée par les travaux préparatoires, n'a ni pour objet, ni pour effet de transférer à l'Etat la charge d'une dette d'une commune née d'une condamnation prononcée par une décision de justice, lorsque l'inexécution de cette décision est imputable aux difficultés financières de cette collectivité[1013].

Une nouvelle approche de la responsabilité de l'Etat due à l'inaction de ses collectivités locales à exécuter les condamnations pécuniaires mises à leur charge semble donc désormais s'ouvrir pour le droit français si le Conseil d'Etat fait sienne la solution de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

§2. L'introduction de l'astreinte en matière administrative

239. Une innovation qui ne bouleverse pas les principes de droit public français relatifs à l'exécution par les personnes publiques des décisions de justice. Outre l'amélioration du paiement du montant de condamnations pécuniaires mises à charge des personnes morales de droit public par les décisions juridictionnelles, une des importantes innovations introduites par la loi du 16 juillet 1980 est l'institution de l'astreinte en matière administrative. Pour rappel, le procédé d'astreinte permet d'obtenir l'exécution de la décision juridictionnelle au moyen de la contrainte indirecte exercée sur la personne du débiteur récalcitrant condamné accessoirement par le tribunal à payer une somme d'argent égale à tant par jour aussi longtemps que ne sera pas exécutée la condamnation principale ou que sera différée la mise

---

[1012] C'est nous qui soulignons car la responsabilité de plein droit fait justement de l'Etat garant des sommes mises à charges des collectivités territoriales par les sentences juridictionnelles passées en force de chose jugée.

[1013] Voy. déjà citée, CAA Lyon, 6 juin 1996, n°95LY00935, *Min. Intérieur c/ Sté de gestion du port de Campoloro et Sté fermière de Campoloro*.

en exécution de celle-ci. L'introduction de l'astreinte en matière administrative revient donc à reconnaître au juge administratif le pouvoir d'ordonner à l'administration d'exécuter ses jugements.

Dès lors, surgissent à titre liminaire, deux interrogations fondamentales : 1. le mécanisme d'astreinte remet-il en cause le principe selon lequel il n'y a pas de voies d'exécution forcée de droit commun contre les personnes publiques ; 2. ce dispositif vient-il contredire le principe de la séparation de l'administration active et du juge par cela qu'il reconnaît au juge administratif un pouvoir d'injonction ?

S'agissant d'abord de la première interrogation, on peut observer qu'en droit français, le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public est un principe absolu puisque les voies d'exécution forcée que constituent les saisies ne peuvent être employées contre les personnes publiques fussent-elles à caractère industriel ou commercial, que la décision émane du juge judiciaire ou administratif. L'astreinte introduite par la loi du 16 juillet 1980, reconnaît seulement au juge administratif un pouvoir d'injonction sur l'administration, c'est-à-dire, un pouvoir d'ordonner que ses décisions de condamnations soient sanctionnées par le paiement d'une somme d'argent tant qu'elles ne sont pas exécutées. Elle ne constitue nullement, de ce fait, une atteinte au principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public[1014]. D'ailleurs, l'exécution de la condamnation à une astreinte reste elle-même soumise à l'immunité d'exécution de sorte qu'en cas de refus délibéré de l'administration de donner suite à une sentence juridictionnelle, l'astreinte elle-même demeure sans effet. D'où la création de mécanismes destinés à vaincre l'inertie administrative dans la mise en œuvre des décisions de justice notamment par l'introduction des sanctions personnelles à charge des personnes physiques reconnues coupables de condamnation de l'administration à une astreinte.

Pour ce qui est du rapport entre l'astreinte et le principe de la séparation des pouvoirs, il importe de préciser que l'astreinte instituée par la loi du 16 juillet 1980 ne porte pas atteinte au principe de la séparation de l'administration et du juge d'autant qu'elle ne contrarie pas le

---

[1014] Faut-il signaler qu'en France comme en Belgique, l'astreinte ne porte pas atteinte au principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques. Cependant, la condamnation à une astreinte, peut à notre avis, être exécutée en Belgique soit sur les biens figurant sur la liste de la personne publique mise en cause, soit sur ceux jugés manifestement pas utiles au fonctionnement régulier du service public, alors qu'en France l'usage des voies d'exécution forcée sur les biens de l'administration fût-il en exécution d'une astreinte est absolument prohibé.

principe selon lequel le juge ne peut faire acte d'administrateur. En effet, le pouvoir d'injonction conféré au juge administratif par la loi de 1980 ne fait pas du juge une sorte de supérieur hiérarchique donnant des ordres à l'administration et introduisant, *ipso facto*, un rapport de subordination de l'administration au juge. Pas plus qu'il ne reconnaît au juge administratif le droit de sanctionner directement l'administration en dehors des voies d'exécution. Il s'agit simplement d'un mécanisme de contrainte indirecte destiné à faire pression sur l'administration de manière à obtenir d'elle l'exécution, dans un bref délai, de la sentence juridictionnelle faute de quoi, elle aura à payer une somme d'argent hors de proportion avec le préjudice résultant de l'inexécution. Autant dire que la reconnaissance au juge administratif d'un pouvoir d'injonction ne revient pas à priver l'administration de toute action car en fin de compte c'est elle qui sera tenu d'agir en exécution de la sentence et non le juge. L'injonction semble donc s'accommoder parfaitement au principe de la séparation des pouvoirs et fait partie des attributions du juge moderne[1015].

Cela étant dit, le mécanisme d'astreinte introduit pas la loi du 16 juillet 1980 sera examiné dans son champ d'application (A), son prononcé (B) et ses conséquences au regard de l'évolution récente de la jurisprudence française en la matière (C).

A. Portée de l'astreinte instituée par la loi du 16 juillet 1980

240. Toute décision de justice administrative rendue à l'encontre de personnes morales de droit public. Avant la loi du 16 juillet 1980, le procédé d'astreinte n'était appliqué que par les juridictions judiciaires dans des hypothèses bien limitées mettant en cause la responsabilité de l'administration, par exemple, en cas de voie de fait[1016]. La loi du 16 juillet 1980 a mis fin à

[1015] J. TERCINET, *op. cit.*, p. 7.

[1016] P. BON, *op. cit.*, p. 34 ; J. TERCINET, *op. cit.*, p. 7 ; J.M. Le BERRE, « Pouvoir d'injonction et astreinte du juge de l'ordre judiciaire », *A.J.D.A.*, 1979, n° 2, pp. 14 et s. ; J. TERCINET, *Les tribunaux de l'ordre judiciaire, juges de l'action administrative*, thèse ronéo, Grenoble, 1974, p. 163 s ; M.-C. GAUTHIER, « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'encontre de l'administration », *Le courrier juridique des finances*, déc. 1995, pp. 1 et s. ; C. GUETTIER, « Injonction et astreinte », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 1114, n° 26, p. 7. A l'heure actuelle, on cite souvent à l'appui de cette thèse, l'arrêt rendu par la Cour de cassation française le 25 février 1992 aux termes duquel : « *s'agissant de l'astreinte fixée, aucun texte n'interdit au juge judiciaire de la prononcer contre une administration publique dont il a estimé que le comportement était constitutif d'une voie de fait* » (Cass. com., 25 fév. 1992, *Administration des douanes cl. LST Marti*, *Bull. civ.*, IV, n° 91). Le pouvoir

ce monopole en accordant au juge administratif le pouvoir d'ordonner que ses injonctions à l'exécution soient sanctionnées par le paiement d'une somme d'argent tant que dure l'inexécution ou qu'est différée celle-ci. L'article 2 de la loi de 1980 ainsi conçu : « *en cas d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de cette décision* » exprime à suffisance cette idée en faisant entrer légalement et officiellement l'astreinte dans le contentieux administratif.

Faut-il rappeler que cette disposition qui reconnaissait au seul Conseil d'Etat le pouvoir de prononcer des astreintes en matière administrative a été complétée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cette loi donne également au juge administratif français saisi de l'action principale le droit de prononcer des injonctions assorties d'astreintes[1017].

Ainsi, le champ d'application du procédé d'astreinte introduit par la loi du 16 juillet 1980, complété par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, demeure, comparativement au mécanisme de paiement des condamnations pécuniaires déjà évoqué, assez *restrictif* parce que ces textes n'ouvrent la possibilité de prononcer une injonction à l'encontre d'une personne publique qu'aux *juridictions administratives*, c'est-à-dire, les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat. Sont donc exclues de ce pouvoir, les juridictions administratives spécialisées relevant du Conseil d'Etat par voie d'appel (telles que la Commission du contentieux de l'indemnisation des rapatriés) ou de la cassation (Commission de recours des réfugiés politiques ou Commission centrale d'aide sociale). Il en est de même du dernier Conseil du contentieux administratif existant aujourd'hui, celui de Wallis et Futuna[1018].

---

d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration en matière de voie de fait est fondé sur le principe constitutionnel selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété et des libertés fondamentales des individus. Ainsi, face à une atteinte arbitraire à la liberté individuelle, le juge judiciaire peut condamner l'administration à des dommages-intérêts assortis d'une astreinte pour garantir l'exécution par elle de sa décision. Mais, il ne peut se permettre d'apprécier si les décisions administratives à l'origine de l'atteinte à la liberté sont ou non légales. Enfin, l'astreinte prononcée par le juge judiciaire obéit aux mêmes règles, que la personne condamnée soit une personne publique ou une personne privée.

[1017] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 80 et p. 207.

[1018] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1687, n° 1622.12.

Bien plus, l'astreinte instituée par la loi de 1980, telle que modifiée et complétée à ce jour, ne peut être prononcée que pour garantir l'exécution d'une *décision de justice administrative*[1019] rendue à *l'encontre d'une personne publique* sans que soit établie une distinction entre le plein contentieux et le contentieux de l'excès de pouvoir[1020]. Ceci implique donc que la loi de 1980 ne concerne que les astreintes édictées par le juge administratif contre les personnes morales de droit public et ne fait pas allusion aux astreintes prononcées par le même juge contre les personnes privées. Cette considération a poussé certains auteurs, notamment J. TERCINET, à conclure qu'en France coexistent deux catégories d'astreintes prononcées par l'ordre administratif et que, bien qu'il soit évident que le texte de 1980 est relatif « aux astreintes en matière administrative », il (texte) ne vise pas toutes les astreintes en matière administrative, car la réforme de 1980 ne concerne que les astreintes prononcées contre les personnes publiques et laisse dans l'ombre celles prononcées contre les personnes privées par le juge administratif[1021].

Enfin, faut-il le souligner, l'astreinte de 1980 peut être prononcée contre toute personne morale de droit public, même s'il s'agit des établissements publics industriels ou commerciaux.

[1019] Il y a lieu de signaler que toute décision d'une juridiction administrative n'appelle pas nécessairement une mesure d'exécution. C'est le cas, par exemple, d'une décision qui rejette une requête en la déclarant irrecevable. Pareille sentence ne peut être assortie d'une astreinte et le juge rejettera, de ce fait, les conclusions à fin d'injonction présentées par le requérant. En somme, la condamnation à une astreinte n'est possible que lorsque le jugement ou l'arrêt implique nécessairement une mesure d'exécution. Ainsi, l'annulation d'une autorisation d'occupation du domaine public, par exemple, oblige l'administration à mettre fin à l'occupation devenue illicite. En cas de refus de l'occupant de mettre fin à son acte illicite d'occupation, le juge peut alors faire accompagner sa décision d'une astreinte en vue d'obtenir exécution de celle-ci. Bref, les textes réservent souvent au juge la possibilité de prononcer les astreintes lorsqu'ils siègent sur le fond du litige, mais aussi lorsqu'ils décident d'un sursis à exécution : cas de sursis à exécution d'un arrêté d'expulsion et injonction de délivrer un titre de séjour jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur la légalité de cet arrêté (TA Lyon, 6 mars 1996, *Chebira*, *D*., 1997, p. 37, obs. J. JULIEN-LAFERRIERE ; TA Paris, 12 avril 1996, n° 9518946, *Yapi*).

[1020] Le recours de plein contentieux est celui qui poursuit non seulement l'annulation de l'acte, mais aussi la réparation du préjudice causé par l'acte mis en cause. Quant au recours pour excès de pouvoir, il ne poursuit que l'annulation de l'acte sensé contraire à la loi.

[1021] J. TERCINET, *op. cit*., p. 9. Il y a là un vide juridique dans la mesure où la loi du 5 juillet 1972 relative à l'astreinte en matière civile ne se prononce pas sur ce point (J. BORE, « Astreintes », *Répertoire de droit civil*, t. 1, n° 113).

B. Le prononcé de l'astreinte

241. Un procédé relevant plus de *l'imperium* que de la *jurisdictio* à proprement parler[1022]. L'astreinte étant une condamnation accessoire qui n'a de sens que si elle accompagne une décision principale dont elle accroît la force contraignante, le processus conduisant à son édiction revêt un caractère particulier parce qu'il se situe en dehors du procès lui-même. En effet, la condamnation à une astreinte doit, en principe intervenir après que le juge ait vidé le litige au principal. Mais, en pratique elle intervient soit en même temps que le jugement principal, soit après, pour en assurer l'exécution lorsque la personne publique condamnée fait preuve de mauvaise foi manifeste et persistante. Ainsi, l'astreinte apparaît comme le prolongement de la décision contentieuse qui a prescrit l'obligation ; et pour cela, elle ne peut être ordonnée par voie d'une simple ordonnance sur requête[1023].

Le juge dispose d'un véritable pouvoir discrétionnaire en matière de prononcé de l'astreinte. Il est tenu de statuer sur toutes les demandes introduites en la matière, soit en les rejetant, soit en y faisant droit. Aucune considération fût-ce d'intérêt général ne peut le dispenser d'examiner les conclusions des requérants sur la question. Ainsi, l'omission de statuer sur les conclusions à fin d'astreinte peut être contestée en appel par le requérant.

En somme, la problématique du prononcé de l'astreinte en matière administrative exige que soit déterminé au préalable le juge compétent pour y procéder (1) et puis ensuite fixer les modalités de sa liquidation (2).

[1022] Cela veut dire que l'astreinte relève du pouvoir du juge de prononcer des injonctions, d'ordonner des mesures propres à assurer l'exécution des décisions rendues que de son devoir de dire le droit (*jurisdictio*).

[1023] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 84. Dans le même sens, CA Paris, 25 mai 2000, *Bull. avoués*, Paris 2001, 1er/2è trim. (nos 157-158), p. 19 ; Cass. com., 3 nov. 2004, *Bull. civ.*, IV (pourvoi n° W00-19.247).

1. Le juge compétent pour prononcer une astreinte

242. Tout juge d'une juridiction administrative à compétence générale. La loi du 8 février 1995 ayant étendu à l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif le pouvoir de prononcer des injonctions à l'encontre des personnes morales de droit public en vue d'assurer l'exécution de la chose jugée, les règles relatives aux astreintes en matière administrative sont, en effet, les mêmes quelle que soit la juridiction administrative appelée à statuer sur la question. Ainsi, le juge du tribunal administratif, de la Cour administrative d'appel et du Conseil d'Etat sont compétents pour édicter une astreinte pourvu qu'ils soient appelés à statuer sur le fond de l'affaire, c'est-à-dire, à régler le litige quant au fond[1024]. Ceci se comprend aisément dans la mesure où l'astreinte étant une condamnation accessoire à la condamnation principale dont elle vient renforcer le pouvoir contraignant, le juge ne peut, en principe, l'édicter sans avoir eu à statuer préalablement sur le fond de l'affaire[1025].

Dès lors, il s'ensuit qu'une juridiction statuant en cassation, telle que le Conseil d'Etat (en sa qualité de juge de cassation en matière administrative), ne peut pas prononcer des astreintes contre une personne publique lorsqu'il statue sur la régularité d'un arrêt qui lui a été déféré[1026].

Toutefois, lorsque le Conseil d'Etat juge l'affaire au fond en estimant qu'il lui revient après cassation, de mettre un terme au litige, il est autant juge du fait que du droit. Dès lors, la doctrine pense qu'il peut assortir sa décision d'une astreinte pour assurer son exécution effective[1027].

[1024] On notera que les juridictions administratives spécialisées ne bénéficient pas du pouvoir d'assortir leurs décisions d'une astreinte.

[1025] L'exception généralement citée étant constituée du cas où la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat saisie d'une demande d'aide à l'exécution demeurée infructueuse est obligée de saisir à son tour le président de la Section du contentieux du même Conseil d'une demande d'astreinte d'office à charge de la personne publique récalcitrante. Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat prononce d'office une astreinte à l'encontre de la personne publique mise en cause sans avoir statué sur le fond de l'affaire.

[1026] R. DEBBASCH, « Le juge administratif et l'injonction, la fin d'un tabou », *J.C.P. G.*, 1996, I, 3924 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12ème éd., Montchrestien, 2006, n° 1093, p. 951.

[1027] A titre indicatif, voir S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1687, n° 1622.13.

243. Décisions de justice administrative sujettes à astreinte. Par ailleurs, l'astreinte ne peut être prononcée à l'appui de toute décision rendue par le juge administratif. Seuls certains types de décisions peuvent faire l'objet d'astreinte à savoir :

- les décisions impliquant nécessairement qu'une mesure d'exécution soit prise dans un sens déterminé. Ainsi, en matière de police des étrangers, l'annulation pour méconnaissance des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, d'un refus de visa, d'un refus de titre de séjour ou d'un refus d'abrogation d'une décision d'expulsion, implique selon les cas, la délivrance de l'autorisation ou l'abrogation de la décision d'expulsion. Pour obtenir exécution du devoir prescrit à l'administration, une astreinte peut être édictée à toutes fins utiles[1028]. Dans un avis rendu en la matière par sa Section du contentieux, le Conseil d'Etat a décidé que : « *Il résulte (…) de la combinaison des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de l'article 12bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée que, l'exécution du jugement ayant annulé un refus de titre de séjour, au motif que ce refus porte une atteinte excessive au droit du demandeur au respect de sa vie privée et familiale, implique au moins – sous réserve d'un changement dans les circonstances de droit ou de fait – la délivrance de la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » prévue à l'article 12bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa version issue de la loi du 11 mai 1998 »*[1029] ;

- le jugement ou l'arrêt impliquant nécessairement que la personne publique prenne à nouveau une décision après instruction. Par exemple, l'annulation d'un permis de construire implique nécessairement que le maire, qui demeure saisi de plein droit de la demande, prenne une nouvelle décision[1030] ;

[1028] TA Lyon, 19 mars 1996, *Mme Hamana*, *Dr. adm.* 1996, n° 391 ; *D.*, 1997, somm. p. 37, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE ; TA Paris, 30 oct. 1995, *Mme Ben Guertouh*, *R.F.D.A.,* 1996, p. 346.

[1029] CE, sect., avis, 30 nov. 1998, *M. Berrad*, *RDF adm.*, 1999, pp. 519 et s., concl. LAMY et note C. GUETTIER.

[1030] TA Lyon, 29 mars 1995, *SCI Pegaz*, *Rec. CE*, tables, p. 989 ; *Dr. adm.*, 1995, n° 454. La rédaction de cette disposition est parallèle à celle du texte applicable devant les juridictions administratives (CJA, art. L. 551-2).

- la décision ayant pour objet de garantir le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence préalablement à la signature des marchés publics et des conventions de délégation de service public. En effet, aux termes de l'article 11-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés publics, soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, dans sa rédaction issue de la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 : « *En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définie aux articles 9, 10 et 11 (conventions qualifiées de marchés publics par les directives communautaires) et relevant du droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* »[1031]. Ainsi, en cas de violation des obligations de publicité préalable à la signature des marchés publics, le juge peut adresser à la personne publique des injonctions en lui ordonnant de se conformer à ses obligations au besoin dans un certain délai. A l'expiration de ce délai, il peut prononcer une astreinte provisoire à charge de la personne publique fautive ;

- la décision ayant pour objet de sauvegarder dans l'urgence une liberté fondamentale à laquelle il a été, ou est porté, une atteinte grave et manifestement illégale. En effet, lorsque dans l'exercice de ses pouvoirs une personne morale de droit public ou une personne privée chargée de la gestion d'un service public, a porté une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté individuelle, le juge de référé saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde de cette liberté. Le juge des référés se prononce pour cela dans un délai

---

[1031] L. CADIET, « Les marchés publics devant le juge civil », *R.F.D.A.,* 1993, pp. 184 et s.

extrêmement bref de quarante-huit heures[1032]. C'est la procédure connue sous le nom de « *référé liberté* » ou « *référé injonction* » conçu pour assurer l'exécution de décisions de justice. Ici, le juge administratif est plus soucieux du requérant victime d'une atteinte grave à sa liberté. Aussi dispose-t-il d'importants pouvoirs d'injonction et d'astreinte vis-à-vis de la personne publique mise en cause. Il doit non seulement faire jurisprudence, mais aussi mettre tout en œuvre pour donner, au besoin par la contrainte, une solution claire, concrète et rapide à une difficulté ponctuelle[1033] ;

- la décision prise dans le cadre du référé en matière fiscale (article L. 552-1 et L. 552-2 du Code de justice administrative) ou du référé en matière de communication audiovisuelle (article L. 553-1 du CJA).

244. Astreinte préventive et astreinte *a posteriori*[1034]. Il importe d'établir, en droit administratif français, une différence entre l'astreinte préventive et l'astreinte *a posteriori*.

245. L'astreinte préventive. L'astreinte préventive est celle qui est sollicitée par le plaideur en cours de procédure lorsque, pour une raison ou pour une autre, il y a lieu de craindre de la part de la personne publique attraite devant le juge, une inexécution ou une exécution tardive, erronée ou incomplète de la décision à intervenir. Dans cette perspective, le plaideur doit agir au début de la procédure car vaut mieux prévenir que guérir. Pour ce faire, il demandera à la juridiction saisie d'épuiser son pouvoir de juger en ordonnant, au-delà de son obligation de dire le droit, toutes les mesures de nature à assurer l'exécution complète et effective de la décision à intervenir.

Concrètement, la mesure d'intimidation que constitue l'astreinte préventive ne peut être prononcée d'office par le juge (article L. 911-1 du Code de justice administrative). Elle doit être expressément sollicitée par voies de conclusions devant le juge appelé à connaître du

---

[1032] Article L. 521-2 du Code de justice administrative.

[1033] Selon la jurisprudence, les justiciables font également recours à cette procédure d'urgence pour contraindre la puissance publique à prêter main-forte à l'exécution des décisions de justice rendues contre les personnes privées, sous la condition que l'inexécution de la décision de justice rendue au profit de celui qui sollicite le concours de la force publique porte réellement atteinte à une liberté fondamentale. Par exemple, le juge administratif de référé peut apporter son concours pour faciliter l'exécution effective des décisions du juge judiciaire expulsant des squatters (CE, 3 janvier 2003, *Min Intérieur c/ Sté Kerry*, *A.J.D.A.*, 2003, p. 342, note J.-P. GILLI ; CE, 29 mars 2002, *SCI Stephaur et a*, *A.J.D.A.*, 2003, p. 345, note P. GROSIEUX, *J.C.P. G.*, 2002, II, 10179, note J.-C. ZARKA).

[1034] L'expression « astreinte *a posteriori* » est utilisée par nous en tant qu'elle intervient généralement après que l'inexécution de la décision de justice a été réellement constatée.

litige quant au fond (tribunal administratif, cour administrative d'appel ou Conseil d'Etat). Ces conclusions doivent être suffisamment précises de manière à permettre au juge d'identifier précisément le contenu de la ou des mesure(s) que le justiciable souhaite voir ordonner. Dès lors, les demandes indéterminées ne sollicitant aucune mesure précise, mais se bornant simplement à voir le juge assurer l'exécution de la chose jugée sont déclarées irrecevables[1035]. Toutefois, il est permis au requérant d'évoluer dans sa demande (ses conclusions) au cours du procès et le juge ne sera saisi que du dernier état de ses conclusions. D'ailleurs, la jurisprudence semble libérale s'agissant du moment où la demande d'injonction doit être formée parce qu'elle admet la recevabilité d'une demande d'astreinte présentée même pour la première fois en d'appel[1036].

Le juge du fond est tenu de statuer sur la demande d'astreinte en la déclarant fondée ou non. Aucune considération, même liée à l'intérêt général ne peut le dispenser de cette obligation et l'omission de statuer sur les conclusions à fin d'astreinte peut faire l'objet d'une contestation en appel. Bien plus, en cas d'astreinte préventive, le tribunal ou la cour administrative d'appel qui condamne la personne publique doit fixer la date à laquelle l'astreinte commencera à produire ses effets. Cette date prend cours généralement le jour où expire le délai fixé pour l'exécution de l'injonction, autrement dit, au terme du délai d'exécution fixé, si l'injonction n'a pas été suivie d'effets.

Enfin, le juge administratif qui statue sur la demande d'astreinte est tenu de respecter les règles relatives à la répartition de compétences entre les deux ordres de juridictions françaises (ordres judiciaire et administratif). Dans un avis du 13 mars 1998, le Conseil d'Etat l'a encore rappelé en ces termes : « *Le pouvoir conféré par la loi au juge administratif, de prononcer à l'égard des personnes morales de droit public ou des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public des injonctions, éventuellement assorties d'astreintes, aux fins d'assurer l'exécution de ses décisions, ne l'autorise pas à s'affranchir des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions* »[1037].

[1035] TA Limoges, 7 déc. 1995, *Cts Descat et Calay de Lamazière*, *R.F.D.A.,* 1996, p. 348.

[1036] CAA Nantes, 26 juin 1996, *District de l'agglomération Nantaise*, *Dr. adm.*, 1996, n° 443 ; *R.F.D.A.,* 1997, p. 794, note C. GUETTIER.

[1037] CE, avis du 13 mars 1998, n° 197151, *Mme Vindevogel*, *Procédures juin*,1998, n° 158, p. 21.

Ainsi, le juge administratif, qui annule la décision de préemption d'un terrain, ne peut ordonner sa restitution, car la vente correspondante ne peut être contestée que devant le juge judiciaire[1038]. De même, le juge administratif n'a pas le droit d'ordonner la réintégration d'un salarié en dépit de l'annulation de l'autorisation de licenciement donnée à l'employeur par l'inspection du travail[1039]. Un tel contentieux relève du Conseil des prud'hommes.

246. L'astreinte *a posteriori*. Pour ce qui est de l'astreinte a posteriori, elle est une procédure qui intervient lorsque le créancier n'a pas sollicité préventivement, en cours d'instance, la condamnation de la personne publique à une astreinte en raison de l'absence de doute sur sa mauvaise foi, mais que, par la suite, il se trouve confronté à la réticence de celle-ci à mettre en œuvre la sentence juridictionnelle rendue à son encontre. La loi donne alors à la juridiction saisie le droit de prononcer une astreinte « *a posteriori* » à charge de cette personne publique récalcitrante. En effet, déclare le législateur aux termes de l'article L. 911-4 du Code de justice administrative : « *Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte* ». Deux situations sont, dès lors, possibles selon que la décision dont on sollicite l'exécution est l'œuvre d'une juridiction administrative à compétence générale ou d'une juridiction administrative à compétence spéciale.

Lorsque la décision émane d'une *juridiction administrative à compétence générale* tels que le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, *le créancier* adressera préalablement une « demande d'aide à l'exécution » à *l'une des juridictions précitées qui a rendu la décision* pour solliciter son appui à la mise en œuvre de celle-ci. Cette demande sera adressée sur base des articles R. 921-5 et R. 921-6 du Code de justice administrative aux termes desquels : « *Le président de la cour administrative d'appel ou du tribunal administratif saisi, ou le rapporteur désigné à cette fin*[1040]*, accomplissent toutes les diligences qu'ils jugent utiles pour assurer l'exécution de la décision juridictionnelle qui fait l'objet de la demande* »[1041].

[1038] CAA Bordeaux, 20 avril 2000, n° 97 BX 140, *District de Bayonne-Anglet-Biarritz c/SARL Aran*.

[1039] En pratique, notent S. GUINCHARD et T. MOUSSA, les astreintes préventives sont rares alors que les injonctions sont nombreuses (*op. cit.*, p. 1695, n° 1622.42).

[1040] Conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 59 du décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 (article R. 931-2 du CJA), le président de la Section du rapport et des études saisi d'une « demande d'aide à l'exécution » désigne un rapporteur à cette fin.

[1041] Aux termes de l'article L. 911-4 dernier alinéa du Code de justice administrative, le tribunal administratif saisi d'une demande d'aide à l'exécution ou la cour administrative d'appel, peut renvoyer cette demande au

Généralement, la juridiction saisie fait œuvre de pédagogie parce que cette demande n'a pas pour effet de trancher un litige différent du premier, mais simplement d'aider à l'exécution de la décision rendue. Pour cela, le magistrat se limite, dans un premier temps, à entreprendre les démarches nécessaires auprès de la personne publique mise en cause pour l'inciter à l'exécution. Toute une gamme de procédés d'incitation voire d'intimidation peuvent être utilisés à cette fin : correspondances, convocations devant lui, entretiens téléphoniques, persuasions, etc. C'est la phase dite « *amiable* » ou « *administrative* » de la procédure d'exécution[1042].

Après usage de ces procédés, si le président de la juridiction compétente estime que la personne publique a procédé à l'exécution de la décision qui l'a condamnée ou que la demande qui lui a été adressée n'est pas fondée[1043], il en informe le demandeur et procède au classement administratif de la demande. Dans le cas contraire, c'est-à-dire, lorsque les démarches d'incitation à l'exécution entreprises auprès de la personne publique s'avèrent infructueuses, le président de la juridiction saisi transforme automatiquement la demande d'aide à l'exécution en une « *demande juridictionnelle d'astreinte* » et la personne publique visée est contrainte de s'exécuter sous astreinte. C'est la phase « *contentieuse* » de la procédure.

Cette situation a lieu dans les hypothèses suivantes :

- lorsque le président de la juridiction compétente estime qu'il est nécessaire de prescrire les mesures d'exécution par voie juridictionnelle ;

- en tout état de cause, et de façon automatique, à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal ou de la cour administrative d'appel par le requérant.

Dans tous ces cas, le président du tribunal administratif ou de la Cour administrative d'appel ouvre par une *ordonnance* non susceptible de recours une procédure juridictionnelle

---

Conseil d'Etat. Toutefois cette faculté demeure peu usitée en pratique (S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1708, n° 1631.75).

[1042] Les qualificatifs ont été utilisés par le Conseil d'Etat lui-même et les pouvoirs dont le juge peut faire usage à ce stade ne sont pas réglementés par les textes. Voy. Rapp. public CE pour l'année 1997, *EDCE*, n° 48, p. 234.

[1043] Parce que l'invitant à trancher un litige différent de celui dont l'exécution est sollicitée.

d'astreinte. La personne publique ne sera plus invitée à s'exécuter, mais plutôt contrainte, sous astreinte, de le faire[1044].

S'agissant des décisions inexécutées des juridictions administratives spécialisées ou des jugements émanant du Conseil du contentieux administratif de Wallis-et-Futuna, la procédure du prononcée d'astreinte prévue à leur encontre est quelque peu différente de celle décrite ci-dessus parce que lorsque le *requérant* est confronté à la non exécution d'une décision de justice émanant de ces juridictions, c'est à la *Section du rapport et des études du Conseil d'Etat* qu'il doit préalablement adresser sa demande d'aide à l'exécution et non pas à la juridiction qui a rendu la décision comme dans l'hypothèse précédente.

La Section du rapport et des études saisie, désigne un rapporteur qui est chargé, si la requête est fondée, d'entamer immédiatement les démarches administratives tendant à l'exécution, par la personne publique mise en cause, de la chose jugée : invitations, rencontres, correspondances, explications, persuasions, etc. (phase administrative). Si ces démarches informelles n'aboutissent pas au fléchissement de la personne publique récalcitrante, le président de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat peut alors saisir le président de la Section du contentieux aux fins d'ouverture « *d'une procédure d'astreinte d'office* » (article 59-4 du décret du 30 juillet 1963 ou article R. 931-7).

Le président de la Section du contentieux prononce alors par *ordonnance* l'ouverture de la procédure. L'ordonnance est enregistrée au secrétariat de la Section du contentieux et notifiée aux parties. On passe alors de la phase administrative à la phase *contentieuse*[1045].

L'article 59-4, dernier alinéa, de la loi du 30 juillet 1963 (article R. 931-2 du CJA) prévoit à cet effet que « *l'affaire est instruite et jugée d'urgence* », le président de la Section du contentieux pouvant lui-même *prononcer une astreinte*[1046]. Cependant, en pratique, la Section

---

[1044] M. DREIFFUS et A. BOMBARD, « Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction : la liquidation de l'astreinte », *A.J.D.A.*, 1998, pp. 3 et s. ; J.-M. GALABERT, « L'application par le Conseil d'Etat des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relatives aux astreintes », in *Mélanges Peiser,* PUG, 1995, pp. 241 et s.

[1045] Devant le Conseil d'Etat qui formellement ne peut être saisi que d'une demande d'astreinte, les textes ne distinguent pas non plus de manière formelle « la phase administrative » de la « phase contentieuse ou juridictionnelle ». Car, selon l'article R. 931-6 du Code de justice administrative, la demande d'astreinte adressée au Conseil d'Etat est transmise, *pour instruction* à la Section du rapport et des études qui constitue, en quelque sorte, le passage obligé de toute requête en exécution adressée à cet organe.

[1046] Article 6 de la loi du 16 juillet 1980 (CJA, art. L. 911-5) : « *Les pouvoirs attribués au Conseil d'Etat par la présente loi peuvent être exercés par le Président de la Section du contentieux* ». Celui-ci statue par

du rapport et des études du Conseil d'Etat répugne souvent à déclencher elle-même la demande juridictionnelle d'astreinte et préfère de temps en temps laisser l'initiative de cette procédure aux parties intéressées[1047] qui, dès lors, saisissent directement la Section du contentieux de cette demande[1048].

C'est pourquoi, lorsque les difficultés d'exécution se rapportent à une décision d'une juridiction administrative spécialisée, un jugement du Conseil du contentieux administratif de Wallis-et-Futuna voire un arrêt du Conseil d'Etat lui-même, le justiciable doit se tourner vers la Section du contentieux du Conseil d'Etat qui, d'après la loi du 8 février 1995 comme du temps de la loi du 16 juillet 1980, est compétente pour prononcer une astreinte contre la personne publique récalcitrante.

S'agissant d'ailleurs du Conseil d'Etat, il y a lieu d'ajouter que l'article 2 de la loi du 16 juillet 1980 (article L. 911-5 du CJA) lui donne aussi le pouvoir de *prononcer même d'office* une astreinte à charge de la personne morale de droit public. En effet, la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat informée des difficultés d'exécution d'une décision juridictionnelle qu'elle n'a pu elle-même résoudre, peut transmettre, *sans que le requérant l'ait demandé*, le dossier à la Section du contentieux en vue de l'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office.

« *ordonnance motivée* ». Il faut préciser que contrairement à ce qui se passe devant le Conseil d'Etat, l'astreinte ne peut être décidée devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel que par une formation collégiale de jugement.

[1047] La demande tendant à obtenir de la juridiction la condamnation de la personne publique à une astreinte est d'abord le fait de *la partie à l'instance* ayant conduit au jugement à exécuter. Mais, elle peut être aussi le fait des *personnes directement concernées par l'acte qui est à l'origine de l'instance*, même si elles n'ont pas été parties au litige tranché par la décision juridictionnelle à exécuter. C'est le cas : 1. des agents contractuels se trouvant dans la même situation que ceux qui avaient déféré pour annulation devant le Conseil d'Etat, un refus de prendre les décrets d'application imposés par une loi ; 2. de l'assureur subrogé de plein droit dans les actions de l'assuré ; 3. d'un conseiller municipal s'agissant de l'exécution d'une décision de justice rendue à la requête d'un autre conseiller municipal ; 4. d'un maître de conférence enseignant dans une même université qu'une collègue ayant obtenu l'annulation d'un dispositif d'heures supplémentaires illégalement instituées par le Président dudit établissement d'enseignement supérieur. Toutes ces personnes sont donc autorisées à saisir le juge administratif d'une demande de condamnation d'une personne publique à une astreinte.

[1048] Dans cette hypothèse, le justiciable confronté à une difficulté d'exécution d'un arrêt du Conseil d'Etat, d'une décision d'une juridiction administrative spécialisée ou d'un jugement émanant du Conseil du contentieux administratif de Wallis-et-Futuna (dont la compétence est cantonnée au contentieux local) doit directement saisir la Section du contentieux du Conseil d'Etat qui d'après la loi du 8 février 1995 comme celle du 16 juillet 1980 est compétent pour prononcer une astreinte à charge de la personne publique.

Pour S. GUINCHARD et T. MOUSSA[1049], cette procédure n'a jamais été utilisée parce que le Conseil d'Etat ne peut se saisir « d'office » qu'en cas d'inexécution soit de ses propres arrêts, soit des décisions des juridictions administratives spécialisées à l'égard desquelles il demeure compétent en cette matière (par exemple Commission de recours des réfugiés politiques). La procédure de saisine « d'office » du Conseil d'Etat n'est pas, rappelons-le, envisageable en cas de décisions rendues par les tribunaux administratifs ou les cours administratives d'appel étant donné que ces juridictions sont elles-mêmes compétentes pour connaître des difficultés d'exécution se rapportant à leurs propres décisions (article R. 921-5 et R. 921-6).

En tout état de cause, les « *demandes d'aide à l'exécution* » donnant lieu à une astreinte *a posteriori* ne peuvent être introduites immédiatement devant les juridictions administratives parce qu'il est toujours préférable de laisser à l'administration un délai raisonnable pour s'exécuter. Aussi, est-il imposé aux justiciables un « délai d'attente » qui les obligent de patienter avant de saisir utilement le juge administratif. Ce délai est de *six mois devant le Conseil d'Etat* et *trois mois devant* les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Cela veut dire donc qu'aucune demande d'aide à l'exécution ne peut être présentée au Conseil d'Etat ou aux tribunaux administratifs et cours administratives d'appel avant l'expiration d'un délai de six mois ou de trois mois (selon les cas) à compter de la date de notification de la décision aux parties. Toutefois, ce délai est susceptible d'aménagements et peut faire l'objet de dérogations (identiques devant le Conseil d'Etat ou les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel) dans les cas suivants :

- lorsque l'autorité administrative a refusé explicitement d'exécuter la chose jugée après qu'une demande lui a été adressée à cette fin ;

- lorsque la décision à exécuter ordonne une mesure d'urgence, un sursis à exécution ou une mesure de suspension. Dans ce cas, la demande d'aide à l'exécution peut être présentée sans délai ;

- lorsque la décision dont l'exécution est poursuivie a elle-même déterminé le délai dans lequel l'administration doit prendre les mesures d'exécution prescrites. La demande d'aide à l'exécution peut, dès lors, être présentée à l'expiration de ce délai.

[1049] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1717, n° 1641.33.

Enfin, la saisine du juge administratif de l'exécution chargé de prononcer une astreinte « *a posteriori* » à l'encontre de la personne morale de droit public, n'est soumise à aucune forme particulière (devant le Conseil d'Etat : article R. 931-5 ; devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel : articles R. 431-3 et R. 811-7). Une simple lettre suffit pour cela à conditions qu'elle contienne toutes les informations nécessaires sur la décision inexécutée et sur la date de sa notification (article R. 931-2 du CJA). L'usage de la langue française est obligatoire.

2. La liquidation de l'astreinte

247. Opération absolument nécessaire au regard de ses effets. L'astreinte étant de par son caractère comminatoire une menace exercée par le juge sur la personne publique en vue de l'amener à exécuter par la force une décision de justice qu'elle s'obstine à ne pas mettre en œuvre, son effet intimidant ne peut s'étendre indéfiniment à mesure que le temps passe. Il faut et il est impérieux de se rendre compte, un moment donné, qu'il doit être mis fin à la malveillance de la personne publique et inviter enfin le juge à en fixer le montant. C'est la procédure dite de liquidation de l'astreinte. Elle consiste à transformer la menace en une véritable créance d'indemnité dont le montant est déterminé par le juge[1050]. Autrement dit, la liquidation de l'astreinte permet de transformer un droit potentiel en une créance certaine, liquide et exigible[1051].

Dès lors, il en résulte les conséquences suivantes :

- la liquidation est une condition de recouvrement de l'astreinte. Ainsi, avant sa liquidation, l'astreinte ne peut donner lieu à aucune mesure d'exécution forcée.

[1050] L'article R. 921-7 du Code de justice administrative dispose que c'est la juridiction qui a prononcé une astreinte qui la liquide. Il s'agit ici d'un principe de portée générale qui trouve à s'appliquer même lorsque le jugement ou l'arrêt qui a décidé de l'astreinte est contesté. Ainsi, un tribunal administratif est toujours compétent pour statuer sur les conclusions tendant à ce que l'astreinte prononcée soit liquidée, même si son jugement est frappé d'appel (CE, avis, 30 avril 1997, n° 185.322, *Mme Marshal*, *J.O.* Fr., 21 août 1997, p. 12.394). Le principe est aussi applicable même lorsque l'astreinte a été prononcée par le juge de référé car la question de la liquidation de l'astreinte ne doit pas porter préjudice à l'action principale. Tout ceci implique que l'administration ne peut donc pas décider elle-même de liquider une astreinte.

[1051] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, pp. 92-93.

- la liquidation donne naissance à une créance certaine, liquide et exigible. Cette créance devient productive d'intérêts au taux légal à compter de cette opération de liquidation.

- la liquidation rend la créance transmissible à compter du jour où son montant est déterminé par le juge.

En vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu en matière d'astreinte, le juge administratif, tout comme d'ailleurs le juge judiciaire, a le droit de déterminer en toute liberté le point de départ de l'astreinte[1052], son taux[1053] et sa nature[1054]. De même, le montant de l'astreinte dépend de l'appréciation souveraine de la juridiction saisie[1055], c'est-à-dire, de l'appréciation portée par le juge du fond qui devra fixer la somme à payer en fonction de la pression plus ou moins forte qu'il veut exercer sur la personne publique condamnée, l'astreinte étant indépendante des dommages et intérêts pouvant être alloués par ailleurs au requérant.

Enfin, la liquidation de l'astreinte doit être demandée par le requérant. Autrement dit, elle doit intervenir sur sollicitation expresse du créancier en tant que bénéficiaire de la chose jugée. Cela semble justifié par la diversité des situations. Il paraît, en effet, raisonnable de laisser le créancier apprécier souverainement le moment de demander cette liquidation afin d'obtenir le titre qui lui donnera le droit de procéder au recouvrement forcé de l'astreinte. Car, si la personne publique s'exécute dans le délai lui imparti ou offre de s'exécuter dans ce même délai, le créancier n'aura aucun intérêt à demander cette liquidation au motif qu'il ne lui

---

[1052] Celui-ci correspond généralement à la date de signification du jugement portant condamnation à des astreintes.

[1053] Les astreintes en matière administrative étant indépendantes des dommages et intérêts, le juge administratif en fixe le taux comme il l'entend sans se sentir lié ni par les prétentions de l'administré, ni par la gravité du préjudice causé par l'inexécution. En général, le juge fixe un taux supérieur à celui des dommages et intérêts de telle sorte que la soumission à la chose jugée apparaisse à l'administration beaucoup plus avantageuse que le non-respect des décisions de justice.

[1054] Ici le juge administratif pourra fixer l'astreinte à une somme globale ou à une somme égale à tant par jour ou par mois de retard. Il peut même adopter un taux progressif, la somme due par période de temps écoulé augmentant automatiquement à l'arrivée de certains termes.

[1055] On dit alors que l'astreinte est soumise à l'arbitraire du juge (J. BORE, « Astreintes », *Encyclopédie Dalloz de droit privé*, n° 29, cité par P. BON, *op. cit.*, p. 38). Mais, lorsqu'un tribunal administratif a prononcé une astreinte, les conclusions tendant à ce que cette astreinte soit liquidée relèvent du tribunal, lors même que le jugement serait frappé d'appel (avis du Conseil d'Etat sur une question de droit posée par le tribunal administratif de Versailles. Voy. CE, avis, 30 avr. 1997, n° 185322, *J.O.* Fr., 21 août 1997, p. 12394 ; *A.J.D.A.*, janv. 1998, p. 5).

servira à rien d'enclencher une procédure qui, en fin de compte, pourra s'avérer sans objet, le débiteur ayant simplement fléchi devant la pression exercée sur lui par le juge. Par contre, la demande de liquidation de l'astreinte sera justifiée s'il est établi que la décision de justice ne sera pas exécutée spontanément parce que la personne publique demeure récalcitrante et s'obstine à ne pas donner suite à l'injonction du juge. D'où l'intérêt de laisser au créancier le soin d'apprécier lui-même l'opportunité de solliciter cette liquidation[1056].

Faut-il rappeler que l'astreinte est provisoire ; qu'il ne peut en être autrement que si le juge a expressément précisé son caractère définitif[1057]. L'astreinte provisoire ou révisable est celle dont la somme mise à charge du débiteur par le juge est susceptible d'être revue à l'expiration du délai imparti à celui-ci pour s'exécuter. Le montant de la condamnation peut alors être modifié selon le degré de résistance de l'astreint. Il peut être modéré ou même supprimé en tenant compte du comportement du débiteur. Quant à l'astreinte définitive, elle est celle que le juge prononce à l'encontre du débiteur avec indication du montant définitivement acquis au bénéficiaire de la condamnation sans possibilité de révision[1058]. Son taux ne peut, dès lors, être modifié lors de la liquidation sauf s'il est établi que l'inexécution de la décision provient d'un cas fortuit ou de la force majeure[1059].

Afin d'éviter que le caractère de la sanction puisse disparaître pour l'Etat en matière d'astreinte administrative et empêcher surtout que le versement au créancier de la totalité de l'astreinte ne puisse occasionner un enrichissement sans cause ou injustifié dans son chef, le juge décide souvent qu'une part seulement de l'astreinte lui sera versée. La quasi-totalité du montant de l'astreinte liquidée étant allouée au fonds de compensation pour la taxe sur valeur ajoutée (FCTVA) qui s'est substitué au fonds d'équipement des collectivités locales (FECL)[1060].

[1056] Toutefois, le juge peut procéder d'office à la liquidation de l'astreinte qu'il a prononcée. C'est le cas de l'astreinte ordonnée d'office par le Conseil d'Etat en cas d'inexécution de ses propres décisions ou des décisions des juridictions à l'égard desquelles il demeure, en cette matière, compétent. Il s'agit essentiellement des juridictions administratives spécialisées (article L. 911-5).

[1057] Rapport de la commission de la loi du 16 juillet 1980, n° 299, p. 5, cité par P. BON, *op. cit.*, p. 40.

[1058] P. BON, *op. cit.*, pp. 39-40.

[1059] J. TERCINET, *op. cit.*, p. 9.

[1060] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1696, n° 1622.42. On rappellera qu'en matière civile, le montant de l'astreinte est en totalité versé au requérant, bénéficiaire de la sentence dont l'exécution forcée est sollicitée. Cette considération fait que l'astreinte revêt en cette matière le caractère d'une peine privée. Aussi, J. BORE ne s'est-il pas empêché de critiquer cette solution qui tend à octroyer au créancier la totalité de

La non-affectation du produit de l'astreinte aux collectivités locales (FECL) est justifiée par le fait que la technique des astreintes ne constituerait pas une véritable sanction à leur égard dans la mesure où, étant mises en cause dans certaines hypothèses, le bénéfice de l'astreinte leur permettrait de récupérer d'une main les sommes qu'elles ont été condamnées à payer de l'autre. Ainsi, l'Etat bénéficierait indirectement, par le biais du fonds des collectivités locales, les sommes qu'il a été condamné à payer. C'est pourquoi, il a été décidé que la part de l'astreinte non versée au requérant bénéficiera au fonds de compensation pour la taxe sur valeur ajoutée (FCTVA)[1061].

En ce qui concerne le recouvrement de l'astreinte, on notera, en somme, que dans la mesure où le jugement la liquidant est une décision de justice condamnant la personne publique au paiement d'une somme d'argent dont le montant est déterminé par la décision elle-même, les dispositions de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 devront donc s'appliquer.

C. Conséquences de l'évolution de la jurisprudence administrative en matière d'astreinte

248. Existence de procédés informels d'incitation à l'exécution de la chose jugée. Le développement de la pratique d'astreinte dans l'exécution des décisions de justice a conduit le Conseil d'Etat à reconnaître au juge administratif un pouvoir d'invitation et d'incitation exercé même en l'absence de tout formalisme et qui a pris la place du pouvoir d'injonction prévu par la loi. Ainsi, dans l'exercice de sa mission de dire le droit, le juge administratif recours de plus en plus à certains procédés, notamment celui consistant à mentionner dans le dispositif de sa décision que l'annulation prononcée comporte, à la charge de telle ou telle partie « *les obligations énoncées aux motifs* » de sa décision. Tel est le cas de l'affaire dite de la *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin* dans laquelle la nécessité rappelée,

---

l'astreinte liquidée en marge de la réparation de son préjudice, comme un bénéfice sanctionnant à son profit la faute de son débiteur (J. BORE, *op. cit.*, n° 63).

[1061] Ainsi, un conseil régional a été condamné pour inexécution d'une décision de justice au paiement d'une astreinte dont le montant liquidé était évalué à 702.000 francs. Cette somme a été partagée à raison de 10 % pour le requérant et 90 % pour le fonds de compensation pour la taxe sur valeur ajoutée (CE, 6 mai 1998, n° 148236, *Lother*, *Procédures*, 1998, n° 255).

dans les motifs, de la publication au *Journal Officiel* d'un extrait de cet arrêt était reprise dans le dispositif avec indication d'un délai d'un mois pour ce faire[1062].

Par ailleurs, le juge administratif, conscient non seulement de la nécessité d'inciter les personnes publiques à la mise en œuvre de la chose jugée, mais aussi et surtout, soucieux de les éclairer face à leurs obligations, a mis au point un certain nombre de procédés incitatifs dont les plus importants sont :

- le renvoi devant l'administration pour faire ce que de droit (surtout en matière de réintégration et de reconstitution de carrières) ;

- la réserve des droits de l'administré à une nouvelle indemnité, surtout lorsque le juge a des raisons de croire à une persistance de la mauvaise foi de la personne publique à ne pas exécuter les obligations issues de la condamnation. Le juge peut, dans cette hypothèse, anticipant sur l'avenir et exerçant en même temps un effet de pression sur cette personne publique, assortir chacune de ses condamnations à des dommages et intérêts, de la réserve explicite des droits de l'intéressé à une nouvelle indemnité si un nouveau refus venait à lui être opposé ;

- la condamnation « *si mieux n'aime* ». Ici la personne publique est condamnée à verser une indemnité dont elle pourra se dispenser en accomplissant un acte positif, souvent dans un délai déterminé[1063].

Tous ces mécanismes sont mis au service du requérant et permettent au juge administratif de rappeler souvent à la personne publique son devoir de se plier spontanément à l'exécution de la chose jugée.

Cependant, dans l'incertitude de savoir si à elle seule la technique de l'astreinte pouvait se révéler suffisamment efficace au point d'exercer une pression redoutable pouvant conduire les personnes morales de droit public à exécuter volontairement et rapidement les décisions de justice prononcées à leur encontre, le législateur de 1980 a prévu des dispositions complémentaires destinées à mieux garantir l'exécution des sentences juridictionnelles par l'administration. Ces dispositions venues en renfort du procédé d'astreinte feront l'objet des

---

[1062] CE, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, *Rec. CE*, p. 110.

[1063] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1700, n[os] 1622.124 et 1622.123.

développements suivants qui constituent la fin de l'analyse des mécanismes de protection des créanciers mis en œuvre par la loi du 16 juillet 1980 et les textes qui l'ont modifiée et complétée.

§3. Les garanties complémentaires : mise en cause de la responsabilité personnelle des agents publics devant la Cour de discipline budgétaire

A. Responsabilité personnelle : moyen de briser les résistances personnelles des agents publics à la mise en œuvre de la chose jugée

249. Un vœu longtemps exprimé, mais tardivement réalisé. Etant donné que l'inexécution des décisions de justice n'est pas seulement liée au mauvais-vouloir manifeste de la personne publique, qu'il peut arriver que les agents publics responsables d'une personne publique soient à la base du refus opposé par celle-ci à la mise en œuvre de la chose jugée, la doctrine[1064] a depuis longtemps cherché à combattre cette illégalité en engageant la responsabilité personnelle du fonctionnaire fautif. Aussi, soucieux de briser les résistances personnelles des administrateurs au respect des décisions juridictionnelles, G. VEDEL faisait observer : « *qu'il est un principe de notre droit selon lequel, indépendamment de son action contre l'administration, la victime des agissements ou de la mauvaise volonté d'un agent public peut demander réparation à celui-ci pris personnellement, toutes les fois que le caractère intentionnel ou la gravité de la faute de l'agent lui imprime le caractère d'une faute personnelle. Certes, toute inexécution d'une décision de justice ne revêt pas nécessairement ce caractère. Mais il faut, comme ultima ratio dans les cas les plus graves, garder le remède le plus simple et le plus sûr pour que force reste à la loi : la menace pour l'agent public malveillant (ou entêté jusqu'au délire) d'un salutaire tête-à-tête avec sa victime devant la*

[1064] Représentée notamment par G. VEDEL, « La République mande et ordonne… », *Le Monde*, 6 mai 1977, cité par P. BON, *op. cit.*, pp. 45-46.

juridiction de tout le monde, celle où il comparaît sans casquette, toge ni képi : la juridiction civile »[1065].

Malheureusement, ce point de vue de la doctrine n'a pas eu d'écho en jurisprudence. Celle-ci s'étant toujours refusée à mettre en jeu la responsabilité personnelle des agents de l'administration lorsque ces derniers s'opposaient à l'exécution d'une décision de justice.

Néanmoins, sans inciter à une possible condamnation personnelle et civile des agents publics devant les juridictions judiciaires, la loi du 16 juillet 1980 vint mettre fin à cette situation en instituant un mécanisme de responsabilité à la fois disciplinaire et pénale de ces agents devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Ainsi, non seulement le juge administratif peut condamner la puissance publique à une astreinte pour inexécution de la chose jugée, mais aussi, est justiciable de la Cour de discipline budgétaire et financière (C.D.B.F.), l'agent public qui s'est opposé à l'ordonnancement ou au mandatement d'une somme résultant d'une décision juridictionnelle condamnant pécuniairement la personne publique ou celui (agent public) qui s'est rendu coupable de la condamnation d'une telle personne publique à une astreinte.

C'est à l'examen de ces deux nouvelles infractions mises à charge des agents publics fautifs que seront donc consacrés les développements qui suivent.

B. Agissements constitutifs d'infractions à la chose jugée instituées par la loi du 16 juillet 1980

Les agissements susceptibles d'entraîner la responsabilité, devant la Cour de discipline budgétaire et financière, des agents publics du chef de l'inexécution de la chose jugée se résument principalement en un défaut d'ordonnancement ou de mandatement de la somme dont le montant a été déterminée par décision juridictionnelle condamnant une personne publique. Mais l'infraction vise également la faute personnelle de l'agent résultant de la condamnation, par son fait, de la personne publique à une astreinte. Cela se traduit

---

[1065] G. VEDEL, « La République mande et ordonne… », *op. cit.*

concrètement par la résistance inadmissible de l'agent qui, abusant de l'indépendance de l'administration et de l'insaisissabilité des biens celle-ci, décide de défier ouvertement l'autorité de la chose jugée.

1. Manquement à l'obligation d'ordonnancement ou de mandatement

250. Compétences *ratione materaie* et *ratione personae* de la C.D.B.F. Les conséquences du manquement à l'obligation d'ordonnancement ou de mandatement imposée par la loi du 16 juillet 1980 aux ordonnateurs principaux et secondaires des personnes publiques en cas de condamnation de celles-ci au paiement de sommes d'argent sont prévues au paragraphe 3 de l'article 1er de cette loi ainsi libellé : « *en cas de manquement aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus relatives à l'engagement et à l'ordonnancement des dépenses*[1066], *les personnes visées à l'article 1er de la loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 modifiée relative à la Cour de discipline budgétaire et financière sont passibles de peines prévues à l'article 5 de ladite loi. Par dérogation à l'article 16 de cette même loi, le créancier a qualité pour saisir la Cour par l'organe du ministère public auprès de ladite Cour* ».

Le texte ci-dessus repris érige donc en infraction les défauts d'ordonnancement et de mandatement ainsi que le refus de l'autorité de tutelle de procéder au mandatement d'office. Ces agissements fautifs auxquels s'ajoutent tous les retards constatés dans la mise en œuvre de ces mécanismes sont en principe prohibés et peuvent occasionner des poursuites de l'agent public fautif devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Ainsi sont déterminées à la fois les compétences *ratione materiae* et *ratione personae* de cette juridiction parce que ne peuvent être déférés à cette Cour que les manquements à l'obligation d'exécuter une décision

[1066] Pour rappel, en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980, lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat, une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la décision de justice. Ce mécanisme, a-t-on vu, est complété par deux autres règles applicables selon que la dépense doit être imputée sur des crédits limitatifs jugés insuffisants ou que l'on a affaire à une dépense d'une collectivité locale ou d'un établissement public non ordonnancée dans un délai de quatre mois. Dans le premier cas, l'ordonnateur dispose de deux mois supplémentaires pour faire dégager les ressources nécessaires et procéder à l'ordonnancement complémentaire, tandis que dans le second cas, l'autorité de tutelle doit procéder à l'ordonnancement d'office de la dépense.

de justice portant condamnation de la personne publique au paiement d'une somme d'argent. Tandis que les personnes justiciables de cette juridiction ne sont autres que celles visées à l'article premier de la loi du 25 septembre 1948 de la Cour de discipline budgétaire et financière repris actuellement par l'article L. 312-1 du Code des juridictions financières (C. jur. fin.).

Il s'agit principalement des personnes appartenant au cabinet d'un membre du gouvernement, des fonctionnaires ou agents civils et militaires de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que des groupements des collectivités territoriales ; des administrateurs ou agents des autres organismes soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale des comptes ainsi que de tous ceux qui exercent les fonctions des personnes désignées ci-dessus.

Comme on peut le constater à la lumière de cette énumération extrêmement large, deux groupes de responsables ne sont pas concernés par l'infraction : les ministres et les Maires. Ceci signifie que si les manquements à l'ordonnancement ou au mandatement sont l'œuvre desdites autorités, ils ne seront nullement passibles de la Cour de discipline budgétaire et financière. De même, les actes fautifs des agents subalternes couverts par ces autorités ne sauraient non plus être déférés devant cette juridiction. Il suffit pour cela que l'auteur de l'infraction apporte la preuve d'ordres écrits donnés par le ministre ou l'élu local dont il relève ou l'administrateur auquel il est subordonné pour qu'il soit dégagé de sa responsabilité. Dans ce cas, les donneurs d'ordre seront seuls responsables de manquements constatés à condition qu'ils soient eux-mêmes justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière (C.D.B.F.).

Les dispositions de l'article L. 313-7 du Code des juridictions financières prévoient qu'en cas d'agissements constituant des manquements à l'obligation d'ordonnancement ou de mandatement, l'agent public sera passible d'une amende[1067] dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 euros (anciennement 2.000 F) et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou du salaire brut annuel du coupable arrêté à la date à laquelle la décision de justice aurait dû recevoir exécution. Et « *lorsque les personnes ne perçoivent pas de*

[1067] Il s'agit d'une amende de caractère exclusivement pénal et qui ne vise nullement à réparer un préjudice causé à l'Etat. Cette amende n'a pas davantage le caractère d'une sanction disciplinaire. On frappe seulement le portefeuille pour contraindre la volonté.

traitement, le maximum de l'amende pourra atteindre le montant du traitement brut annuel correspondant à l'échelon le plus élevé afférent à l'emploi de directeur de l'administration centrale »[1068]. Question de donner leur plein effet aux prescrits de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980.

Quant à la procédure à suivre, une dérogation importante a été apportée à la procédure de saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière afin de permettre au créancier victime de l'inexécution d'une décision de justice condamnant pécuniairement la puissance publique, de déférer lui-même l'ordonnateur responsable de cette situation devant cette juridiction. Car, contrairement à la règle qui veut que la C.D.B.F. ne soit saisie que par le Procureur général près la Cour des comptes agissant sur dénonciation du Président de l'Assemblée Nationale, du Président du Sénat, du Premier ministre, du ministre des Finances, des autres ministres intéressés, des chambres régionales des comptes ou même d'office, il a été reconnu, s'agissant des infractions liées à l'inexécution des décisions de justice, le droit au créancier bénéficiaire de la chose jugée de saisir lui-même la Cour via le ministère public près cette juridiction, c'est-à-dire, le Procureur général. Et cela, sans qu'aucun formalisme particulier ne soit exigé.

Il s'agit concrètement d'une démarche simple et gratuite ouverte à toute personne physique ou morale bénéficiaire d'une décision de justice lésée par le refus, l'abstention ou le retard d'exécution imputable à un agent public justiciable de la Cour de discipline budgétaire et financière. Le Ministère public représenté par Monsieur le Procureur général près la Cour des Comptes est, à cet effet, saisi même par simple lettre, à condition qu'elle expose succinctement les circonstances de l'affaire, et notamment les démarches que le créancier a réalisées en vue d'obtenir l'ordonnancement, le paiement direct ou le mandatement de la somme qui lui est due. Une copie du jugement emportant condamnation de la personne publique au paiement d'une somme d'argent est, enfin, jointe au dossier.

La Cour délibère à quatre membres au moins, et ce, non compris le rapporteur, qui ayant fait connaître son opinion par le rapport et le résumé oral qu'il en a fait, n'a qu'une voix consultative. L'arrêt est rendu à la majorité de membres, le président ayant voix prépondérantes en cas de partage. Il est notifié à l'inculpé, à la personne ou à l'autorité qui a

---

[1068] En pratique, cette procédure ne semble pas avoir reçu assez d'application positive.

dénoncé les faits, au ministre des Finances et au ministre intéressé puis communiqué au Président de l'Assemblée nationale et au Président du Sénat[1069].

Enfin, un délai de prescription a été prévu parce que la Cour de discipline budgétaire et financière ne peut être saisie indéfiniment. La requête doit être introduite dans un délai de cinq ans à compter du jour où les infractions ont été commises, à défaut de quoi l'infraction est prescrite. Ce délai n'est toutefois pas pris en compte si l'infraction affecte l'exécution du budget général de l'Etat.

2. Faute personnelle de l'agent ayant entraîné la condamnation de la personne publique à une astreinte

251. Sanction personnelle et pécuniaire. Il vient d'être dit précédemment que si l'agent public ne répond pas à son obligation d'ordonnancer ou de mandater les sommes d'argent mises à charge de la personne publique par une décision de justice coulée en force de chose jugée, il commet une infraction au Code des juridictions financières et le créancier victime de cette inexécution peut le déférer à la Cour de discipline budgétaire et financière en saisissant directement le Ministère public près cette juridiction à savoir, le Procureur général près la Cour des comptes.

Cependant, du moment qu'il y a eu condamnation de la personne publique à une astreinte suite à des agissements fautifs de l'agent public ; autrement dit, lorsque confronté au refus de la personne publique de donner suite à la chose jugée, le créancier saisit une juridiction administrative[1070] d'une demande d'aide à l'exécution qui se solde par la condamnation de la personne publique à une astreinte, condamnation surtout imputable à la passion, à la vanité et à l'entêtement de l'agent public, la loi du 16 juillet 1980 met à la charge de cet agent fautif une responsabilité personnelle en faisant peser sur lui la menace d'une peine personnelle et

---

[1069] J. MAGNET, « Cour de discipline budgétaire et financière », in L. PHILIP (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Economica, 1991 (cité par S. GUINCHARD et T. MOUSSAU, *op. cit.*, p. 1735, n° 1642.45).

[1070] Entendez, le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel ou le Conseil d'Etat.

pécuniaire[1071]. Cette responsabilité personnelle, faut-il le souligner, demeure établie même si la condamnation à astreinte a été, par la suite, ordonnancée et payée. L'essentiel est que la personne publique soit condamnée à une astreinte suite aux agissements fautifs de l'agent public.

L'article 7 de la loi du 16 juillet 1980 a inséré dans la loi du 25 septembre 1948 relative à la Cour de discipline budgétaire et financière un article 6*bis* ainsi rédigé : « *Toute personne mentionnée à l'article premier ci-dessus dont les agissements auront entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public à une astreinte en raison de l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500 F (750 euros)*[1072] *et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou du salaire brut annuel alloué à la date où la décision de justice aurait dû recevoir exécution* »[1073].

C'est là un procédé contraignant supplémentaire permettant d'obtenir l'exécution directe des condamnations pécuniaires des personnes morales de droit public en ce qu'il organise, comme dans le cas précédent, une responsabilité personnelle des ordonnateurs devant la Cour de discipline budgétaire et financière en cas de condamnation de la personne publique à une astreinte.

Bien entendu, à l'instar de l'hypothèse précédente liée au défaut d'ordonnancement et de mandatement, les responsables politiques ne sont pas concernés par cette disposition qui ne vise que les agents publics justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière. Ainsi, les Ministres, les Maires et les élus locaux échappent à l'application de ces dispositions et leurs subordonnés couverts par leurs autorisations écrites préalables pourront également être soustraits aux poursuites dès lors que les donneurs d'ordre précités auront déclaré pouvoir endosser la responsabilité de la carence manifestée par eux.

[1071] Cette responsabilité personnelle donne la possibilité au créancier de déclencher contre l'agent public fautif, devant la Cour de discipline budgétaire et financière, une procédure de type disciplinaire dont la sanction sera le paiement d'une amende à caractère exclusivement pénal.

[1072] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 207.

[1073] La sanction est due quel que soit l'ordre de la juridiction ayant condamné la personne publique à une astreinte : juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif.

Toutefois, le mécanisme de l'article 7 de la loi du 16 juillet 1980 ainsi que les dispositions du paragraphe III de l'article premier de cette œuvre législative sont considérés comme des véritables innovations de la réforme de 1980 en ce qu'ils organisent l'intervention de la Cour de discipline budgétaire et financière pour sanctionner les fonctionnaires qui manqueraient aux dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relatives à l'engagement et à l'ordonnancement des dépenses ou dont les agissements auront entraîné la condamnation de la personne morale de droit public à une astreinte.

Mais, quelle appréciation doit-on porter sur l'ensemble du système mis en œuvre par la réforme de 1980 relative à l'astreinte en matière administrative et à l'exécution des décisions de justice par les personnes morales de droit public ?

Section 2. Appréciation critique

§1. Bilan

252. Un système globalement positif. Globalement, le système de protection des créanciers de l'Etat mis en place par la loi française du 16 juillet 1980 demeure positif, qu'il s'agisse de l'amélioration du paiement du montant des condamnations pécuniaires infligées aux personnes publiques, de l'introduction de l'astreinte en matière administrative ou de l'institution de la responsabilité pécuniaire personnelle de l'agent public devant la Cour de discipline budgétaire et financière. De ce point de vue, le mérite de la réforme de 1980 vaut la peine d'être épinglé. Mais, cela ne signifie pas que le système soit totalement dépourvu de critiques.

253. Un système à régime répressif dissuasif et limité. L'une des plus importantes remarques à formuler à cet égard est le fait que ce texte, qui crée une nouvelle infraction relevant de la Cour de discipline budgétaire et financière, ne permet pas d'atteindre toutes les

catégories d'agents publics. En effet, comme souligné précédemment[1074], si la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière s'étend à tous les administrateurs des organismes publics soumis au contrôle de cette juridiction (membres des cabinets ministériels, fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des groupements des collectivités territoriales, des représentants, administrateurs ou agents des autres organismes soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale des comptes ainsi que de tous ceux qui exercent, en fait, les fonctions des personnes désignées ci-dessus)[1075], elle est cependant exclue pour les administrateurs dits politiques (ministres, maires, élus locaux)[1076]. Or, ces autorités sont aussi à l'origine de l'inexécution des décisions de justice et peuvent même faire soustraire leurs subordonnés des poursuites diligentées à leur encontre en arguant endosser la responsabilité de leurs fautes. Dès lors, considérer ces autorités comme étant exonérées de toute responsabilité est inadmissible. C'est pourquoi une responsabilité même morale devra être envisagée à leur encontre en vue de faire cesser toute intervention préjudiciable de leur part.

254. Un système fondé sur une responsabilité personnelle de l'agent public souvent difficile à établir en fait. Par ailleurs, il n'est pas toujours facile, en dehors du cas d'un fonctionnaire entêté et particulièrement récalcitrant, d'imputer la responsabilité de l'inexécution à un agent déterminé parce que la non-exécution est souvent le fait du dysfonctionnement d'un ensemble de rouages administratifs dont il est alors difficile de désigner le responsable dans la longue chaîne de l'appareil administratif[1077]. Aussi, l'effet dissuasif de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, particulièrement du paragraphe 3 de l'article 1er et de l'article 7 pré rappelés, devrait-il se manifester surtout face à une inertie

---

[1074] Cfr., *supra*, nos 250 et 251.

[1075] S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, pp. 1733-1734, n° 1642.42.

[1076] J. MAGNET, « Cour de discipline budgétaire et financière », in L. PHILIP (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Economica, 1991 (cité par S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 1735, n° 1642.45).

[1077] Dans ce cas, n'apparaissent souvent, en application des théories administratives de la faute que la « faute du service » ou la « faute de service » et non la « faute personnelle » de l'agent public. La « faute du service » est celle commise par la bureaucratie anonyme tandis que la « faute de service » est celle commise par un fonctionnaire individualisé et individualisable mais dans le cadre du service. Ces deux catégories de fautes sont insusceptibles d'engager la responsabilité personnelle de l'agent public. Cela n'est pas le cas de la faute purement personnelle qui ne peut engager que la responsabilité de l'auteur du dommage (cfr. E. LAFFERIERE, concl. sur T. confl., 5 mai 1877, *Laumonnier Carriel* ; G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 4ème édition, Presses de Sciences po et Dalloz, (cité par S. GUINCHARD et T. MOUSSAU, *op. cit.*, p. 1732, n° 1642.21).).

moins apparente de l'agent, mais dans une mesure difficile à déterminer. D'où l'idée chère à G. JEZE[1078] réclamant la désignation, dans les grandes administrations centralisées[1079], de personnages précis sur lesquelles pèserait la charge d'exécuter les décisions de justice, autrement dit, de personnages chargés de veiller à ce qu'il ne soit opposé aucune résistance à la mise en œuvre de la chose jugée sous peine de voir établir leur propre responsabilité.

§2. Perspectives de lege ferenda

255. Renforcement de la responsabilité de l'Etat en cas de défaillance constatée dans la mise en œuvre des décisions de justice. Etant donné que la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des décisions de justice par les personnes morales de droit public n'est pas exempt de faiblesses, il est intéressant de voir le législateur prendre, dès à présent, conscience de cette situation pour tenter d'y apporter une solution afin d'assurer au système de protection mis en place toute l'efficacité qu'il requiert. En effet, nous avons épinglé à titre d'illustration des faiblesses de la loi, le fait notamment que les administrateurs dits « politiques » échappent à la rigueur de celle-ci et sont même capables d'assurer de leur protection les agents subalternes placés sous leur autorité. Cette situation pose l'épineux problème de l'établissement de la responsabilité surtout dans les grandes administrations centralisées où il est souvent difficile, en dehors de cas d'obstination manifeste et fautive à l'inexécution, de déterminer l'agent ou les agents responsables devant répondre selon les prescrits des articles 1er, §3 et 7 de la loi, des manquements invoqués.

[1078] G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 1914, III, p. 720. On remarquera que cette idée de G. JEZE reste encore d'actualité dans la mesure où les administrateurs dits « politiques » (ministres, maires, élus locaux) ne sont pas, comme on l'a vu, visés par le régime répressif mis en place par la loi du 16 juillet 1980. Ceci contribue à diminuer l'efficacité de cette législation parce que ces responsables politiques sont aussi souvent à la base de l'inexécution des sentences juridictionnelles ou se permettent, dans bien de cas, de couvrir les comportements fautifs des agents placés sous leur autorité.

[1079] Dans ces administrations, en effet, les fonctionnaires n'interviennent le plus souvent que par délégation et en tous cas dans le cadre d'un lien hiérarchique. La véritable responsabilité des décisions se localise dans le chef du Ministre, voire du gouvernement ou de l'exécutif collégialement. Tantôt, la responsabilité des décisions est partagée entre diverses personnes, c'est-à-dire, entre ceux qui proposent, ceux qui sont consultés, ceux qui décident, ceux qui exécutent…au point qu'il est alors extrêmement difficile de déterminer les personnes responsables de l'abstention (D. DEOM, « Le recours à l'astreinte », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991, Ed. Bruylant, Bruxelles 1991, p. 474).

Pour parer à cette insuffisance susceptible d'ouvrir des brèches favorables à l'inexécution de la chose jugée, et en vue de promouvoir davantage les intérêts des partenaires des pouvoirs publics dont la réforme de 1980 permet, dans une large mesure, d'assurer la défense, il est souhaitable que, de *lege ferenda,* le législateur français renforce la responsabilité de l'Etat en cas de défaillance constatée des agents publics précités et même des autorités politiques dans la mise en œuvre des décisions juridictionnelles. Concrètement il s'agira d'instituer à charge de l'Etat une responsabilité civile de plein droit faisant de ce dernier garant de fautes commises par tous les agents publics et politiques dans la mise en oeuvre de la chose jugée. Mais, cette responsabilité ne pourra priver l'Etat de son droit à l'exercice d'une action récursoire contre les personnes reconnues coupables de l'inexécution.

La prise en compte de la responsabilité étatique devra inciter l'Administration à assurer davantage le contrôle des actes accomplis par ses préposés dans l'exercice de leurs fonctions. Car, en cas de défaillance ou de dysfonctionnement, particulièrement en cas de refus délibéré d'ordonnancement ou de mandatement, voire de paiement des sommes dues, c'est l'Etat lui-même qui devra répondre de ces actes en tant que garant.

Pour rappel, soucieuse de sauvegarder les droits des créanciers de l'administration jugés en position de faiblesse par rapport à l'omnipotence de celle-ci, la Cour européenne des Droits de l'Homme a, dans l'affaire dite du port de *Campoloro*, condamné l'Etat français, au nom du droit à un procès équitable, à verser aux créanciers la totalité des sommes mises à la charge des collectivités territoriales en cause, faisant ainsi de cet Etat, garant des sommes dues par les personnes publiques non respectueuses des sentences juridictionnelles[1080]. Cette solution devra donc inspirer le législateur français dans la mise en place de nouvelles garanties relatives à l'exécution des condamnations pécuniaires infligées aux personnes publiques.

Certes, la *responsabilité de plein droit* envisagée dans le cadre de cette analyse n'est pas à confondre avec la responsabilité civile pour faute de droit commun dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence de la faute souvent difficile à établir[1081]. Il s'agit plutôt d'une

---

[1080] Cfr. *supra*, n° 238.

[1081] L'Etat pouvant s'exonérer en démontrant que sa faute n'aurait pu éviter le dommage. Cas du préfet refusant de créer les ressources nécessaires permettant à la Commune de s'acquitter des indemnités mises à sa charge au motif que d'autres instances capables de faire obstacle au paiement sont encore pendantes. Donc, même s'il créait d'autres ressources, la décision n'aurait pas beaucoup de chance d'être exécutée (TA Lyon, 13 janv. 1984, Franc., *Dr. adm. nov*. 1994, n° 607). Heureusement que dans cette dernière affaire, la responsabilité de l'Etat fut

responsabilité objective résultant du non-usage ou de l'usage tardif par l'Etat des prérogatives dont il dispose pour contraindre les autres personnes publiques à se conformer à la chose jugée. Aussi, sa responsabilité sera-t-elle directement engagée chaque fois qu'il sera établi qu'une décision de justice n'a pas été exécutée, sans qu'il soit besoin de rechercher au préalable la faute lourde (dol) ou légère de l'agent public à la base de l'inexécution[1082].

Ainsi, le fait pour un préfet de refuser de mettre en œuvre les pouvoirs que lui confère l'article 1er-II de la loi du 16 juillet 1980 à l'encontre d'une communauté urbaine pour lui permettre de s'acquitter des intérêts de droit liés à une condamnation à payer une somme d'argent engagera automatiquement la responsabilité de la puissance publique. Il en sera de même du retard du préfet à procéder à l'inscription des sommes nécessaires au paiement d'une condamnation définitivement prononcée contre un syndicat intercommunal par le juge judiciaire.

256. Conclusion. Le système français de protection des créanciers est un système complexe et d'un grand intérêt en la matière. C'est, à la rigueur, un système idéal et vivement recommandable en raison de sa particularité consistant à concilier les intérêts des créanciers et des personnes publiques, lesquelles demeurent, au regard de l'orthodoxie juridique française, toujours immunisées et protégées de toute voie de contrainte. En effet, l'analyse approfondie de ce système prouve que rien ne semble avoir été négligé par le législateur pour favoriser l'exécution des décisions de justice. Toutefois, la mise en œuvre d'un tel système exige, faut-il l'avouer, des moyens financiers importants. Aussi, l'Etat doit-il, au regard de ce système, disposer de suffisamment de capitaux afin de faire face constamment à des dépenses urgentes ; ce qui n'est pas toujours le cas dans beaucoup de pays, spécialement dans les jeunes Etats en développement comme la RDC dont le budget demeure généralement en état de déficit.

Le système français de protection de créanciers présente donc un grand intérêt par le nombre important des mécanismes mis en place pour favoriser le respect de la chose jugée. De cette

---

tout de même établie en dépit de sa tentative de démontrer que l'abstention du préfet n'aurait en aucune façon permis l'exécution de la décision de justice en raison de la présence d'autres instances susceptibles de s'opposer au paiement.

[1082] L'exécution d'une décision de justice constitue une *obligation de résultat* mise à charge de toute personne succombante parce qu'on attend de celle-ci qu'elle se conforme à la chose jugée telle qu'elle a été ordonnée par le juge. Dès lors, tout débiteur, en l'occurrence, toute administration qui ne se soumettrait pas aux prescrits de la décision juridictionnelle, commettrait une faute en violant cette obligation.

multiplicité de mécanismes découle naturellement la complexité du système. Celui-ci se résout en un dédale de procédés administratifs et contentieux d'exécution harmonieusement conçus et structurés, mais susceptibles d'abuser même le chercheur le plus averti. En effet, pour combattre l'inertie administrative dans la mise en œuvre de la chose jugée, le droit français a institué, à la fois, des procédés de prévention à l'inexécution de la chose jugée, des procédés d'incitation à l'exécution, des procédés de contrainte à l'exécution et d'amélioration du paiement du montant de la condamnation et, enfin, des procédés de sanction de l'inexécution. Tous ces mécanismes et procédés ont fait l'objet d'études et d'analyses approfondies dans nos développements précédents. Néanmoins, pour rafraîchir la mémoire et en guise de rappel, il est important de noter ce qui suit :

- les procédés de prévention de l'inexécution sont en grande partie constitués de *l'astreinte préventive*. En effet, pour prévenir l'inexécution, par une personne morale de droit public, d'une *décision de justice à intervenir*, a-t-on dit, le créancier peut, lorsqu'il a des doutes sur la mise en oeuvre de cette décision, demander préalablement au juge administratif d'assortir sa condamnation principale d'une astreinte. La pression exercée sur cette personne publique par la condamnation « préventive » à astreinte devrait normalement l'inciter à ne pas opposer de résistance à la chose jugée. L'astreinte préventive est, faut-il encore le rappeler, sollicitée par voie des conclusions prises lors de l'instruction de l'affaire au fond.

- quant aux procédés d'incitation à l'exécution, ils se résument généralement en des mécanismes d'astreintes préventives ainsi que des « *demandes d'aide à l'exécution* » adressées selon les cas, soit à la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, soit au tribunal administratif ou à la Cour administrative d'appel, soit enfin au Médiateur de la République. La demande d'aide à l'exécution suppose qu'une résistance à l'exécution de la chose jugée est survenue après la signification au débiteur public du jugement définitif. Dès lors, le créancier qui n'a pas préalablement et préventivement sollicité la condamnation sous astreinte de la personne publique récalcitrante va se tourner vers les instances précitées pour obtenir leur appui à l'exécution de la sentence juridictionnelle. La persuasion reste l'arme généralement utilisée à ce stade de la procédure pour briser l'entêtement ou la mauvaise foi du débiteur public.

- s'agissant de procédés de contrainte à l'exécution et d'amélioration du paiement du montant de la condamnation, ils reposent, pour leur part, non seulement sur la *condamnation sous astreinte* de la personne publique après le prononcé de la décision de justice devenue définitive, mais aussi sur *l'ordonnancement et le mandatement d'office ainsi que le paiement direct devant le comptable public*. La condamnation sous astreinte qualifiée « d'astreinte *a posteriori* » est celle qui a lieu après qu'un refus de donner suite à une décision de justice coulée en force de chose jugée a été constaté dans le chef de la personne publique malveillante. Le créancier dispose alors du droit de saisir la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat qui, après instruction de la demande, saisira à son tour la Section du contentieux aux fins de *l'ouverture d'une demande d'astreinte d'office*. La personne publique mise en cause est, dès lors, obligée de s'exécuter sous astreinte. Toutefois, le créancier peut s'adresser directement à la Section du contentieux du Conseil d'Etat pour le même motif[1083]. Mais, en cas de décision définitive rendue par le tribunal administratif ou la Cour administrative d'appel, il devra saisir, selon le cas, chacune de ces juridictions d'une « demande d'aide à l'exécution ». Celle-ci peut se transformer automatiquement en « *demande d'astreinte d'office* » en cas d'inertie persistante de la personne publique (phase contentieuse)[1084]. Quant aux mécanismes d'ordonnancement et de mandatement d'office ainsi que le paiement direct devant le comptable assignataire, nos analyses antérieures sont à cet égard assez éloquentes pour ne pas y revenir[1085].

- enfin, il y a des procédés dits de « sanction de l'inexécution » comprenant outre « l'astreinte *a posteriori* » déjà évoquée, *l'établissement de la responsabilité personnelle de l'agent public du chef d'infraction au Code des juridictions financières*. Il s'agit d'une infraction instituée à charge des agents publics justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière (C.D.B.F.), particulièrement, les ordonnateurs pour défaut d'ordonnancement et de mandatement. Cette infraction concerne également tout agent public (et non politique) reconnu coupable de la

---

[1083] Pour obtenir la condamnation de la personne publique récalcitrante à une astreinte. Ceci n'exclut pas la possibilité pour le Conseil d'Etat de se saisir d'office lorsqu'il s'agit de ses propres décisions et de prononcer d'office des astreintes.

[1084] Toute demande d'astreinte *a posteriori* est soumise à l'observation préalable d'un délai d'attente de trois mois (Tribunal administratif ou Cour administrative d'appel) ou six mois (Conseil d'Etat).

[1085] Cfr. *supra*, n^os^ 230 À 237.

condamnation de la personne publique à une astreinte et qui, de ce fait, est passible d'une amende dont le montant minimum ne peut être inférieur à 750 euros (anc. 500 F) et dont le maximum peut atteindre le montant du salaire annuel brut arrêté à la date où la décision de justice devrait être exécutée (articles 1, §3, et 7 de la loi du 16 juillet 1980).

257. Schéma. Ces procédés qui débouchent sur le schéma repris ci-dessous ont tous pour objectif d'inciter les personnes morales de droit public au respect de la chose jugée. Ils peuvent donc être utilisés soit simultanément, soit successivement lorsque se trouvent remplies les conditions de leur mise en œuvre.

D'où le schéma :

- procédés de prévention de l'inexécution = astreintes préventives.
- procédés d'incitation à l'exécution = astreintes préventives + demandes d'aide à l'exécution.
- procédés de contrainte à l'exécution ou d'amélioration du paiement du montant de condamnations pécuniaires = astreintes a posteriori + ordonnancement et mandatement + paiement direct devant le comptable public (assignataire).
- procédés de sanction de l'inexécution = astreintes a posteriori + responsabilité personnelle de l'agent public du chef d'infraction au Code des juridictions financières (agent justiciable de la C.D.B.F.).

Après cet exposé sur les mécanismes de protection des créanciers en vigueur en droits belge et français, il ne reste plus qu'à examiner, dans le chapitre suivant, les possibilités d'une intégration de ces éléments en droit congolais en vue de la mise en place du système congolais de protection. Pour le droit congolais, en effet, il s'agira d'une innovation.

TITRE II. — MISE EN PLACE D'UN SYSTÈME CONGOLAIS DE PROTECTION DES CRÉANCIERS

258. Introduction. Ce titre est l'aboutissement de nos recherches. Il consiste à examiner les possibilités de mettre en place en RDC un système de protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics à partir des expériences belge et française. Il s'agit, concrètement, d'envisager l'introduction, dans ce pays encore fidèle au dogme de l'immunité absolue d'exécution des personnes morales de droit public, des mécanismes souples et moins absolus de protection des partenaires de l'Etat en se référant soit au système belge d'essence juridictionnelle fondé sur la saisissabilité limitée des biens des personnes publiques, soit au système français de nature administrative cependant marqué par la présence de quelques îlots de procédures juridictionnelles[1086]. Enfin, un système hybride empruntant à la fois les éléments du droit belge et du droit français peut aussi être envisagé pour autant qu'il permette la réalisation efficace, dans ce pays, du but visé, c'est-à-dire, la protection de créanciers de l'Etat et de ses démembrements organiques et territoriaux.

Si l'idéal commande l'application des solutions françaises en raison notamment de facilités de paiement qu'elles offrent aux victimes de l'inexécution lesquelles ne peuvent, à l'issue de procédures juridictionnelles parfois longues et ruineuses, engager d'autres instances tout aussi coûteuses[1087], la praticabilité et l'efficacité d'un tel système exigent cependant de l'Etat d'importants moyens financiers dont ne peut constamment disposer un jeune pays en développement, comme le Congo. Aussi, faute d'embrasser ce système dans son ensemble, la RDC peut-elle se contenter d'en tirer quelques éléments à combiner avec ceux du système belge pour aboutir à un système mixte ou hybride présentant de meilleures garanties de mise en œuvre.

Cependant, la diversité des solutions adoptées dans les deux systèmes constitue *a priori* un obstacle majeur au choix des éléments efficaces destinés à former l'ossature du futur droit

---

[1086] Allusion faite aux procédures de « demandes d'astreinte » à charge des personnes publiques malveillantes, lesquelles impliquent des procédures juridictionnelles d'instruction.

[1087] Comparativement au mécanisme de saisie limitée de l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge. En effet, la saisie entraîne généralement des frais supplémentaires pour le justiciable.

congolais en la matière. Il faut donc mesurer l'intensité de leurs divergences pour voir si, malgré elles, certains éléments tirés deci-delà peuvent s'harmoniser et être unifiés pour renforcer l'efficacité recherchée du mécanisme à venir.

C'est là une quête de solution équilibrée qui ne peut nous empêcher de faire appel à des ressources locales disponibles dans la mesure où leur perfectionnement, voire leur renforcement rendrait plus performant le mécanisme de protection envisagé.

Toutefois, avant le choix des éléments susdits, il est important de présenter au préalable le contexte organique des juridictions sur lequel reposera ce mécanisme ainsi que les raisons ou les enjeux de la mise en place, en RDC, d'un système immunitaire moins absolu.

Chapitre I. Contexte organique des juridictions en RDC et enjeux de la mise en place d'un système immunitaire moins absolu

Section 1. Contexte organique des juridictions en RDC

259. Une organisation judiciaire inspirée du système colonial belge. Si l'indépendance de la RDC visait la libération du Congo du joug colonial belge, le système juridique mis en place, particulièrement l'organisation judiciaire, était, lui, entièrement inspiré du système belge. Il ne pouvait en être autrement d'autant que la RDC n'avait, avant l'époque coloniale, aucune expérience en la matière[1088].

C'est plus précisément à l'époque de l'Etat indépendant du Congo (né de la conférence de Berlin de février 1885 et devenu, par la suite, la RDC) que les règles belges d'organisation judiciaire firent leur entrée en RDC. Le Roi Léopold II, sommé par les grandes puissances de doter le jeune Etat d'une organisation judiciaire efficace en vue notamment de régler les différends entre individus et de garantir le développement du commerce sur le bassin du

[1088] Il s'agit bien entendu ici de l'organisation de la justice moderne, car la justice traditionnelle existait bel et bien dans ce pays avant la colonisation (cfr. palabre africaine).

Congo, ne trouva mieux, pressé par le temps, que de transposer, dans le jeune Etat, la législation belge en matière judiciaire[1089]. Ainsi, fut mis en place en RDC un système de justice dualiste fondé sur la distinction entre les « indigènes » congolais d'une part et les Belges (étrangers) et assimilés[1090] d'autre part. Les premiers étaient soumis au régime de droit coutumier et les différends entre eux étaient de la compétence des juridictions indigènes, tandis que les seconds étaient jugés suivant le droit écrit[1091].

Cependant, en dépit de ce système juridictionnel dualiste, la connaissance du contentieux administratif fut déférée aux tribunaux ordinaires, suivant leur compétence matérielle et territoriale. Car l'intention du législateur colonial fut d'ériger en une pyramide unique l'ensemble des organes juridictionnels de droit écrit où la connaissance du contentieux administratif était déférée aux tribunaux ordinaires. Cette intention, présente et clairement consacrée dans l'Ordonnance-loi du 10 juillet 1968 portant ancien Code de l'organisation et de la compétence judiciaires[1092], a été reprise par l'Ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 qui régit actuellement cette matière en RDC[1093].

260. L'unité juridictionnelle de fait héritée de la colonisation. Ainsi suivant l'exemple de la Belgique, son ancienne métropole, la RDC s'est refusée à mettre en place un système juridictionnel dualiste reposant sur deux ordres distincts de juridictions[1094]. Elle a opté pour un

---

[1089] KALONGO MBIKAYI, *op. cit.*, p. 29.

[1090] Les assimilés appelés aussi « immatriculés » étaient des congolais de statut européen. C'étaient pour la plupart des Congolais qui, à l'époque coloniale, étaient considérés comme ayant fait des études leur permettant de mener une vie proche de celle de l'homme blanc : habitation décente, usage de la langue française, travail dans l'administration publique coloniale, etc.

[1091] A. RUBBENS, *op. cit.*, p. 233.

[1092] Voir exposé des motifs de l'O.L. du 10 juillet 1968, Mon. 1968, n° 14, pp. 1340 à 1343. Il importe de noter que d'après cette Ordonnance-loi, les tribunaux coutumiers ou « indigènes » étaient appelés à disparaître pour être remplacés par les tribunaux de paix. Cependant, les contraintes liées aux difficultés d'ordre budgétaire ainsi que la réticence des juristes à travailler loin de la capitale (à l'intérieur du pays et particulièrement dans les zones rurales considérées comme siège des tribunaux de paix), ont poussé le législateur à maintenir transitoirement les tribunaux coutumiers organisés par le décret du 15 avril 1926.

[1093] Notamment les articles 43 (*La Cour d'appel comporte une section judiciaire et une section administrative*) et 54 (*La Cour suprême de justice comporte une section judiciaire, une section administrative et une section de législation*) de l'O.L. n° 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaire (Voy. Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, T. 1, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, 2003, pp. 265).

[1094] L'organisation judiciaire congolaise actuelle résulte de l'Ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires (*J.O.* RDC, n° 7, 1er avril 1982, p. 39. Voy. aussi Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, T. 1, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, 2003, pp. 262 et s.).

système unique offrant plus de garanties aux justiciables, c'est-à-dire, un système permettant la défense de leurs principaux droits et intérêts par un juge ordinaire, y compris face à l'action administrative. Bref, la RDC a marqué son choix pour un système juridictionnel unitariste où les mêmes juges de l'ordre judiciaire ont pour mission de dire le droit et s'occupent tant du contentieux judiciaire que du contentieux administratif. Ce dernier étant organisé au niveau des Cours d'appel (sections administratives)[1095] et de la Cour suprême de justice (section administrative)[1096].

La Cour suprême de justice, comme son nom l'indique, constitue hiérarchiquement la plus haute des juridictions de l'ordre judiciaire. Elle coiffe toutes les autres juridictions et devant elle sont portés tous les pourvois formés contre les décisions émanant des tribunaux civils ou des tribunaux pénaux. En matière administrative, la section administrative de la Cour suprême de justice connaît, en premier et dernier ressort, des recours en annulation pour violation de la loi[1097], formés contres les actes, règlements et décisions des autorités centrales et des organismes décentralisés placés sous la tutelle de ses autorités (article 147 du Code d'organisation et de compétence judiciaires). Elle connaît également de l'appel des décisions rendues par les Cours d'appel sur recours en annulation formés pour violation de la loi contre les actes, règlements et décisions des autorités administratives régionales et locales (article 148 du Code d'organisation et de compétence judiciaires). Quant aux Cours d'appel, elles sont aux termes de l'article 146 compétentes pour connaître en premier ressort des recours en annulation pour violation de la loi, formés contre les actes ou décisions des

---

[1095] Il existe actuellement en République démocratique du Congo une Cour d'appel au niveau de chaque chef-lieu de province (11 au total) et dans la Capitale Kinshasa qui en compte deux (*Cour d'appel de Kinshasa / Gombe* et *Cour d'appel de Kinshasa /Matete*).

[1096] A cet égard, A. RUBBENS note : « *Au Congo, ce sont les mêmes cours et tribunaux du droit commun, ou de l'ordre judiciaire, qui connaissent du contentieux privé et administratif. La Constitution recours au vocable section pour distinguer l'activité de juridiction dite administrative et l'activité dite judiciaire des mêmes cours ; mais en réalité la section administrative de ces cours n'a de compétence qu'en matière de contentieux de l'annulation des actes de l'administration (et pour la Cour suprême en matière de réparation de dommages-exceptionnels), tandis que les tribunaux judiciaires (y compris les sections judiciaires des cours) connaissent du contentieux administratif de plein exercice aussi bien que des actions de droit privé et de droit pénal* » (A. RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais*, Tome I : *Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Université Lovanium, Ed. Ferd. Larcier, 1970, p. 235).

[1097] En Belgique, cette compétence est dévolue au Conseil d'Etat, depuis que ce dernier existe (en 1946 et la consécration explicite de son existence dans la Constitution en 1993). Par ailleurs, aux termes de l'article 159 de la Constitution belge, les cours et tribunaux ordinaires sont tenus de refuser l'application des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, lorsqu'ils ne sont pas conformes aux lois *sensu lato*. Point n'est besoin de souligner ici qu'il existe une différence entre le refus d'application d'un acte illégal et l'annulation de celui-ci. Le refus d'application produit des effets entre les parties, tandis que l'annulation d'un acte produit des effets *erga omnes* (cfr. M. NIHOUL, *op. cit.*, pp. 38-39).

autorités administratives régionales et locales et des organismes décentralisés placés sous la tutelle de ces autorités.

Dès lors, les juridictions ordinaires sont appelées, en RDC, à s'immiscer dans l'action administrative par les articles 146, 147 et 148 du Code d'organisation et de compétence judiciaires qui leur confèrent non seulement le pouvoir de contrôler la légalité de l'action administrative, mais aussi celui de procéder à l'annulation des actes administratifs illégaux. C'est donc au niveau supérieur de la Cour d'appel et de la Cour suprême de justice que se manifeste véritablement le principe de cette unité juridictionnelle, laquelle se trouve davantage renforcée par la non-existence d'une juridiction administrative supérieure, en l'occurrence, le Conseil d'Etat[1098].

261. Une réforme porteuse d'une nouvelle philosophie. Cependant, la nouvelle Constitution issue du référendum populaire des 18 et 19 décembre 2005 et promulguée le 18 février 2006 prévoit la création prochaine en RDC d'un Conseil d'Etat, des Cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Il s'agit, à l'évidence, d'un arrimage prochain de la RDC au système dualiste français[1099] composé de deux ordres distincts et autonomes de juridictions à savoir : les juridictions de l'ordre administratif chargées du contentieux administratif et les juridictions de l'ordre judiciaire chargées du contentieux de droit commun. L'article 149, alinéa 1er de la Constitution consacre d'abord de manière implicite cette dualité lorsqu'il déclare que le Pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est dévolu aux Cours et Tribunaux qui sont : la Cour

---

[1098] Comparativement aux systèmes dualistes français et belge (depuis la création, dans ce dernier pays, du Conseil d'Etat en 1946). Toutefois, pour M. NIHOUL, le système belge demeure un système moniste parce que, note-t-il, l'intervention en 1946 du Conseil d'Etat n'a pas eu pour conséquence de détruire le principe de l'unité fondamentale de juridictions. Cette intervention, ajoute-t-il, s'est faite, en termes de simple addition sans aucune modification de la Constitution en ce qui concerne la compétence exclusive du pouvoir judiciaire. De là, il en conclut que le système juridictionnel belge demeure un système fondamentalement unitaire (voy., M. NIHOUL, *op. cit.*, p. 39). On notera, par ailleurs, que l'unité de juridiction ne signifie nullement la non-existence des juridictions spécialisées. Celles-ci peuvent toujours exister comme c'est aussi le cas en France, au-delà de la dualité de principe. Ce qui est interdit dans le système de l'unité fondamentale de juridictions est la création, sauf révision constitutionnelle, des juridictions spécifiques ayant pour effets de soustraire l'administration au contrôle reconnu par la Constitution aux cours et tribunaux ordinaires.

[1099] Le dualisme juridictionnel caractérise un système juridique où le contentieux administratif est dévolu à un juge ou à un ordre juridictionnel distinct du droit commun chargé de contrôler l'action administrative. Tel est le cas de la France. Le dualisme juridictionnel s'oppose donc au système moniste où tous les contentieux (judiciaire et administratif) sont soumis au même juge de droit commun (cas de la RDC actuellement, en attendant la mise en place effective de nouvelles juridictions administratives créées).

constitutionnelle[1100], la Cour de cassation, *le Conseil d'Etat*, la Haute Cour militaire, les cours et tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions.

On voit, déjà là, se profiler les prémisses d'une organisation juridictionnelle (contentieuse) dualiste caractérisée par le souci du nouveau législateur de confier le contrôle de l'action administrative à un ordre distinct de juridiction coiffé par le Conseil d'Etat.

Mais, c'est l'article 154 de la Constitution qui exprime *expressis verbis* cette dualité en édictant : « *qu'il est institué un ordre de juridictions administratives composé du Conseil d'Etat et des Cours et tribunaux administratifs » ;* alors que l'article 153 consacre, comme d'habitude, l'existence d'un ordre de juridictions judiciaires composé des cours et tribunaux civils et militaires placés sous le contrôle de la Cour de cassation.

Il s'ensuit qu'en raison de l'avènement futur, en RDC, de juridictions administratives aux côtés de celles dites ordinaires ou de droit commun, ce pays sera prochainement doté d'un juge spécifique chargé du contentieux administratif, marquant ainsi manifestement son appartenance au système dualiste de type français[1101]. Néanmoins, dans l'attente d'une loi organique devant déterminer le mode d'organisation et de fonctionnement de ces nouvelles juridictions et avant leur installation effective, le droit congolais reste encore soumis au

---

[1100] Aux termes de l'article 160 de la Constitution du 18 février 2006, la Cour constitutionnelle est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi. La même Constitution ajoute que les lois organiques, avant leur promulgation, et les Règlements Intérieurs des Chambres parlementaires et du Congrès, de la Commission électorale nationale indépendante ainsi que du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication, avant leur mise en application, doivent être soumis à la Cour constitutionnelle qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Enfin, l'article 160 déclare qu'aux mêmes fins d'examen de la constitutionnalité, les lois peuvent être déférées à la Cour constitutionnelle, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou le dixième des députés ou des sénateurs.

[1101] La Constitution prévoit dans son exposé des motifs que les Cours et Tribunaux (congolais) ont été éclatés en *trois* ordres juridictionnels comprenant : *les juridictions de l'ordre judiciaire* placées sous le contrôle de la Cour de cassation, *celles de l'ordre administratif* coiffées par le Conseil d'Etat et la *Cour constitutionnelle* (voy. exposé des motifs de la Constitution du 18 février 2006, page 6). Dès lors, une réforme du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires devra donc être envisagée en vue de mettre en harmonie cette nouvelle philosophie du Constituant avec les règles de l'organisation judiciaire en RDC. Quant au fait de considérer la Cour constitutionnelle comme constituant en elle-même un « ordre juridictionnel » déterminé en RDC., nous pensons avec A. RUBBENS qu'il s'agit là d'un abus de langage car l'expression « ordre de juridictions » vise d'abord et avant tout, c'est-à-dire, essentiellement « *un ensemble* ». De la sorte, on ne peut pas parler d'un « ordre » là où il s'agit d'une juridiction unique telle que la Cour constitutionnelle ou la Cour de comptes. Tout au plus s'agit-il de juridictions de nature différente. Un ordre de juridiction est, en effet, un ensemble des juridictions appartenant à un régime déterminé de compétence, d'organisation et de procédure (A. RUBBENS, *op. cit.*, p. 234). C'est le cas, par exemple, de l'ordre des juridictions coutumières (Décret du 15 avril 1926), de l'ordre des juridictions militaires, l'ordre des juridictions du travail etc. Plus généralement le mot « ordre » est utilisé dans l'opposition entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires.

principe de l'universalité de juridiction des cours et tribunaux judiciaires, lesquels demeurent, d'après le législateur, toujours compétents pour connaître du contentieux administratif.

Les raisons du changement structurel des organes juridictionnels, adopté par le nouveau législateur, semblent être expressément fournies par la Constitution elle-même. Il s'agit de favoriser l'efficacité, la spécialité et la célérité dans le traitement des dossiers[1102] ; c'est-à-dire, assurer une bonne administration de la justice. Dès lors, la consécration constitutionnelle de la dualité contentieuse en RDC a pour conséquence de donner à ce principe une valeur constitutionnelle, non pas en rapport avec le principe de la séparation des pouvoirs auquel elle se trouve, par ailleurs, nettement liée, mais par souci de favoriser une bonne administration de la justice.

On est ici loin de la conception française de cette dualité dont la valeur constitutionnelle repose sur une raison tout à fait différente : le respect de la culture juridique nationale[1103], laquelle admet le principe de la dualité juridictionnelle en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Section 2. Enjeux de l'établissement d'un système immunitaire moins absolu en RDC

262. La RDC : pays de tous les enjeux. Ce point présente un grand intérêt dans la mesure où il permet de déterminer, avant le choix des mécanismes de protection de créanciers envisagés, les motivations qui sont à la base de cette étude, autrement dit, les raisons qui militent en faveur de l'établissement d'un système immunitaire moins absolu des personnes publiques en RDC.

En effet, de l'Etat Indépendant du Congo (E.I.C.) créé en 1885, en passant par le Congo belge (1908), jusqu'à la RDC aujourd'hui, le pays du grand fleuve est appréhendé comme un

---

[1102] Exposé des motifs de la nouvelle Constitution du 18 février 2006, page 6.

[1103] A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel, limites et mérites », Colloque organisé sur *L'avenir du dualisme juridictionnel, A.J.D.A.*, 2005, pp. 1760 et s. L'auteur fait observer que l'ancrage de la dualité juridictionnelle sur la culture juridique en France est à ce point prononcé que les essais théoriques portant sur la remise en cause du principe adoptent plutôt une formulation interrogative (voy. D. TRUCHET, « Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ? », in *Mélanges Auby,* Dalloz, 1992, p. 111).

eldorado, attirant puissances étatiques, multinationales, sociétés de toutes sortes, haute finance internationale et aventuriers du monde entier. Les richesses du Congo demeurent fabuleuses et à peine entamées. A maints égards, toutes choses restant égales par ailleurs, la RDC apparaît comme l'une des dernières immenses réserves mondiales des ressources stratégiques. Un véritable condensé géologique : deux tiers des réserves mondiales de cobalt, le tiers des réserves de chrome et de manganèse, des réserves de cuivre inestimables, premier producteur mondial de diamant industriel, des réserves insoupçonnées en hydrocarbures et en gaz, une des dernières réserves forestières du monde et un véritable château d'eau…[1104]

Si les ressources du Katanga[1105] sont déjà répertoriées et exploitées (cuivre, zinc, cobalt), celles de la province orientale[1106] et du Kivu[1107], qui font penser aux « mines du roi Salomon », demeurent pour l'essentiel disponibles et considérables. D'après des données géographiques récentes, cette zone regorge des gisements du cuivre, d'argent, de cadmium, des concentrations d'or à haute teneur, des minéraux utilisés dans l'industrie de pointe tels que le béryl (technologie des réacteurs et industrie nucléaire), le wolfram (donnant du tungstène résistible même à des très hautes températures et pressions et utilisé pour le lancement de navettes spatiales et de roquettes), le cobalt (50 % produits dans la région des grands lacs), des métaux très recherchés dans l'aérospatiale et l'armement de pointe etc.[1108]

Les enjeux de l'établissement d'un système immunitaire moins absolu en RDC s'inscrivent donc fondamentalement dans l'immense et âpre besoin du développement de ce pays, voire de son érection en tant que puissance avec laquelle il faudra absolument compter au

---

[1104] CHEIK ANTA DIOP, « Vers une idiologie politique en Afrique Noire », in *La voix de l'Afrique Noire*, organe des étudiants du R.D.A., Paris, février 1952, p. 6. L'auteur fait ressortir ici de manière remarquable, comme il l'a fait dans son ouvrage intitulé « Les fondements économiques et culturels d'un Etat fédéral d'Afrique Noire », l'importance géopolitique du Congo-Kinshasa qui, de par ses richesses géologiques, énergétiques et autres, devrait constituer le pivot-levier dans le développement de l'Afrique.

[1105] L'une des anciennes provinces de la RDC située au sud du pays. Elle est actuellement subdivisée, selon la nouvelle Constitution du 18 février 2006 en 4 provinces comprenant : le Bas-Uele, le Haut-Lomami, le Haut-Katanga et le Haut-Uele.

[1106] Ancienne province congolaise située au Nord-Est, actuellement subdivisée en 5 provinces dont la province de la Lomami, Tanganyika, Tshopo, Tshuapa et Ituri.

[1107] Ancienne province de l'Est du Congo actuellement subdivisée en 3 provinces : Maniema, Nord-Kivu, Sud-Kivu.

[1108] NTUMBA LUABA LUMU, *Place de la R.D.Congo en Afrique et dans le monde après la guerre d'agression,* discours prononcé à l'occasion de la « Quinzaine d'éveil patriotique » en RDC, 1999-2000, inédit, pp. 16-17.

XXI[ème] siècle, malgré son état piteux actuel. En effet, la RDC fait partie de l'Afrique utile et en tout cas utilisable.

263. Besoin d'assurer le développement économique de la RDC. Il n'est guère aisé de parler de la protection des créanciers comme facteur du développement lorsqu'une certaine opinion publique, appuyée par une partie de la doctrine[1109], soutient inlassablement la thèse de l'abolition de la dette pour favoriser le progrès économique des Etats du tiers-monde. Cette position contraire à l'économie de notre thématique, ne fait-elle pas prévaloir la nécessité d'une protection accrue des débiteurs encouragés à ne point respecter leurs obligations et devant, par ailleurs, tirer profit de leur turpitude ?

A la vérité, la question de la dette des pays en développement trouve ses fervents défenseurs parmi ceux qui pensent que ces pays ne doivent pas satisfaire à leurs engagements financiers en raison de l'exploitation coloniale et du pillage de leurs ressources naturelles par les pays riches[1110]. En fait, la dette dont il est souvent fait état concerne la dette dite multilatérale c'est-à-dire celle des Etats du Tiers Monde vis-à-vis des institutions de Bretton Woods[1111]. Les mécanismes de remboursement de cette dette, institués par ces institutions contribuent davantage à ruiner ces pays (par des ponctions opérées à grande échelle sur leurs économies)[1112] qu'à assurer leur développement. Cette dette ne nous intéresse pas dans le cadre de cette étude essentiellement consacrée aux sommes d'argent mises à charge des personnes publiques par les décisions de justice coulées en force de chose jugée. Aussi

---

[1109] Notamment E. TOUSSAINT et A. ZACHARIE, *Afrique, abolir la dette pour libérer le développement*, *CADTM*, 2001, pp. 9-13 ; M. HARRIBEY, « Qui annule sa dette relève la tête », in *Sortir de l'impasse, dette et ajustement*, *CADTM*, juin 2002, pp. 9-19.

[1110] E. TOUSSAINT et A. ZACHARIE, *Afrique, abolir la dette pour libérer le développement*, *op. cit.*, pp. 9-13.

[1111] Pour rappel, les institutions de Bretton Woods sont la Banque mondiale et le Fonds monétaire international (FMI). La Banque mondiale fut créée en 1944 à Bretton Woods dans le cadre du nouveau système monétaire international. Elle possède un capital apporté par les pays membres et surtout emprunté sur les marchés internationaux des capitaux. La Banque mondiale finance des projets sectoriels publics ou privés à destination des pays du Tiers Monde et des ex-pays dits socialistes. Elle se compose de trois filiales :

- la BIRD (Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement) ;
- l'AID (Association Internationale pour le Développement) ;
- la SFI (Société Financière Internationale).

Quant au Fonds monétaire international (FMI), il est né le même jour que la Banque mondiale avec la signature des accords de Bretton Woods. Le Rôle du FMI était à la base de défendre le nouveau système de changes fixes. A la fin de Bretton Woods (1971), ce rôle s'est transformé lorsque le FMI a commencé à imposer des programmes d'ajustement structurel et à intervenir financièrement pour renflouer des Etats touchés par une crise financière.

[1112] A travers le service de la dette et les programmes d'ajustement structurels.

renvoyons-nous le lecteur à des études appropriées sur la question comme celles déjà citées de E. TOUSSAINT et A. ZACHARIE.

Toutefois, il importe de rappeler que la problématique de la protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics apparaît comme le type même de « question-limite » se situant à la frontière du juridique et de l'économique[1113] car elle met en cause aussi bien des questions de droit que celles d'économie. D'un point de vue économique, l'accès au crédit exige de plus en plus, on le sait, de garantir avant tout, les droits des créanciers en couvrant les risques des défaillances de leurs partenaires. Mais, il est souvent difficile voire impossible de minimiser tous les risques pouvant résulter de l'insolvabilité du débiteur. En prévenir la survenance en garantissant l'exécution, par ce dernier, des décisions de justice, fait partie intégrante du processus qui concourt à augmenter les chances du créancier de recouvrer sa créance mise en péril ; ce qui permet de faciliter et de favoriser les transactions, et partant, l'investissement nécessaire au développement.

Car, comme l'observe I. MOREAU-MARGREVE, si les créanciers des pouvoirs publics deviennent à leur tour victimes des défaillances de leurs débiteurs, il y a fort à parier qu'ils ne soient plus en mesure de disposer de l'actif suffisant pour faire face à leur passif exigible. Et lorsque ces créanciers sacrifiés sont des entreprises, on imagine sans peine, les conséquences qui peuvent en résulter pour l'emploi et l'économie[1114].

On le constate donc, la sauvegarde des droits des créanciers des pouvoirs publics tend à éviter la faillite de ceux-ci (créanciers) en leur permettant de disposer de l'actif nécessaire à la réalisation de nombreux objectifs économiques et sociaux. Ceci est très important lorsque ces créanciers sont des investisseurs ou des entreprises productrices des biens et services.

En RDC, l'interdiction absolue de la contrainte à l'égard des personnes publiques a souvent eu pour conséquence de priver *certains partenaires publics de l'Etat*, non seulement des capitaux nécessaires au maintien de leur outil de production, mais aussi des ressources et des moyens financiers propres à assurer leur essor économique. Ne pouvant, en principe, user de voies d'exécution forcée à l'encontre d'autres personnes publiques débitrices, ils aboutissent

---

[1113] C'est nous qui soulignons.

[1114] I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 77 à 234.

finalement à d'inéluctables réductions du capital qui entraînent généralement un ralentissement de leurs activités et d'importantes perturbations dans la réalisation de leur mission de service public.

Le cas le plus remarquable est celui des entreprises de distribution d'eau (REGIDESO) et d'énergie électrique (SNEL) qui, faute de contrainte exercée sur des entités étatiques débitrices de sommes résultant de la consommation d'eau et d'électricité, se sont souvent retrouvées privées des ressources nécessaires à leur fonctionnement au point que frôlant la faillite, elles sont, à l'heure actuelle, privatisées.

Tout ceci, révèle l'intérêt d'une manipulation prudente des prérogatives traditionnellement reconnues à l'Administration en vue de protéger davantage les droits des créanciers des pouvoirs publics en RDC et de maintenir, par là, le climat de confiance nécessaire à la vie des affaires[1115].

264. Besoin de protéger les personnes publiques elles-mêmes contre un privilège jugé dangereux. Cet argument rejoint en partie celui qui vient d'être évoqué ci-dessus. La restriction du principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public se justifie également par le souci de protéger les personnes publiques elles-mêmes contre un privilège qui, à certains égards, peut s'avérer très dangereux. L'implication des pouvoirs publics dans les activités privées de type commercial ayant entraîné l'établissement de nouveaux rapports juridiques fondés sur l'égalité entre parties, celle-ci constitue désormais un principe fondamental à respecter en toutes circonstances, faute de quoi la concurrence entre opérateurs économiques serait faussée[1116]. Contribue à renforcer cet argument le fait conjoncturel selon lequel en s'introduisant aujourd'hui dans un domaine autre que celui de ses activités régaliennes, l'Etat accepte de se soumettre à une relation censée reposer sur une base de réciprocité des engagements comme cela est généralement le cas en droit privé[1117].

Dès lors, la partie étatique appelée désormais à se conduire comme une personne privée, n'est plus autorisée, au risque de rompre l'équilibre nécessaire entre parties, à invoquer, dans ses

---

[1115] Cfr. *supra*, n° 10.

[1116] P. FRANCESCAKIS, note sous *Etienne c/Gouvernement des Pays-Bas*, France, Tribunal de commerce de la Rochelle, 31 octobre 1947, *R.C.D.I.P.*, 1948, pp. 118-123 ; les observations de KARL-GUSTAF IDMAN, *A.I.D.I.*, 1952, vol. 44-1, p. 103. Dans le même sens, M. COSNARD, *op. cit.*, p. 275.

[1117] M. COSNARD, *op. cit.*, pp. 273-276.

activités de gestion, les privilèges que ne peuvent alléguer ses partenaires commerciaux. Question de préserver et d'assurer la défense tant de ses propres intérêts que de ceux de personnes privées.

Dans cette perspective, la règle de l'immunité d'exécution qui introduirait dans le rapport « Etat-privés », non pas des garanties ou des sûretés recherchées par les partenaires privés comme condition du maintien de leur relation, mais des privilèges plaçant l'Etat dans une position d'autorité, serait considérée comme dangereuse et risquerait de se retourner contre les pouvoirs publics en les privant de partenaires susceptibles de concourir à la réalisation de leurs nombreux objectifs d'intérêts communs.

265. Besoin de se conformer aux exigences d'un Etat de droit moderne. Les frustrations causées par le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public ont été également considérées comme relevant de l'incompatibilité entre ce principe et les exigences d'un Etat de droit moderne, lequel implique non seulement la soumission de l'Etat à ses propres règles de droit, mais aussi et surtout sa propension à assurer, pour la garantie de leur statut individuel, les droits de ses sujets. A cet égard un élément important doit être pris en considération : l'invocation de plus en plus grande du droit d'accès du demandeur privé à un tribunal, autrement qualifié de « droit à la justice » ou « droit à un procès équitable ». Ce droit exprimé à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme signifie, selon l'interprétation du juge européen de la Cour européenne des Droits de l'homme[1118], que toute personne a le droit de saisir une juridiction de ses prétentions et qu'elle a en outre le pouvoir d'obtenir exécution de la sentence rendue, sans oublier les garanties qu'impose l'équité procédurale[1119].

En ôtant à l'individu la possibilité de réaliser, par la force, ses droits reconnus par une décision de justice, l'immunité d'exécution lui ferme les portes de la justice et consacre par là même l'incapacité de l'Etat à protéger les droits de ses citoyens. En conséquence, la règle égalitaire applicable à la relation d'affaires entre l'Etat et les personnes privées apparaît

---

[1118] Le principe du « droit au juge » tel qu'il est interprété par le juge européen apparaît comme faisant partie du « noyau dur » des droits de l'individu qu'aucun Etat moderne respectueux des droits de l'homme ne peut, au niveau national, s'empêcher de protéger.

[1119] F. SUDRE, *op. cit.*, p. 20.

comme étant dépourvue de sanction en cas de non-observation. Dès lors, privé de son « droit à la justice », l'individu se retrouve fatalement privé de ses droits.

L'exécution des décisions de justice constitue, de ce qui précède, un droit fondamental de la personne humaine que ne peut s'empêcher de protéger un Etat de droit moderne, soucieux du respect des droits de ses citoyens. Car, à quoi servirait-il de trancher les différends pour se dérober, par la suite, à l'exécution des sentences rendues, sinon de donner dangereusement libre cours à l'anarchie, au désordre et au mépris de l'idéal de justice sur lequel est bâtie toute société civilisée ? La justice structurelle doit, pour paraphraser M. COSNARD[1120], correspondre à la justice matérielle dont le point culminant est la mise en œuvre des sentences juridictionnelles. L'évolution des sociétés ayant, en effet, des répercussions sur les règles de droit qui la régissent, la prise en compte des droits de l'homme en général et ceux des créanciers des pouvoirs publics en particulier, justifie que l'on revienne en RDC sur les bases de l'immunité d'exécution des personnes publiques en vue d'en restreindre l'application dans la pratique. Il y va de l'intérêt de l'Etat et du respect des droits de ses sujets.

266. Besoin d'assainir les mœurs judiciaires en RDC. Le tableau apocalyptique et très peu reluisant de la justice congolaise, peint par le Procureur Général de la République dans sa Mercuriale précitée[1121], atteste que ce pouvoir de l'Etat est en mal de fonctionnement et se trouve aujourd'hui discrédité. La justice congolaise est donc affaiblie et cède progressivement la place à la vengeance privée et à la loi du plus fort[1122].

[1120] M. COSNARD, *op. cit.* pp. 96 et s.

[1121] Ainsi pour le Procureur général de la République, ce constat est décrit comme suit : « *Or que constatons-nous ? Que malgré ce qui apparaît comme l'effort de l'Etat et des opérateurs judiciaires sur la voie de redressement, vers la distribution d'une justice juste et équitable, force est de nous rendre à l'évidence que le justiciable congolais tient un discours différent, souvent amer, voire acerbe et désabusé à l'endroit de la justice de nos palais, surtout quand il évoque le spectre douloureux de l'exécution des décisions de justice. Certains d'entre eux sinon tous, ne croient plus en la justice de nos palais ; car s'ils ne sont pas victimes des lenteurs et des nombreuses procédures volontiers alambiquées, ils sont souvent frustrés de se retrouver dotés des jugements qu'ils ne peuvent faire exécuter (…). Discrédité, ce pouvoir* (entendez pouvoir judiciaire) *perd une à une ses armes de noblesse et sacrifie à l'autel du précaire ce qui, sous d'autres cieux fait la grandeur et l'indépendance du pouvoir judiciaire. L'exécution des sentences que constitue le fondement de la justice se trouve ainsi ébranlée ; notre justice est menacée. Devant ce désarroi certains esprits ne se sont pas empêchés faute de mieux faire, de proposer, sinon le retour à la justice coutumière, du moins le recours à la justice populaire, qui évidemment, l'une comme l'autre, est inapplicable dans ce monde entièrement compénétré* » (*B.A.C.S.J.*, n° spéc., 30 novembre 1999, p. IV.). Ce constat décevant d'une justice défaillante due notamment à l'inexécution des sentences judiciaires est encore d'actualité quoi qu'il remonte à une dizaine d'années (1999-2009).

[1122] *B.A.C.S.J.*, n° spéc., 30 novembre 1999, p. 2.

Les causes de cette situation désastreuse sont multiples[1123]. Mais, comme l'a souligné le Procureur Général de la République lui-même, l'inexécution des décisions de justice en général et, particulièrement celles portant condamnation des personnes publiques au paiement des sommes d'argent, contribue pour une large part à la destruction et à la corrosion inéluctable du système. Elle jette un discrédit sur la justice congolaise et accélère, en outre, la perte de confiance de l'opinion publique sur l'ensemble de son appareil judiciaire. Aussi, y a-t-il lieu de s'interroger sur les garanties du « droit à la justice » dont peuvent encore bénéficier les justiciables congolais d'autant que nombre de décisions de justice rendues sont simplement inexécutées parce que visant les personnes morales de droit public.

Il est donc impérieux de mettre un terme à cette situation par l'assainissement des mœurs judiciaires en RDC. Concrètement, il s'agira de rendre à l'appareil judiciaire congolais sa confiance et sa crédibilité fort laminées notamment par la moralisation de ses agents appelés à faire preuve de plus de conscience et de responsabilité, de plus d'indépendance et d'impartialité tant dans leur mission de dire le droit que dans celle encore plus délicate de l'instruction juridictionnelle ou pré juridictionnelle et même de l'exécution des jugements et arrêts. De même, les auxiliaires de la justice (avocats et défenseurs judiciaires) ne devront plus rien entreprendre qui ne soit conforme à la légalité. Cela veut dire qu'ils ne devront plus, au mépris de leur serment, entraver le bon déroulement de la justice par des pratiques honteuses et peu recommandables[1124] consistant, par exemple, à retarder indéfiniment, par de moyens dilatoires, l'issue des procès. Enfin, les pouvoirs publics auront intérêt à assurer aux juges et à tous les magistrats des rémunérations décentes afin de les mettre généralement à l'abri de toutes tentations.

Le décor étant ainsi planté et les raisons de l'assouplissement de l'immunité absolue étant brièvement brossées, il ne reste plus qu'à déterminer les éléments sélectionnés en vue de

---

[1123] Ainsi sont successivement cités dans la Mercuriale : l'esprit et la manière dont s'applique la loi ; l'équation personnelle des parties et de leurs conseils ; le comportement des juges ; le comportement du ministère public ; celui des greffiers et huissiers ainsi que la réaction de l'autorité politique vis-à-vis des sentences entachées de mal jugé ou qualifiées d'iniques (*B.A.C.S.J.*, n° spéc., 30 novembre 1999, p. 2).

[1124] Pour le Procureur Général de la République : « *L'avocat congolais, jadis le sel de la justice, n'a pas échappé à la crise. Les contrats se comptent au bout des doigts. Les dossiers judiciaires multiples sont mus par des parties indigentes. Ne pouvant pas toujours compter sur la science et la moralité du juge, il joue à la survie. Et voulant s'adapter à la conjoncture, il corrompt et il détourne, au mépris de son serment. On lui attribue des saisies-exécutions injustifiées, des manipulations frauduleuses des greffiers ; à Kinshasa, les avocats se livrent entre eux une rude guérilla judiciaire, par des fausses-vraies erreurs de procédure au grand dam de leurs clients* » (*B.A.C.S.J.*, n° spéc., 30 novembre 1999, p. VI).

l'établissement d'un système protecteur des créanciers de l'Etat en RDC. Ces éléments s'articuleront principalement autour des moyens non-contentieux et des moyens contentieux d'inspiration franco-belge.

Chapitre II. Mécanismes proposés pour un système congolais de protection

267. Avertissement. Il est intéressant de noter que les mécanismes dont il est question dans ce chapitre seront répartis en « moyens non-contentieux » (section 1) et en « moyens contentieux » (section 2) d'exécution des décisions de justice. Les mécanismes « non-contentieux » sont appelés à intervenir surtout dans la phase dite « intermédiaire » entre l'exécution volontaire des décisions de justice et l'exécution forcée de celles-ci. C'est la phase dite « d'incitation à l'exécution volontaire ». En effet, comme l'observent R. PERROT et P. THERY : « *On a souvent de l'exécution des obligations une vision quelque peu manichéenne, avec d'un côté le « bon débiteur » qui paie ce qu'il doit avec une telle ponctualité que le juriste finit par l'oublier, et de l'autre, le « mauvais débiteur » contre lequel il faut déployer tout l'arsenal des moyens de coercition pour obtenir le paiement de ses dettes. La réalité est plus nuancée. L'exécution forcée n'est toujours qu'un substitut imparfait de l'exécution volontaire et entre ces deux extrêmes, il y a place pour ce que l'on pourrait appeler le « paiement résigné » : celui qui est obtenu par l'effet d'une pression psychologique plus ou moins forte exercée sur le débiteur pour l'inciter à exécuter de lui-même sa propre dette, en lui faisant comprendre qu'il est préférable d'exécuter volontairement ce qu'il doit plutôt que de s'obstiner à ne pas le faire. Cet aspect de l'exécution, trop souvent oublié, ne doit pas être négligé. Il est même bon de le favoriser, car il y va de l'intérêt de tous : du créancier qui obtiendra plus rapidement son dû, et du débiteur qui échappera aux frais d'une procédure onéreuse* »[1125].

L'expérience prouve donc qu'en pratique, lorsque le débiteur n'exécute pas volontairement son obligation, on peut, avant d'arriver à la phase d'exécution forcée proprement dite passer

---

[1125] R. PERROT et P. THERY, *op. cit.*, p. 52.

par une « phase intermédiaire » impliquant l'usage d'une gamme de procédés aux contours diffus où se mêlent incitations, persuasions, pressions, menaces et intimidations.

Il s'agit en réalité de techniques de *nature administrative*, qui, sans pousser le justiciable à engager des frais supplémentaires à l'issue de procédures judiciaires souvent longues et dispendieuses, lui permettent, à l'expiration d'un délai raisonnable donné à la personne publique pour s'exécuter spontanément, de saisir une autre autorité administrative ou judiciaire, en vue de solliciter son aide au respect de la chose jugée. Plus précisément, il s'agit de mécanismes non-contentieux destinés à inciter, par la persuasion, la personne publique à l'accomplissement de ce qu'une décision de justice ordonne ou de ce à quoi elle oblige.

L'usage de la contrainte à l'égard des personnes morales de droit public étant en principe redouté en raison notamment des conséquences néfastes qu'elle a sur la structure, l'organisation et le fonctionnement de ces entités (perte de crédibilité, identification et localisation de la fortune avant la saisie, réduction de l'actif du patrimoine etc.), l'octroi à ces personnes d'une occasion supplémentaire de réflexion susceptible de leur permettre de recouvrer la raison en les incitant à se conformer elles-mêmes à la chose jugée est sans doute également d'un grand intérêt[1126].

Aussi, sera-t-il souhaitable, lorsque l'inertie de la personne publique fera peser une incertitude sur la mise en œuvre, par elle, de la décision de justice, de reconnaître de *lege ferenda* au justiciable congolais, un droit à l'introduction d'une demande *d'aide à l'exécution* comme préalable utile mais non obligatoire[1127] au déclenchement de mécanismes contentieux d'exécution des décisions juridictionnelles.

Cette demande devra être introduite soit :

- devant le juge qui a rendu la décision inexécutée ;
- devant le Ministre des Droits Humains ;
- devant l'autorité de tutelle de la personne publique mise en cause.

[1126] Fût-ce par la persuasion ou les interventions informelles d'autres autorités.

[1127] Les mécanismes non-contentieux d'exécution des décisions de justice proposés dans cette analyse ne devront pas en principe revêtir un caractère obligatoire dans la mesure où le justiciable pourra ne pas en tenir compte lorsqu'il s'estimera financièrement apte à engager directement des procédures contentieuses.

Section 1. Mécanismes non-contentieux du système congolais de protection des créanciers

§1. Demande d'aide à l'exécution adressée à la juridiction qui a rendu la décision inexécutée

A. Principe de droit moderne

268. Préalable utile, mais non obligatoire. S'il est vrai que le point culminant d'un procès n'est pas le prononcé de la décision de justice, mais son exécution en aval, il est donc juridiquement fondé de solliciter d'abord l'intervention de la juridiction auteur de la décision en cas d'obstacle constaté dans la mise en œuvre de celle-ci. N'a-t-on pas enseigné que tout tribunal est en principe compétent pour statuer sur les difficultés que soulève l'exécution de ses jugements ?[1128] L'intervention de la juridiction dans la mise en œuvre de ses propres décisions doit constituer un des moyens dont dispose le justiciable, dans une société moderne et respectueuse des droits de l'homme, pour contraindre les personnes publiques au respect de l'autorité de la chose jugée.

Il doit s'agir d'une formalité simple et peu contraignante autorisant le créancier à solliciter le concours du responsable de la juridiction, en l'occurrence son Président, pour la mise à exécution de décisions de justice que les personnes publiques s'obstinent à ne pas appliquer. En effet, disposant d'une autorité morale sur les parties dont le litige a été soumis à sa juridiction, le Président du tribunal est en principe le mieux placé pour obtenir d'elles le respect de mesures ordonnées par le juge. Sans jamais être appelé à trancher un litige différent du premier, il a la possibilité d'amener, par la persuasion et l'information, voire l'action concertée ou l'intervention d'autres autorités, les parties succombantes, particulièrement les personnes publiques, au respect de l'autorité de la chose jugée. Surtout lorsque l'inaction de

---

[1128] L. DUGUIT, *Journal du droit administratif*, 1913, p. 489.

ces personnes peut engendrer une responsabilité personnelle des dirigeants et entraîner une augmentation des charges financières de l'entreprise due à une condamnation à une astreinte[1129].

Bref, sans être un passage obligé, le recours au Président de la juridiction de jugement peut donc s'avérer utile à la mise en œuvre des jugements et arrêts en RDC.

Aussi, est-ce à juste titre que le justiciable sera invité à solliciter préalablement l'appui de cette autorité pour l'exécution des sentences rendues par sa propre juridiction. Cette invitation sera d'autant plus justifiée qu'il s'agira, en principe, de l'exécution de décisions de justice devenues définitives ou coulées en force de chose jugée, c'est-à-dire, de décisions dont le respect s'imposera à la personne publique succombante par cela même qu'elles ne seront plus susceptibles de voies de recours ordinaires.

D'ailleurs, considérant le libellé de la formule exécutoire des jugements et arrêts aux termes duquel certains fonctionnaires et agents publics sont requis pour prêter main forte à l'exécution des décisions juridictionnelles[1130], il y a lieu de se demander si le Président de la juridiction de jugement, qui est un agent public par excellence en RDC, ne peut être considéré comme la première autorité concernée par cette formule en raison justement de la lourde responsabilité qu'il a de faire mener à bonne fin, y compris par la mise en exécution des sentences rendues, les affaires soumises à sa juridiction. Il n'y aurait donc pas intérêt pour une juridiction à trancher une affaire dans le seul but de faire moisir, dans ses tiroirs, le verdict consacrant la fin des hostilités entre parties. Aussi, serait-il souhaitable que la première autorité d'une juridiction, en l'occurrence son Président, soit souvent invitée à intervenir dans

---

[1129] Bien entendu, la responsabilité personnelle de l'agent public n'exclut pas qu'une action en dommages et intérêts soit introduite contre lui sur base de la responsabilité aquilienne (responsabilité de droit commun : art. 1382 du Code civil belge ou 258 du Code civil congolais). Il faut alors prouver l'existence des conditions requises à cet égard, à savoir : la faute, le dommage et le lien causal. Eu égard aux difficultés d'établissement de la faute personnelle de l'agent public surtout dans les grandes administrations centralisées, cette action peut s'avérer illusoire. Par ailleurs, les dirigeants des personnes morales de droit public sur lesquelles peuvent reposer la responsabilité de l'inexécution d'une décision de justice sont souvent en position d'une telle supériorité économique que le créancier n'est pas toujours en mesure de supporter les frais de procédure judiciaire ouverte à leur encontre. En effet, les avocats de ces dirigeants ont la possibilité de faire traîner en longueur les procès mettant en cause ces autorités surtout lorsqu'ils peuvent s'avérer néfastes à leurs intérêts. Dès lors, plutôt que de s'engager dans de telles procédures, il vaut mieux solliciter l'intervention de la juridiction de jugement à la mise en oeuvre de la chose jugée.

[1130] Pour le libellé de la formule exécutoire des jugements et arrêts en RDC, voy. chapitre Ier du Ier titre de la Ière partie consacrée au système congolais de l'immunité sans tempérament (cfr *supra*, n° 34 ainsi que les notes reprises en bas de page).

la mise en application de sentences rendues par elle. Car, en agissant ainsi, il pourra non seulement participer réellement à la distribution de la justice, mais aussi donner une dimension humanitaire et civilisatrice à la mission du juge[1131].

En RDC, l'intervention du Président, dans l'exécution de jugements et arrêts rendus par sa juridiction, peut être d'autant plus justifiée que les greffiers et les huissiers chargés de l'exécution des décisions de justice sont, comme le souligne le Procureur Général de la République : « *de formation moyenne, ils sont souvent confrontés à des règles de procédure qu'ils ne maîtrisent pas, au volume de plus en plus élevé des décisions à exécuter et au manque des moyens matériels pour le faire. Impayés ou mal payés, ils sont exploités par les opérateurs judiciaires qui donnent aux règles de l'exécution le sens de leurs intérêts et qui sont à l'origine des pratiques, en marge de la loi, telles que la surséance à l'exécution, les extorsions et les saisies illégales, les pratiques d'otages et les ventes publiques fictives (…). Les huissiers de justice devraient veiller à ce que les conditions légales de l'exécution forcée soient remplies (…). Mais hélas, leur niveau d'instruction comme l'incurie et la mauvaise foi les y empêchent* »[1132].

De ce qui précède et tenant compte de l'incompétence avérée de personnes chargées de l'exécution des sentences juridictionnelles en RDC, l'intervention du Président de la juridiction dans la mise en œuvre de celles-ci devient plus que nécessaire. Aussi, le Code congolais de procédure civile devra-t-il être revu en vue d'y inclure une disposition expresse conférant au Président de la juridiction le pouvoir d'apporter son concours à l'exécution de jugements et arrêts, particulièrement, ceux rendus à l'encontre des personnes morales de droit public. Cette disposition, inspirée du droit français serait libellée comme suit : « *Le président de la juridiction qui a rendu la décision inexécutée ou la personne qui le représente, peut apporter son concours à la mise en exécution de celle-ci. Il peut, à cet effet, utiliser les procédés les plus divers pour obtenir l'exécution par la personne publique ou privée succombante de la sentence faisant l'objet de la demande* »[1133].

[1131] On notera à cet égard qu'en matière pénale, une procédure quasi analogue existe déjà car aux termes de l'article 121, alinéa 1er du Code de procédure pénale congolais une partie civile peut solliciter l'appui du Ministère public pour faire exécuter certaines condamnations, notamment la contrainte par corps prononcée à son profit. Pour cela, elle doit adresser sa demande au Ministère public.

[1132] *B.A.C.S.J.*, n° spéc., 30 novembre 1999, pp. 27-28.

[1133] Disposition inspirée de l'article L. 911-4 du Code de justice administrative française.

269. Décisions de justice soumises à la « demande d'aide à l'exécution ». Même si la Constitution du 18 février 2006 prévoit la mise en place en RDC de deux ordres distincts et autonomes de juridictions (juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif), on doit se rendre à l'évidence que la justice congolaise fonctionne encore selon le principe de l'unité juridictionnelle impliquant le règlement de litiges par les mêmes magistrats de l'ordre judiciaire. Dès lors, les décisions juridictionnelles soumises à la « *demande d'aide à l'exécution* » seront, sans doute, dans un premier temps, celles émanant des juges judiciaires pourvu qu'elles soient coulées en force de chose jugée. Ce n'est que dans un deuxième temps, lorsque seront effectivement installées les juridictions administratives que le mécanisme « d'aide à l'exécution » sera étendu aux décisions des juridictions administratives. Ainsi sera établie la distinction entre les « demandes d'aide à l'exécution des décisions judiciaires » et les « demandes d'aide à l'exécution des décisions administratives ».

Point n'est besoin de souligner que le système congolais « d'aide à l'exécution » se voudrait différent de celui de la France qui ne bénéficie qu'aux seules décisions de la justice administrative. Car l'objectif poursuivi en RDC est de résoudre le problème de l'inexécution non seulement de décisions de justice rendues à l'encontre des personnes morales de droit public, mais aussi de toutes celles prononcées par les tribunaux et visant également les personnes privées.

270. Absence de formalisme de la demande d'aide à l'exécution. L'efficacité des mesures susceptibles d'être entreprises contre les personnes morales de droit public défaillantes dépendra de la facilité accordée au justiciable de s'adresser à d'autres autorités administratives que celles qui auront succombé. Pour éviter les déconvenues et donner leur plein effet aux demandes d'aide à l'exécution adressées au Président de la juridiction de jugement, un certain nombre de principes devront être observé : les juridictions judiciaires et, plus tard, les juridictions administratives devront prendre en compte toutes les demandes intervenues soit par simple lettre, soit par requête détaillée et argumentée. L'intention étant de faire en sorte qu'aucun formalisme de nature à constituer un obstacle à la saisine de l'autorité compétente ne soit imposé au risque d'en empêcher l'accès aux justiciables. Bien plus, pour favoriser l'introduction de ces demandes par les personnes ne bénéficiant pas de moyens financiers suffisants, elles pourront être formées même sans recourir aux services d'un avocat. Tout au plus, les demandes devront-elles contenir l'intention des créanciers de solliciter l'appui du Président de la juridiction de jugement à l'exécution de la chose jugée.

Enfin, la demande d'aide à l'exécution devra être, en principe, totalement gratuite et ne pas être assujettie à l'obligation d'apposer sur elle un timbre fiscal. Elle pourra donc être déposée soit au greffe de la juridiction de jugement à charge pour ce dernier de la transmettre à qui de droit, soit à l'office du Président lui-même.

271. Personnes habilitées à introduire une « demande d'aide à l'exécution ». Au nombre de questions susceptibles d'être posées relativement à l'introduction de la demande d'aide à l'exécution reviendra certainement celle se rapportant à la détermination des personnes juridiquement habilitées à adresser pareille demande.

A notre avis, la demande tendant à obtenir du Président de la juridiction une aide à la mise en œuvre de la sentence rendue pourra émaner aussi bien d'une personne physique que morale pourvu qu'elle se rapporte à une décision de justice dont l'exécution sera à tout prix recherchée. Les personnes intéressées par l'exécution de la sentence, notamment les ayants cause universels, pourront également être admis à saisir l'autorité juridictionnelle d'une telle demande.

272. Mesures susceptibles d'être prises par le Président de la juridiction de jugement. Saisi d'une « demande d'aide à l'exécution » le Président de la juridiction de jugement devra disposer d'une large marge de manœuvre aux fins de l'exécution des sentences. Il pourra d'abord enjoindre à la personne publique mise en cause de se conformer à la décision de justice dans un délai qu'il fixe. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet, il lui appartiendra de prendre toutes les initiatives, requérir tous les renseignements et entreprendre toutes les démarches auprès des administrations mises en cause afin d'assurer le respect de la chose jugée. En somme, tous les mécanismes d'incitation, voire d'intimidation pourront, à cet effet, être utilisés pour persuader la personne publique de se conformer à la chose jugée : correspondances, appels téléphoniques aux responsables de la personne publique, convocation desdites autorités aux fins de dialogue et de persuasion, envoi d'un rapporteur sur place, recommandations aux fins d'exécution, menaces de transmission du dossier au Ministère des Droits Humains en vue de l'inscription au « Fichier de moralité »[1134] des responsables publics mises en cause, menaces d'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office etc.[1135]. Bref, tous

---

[1134] Cfr. *infra*, n° 280.

[1135] Le tout pouvant déboucher sur l'autorisation donnée au requérant de procéder à la saisie des biens de la personne publique entêtée jusqu'au délire.

les procédés susceptibles d'amener, par une forte pression psychologique, la personne publique à exécuter volontairement la sentence rendue.

B. Principe d'une application conciliante

273. Un mécanisme modérateur. En permettant au justiciable de retourner devant la même juridiction pour obtenir l'exécution par la personne publique d'une décision de justice rendue en sa faveur, le système de « demande d'aide à l'exécution » introduit une sorte de conciliation entre les intérêts du créancier pour qui sont effectuées les démarches d'exécution de la sentence et ceux de la personne publique soustraite à l'application effective de la contrainte. Ce faisant, il recherche la compatibilité des intérêts en présence et évite l'utilisation de la contrainte à l'égard de la personne publique en s'efforçant le plus possible de la ramener à la raison et de la convaincre de faire droit volontairement aux prétentions du créancier consacrées par le juge. Ce système est donc d'une application conciliante et permet, par ailleurs, à l'autorité saisie de disposer d'une marge de manœuvre plus large dans l'usage de la contrainte à l'encontre de la personne morale de droit public.

Ceci est très important car ici apparaît l'intérêt pratique de ce mécanisme qui suppose que la contrainte « indirecte » ne peut être négligée dans la recherche des voies et moyens destinés à conduire la personne publique à l'exécution de sentences juridictionnelles. Mais, l'efficacité de ce procédé reste, faut-il le reconnaître, dépendante de l'autorité morale attachée « au représentant juridictionnel » saisi et des mécanismes de persuasion et d'intimidation dont il peut faire usage.

274. Illustration du principe. Le signe d'une certaine tendance du législateur à faire intervenir la juridiction de jugement dans l'exécution de ses propres décisions peut être dégagé, en RDC, de l'article 121, alinéa 1er du Code de procédure pénale qui permet à la partie civile de solliciter l'appui du Ministère public pour faire exécuter certaines condamnations, notamment la contrainte par corps[1136]. Ainsi, aux termes de cette disposition :

[1136] La contrainte par corps peut être définie comme étant l'incarcération du débiteur défaillant en vue de le contraindre au paiement de ses dettes. Bien connue dans l'ancien droit, la contrainte par corps s'est vue assignée

« *La partie civile qui désire faire exécuter la contrainte par corps prononcée à son profit adresse sa demande au Ministère public* »[1137].

Comme on le voit, le législateur impose à la partie civile d'adresser au Ministère public sa demande en vue de faire exécuter la contrainte par corps prononcée à charge du débiteur. Bien entendu, le parallélisme entre l'interdiction de la contrainte (objet de notre étude dans cette section) et l'exécution de la contrainte par corps est ici peu convaincant parce qu'il s'agit dans ce dernier cas d'une privation de liberté pour laquelle le concours de la force publique est généralement requis et qui constitue en réalité un recours à la contrainte. Mais, l'important pour nous est de relever que cette disposition légale constitue un exemple de l'intervention de la juridiction du jugement dans la mise en œuvre d'une décision de justice étant donné que la partie qui désire obtenir exécution d'une condamnation est obligée de s'adresser à cette juridiction par le biais du ministère public.

D'ailleurs, le concours du ministère public dans la mise en exécution du jugement n'est pas, en droit congolais, limité au seul cas de la contrainte par corps. Il peut également, dans sa mission de tutelle, se charger de l'exécution des condamnations civiles prononcées au profit des personnes pour lesquelles il a agi et il est aussi chargé de l'exécution des condamnations aux dommages et intérêts prononcés d'office[1138]. Son appui à l'exécution des condamnations civiles s'avère donc ici manifeste et c'est la raison pour laquelle il nous semble important d'étendre cette expérience aux autres décisions de cours et tribunaux[1139]. Il s'agit surtout de ne

---

une place importante dans le Code Napoléon où elle joua un rôle non négligeable en matières civile et commerciale durant une bonne partie du XIX^{ème} siècle. Depuis lors, elle a disparu dans ces matières et n'existe plus, d'une façon limitée, qu'en matières pénale et fiscale (cfr. A. RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais*, Tome 3 : *L'instruction criminelle et la procédure civile*, Bruxelles, Maison Ferd. Larcier s.a., 1965, n° 204, pp. 210-211). L'auteur note par exemple qu'en matière pénale, le juge peut même d'office prononcer la contrainte par corps pour assurer l'exécution par le condamné principal du paiement des frais et des condamnations civiles en faveur des bénéficiaires de l'allocation d'office. Toutefois, la contrainte par corps n'étant pas une « condamnation », mais une « voie d'exécution » de la condamnation, un appel qui ne serait fondé que sur l'intérêt d'obtenir l'exécution par voie de contrainte par corps ne serait pas recevable. Ainsi, la contrainte par corps doit toujours être prononcée dans le jugement principal. Sinon, il n'y a pas moyen d'obtenir une nouvelle décision sur ce point. Par ailleurs, lorsqu'il y a partie civile constituée, le tribunal ne peut prononcer la contrainte par corps que sur demande de celle-ci (A. RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais*, Tome 3, *op. cit.*, p. 211).

[1137] Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome I, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, 2003, p. 298.

[1138] A. RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais,* Tome 1 : *Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Bruxelles, Maison Ferd. Larcier s.a., 1970, n° 152, pp. 188-189.

[1139] Surtout des tribunaux civils.

pas laisser le justiciable seul face à la mise en application des condamnations dont il ne peut s'imaginer au préalable les difficultés pratiques du dispositif établi.

En matière de décisions de justice rendues contre les personnes publiques, la situation peut se présenter en des termes quasiment identiques parce que les difficultés d'exécution liées à l'existence, dans le chef de ces personnes de privilèges et avantages, peuvent généralement constituer un obstacle majeur à la réalisation par le créancier de ses droits vis-à-vis de ces entités. Aussi, n'est-il pas acceptable, en vue d'assurer le respect de la chose jugée, de laisser souvent le justiciable se démener seul face aux procédures d'exécution alambiquées et dont il n'a pas toujours la maîtrise au risque de le voir commettre des erreurs et de n'aboutir finalement à aucun résultat.

En l'absence d'une norme tendant à faire jouer au Président de la juridiction de jugement un rôle important en matière d'exécution civile des décisions rendues contre les personnes morales de droit public, la lacune du droit privé est cruciale et appelle une réglementation spécifique dans ce domaine. Cette réglementation devra, comme on l'a signalé précédemment, donner plus de pouvoirs au Président de la juridiction en tant qu'autorité juridictionnelle la mieux indiquée pour accomplir, dans l'intérêt de créanciers des pouvoirs publics, toutes les diligences nécessitées par la mise en application des sentences rendues.

§2. Demande d'aide à l'exécution adressée au Ministre des Droits Humains

275. Introduction. Le second moyen non-contentieux à mettre à la disposition des créanciers victimes de l'inexécution, par les pouvoirs et organismes publics, des décisions juridictionnelles est la saisine du Ministre des Droits Humains. Cet organe gouvernemental peut, en effet, constituer un maillon important dans le processus de mise en œuvre de la contrainte à l'encontre des personnes morales de droit public en RDC en raison, notamment de sa fonction liée à la défense et à la sauvegarde des droits de l'homme en général. Le Ministère des Droits Humains peut donc par des démarches rationnellement et judicieusement menées dans l'exercice normal et régulier de ses attributions, amener souvent les autorités

administratives à se plier volontairement au verdict des cours et tribunaux sans que soient nécessairement déclenchées à leur encontre des procédures de contrainte proprement dite.

Cependant, la saisine de ce Ministère comme mécanisme d'aide à l'exécution de la chose jugée ne peut être suggérée qu'à titre transitoire, en attendant la mise en place effective d'un organe protecteur des Droits de l'Homme indépendant du gouvernement appelé : « Observatoire National des Droits de l'Homme »[1140].

En effet, l'une des principales critiques adressées à l'encontre du Ministère congolais des Droits Humains est son appartenance au Pouvoir Exécutif qui ne lui confère guère, selon certains auteurs[1141], l'indépendance nécessaire à l'accomplissement efficient de sa mission de promotion et surtout de protection des droits fondamentaux des citoyens. Ce manque d'indépendance, observent ces auteurs, ne peut logiquement lui permettre de dénoncer les violations des droits de l'homme imputables au gouvernement en raison de la solidarité

[1140] Voy. l'article 154 de la Constitution de la transition d'octobre 2003 (*Publications de la fondation Konrad Adenauer*, p. 39) énumérant en son deuxième tiret l'« Observatoire National des Droits de l'Homme » comme l'une des institutions d'appui à la démocratie à mettre en place en RDC. Le contexte de la guerre dite « d'agression » du 2 août 1998 entre la RDC et les armées coalisées rwandaises, ougandaises et burundaises avait en effet fourni l'occasion aux belligérants de conclure, en vue de la paix, un accord dit « global et inclusif » dans la ville historique de Sun City en Afrique du sud. C'est dans ce cadre qu'a été créé l'Observatoire National des Droits de l'Homme en tant qu'institution d'appui à la démocratie. L'article 155 de la Constitution précitée détermine de manière générale les attributions dévolues aux institutions d'appui à la démocratie dont le quatrième tiret évoque expressément l'idée de la « promotion et de la protection des droits de l'homme ». Malgré la généralité des termes de cette disposition, on croit savoir qu'il s'agit là d'une attribution spécifique à l'Observatoire National des Droits de l'Homme (voy., à ce sujet, NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Droit congolais des droits de l'homme*, Academia, Bruylant, 2004, p. 415). Par ailleurs, la résolution du 9 avril 2002 des participants au Dialogue inter-congolais portant création de cette institution détermine en ces termes les compétences de l'Observatoire National des Droits de l'Homme :

- contrôler l'application des dispositions et normes juridiques nationales régionales et internationales relatives aux droits de l'homme ;
- recommander et faciliter la ratification ou l'adhésion de la République démocratique du Congo aux nouveaux traités relatifs aux droits de l'homme ;
- suivre et faire rapport sur l'Etat d'application des instruments juridiques internationaux relatifs à la promotion et à la protection des droits de l'homme ;
- faire connaître aux citoyens leurs droits ;
- favoriser l'instauration d'un véritable Etat de droit ;
- former les activistes des droits humains, assurer leur protection et garantir leur statut ;
- créer une commission pour la protection de la femme et de l'enfant etc.

[1141] Notamment NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA qui fait observer : « *De plus, le fait que, en tant que membre de l'équipe gouvernementale, le Ministre des Droits Humains se voit nommé et révoqué ad nutum par un chef politique et administratif* (entendez le chef de l'Etat*), contribue efficacement à son affaiblissement en tant que protecteur des droits de l'homme. Le ministre des Droits Humains congolais, du moins dans la logique actuelle du système, n'est pas par exemple issu du Parlement pour préserver, ne serait-ce qu'un semblant d'indépendance* » (NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *op. cit.*, p. 401).

gouvernementale qui le lie à celui-ci. Aussi, suggèrent-ils la création ou la mise en place, en RDC, des organismes protecteurs des droits de l'homme autonomes et indépendants de l'appareil gouvernemental et dont l'Observatoire National des Droits de l'Homme prévu par la Constitution de la transition d'octobre 2003 en est un exemple éloquent.

Fruit de la Constitution de la transition, l'Observatoire National des Droits de l'Homme a été créé le 9 avril 2002 par une résolution des participants au *Dialogue inter-Congolais* tenu à Sun City en République sud-africaine du 25 février au 11 avril 2002[1142]. Mais, faute de moyens financiers et de texte devant déterminer son organisation et son fonctionnement, cette importante institution d'appui à la démocratie congolaise[1143] est demeurée inexistante. D'où la proposition actuelle consistant à faire intervenir le Ministère des Droits Humains (pris en la personne du Ministre en charge de ce secteur) dans la procédure d'aide et d'appui à l'exécution, par les personnes morales de droit public des décisions juridictionnelles, en attendant sa mise en place effective.

Quant à la remarque portant sur la faiblesse du Ministère des Droits Humains en raison notamment de son appartenance au gouvernement de la République, nous pensons qu'elle devrait être relativisée eu égard aux effets bénéfiques liés justement à cette appartenance. En effet, la présence au sein du gouvernement de ce ministère permet de temps en temps à son responsable d'apporter des solutions à certains problèmes délicats et sensibles des droits de l'homme que ne peut résoudre, dans le contexte actuel d'instabilité politique et économique de la RDC, un organisme quelconque des droits humains, fût-il indépendant du gouvernement. Aussi, ne pouvons-nous pas nous permettre d'accréditer totalement l'observation qui tend, faute d'une information suffisante sur les activités de ce ministère, à ne retenir de cette institution que des aspects négatifs.

[1142] Il importe de noter qu'avant la création à Sun City de l'Observatoire National des Droits de l'Homme, la Conférence nationale sur les droits de l'homme convoquée en juin 2001 sous l'égide du Ministère des Droits Humains avait proposé la création, en RDC, d'un organisme indépendant de promotion et de protection des droits de l'homme dénommé : « Commission Congolaise des Droits de l'Homme et du Peuple ». Faute de moyens financiers, cet organisme ne verra jamais le jour.

[1143] D'autres institutions d'appui à la démocratie prévues par l'article 154 précité sont :

— La Commission électorale indépendante (actuellement fonctionnelle) ;
— La Haute autorité des médias ;
— La Commission vérité et réconciliation (non fonctionnelle) ;
— La Commission de l'éthique et de lutte contre la corruption (non fonctionnelle).

En effet, c'est grâce à l'appartenance au gouvernement du Ministère des Droits Humains que son titulaire obtint, au temps fort de la guerre dite « d'agression » contre la RDC, l'autorisation de faire rapatrier chez eux, en toute sécurité, des sujets rwandais et burundais victimes d'exactions et d'actes de violences et de barbaries de la part des Congolais. Ces derniers, soucieux de faire payer aux ressortissants des pays agresseurs installés au Congo le prix de la guerre imposée à leur pays, avaient exercé des pressions auprès des autorités de la République pour que des sujets étrangers d'origine rwandaise et burundaise fussent molestés en représailles aux violences subies, du fait de la guerre, par les congolais établis dans les territoires conquis par les armées coalisées de ces pays. En sa qualité de membre du gouvernement, le Ministre des Droits Humains eut la lourde et délicate tâche d'organiser et de superviser les opérations de rapatriement dans leurs pays d'origine de ces sujets. Le succès indéniable de ces opérations fut à la base du changement d'attitude de la communauté internationale vis-à-vis de la RDC dans cette guerre et avait même contribué à rehausser le prestige et l'autorité de ce Ministère tant à l'intérieur du pays qu'auprès des institutions du système onusien.

Sans l'appartenance au gouvernement du Ministère des Droits Humains, il eût été difficile, voire impossible, dans ce contexte de guerre chaude, de convaincre le chef de l'Etat d'accepter la proposition d'évacuation, en toute sécurité, de ces populations étrangères considérées alors comme une cible facile par les Congolais. Surtout que ces derniers manipulés politiquement ne juraient que par la vengeance, la liquidation, voire l'élimination « physique » de ces sujets étrangers, du reste, qualifiés de « vermine ».

Ceci explique tout l'intérêt qu'il y a, dans le contexte actuel, à voir le Ministère des Droits Humains jouer encore le rôle de médiation dans la défense des droits de l'homme en général et, particulièrement, ceux des créanciers des pouvoirs publics en tant qu'organe du gouvernement de République. Bien entendu, les insuffisances ne manquent jamais. Mais, ce Ministère, peut à notre avis, s'avérer plus utile au-dedans qu'en dehors du gouvernement.

Son arrimage au gouvernement constitue sa force dans le contexte particulier de la démocratie naissante et balbutiante de la RDC. Il rend possible l'information à la source, facilite le contact et le dialogue avec d'autres autorités et responsables politico-administratifs, permet de faire inscrire des points sensibles et névralgiques des droits humains à l'ordre du jour des réunions du gouvernement, etc. Autant d'atouts et de moyens d'action dont ne pourrait facilement disposer un organisme détaché du gouvernement même si en définitive on peut

affirmer que l'efficacité des actions de ce Ministère dépend en grande partie de l'envergure, du prestige, de la vision et de l'autorité morale de la personne qui en assume la responsabilité.

Afin d'appréhender à sa juste valeur, l'action du Ministère des Droits Humains dans son rôle d'appui à l'exécution des jugements en général et de ceux rendus à l'encontre des personnes morales de droit public en particulier, il est important de retracer brièvement sa genèse (A) et d'en articuler sommairement les attributions dont on s'efforcera de dégager, au mieux, les liens avec la mise en application des jugements et arrêts en RDC (B).

A. Brève présentation du Ministère congolais des Droits Humains (M.D.H.)

276. Gestation et naissance dans un climat politique grisâtre[1144]**.** Lorsqu'est créé en 1998 un Ministère des Droits Humains en RDC, le nouveau président « autoproclamé »[1145] de la jeune République, *M'zee* Laurent Désiré Kabila, a maille à partir avec les organisations internationales des droits de l'homme[1146]. Son mouvement politico-militaire dit « Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo (Zaïre) », en sigle A.F.D.L., est accusé de graves violations des droits de l'homme suite aux massacres « présumés » des réfugiés hutus rwandais[1147] perpétrés, lors de la conquête du pouvoir, par les forces militaires alliées mises à sa disposition[1148]. Ces massacres considérés comme un crime abominable par la communauté

[1144] Sur le contexte politique de la naissance du Ministère des droits humains, voy., à titre indicatif, NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *op. cit.*, pp. 394 et s).

[1145] C'est ainsi que les médias internationaux avaient l'habitude de le présenter. Sans doute en raison de son auto-proclamation, à l'issue de la guerre de libération déclenchée par son mouvement contre le régime du Maréchal Mobutu, comme chef de l'Etat de la République démocratique du Congo (RFI, BBC, etc.).

[1146] Notamment, Amnesty international et, particulièrement, Human Rights Watch, *République démocratique du Congo, un cheminement incertain : Transition et violation des droits de d'homme*, Rapport Décembre 1997, vol. 9, n° 9 (A), in http://www.org/french/reports/drc 1997.

[1147] Il s'agit de la disparition au début de l'année 1997, selon les médias internationaux (RFI, BBC, Africa n° 1, CNN, etc.), de plus ou moins 100.000 réfugiés hutus Rwandais ou assimilés à l'Est de la République démocratique du Congo. Une commission d'enquête initiée par les Nations Unies à l'effet de vérifier la véracité de ces allégations n'obtiendra jamais, du Gouvernement de Kinshasa, l'autorisation de se rendre sur les lieux présumés de perpétration des massacres « Mbandaka et Kisangani » (NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *op. cit.*, p. 395).

[1148] Plus précisément les forces armées rwandaises, ougandaises et burundaises.

internationale entraînent aussitôt la méfiance des grandes puissances à l'égard du nouveau régime. Aussi, la libération tant souhaitée du peuple congolais de la dictature oppressive mobutienne est-elle vite entachée par l'anathème jeté par la communauté internationale sur le régime kabilien.

Les explications, informations et justifications fournies ne changent rien à la situation. Les médias internationaux ne cessent de fustiger l'incurie et la négligence de nouvelles autorités à l'égard des droits de l'homme au Congo. Se développe alors un climat délétère qui finit par assombrir la crédibilité internationale déjà fort entamée du nouveau régime. Surtout que celui-ci use de détours et de subterfuges pour éviter de donner aux experts internationaux des Nations Unies l'autorisation de se rendre à Mbandaka et Kisangani, lieux présumés de perpétration des massacres.

La tension est alors à son comble. Les rapports de Kinshasa avec la communauté internationale sont mis à mal et le nouveau pouvoir est au bord de l'asphyxie. Partout se développent des attaques et des menaces contre le pouvoir de Laurent Désiré Kabila.

Pour soumettre, à sa volonté, les nouvelles autorités de Kinshasa et les obliger à accepter la Commission d'enquête internationale sur les massacres précités, la communauté internationale décide de geler l'aide financière promise à la RDC et tente de maintenir dans l'isolement le régime du président Kabila ; alors que continuent à s'exercer sur sa personne et son régime, à un rythme infernal, des pressions en vue de l'obtention des autorisations nécessaires à l'enquête exigée.

Entre-temps, à l'intérieur du pays, l'opposition politique dopée par les attaques de la communauté internationale contre le nouveau pouvoir, se réveille, s'organise et décide de mener la vie dure au président Laurent Désiré Kabila. Celui-ci est accusé de dérive totalitaire et de vouloir remplacer une dictature (mobutienne) par une autre (la sienne).

Par ailleurs, l'opacité du nouveau régime jugé imperméable aux sollicitations des anciens dirigeants et opposants politiques attire l'attention et fait de plus en plus l'objet de condamnations. Les kabilistes et leurs alliés sont accusés d'occuper seuls l'arène du pouvoir politique. Les manifestations et mouvements de protestations anti-Kabila se multiplient sous

la houlette de l'UDPS[1149], parti politique d'ETIENNE TSHISEKEDI, ancien opposant au régime Mobutu. Les arrestations arbitraires se comptent par centaines et les interventions musclées et injustifiées de l'armée et de la police sont érigées en système de gouvernement. Partout, l'insécurité gagne du terrain. Les appels de la communauté internationale au respect des Droits de l'homme, moins sévères au début, prennent de plus en plus un ton et une allure comminatoires.

C'est dans cette atmosphère politique tendue marquée par la volonté du président Kabila de tenter de faire droit aux revendications de la communauté internationale sur la question des droits de l'homme en RDC d'une part et de calmer et faire cesser les manifestations internes dirigées contre son pouvoir à l'intérieur du pays et particulièrement dans la capitale Kinshasa, d'autre part, qu'est né le Ministère des Droits Humains. Son statut juridique sera, au fil du temps, caractérisé par une grande instabilité.

277. Statut juridique du Ministère en constante instabilité. On peut, à première vue, s'interroger sur l'intérêt d'une évocation, dans cette étude, du statut juridique du Ministère des droits humains. La question n'est pas inutile d'autant qu'il est admis que le statut juridique d'une institution peut non seulement contribuer à la détermination de ses attributions, mais aussi aider à son fonctionnement harmonieux et efficient[1150].

S'agissant du Ministère congolais des droits humains, la mission de promotion et de protection des droits de l'homme qui lui est confiée ne peut, à notre avis, être valablement et efficacement remplie que s'il bénéficie d'un statut juridique stable et permanent capable de conférer à son titulaire une autorité morale suffisante dans son rôle de médiation et d'intercession en faveur des droits des citoyens injustement lésés. Or, en pratique, ce Ministère est souvent balloté et oscille entre le statut juridique de « Ministère » et de « Vice-ministère »[1151]. Cette dernière situation n'est donc pas de nature à renforcer l'action de cette institution étant donné que dans l'imaginaire populaire congolais, le Vice-ministre est

---

[1149] UDPS signifie : Union pour la Démocratie et le Progrès Social. C'est un parti politique d'opposition en RDC. Pour plus d'information voy. « www.udps.net ».

[1150] Voy. M. VERDUSSEN, « Le médiateur parlementaire : données comparatives », in *Le médiateur*, publication du Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 17.

[1151] Cas de l'année 2006 où ce Ministère fut réduit au rang de Vice-ministère. Le Vice-Ministre équivaudrait, en Belgique, au statut du Secrétaire d'Etat (dernier échelon dans la hiérarchie ministérielle).

généralement considéré comme une autorité ne jouissant pas de pouvoirs et du prestige politique requis pour faire plier certaines autorités administratives face à des pratiques jugées illégales.

Aussi, est-il souhaitable, au regard du rôle futur assigné à ce Ministère dans la mise en œuvre des décisions de justice en général et, singulièrement, des condamnations au paiement des sommes d'argent infligées aux personnes morales de droit public, que l'Etat congolais confère définitivement au Ministère des Droits Humains, à l'instar de ministères dits traditionnels[1152], un statut juridique permanent et stable. Ce statut devra en principe permettre au titulaire de ce Ministère de disposer de la prestance et de l'autorité morale nécessaires à l'accomplissement efficient de sa mission de « magistrature d'influence »[1153].

Eu égard à ces considérations, la nature ministérielle de cette institution devra être encouragée et soutenue, particulièrement, dans son rôle de *médiation*, lequel exige de ce Ministère des démarches et interventions que ne pourrait réaliser un organisme cantonné dans des rôles secondaires. Cependant, l'intervention du Ministère des Droits Humains ne peut se faire indéfiniment car l'idéal sera, comme souligné ci-dessus[1154], de parvenir à la mise en place en RDC d'un organisme public autonome de protection des droits de l'homme, doté de la personnalité juridique et bénéficiant d'un statut spécial[1155] destiné à préserver son indépendance à l'égard du gouvernement. Question de lui permettre d'exercer sa magistrature morale en toute indépendance en veillant au respect scrupuleux par l'Administration de la légalité et des droits humains.

Mais, qu'en est-il des attributions de ce Ministère ? Peuvent-elles se révéler compatibles avec la mission future assignée à cette institution ? Dans la négative, peut-on reconnaître au Ministère congolais des Droits Humains, le droit d'intervenir dans l'exécution des jugements et arrêts rendus contre les personnes morales de droit public en RDC ?

[1152] Tels que la Justice et les Affaires étrangères.

[1153] P-Y. MONETTE, « Du contrôle de la légalité au contrôle de l'équité : une analyse du contrôle exercé par l'ombudsman parlementaire sur l'action de l'administration », *Revue belge de droit constitutionnel*, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5. Cette magistrature est qualifiée par R. ANDERSEN de « magistrature d'ordre moral » (P-Y. MONETTE, *ibidem*, p. 5).

[1154] Cfr. *supra*, n° 275.

[1155] Cet organisme sera considéré comme un bras du Parlement dans sa fonction de contrôle de l'activité administrative, sans toutefois dépendre de cette institution (Parlement). Cfr. M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 17.

C'est pour répondre à toutes ces interrogations que nous nous proposons d'aborder le présent paragraphe.

B. Attributions du Ministère Congolais des Droits Humains

278. Rôle de médiation nettement affirmé. Bien avant l'intervention du décret du 16 septembre 2003 portant attributions des ministères du gouvernement de la RDC, le rôle de médiation du Ministère des Droits Humains était expressément affirmé en ces termes : « *Le Ministère des Droits Humains a été créé par la seule volonté de M'zee Laurent Désiré Kabila, président de la République, pour mieux promouvoir et protéger, en temps de paix comme en temps de guerre, les droits des Congolais et des étrangers résidant sur le territoire de la République démocratique du Congo (…). Il revient au ministère d'aider les nationaux et les étrangers à mieux connaître leurs droits et à les faire valoir en toutes circonstances (…). Il importe d'insister sur le fait que le ministère ne se substitue ni aux cours et tribunaux, ni aux services d'ordre et de sécurité. Il intercède en qualité de Médiateur de la République appelé à amener les autorités administratives et judiciaires à rétablir les citoyens lésés dans leurs droits. Il joue ce rôle selon les règles de l'art, en usant du tact et en tenant compte du contexte du cas d'espèce…* »[1156].

Ainsi, la qualité de « *Médiateur de la République* » du Ministère des Droits Humains était nettement affirmée dès la création de cette institution qui s'est donnée pour tâche d'intercéder en faveur des citoyens injustement lésés dans leurs droits ou atteints dans leurs libertés par l'action des autorités administratives, judiciaires ou autres, sans cependant se substituer aux cours et tribunaux ni aux services d'ordre et de sécurité.

Le refus de substitution aux organes juridictionnels permet aujourd'hui de distinguer le Ministère des Droits Humains de l'ancien « Département des Droits et Libertés du

---

[1156] Voy. dépliant distribué par le Ministère des Droits Humains depuis décembre 1998 intitulé : « République démocratique du Congo, Ministère des Droits Humains, Mission-projets prioritaires-Principales réalisations-Difficultés rencontrées-Perspectives d'avenir. Tout savoir sur le ministère des droits humains, Dépliant de connaissance générale, s.d.

Citoyen »[1157] créé sous le régime mobutien et dont le rôle « quasi-juridictionnel » manifeste, ne faisait l'ombre d'aucun doute. En effet, aux termes de l'article 16 de l'Arrêté départemental n° 0004/CAB/CE/DLC/85 du 2 février 1987 portant règlement interne organique du Département, celui-ci avait pour mission, à l'instar des organes juridictionnels, de rétablir, dans leurs droits les citoyens injustement lésés ou atteints dans leur liberté. C'est ce qu'énonçait cette disposition réglementaire dont le libellé était ainsi conçu : « *La décision du Département des Droits et Libertés du Citoyen vise à rétablir le citoyen plaignant dans son droit ou dans la situation où il se trouvait avant qu'atteinte ait été portée à sa liberté* »[1158]. Par ailleurs, soucieux de déterminer les modalités d'élaboration de décisions de rétablissement des citoyens dans leurs droits prises par le Département, l'article 15, alinéa 2 stipulait : « *Les projets de décision sont élaborés dans le style des décisions administratives, avec des considérants suivis d'un dispositif* ».

Tenant compte, comme l'affirme NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA[1159], de la portée du terme « rétablissement » dont le sens évoque l'idée de réparation, voire de restitution généralement en usage devant les cours et tribunaux, on ne peut, dès lors, douter du caractère contentieux de la procédure suivie dans ce Département. En effet, ses décisions avaient l'allure de véritables sentences juridictionnelles en raison de leur rédaction en forme de jugements (comprenant une motivation et un dispositif). Aussi n'ont-elles pas manqué de susciter des réactions en divers sens.

[1157] Le Département des Droits et Libertés du Citoyen, ancêtre du Ministère des Droits Humains a été créé en 1986 par le Président MOBUTU SESE SEKO, par Ordonnance n° 86-268 du 31 octobre 1986. Sa nature institutionnelle et sa mission d'organisme étatique protecteur des droits et libertés des citoyens ont été précisées par Ordonnance n° 87-034 du 22 janvier 1987 modifiant l'Ordonnance n° 86-268 du 31 octobre 1986 portant création d'un Département des Droits et Libertés du Citoyen (cfr. *J.O.* RDC, n° 4 du 14 février 1987, p. 21). Aux termes de l'article 1er de l'Ordonnance n° 87-034 du 22 janvier 1987, la création, au sein du Gouvernement, de ce Département était annoncée comme suit : « *Il est créé au sein du Conseil Exécutif (Gouvernement) un Département chargé de la protection des droits et des libertés des citoyens, dénommé (Département des Droits et Libertés du Citoyen)* ». Le Département des Droits et Libertés du Citoyen comprenait quatre structures administratives chargées d'épauler le Commissaire d'Etat (Ministre) : une Administration centrale, un Corps de jurisconsultes, un maillon de Représentants locaux ou extérieurs ainsi que des Commissions permanentes de concertation. Le caractère quasi-juridictionnel de ce Département l'avait conduit à la mise en place de quatre Directions techniques comprenant la Direction du Contentieux judiciaire, la Direction du contentieux administratif, la Direction du Contentieux politique et des voies de fait et la Direction des Relations internationales. Chaque Direction technique devait statuer sur des plaintes et des recours dirigés contre les interventions et décisions des autorités dont les activités relevaient de sa compétence (Arrêté départemental n° 0004/CAB/CE/DLC/87 du 2 février 1987 portant règlement interne organique du Département des Droits et Libertés du Citoyen).

[1158] Arrêté départemental n° 0004/CAB/CE/DLC/87 du 2 février 1987 portant règlement interne organique du Département des Droits et Libertés du Citoyen, *J.O.* RDC, n° 5 du 1er mars 1987, p. 23.

[1159] NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *op. cit.*, p. 387.

On se souviendra, à cet égard, que lors d'une journée d'étude organisée, en 1989 par le *Salon Juridique* de la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, fut ouvertement exprimée la critique selon laquelle le Département des Droits et Libertés du Citoyen apparaissait comme la dernière instance judiciaire du pays puisqu'il pouvait même « casser » la décision de la Cour suprême de justice jugée attentatoire à la liberté. De même, le rôle des cours et tribunaux ordinaires, faisait-on savoir, se trouvait ainsi minoré par la présence au Congo de cette institution gouvernementale érigée en une sorte de « Haute cour de justice » ou mieux de « Cour Suprême de Justice *bis* »[1160].

Quoi qu'il en soit, le Ministère des Droits Humains n'a pas jugé utile de reprendre cette compétence « conflictuelle » consistant à rétablir directement dans leurs droits les citoyens injustement lésés et se contente désormais de jouer le rôle de médiation en exerçant en tant que « Médiateur de la République » un contrôle consensuel de l'administration basé sur le dialogue et la persuasion.

Cette fonction de médiation, reprise par le Décret n° 03/027 du 16 septembre 2003[1161] permet ainsi au Ministère des Droits Humains d'amener, par la persuasion, les autorités administratives et judiciaires à réparer elles-mêmes les injustices commises en remettant, dans la situation antérieure à l'atteinte portée à leurs droits, les personnes injustement lésées. Elle est encore nettement exprimée dans l'Ordonnance n° 07/018 du 16 mai 2007 fixant les attributions des Ministères[1162]. Aux termes de cet instrument juridique national, le Ministère des Droits Humains s'occupe particulièrement des questions suivantes :

- promotion et protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- diffusion et vulgarisation des droits de l'homme ;
- suivi du respect des droits de l'homme ;
- *examen des cas flagrants de violation des droits humains par des mécanismes appropriés tels que la Médiation en matière de Droits de l'Homme* et la Commission

---

[1160] NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *op. cit.*, p. 390.

[1161] Décret n° 03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministères, *J.O.* RDC, n° spécial, 20 septembre 2003, p. 25.

[1162] *J.O.* RDC, 48ème année, n° spécial du 22 mai 2007, p. 18.

de contrôle, sans se substituer aux cours et tribunaux, ni aux procédures administratives prévues par la loi ;

- collaboration avec le Haut Commissariat aux Droits de l'Homme, avec la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, et avec d'autres Institutions Nationales, Régionales et Internationales en matière des Droits de l'Homme ;

- défense des intérêts de la RDC devant les instances internationales et régionales des droits de l'homme (Conseils des Droits de l'Homme, Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples) ;

- conception, élaboration, rédaction, présentation et défense des rapports initiaux et périodiques destinés aux comités de surveillance des traités internationaux et régionaux des droits de l'homme ;

- conseils et recommandations aux employeurs et travailleurs en matière du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et de la prévoyance sociale ;

- collecte et tenue à jour des données statistiques relatives aux conditions d'emploi, du travail et aux opérations de la prévoyance sociale ;

- gestion des relations avec les organisations régionales et internationales en matière du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et de la prévoyance sociale.

279. Compatibilité entre les attributions du Ministère des Droits Humains et la fonction « d'aide à l'exécution » des décisions de justice rendues à l'encontre des personnes morales de droit public. Si les attributions du Ministère congolais des Droits Humains sont telles qu'énumérées précédemment, d'une part, et si, d'autre part, on ne perd pas de vue que les fonctions du Médiateur de la République tant en droit français qu'en droit congolais consistent à aider, par *l'exercice de la médiation d'influence*, les personnes lésées à être rétablies dans leurs droits, peut-on encore se poser des questions sur le rôle du Ministère des Droits Humains en matière d'exécution des décisions de justice en général et, particulièrement celles rendues à l'encontre des personnes morales de droit public[1163] ?

[1163] Surtout quand on sait que la non-exécution des jugements et arrêts constitue non seulement une pratique illégale mais aussi une violation flagrante des droits de l'homme.

A notre avis, non. Le Ministère des Droits Humains, comme l'exprime l'Ordonnance du 16 mai 2007, c'est le « Médiateur de la République » en RDC. C'est, si l'on veut bien, l'autre nom du « Médiateur français » en RDC. Ou encore mieux, c'est le « Médiateur français » dans sa version congolaise.

Alors, plutôt que de créer des institutions nouvelles, plutôt que de multiplier des structures dont la mise en place pourrait s'avérer fort hypothétique en raison notamment du manque ou de l'insuffisance de moyens financiers nécessaires à leur établissement, il vaut mieux utiliser et exploiter les ressources locales disponibles.

Le Ministère des Droits Humains constitue, à l'heure actuelle, l'une de ces ressources institutionnelles disponibles dont pourrait se contenter la RDC en matière d'exécution des décisions de justice rendues contre les personnes publiques en attendant l'avènement de l'Observatoire National des Droits de l'Homme. Quitte à lui donner des outils et des moyens supplémentaires nécessaires à l'exercice harmonieux et efficient de sa mission.

Nous pensons ici non seulement à l'octroi à ce Ministère d'un statut juridique et d'un rang politique hiérarchiquement stable et permanent capables de donner à son titulaire le prestige nécessaire à l'accomplissement de sa mission[1164], mais aussi et surtout, à la réhabilitation de certains instruments juridiques indispensables à l'exercice de sa fonction de médiation.

Ainsi, en est-il du « *Fichier de moralité* » et de « *Commissions permanentes de concertation*».

280. Le Fichier de moralité. Conçu à l'image du « *Rapport annuel du Médiateur français* », le Fichier de moralité est un document institué par l'ancien Département des Droits et Libertés du Citoyen à l'intention du Président de la République[1165]. Il devait reprendre chaque année, d'une part, la liste des graves violations des droits et atteintes aux libertés retenues dans les dossiers étudiés au cours de l'année et, d'autre part, les noms des personnes qui en étaient les auteurs[1166].

[1164] Par exemple, un *Ministère* occupant un rang privilégié dans la nomenclature de départements ministériels.

[1165] Article 1er de l'Arrêté départemental n° 0028/CAB/DLC/CE/87 du 16 novembre 1987 portant création d'un « Fichier de moralité », *J.O.* RDC, n° 22, du 15 novembre 1987.

[1166] Article 2 de l'Arrêté départemental du 16 novembre 1987 précité.

Aux termes de l'article 3 de l'Arrêté départemental du 16 novembre 1987 instituant le « Fichier de moralité », était susceptible de figurer dans ce document, « *tout violateur patenté des droits de l'homme*. (C'est-à-dire), *toute autorité ou tout particulier qui manifestait son intention délibérée de demeurer un violateur en refusant systématiquement, et en dépit de rappels, d'exécuter la décision de réparation arrêtée à son encontre par le Département* ».

Comme en droit français, l'effet du « Fichier de moralité » était de *faire pression* sur les violateurs des droits humains dont les noms devaient être portés, à titre de sanction politique, à la connaissance du Chef de l'Etat lui-même avec toutes les conséquences politiques et disciplinaires qui pouvaient en résulter. Ainsi, le Fichier de moralité devait servir d'exemple et de leçon à d'autres personnes ou autorités tentées par le souci de porter atteinte aux droits et libertés des citoyens puisqu'il devait contenir des recommandations relatives aux mesures à prendre à l'encontre des agents publics fautifs.

Nous pensons que pareil instrument pourra, à nouveau, être remis en fonction par le Ministère des Droits Humains en raison de son caractère dissuasif indéniable. Car, en RDC, comme du reste dans beaucoup d'autres pays africains, les responsables politiques, judiciaires et administratifs se soucient grandement de leur image auprès du Chef de l'Etat[1167]. Surtout quand on sait que l'assombrissement de cette image entraîne généralement, comme conséquence, la méfiance de cette autorité vis-à-vis de tout responsable qui en est l'objet.

Par ailleurs, en vue d'assurer une large publicité de ce rapport, une copie de ce document pourra, le cas échéant, être adressée au Parlement et une autre envoyée pour publication au service du journal officiel. Le respect des dispositions relatives au secret de la vie privée devra, en tout état de cause, inciter le Ministère des Droits Humains à veiller à ce qu'aucune mention permettant l'identification des personnes dont les noms auront été révélés au chef de l'Etat ne soit faite dans les documents publiés sous son initiative.

Ainsi, le « Fichier de moralité » pourra, à notre avis, être réhabilité par le Ministère des Droits Humains d'autant que par sa présentation annuelle au Président de la République et sa publication au Journal officiel, il contribuera efficacement au respect de la chose jugée en

---

[1167] Dans la plupart de cas, cette image négative se traduit concrètement par la perte des avantages politiques ou autres que l'on était en droit d'espérer de la part du Président de la République : perte de nomination à des postes de responsabilité par exemple.

jouant le rôle d'outil de dissuasion et d'intimidation contre les personnes publiques récalcitrantes[1168].

281. Les Commissions permanentes de concertation. Quant aux Commissions permanentes de concertation, elles constituaient des instances politiques, c'est-à-dire, des plates-formes de concertation et de collaboration initiées par le Département des Droits et Libertés du Citoyen dans le but d'éviter des chevauchements et des conflits de compétences dans la poursuite des actions communes des différentes structures en matière et en faveur des droits de l'homme[1169].

Grâce à ces Commissions, le Département des Droits et Libertés du Citoyen assurait des contacts avec le monde de la Justice (Ministère et Cours et Tribunaux), les autres Départements ministériels (Affaires étrangères, Fonction publique, Travail et Prévoyance, etc.), les structures parlementaires, les services d'ordre et de sécurité (Gendarmerie, Agence Nationale de Documentation, Division Spéciale Présidentielle) etc.

Il s'agissait donc de véritables instruments ou organes techniques mis au service du Chef du Département des Droits et Libertés du Citoyen dans la protection des droits de l'homme au Zaïre (Congo) parce qu'ils lui permettaient, au travers de réunions de concertation, de saisir d'autres autorités qui, elles, disposaient des prérogatives juridiquement plus contraignantes dans la recherche de solutions aux problèmes posés.

Nous pensons également à la réhabilitation de ces *Commissions permanentes de concertation* en vue du renforcement de l'action du Ministère des Droits Humains, spécialement dans l'exercice de sa fonction de médiation au profit de créanciers victimes de l'inexécution des décisions de justice. Le Ministre, n'étant pas en mesure de tout accomplir dans la mise en œuvre de ses prérogatives constitutionnelles de promotion et de protection des droits humains, c'est sur ces *Commissions permanentes de concertation*, pensons-nous, qu'il devra régulièrement s'appuyer pour, d'une part, assurer l'examen, le traitement et le suivi des dossiers se rapportant aux cas flagrants de violation des droits de l'homme et, d'autre part,

---

[1168] Au titre de sanction politique, le Président de la République pourrait, par exemple, refuser de reprendre dans leurs fonctions les responsables des entités défaillantes.

[1169] NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *op. cit.*, p. 382.

entamer des démarches tendant à la saisine d'autres autorités capables d'intercéder avec plus ou moins de solennité et d'insistance en faveur des citoyens injustement lésés[1170].

Pour ces raisons et tant d'autres[1171] mises au crédit de ces plates-formes de collaboration et de concertation, celles-ci devraient être rendues, à nouveau, opérationnelles, dans le plus grand intérêt des citoyens congolais en général, du Ministère des Droits Humains et des créanciers de l'Etat.

Et parce que l'opinion congolaise en général et les créanciers de l'Etat en particulier, ne sont pas suffisamment informés de l'aide que le Ministère des Droits Humains peut, en sa qualité de « Médiateur de la République », leur apporter dans la mise en application des décisions de justice exécutoires, il appartiendra à ce Ministère de faire preuve de pédagogie et d'ouverture en s'efforçant, chaque fois, de donner des informations sur les pouvoirs qu'il tient des textes légaux et réglementaires dans ce domaine.

Il n'est en tout cas pas déraisonnable de penser que dans ses conférences, séminaires, colloques, publications, correspondances, débats radiotélévisés et autres activités liées à sa tâche de diffusion et de vulgarisation des droits de l'homme, le Ministère des Droits Humains se donne la peine de prodiguer régulièrement des conseils et de donner des informations sur les modalités de sa saisine. De même les possibilités offertes à ce Ministère dans l'utilisation de procédés d'incitation, de persuasion voire d'intimidation tendant à amener les pouvoirs et organismes publics au respect de la chose jugée devront être constamment portées à la connaissance du public.

[1170] En l'occurrence, les créanciers des pouvoirs et organismes publics bénéficiaires des décisions de justice devenues exécutoires.

[1171] On peut penser, par exemple, à la concertation avec d'autres services et institutions qui, en elle-même, est porteuse de beaucoup d'avantages : échanges de points de vue, recherche concertée de solutions etc.

§3. Demande d'aide adressée à l'autorité de tutelle dont relève la personne publique

282. Introduction. Afin de favoriser l'exécution des décisions de justice rendues contre les personnes publiques en RDC, l'envoi à l'autorité de tutelle d'une demande d'aide à l'exécution peut aussi, en tant que mécanisme moins coûteux, être envisagé comme alternative à l'usage de procédures contentieuses d'exécution forcée. Ceci devra obliger l'autorité de tutelle à prendre, sur recours du créancier et à la place des autorités sous tutelle défaillantes, des mesures de substitution destinées à assurer l'exécution des charges publiques incombant aux autorités subordonnées (tutelle obligatoire de substitution).

Avant de développer les arguments relatifs au pouvoir de tutelle envisagés en tant que mécanisme d'appui à l'exécution de la chose jugée, il est important de présenter brièvement à titre de rappel l'état des lieux des voies d'exécution administratives en vigueur en RDC.

A. Voies d'exécution administratives en vigueur en RDC

283. Absence de voies d'exécution administratives véritablement contraignantes. En RDC, les voies d'exécution administratives trouvent leur application dans l'exercice du pouvoir de tutelle organisé, soit au profit du Ministre de tutelle en ce qui concerne les entreprises et établissements publics, soit au profit du Gouverneur de province pour ce qui est des entités décentralisées placées sous son autorité.

S'agissant précisément de la tutelle sur les entreprises publiques, la nouvelle réforme opérée en juillet 2008[1172] a introduit une distinction tellement profonde au sein de ces entreprises que

[1172] Il s'agit d'un ensemble de lois du 7 juillet 2008 (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008) ainsi reprises :

- loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques ;

seules les entreprises publiques ayant la forme juridique d'établissements publics traditionnels demeurent soumises à la tutelle du Ministre ayant en charge le secteur d'activités concerné par l'objet de l'établissement[1173]. Les autres (entreprises publiques) devraient, quant à elles, être purement et simplement dissoutes ou transformées, si elles appartiennent au secteur marchand, en sociétés commerciales de type « société par actions à responsabilité limitée » et soumises au régime de droit commun[1174].

Le Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 du Premier Ministre pris conformément à l'article 13 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques[1175] établit, à cet égard, la liste des entreprises publiques transformées en établissements publics[1176], en sociétés commerciales[1177] et en services publics[1178].

- loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille ;
- loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics ;
- loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat (Cfr. *J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008.

[1173] Articles 3 et 25, alinéa 1er de la Loi n° 08/009 du 7 juillet portent dispositions générales applicables aux établissements publics (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008, p. 17 et p. 21). En voici les libellés respectifs : article 3 « *L'établissement public dispose d'un patrimoine propre. Il 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* ». Article 25, alinéa 1 : « *L'établissement public est placé sous la tutelle du Ministre en charge du secteur d'activités concerné* »

[1174] Articles 2, 4 et 5 de la Loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, *J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., 12 juillet 2008, pp. 6-7. Voici repris *in extenso*, les libellés respectifs de ces dispositions légales : article 2 « *Les entreprises publiques sont selon les cas : 1. Transformées en sociétés commerciales ; 2. Transformées en établissements publics ou en services publics ; 3. Dissoutes et liquidées* » ; article 4 : « *Les entreprises publics du secteur marchand sont transformées en sociétés commerciales soumises au régime de droit commun et aux dispositions dérogatoires de la présente loi* » ; article 5 : « *La société commerciale visée aux articles 2 et 4 ci-dessus est une société par actions à responsabilité limitée. Aucune autorisation n'est requise pour sa constitution. L'Etat est l'unique actionnaire* ».

[1175] Article 13 de la Loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 : « *Dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de la présente loi, un Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres établit la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, en établissements publics ou en services publics* ». Le Décret précité est intervenu en date du 24 avril 2009 (Cfr. *supra,* nos 56 et 61). Voy. aussi l'article 17 de la Loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 : « *Sous réserve des dispositions du chapitre V de la présente Loi* (il s'agit des dispositions transitoires dont font partie les articles 13 à 16), *la loi n° 78-002 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques telle que modifiée et complétée à ce jour, est abrogée* ».

[1176] Cfr. *supra,* n° 56.

[1177] Cfr. *supra*, n° 61.

[1178] Voy. Décret précité (Service de documentation de la Primature, *Kinshasa/Gombe*). S'agissant de quelques entreprises publiques dissoutes et à liquider, voy. Décret n° 09/ 13 du 24 avril 2009 (Service de documentation de la Primature, *Kinshasa/Gombe*).

Le pouvoir de tutelle sur les entreprises publiques transformées en établissements et services publics est exercé suivant les prescrits des articles 25, alinéas 1 et 3 et 29, alinéa 3 de la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics[1179]. De ces dispositions, il ressort que le pouvoir de contrôle de l'autorité de tutelle sur ces entités se résume en un pouvoir *d'autorisation, d'approbation ou d'opposition*.

Or, ce type de pouvoir (autorisation, approbation ou opposition) n'est pas, en tant que tel, suffisamment efficace pour venir à bout de l'inertie délibérée souvent opposée à l'exécution de la chose jugée par les personnes publiques. L'autorisation d'exécution, pour ne citer qu'elle, peut parfois se heurter aux obstacles dus notamment au refus d'exécution résultant de l'appréciation en opportunité qui oblige, dès lors, les autorités subordonnées à ne pas donner suite aux sentences rendues à l'encontre des personnes relevant de leur responsabilité. En l'absence d'une tutelle de substitution véritablement coercitive, il est alors difficile de vaincre la mauvaise foi de ces autorités et de les amener ainsi à se plier à l'autorité de la chose jugée.

Quant à la tutelle exercée sur les entités territoriales décentralisées, elle est actuellement consacrée par l'article 95 de la loi organique n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces[1180]. Cette disposition énonce, en effet, que : « *Le Gouverneur de province exerce, dans les conditions prescrites dans la présente loi, la tutelle sur les actes des entités territoriales décentralisées. Il peut déléguer cette compétence à l'Administrateur du territoire* ». Par ailleurs, l'article 96 définit les modalités du pouvoir de tutelle ainsi reconnu au Gouverneur de province de la manière suivante : « *La tutelle sur les actes des entités territoriales décentralisées s'exerce par un contrôle a priori et un contrôle a posteriori* »[1181].

[1179] Article 25, alinéa 1 « *L'établissement public est placé sous la tutelle du Ministre en charge du secteur d'activités concerné* » ; article 25, alinéa 3 « *Le Ministre de tutelle exerce son pouvoir de contrôle par voie d'approbation ou par voie d'autorisation* » ; article 29, alinéa 3 « (…) *pendant ce délai, l'autorité de tutelle a la possibilité de faire opposition à l'exécution de toute délibération ou décision qu'elle juge contraire à la loi, à l'intérêt général ou à l'intérêt particulier de l'établissement* ».

[1180] *J.O*. RDC, 49ème année, 10 octobre 2008, n° spéc., pp. 1-28.

[1181] *J.O*. RDC, 49ème année, 10 octobre 2008, n° spéc., p. 23.

Il s'ensuit qu'à l'instar des établissements publics, le pouvoir de tutelle du Gouverneur de province sur les actes des autorités territoriales décentralisées s'exerce par voie d'autorisation (contrôle *a priori*) et d'approbation (contrôle *a posteriori*).

Pareil contrôle tutélaire, faut-il encore le rappeler, demeure moins efficace. Aussi, s'indique-t-il de prévoir au profit du Gouverneur de province et même du Ministre congolais des Affaires intérieures, un pouvoir de tutelle véritablement contraignant fondé sur *l'inscription d'office,* au budget des collectivités territoriales, des dépenses obligatoires incombant à ces entités, en cas de carence notoire des autorités sous tutelle.

284. Une réforme quelque peu décevante. Il faut seulement regretter qu'en matière de tutelle sur les entités territoriales décentralisées, le législateur congolais d'octobre 2008 n'ait pas pris en compte l'esprit et l'économie de l'article 218 du Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 portant organisation administrative et territoriale de la RDC[1182]. Cette disposition avait expressément consacré l'existence, au profit du Ministre congolais des Affaires intérieures, d'une *tutelle de substitution*, proche de l'inscription d'office, qui permettait à cette autorité, en cas de défaillance, de prendre des décisions et de poser des actes obligatoires relevant de la compétence des autorités inférieures. Le libellé de cette disposition suffisamment clair à cet égard, indiquait que : « *Le ministre des Affaires intérieures peut, en cas de carence notoire, après deux rappels demeurés sans suite, se substituer à l'autorité sous tutelle pour prendre des décisions et poser des actes obligatoires qui sont de la compétence de cette dernière* ».

On le constate, l'usage rationnel par le Ministre des Affaires intérieures de cette disposition pouvait, en cas d'inertie des autorités subalternes, l'amener à se substituer à elles pour prendre des mesures commandées par les circonstances. C'est-à-dire décider soit d'assurer le paiement direct de la créance si les ressources étaient jugées suffisantes, soit d'inscrire au budget de l'entité concernée la dépense en vue du paiement lorsque les moyens financiers s'avéraient insuffisants. C'est là, à notre avis, l'organisation et la consécration en RDC d'une véritable tutelle de substitution (coercitive) que le législateur congolais d'octobre 2008 aurait dû prendre en compte.

[1182] Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome IV, Droit public et administratif, volume I, Droit public, Afrique éditions, 2003, p. 44.

B. Propositions de *lege ferenda*

285. En ce qui concerne les organismes publics. Le pouvoir de tutelle organisé actuellement par la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, avons-nous dit, ne peut permettre l'exercice en RDC d'une véritable tutelle de substitution (de type « inscription d'office ») fondée sur l'habilitation des autorités tutélaires à agir (en cas de défaillance) en lieu et place des autorités inférieures. Pareille situation inadmissible au regard des exigences de la bonne gouvernance s'avère regrettable tant il est vrai qu'elle est de nature à plonger régulièrement dans l'impasse les partenaires de l'Etat, privés de ce fait, de moyens de réaliser leurs droits.

L'objectif visé étant de parvenir à l'exécution des jugements et arrêts à travers la reconnaissance, aux autorités supérieures, d'un pouvoir de tutelle véritablement contraignant, il serait dès lors tout indiqué de prévoir pour le droit congolais à venir, des mécanismes de contrainte devant permettre aux autorités susdites de vaincre l'entêtement des autorités sous tutelle. Pour ce faire, une réforme de la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics serait envisageable afin d'y insérer un article *26bis* instituant, au profit de la tutelle, un droit à l'inscription d'office ainsi consacré : « *Dans le cas où il y aurait refus d'ordonner le montant des dépenses que la loi met à charge de l'établissement public, l'autorité de tutelle peut, après audition du (des) responsable(s) concerné(s) ou après deux rappels demeurés sans suite, se substituer à ce(s) dernier(s) et ordonner, s'il y a lieu, que la dépense soit immédiatement soldée ou qu'elle soit d'office inscrite au budget dans la proportion du besoin* »[1183].

En conséquence, l'article 25, alinéa 3 de la loi précitée devra être modifié et harmonisé avec l'article *26bis* ainsi proposé pour être reformulé comme suit : « *Le Ministre de tutelle exerce son pouvoir de tutelle par voie d'approbation, d'autorisation, d'opposition ou de substitution* ».

De la sorte, la compétence de l'autorité de tutelle pourra correspondre à la nouvelle vision des responsabilités que nous voulons la voir assumer tant en ce qui concerne l'exécution des

---

[1183] Cette disposition est inspirée de l'article 251 de la loi communale belge du 24 juin 1988, spécialement en ce qui concerne le Titre VI relatif au Budget et comptes.

jugements en général qu'à l'égard de décisions de justice rendues à l'encontre des personnes morales de droit public.

286. S'agissant des collectivités publiques décentralisées. L'absence d'un pouvoir de substitution organisé au profit des autorités de tutelle, en l'occurrence, le Ministre des Affaires intérieures et le Gouverneur de province nous oblige à proposer de *lege ferenda* la restitution à ces autorités de la compétence jadis reconnue en la matière au Ministre des Affaires intérieures par l'ancien article 218 du Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la RDC.

Dès lors, une modification de certaines dispositions de l'actuelle loi n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces s'impose. L'article 96 de cette loi qui définit les modalités de la tutelle exercée par le Gouverneur de province sur les actes des entités territoriales décentralisées devra, à cet effet, être revu et complété par un alinéa 2 ainsi conçu : « *Le Ministre des Affaires intérieures et le Gouverneur de province peuvent, selon le cas, après consultation et rappels à l'ordre demeurés infructueux, se substituer aux autorités sous tutelle pour prendre des décisions et poser des actes obligatoires qui sont de la compétence de ces dernières* ».

Ainsi, l'ensemble de cette disposition (article 96) serait libellé comme suit : « *La tutelle sur les actes des entités territoriales décentralisées s'exerce par un contrôle a priori et un contrôle a posteriori. Le Ministre des Affaires intérieures et le Gouverneur de province peuvent, selon le cas, après consultation et rappels à l'ordre demeurés infructueux, se substituer aux autorités sous tutelle pour prendre des décisions et poser des actes obligatoires qui sont de la compétence de ces dernières* ».

De même, l'article 95 devra être modifié et harmonisé avec l'alinéa 2 « proposé » de l'article 96, reconnaissant aux autorités de tutelle un pouvoir légal de substitution, pour être rédigé de la manière suivante : « *Le Ministre des Affaires intérieures et le Gouverneur de province exercent, chacun, dans les limites des compétences lui reconnues par la présente loi, la tutelle sur les actes des entités territoriales décentralisées* ».

Cette formulation aura la particularité de faire disparaître le second alinéa de l'article 95 devenu, de ce fait, sans objet[1184].

287. Conclusion. Ainsi prennent fin les prises de positions et les techniques formulées dans le cadre de mécanismes non contentieux de protection des droits de créanciers des pouvoirs publics que nous voulons voir institués ou renforcés en RDC. Elles ont été élaborées dans l'unique but d'inciter les autorités judiciaires et administratives congolaises à apporter régulièrement leur concours à la mise en œuvre de la chose jugée sans que cela entraîne des frais supplémentaires pour les requérants. Pour ce faire, une attribution de nouvelles compétences au Président de la juridiction de jugement et un renforcement des pouvoirs et prérogatives des institutions existantes (Ministère des Droits Humains, Autorités de tutelle) s'avéraient nécessaires en vue de garantir la réalisation par elle du service public et d'assurer ainsi la sauvegarde des droits humains.

Ce faisant, la justice souvent fustigée et stigmatisée cesserait d'être un concept simplement galvaudé, pour reprendre ses lettres de noblesse en RDC.

L'objectif visé étant de permettre une meilleure coordination de ces procédés, il sera impérieux de mettre tout en oeuvre pour éviter que l'exécution des jugements et arrêts n'aboutisse à des conflits de compétence, des chevauchements et des contradictions dans les décisions. Dès lors, un créancier ayant jeté son dévolu sur l'autorité de tutelle de la personne publique défaillante ne pourra saisir simultanément le Président de la juridiction de jugement ou le Ministre des droits humains de la même demande[1185].

Par ailleurs, quand bien même les procédures « d'aide à l'exécution » n'auraient pas un caractère obligatoire et qu'aucune hiérarchie ne serait établie entre elles, l'échec de ces mécanismes ou de l'un d'eux ne pourra empêcher un créancier de l'Etat de faire usage de moyens contentieux d'exécution forcée. Car le dispositif d'aide à l'exécution n'est envisagé qu'au cas où le justiciable ne peut disposer des ressources financières suffisantes pour entamer les procédures de saisie.

[1184] Pour rappel l'alinéa 2 de l'article 95 porte que : « *Il* (Le Gouverneur de province) *peut déléguer cette compétence* (le pouvoir de tutelle) *à l'Administrateur du territoire* ».

[1185] Cependant, en raison de la compétence exclusive reconnue au Ministère des Droits Humains dans l'élaboration des rapports relatifs aux violations des droits de l'homme imputables aux autorités administratives, judiciaires ou autres, tous les refus délibérés des autorités susdites de donner suite aux sentences juridictionnelles devraient être portés à la connaissance de ce Ministère quelles que soient les autorités dont ils émanent

Section 2. Mécanismes contentieux du système congolais de protection à venir

288. Introduction. Ce sont surtout des mécanismes caractérisés par l'usage de la « contrainte »[1186] à l'encontre de personnes morales de droit public non soucieuses du respect de jugements et arrêts. Feront ainsi partie de ces mécanismes, des techniques à caractère essentiellement juridictionnel à savoir : l'astreinte, la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'agent public et les saisies[1187].

Le recours à la contrainte étant en mesure d'entraîner des contestations entre parties sur la régularité formelle des procédures utilisées, il sera également utile de prévoir l'institution en

---

[1186] L'usage entre guillemets de ce concept se justifie surtout par le fait que les moyens proposés ici ne se résument pas uniquement aux procédés de contrainte proprement dits, c'est-à-dire, les saisies. Ils comprennent en outre « l'astreinte » considérée juridiquement comme un moyen de pression.

[1187] Il y a lieu de signaler également l'existence en droit belge de la loi du 2 août 2002 relative à la lutte contre les retard de paiement dans les transactions commerciales prise en application de la directive 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (voy. *M.B.*, 7 août 2002, pp. 34281 et s. ; P. WERY, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales », *J.T.*, 20 décembre 2003, 122ème année, n° 6119, pp. 869-882). Cette loi adaptée au contexte congolais peut aider à lutter contre l'inexécution ou le retard d'exécution des décisions de justice par les personnes morales de droit public. Elle prévoit, en substance, un délai dans lequel le paiement doit intervenir et impose des sanctions à l'encontre du débiteur défaillant à savoir : un intérêt de retard élevé et un dédommagement raisonnable pour le frais de recouvrement exposés par l'entreprise créancière. Cependant, sur le plan de la praticabilité, cette loi ne peut être elle-même d'aucune utilité (malgré ses mérites) lorsque la personne publique est couverte par le privilège de l'immunité absolue d'exécution. Car, aucune contrainte ne pourra, dès lors, être admise à l'encontre de cette personne pour obtenir ce à quoi le créancier ou l'entreprise créancière a droit (le dédommagement et les intérêts de retard). C'est un peu comme si on se trouvait en présence du procédé d'astreinte qui, en l'absence d'un mécanisme d'appui à sa mise en oeuvre ne peut, face à l'immunité d'exécution, produire les résultats escomptés. D'ailleurs, à y regarder de près, cette loi a pour effet d'augmenter, comme en matière d'astreinte, la charge financière du débiteur au cas où il s'obstinait à ne pas effectuer à temps (dans les délais lui impartis) le paiement auquel il est condamné. L'augmentation du taux d'intérêt de retard comme le dédommagement raisonnable qui peut en résulter ne sont, dès lors, que des moyens de pression exercés sur la personne du débiteur afin de le pousser à exécuter ses obligations. Il y a donc, en définitive, des liens étroits entre le mécanisme de la loi du 2 août 2002 et le procédé d'astreinte tant au niveau de leurs effets ou de conséquences juridiques (augmentation de la charge financière du débiteur), qu'au niveau même de leurs limites respectives (inopérabilité face à l'immunité d'exécution des personnes publiques). Ainsi, ayant opté pour le mécanisme d'astreinte, nous ne pouvons, en même temps, épouser un procédé analogue (loi du 2 août 2002) dont la mise en oeuvre obéit presque aux mêmes lois que l'astreinte. Encore que s'agissant de l'astreinte, la variation de son taux en fonction du degré de résistance du débiteur confère à ce mécanisme un avantage considérable (en tant que moyen de pression devant inciter le débiteur à l'exécution) par rapport à la loi du 2 août 2002.

RDC d'un juge de l'exécution. Celui-ci sera chargé d'autoriser les saisies et de connaître de tous les litiges nés de l'exécution forcée des jugements et arrêts.

§1. De l'institution de l'astreinte en RDC

289. Une nécessité impérieuse. Procédé comminatoire destiné à faire pression sur le débiteur afin de l'inciter à exécuter lui-même la décision de justice qui le condamne, l'astreinte est un important moyen juridictionnel à mettre à la disposition de la justice congolaise dans la lutte contre l'inexécution des décisions de justice en général et en particulier celles portant condamnation des personnes morales de droit public. Cet argument est renforcé par le fait que la seule menace de recours à ce procédé permet souvent de briser la résistance de l'administration récalcitrante lorsque le refus d'exécution découle du peu d'empressement manifesté par elle à coopérer à l'exécution. Aussi, faudra-t-il que le droit congolais procède à l'accroissement des prérogatives du juge par la reconnaissance en sa faveur d'un pouvoir d'astreinte.

A. Raisons de l'institution de l'astreinte en RDC

290. Accroissement du pouvoir sanctionnateur du juge. L'absence de texte a longtemps empêché le juge congolais de faire usage du mécanisme d'astreinte dont l'efficacité dans la mise en œuvre de décisions juridictionnelles a été maintes fois prouvée[1188]. Cette lacune n'a pas permis à ce procédé de se développer et de prendre un essor considérable en droit congolais.

[1188] Cas des droits belge et français.

L'extension considérable de l'astreinte[1189] ainsi que son rôle dans la mise en application des sentences juridictionnelles exigent de poser comme *principe* en droit congolais que l'astreinte en tant qu'accessoire d'une condamnation principale, peut toujours être ordonnée par le juge, dès lors que celui-ci tient à faire exécuter par la force cette condamnation. La conception de l'exécution ayant évolué, on comprend que le juge congolais moderne dispose du droit de responsabiliser le débiteur pour essayer d'obtenir de lui-même un paiement, sinon spontané du moins résigné.

291. Institution par la Constitution du 18 février 2006 des juridictions de l'ordre administratif au Congo. On peut se poser la question du rapport entre l'institution de l'astreinte en RDC et la création d'un ordre de juridictions administratives dans ce pays[1190]. La réponse est bien simple : l'astreinte a cessé d'être une notion étrangère à la matière administrative. En effet, pendant longtemps, on a considéré que l'astreinte ne pouvait pas être ordonnée pour inciter une personne publique à exécuter une condamnation prononcée contre elle[1191]. Le principe de la séparation des pouvoirs entre les autorités administratives et judiciaires, enseignait-on, était à la base de cette interdiction.

De nos jours, la situation a considérablement changé. Le peu d'empressement manifesté par les personnes morales de droit public à exécuter leurs propres obligations a rendu possible l'usage, à leur encontre, de ce moyen de pression afin d'assurer la protection des intérêts de créanciers. L'examen des législations, de la jurisprudence et de la doctrine actuelles fait apercevoir, à cet égard, une remise en cause de l'immunité absolue d'exécution des personnes publiques. L'exécution forcée des condamnations au paiement des sommes d'argent prononcées contre elles n'est plus impossible. La saisie de certains biens de l'administration

---

[1189] L'astreinte avait d'abord été considérée comme un moyen de pression dont le domaine d'application ne se limitait qu'à des situations où il était difficile de parvenir à l'exécution forcée par des voies classiques. Et on pensait tout naturellement aux obligations de faire ou de ne pas faire dont l'exécution en nature implique une intervention personnelle du débiteur (cas de l'exécution de certains travaux ou de la livraison de certaines choses). A l'heure actuelle, le domaine de l'astreinte a connu une extension considérable. Il est fait usage de l'astreinte dans des matières telles que l'expulsion, la concurrence, les troubles de voisinage, la délivrance d'un certificat, la réalisation de certains travaux, l'abstention de certains actes etc. Domaines dans lesquels l'usage de voies d'exécution forcée ou le paiement des dommages et intérêts ne peuvent se révéler efficace. Le juge congolais confronté aussi à des situations pareilles devra donc se doter absolument de ce moyen de pression (l'astreinte) pour faire fléchir de temps en temps certains débiteurs impénitents et entêtés jusqu'au délire.

[1190] Exposé des motifs de la Constitution du 18 février 2006, p. 6. et article 154 de cette même Constitution.

[1191] Voir nos développements antérieurs à ce sujet sur le droit belge et le droit français.

devient légalement praticable (droit belge) et la loi oblige parfois le comptable public à procéder au paiement sur présentation de la décision de justice exécutoire (droit français).

Tout cela traduit une évolution remarquable que le droit congolais ne peut et ne doit en aucune façon ignorer. Aussi, doit-on se réjouir que la proposition d'application de l'astreinte en RDC coïncide avec la création, dans ce pays, de juridictions de l'ordre administratif[1192] car la mise en œuvre de ce procédé, par ces juridictions, constituera certainement ici comme dans d'autres pays, une étape importante dans l'utilisation de la contrainte envers les pouvoirs et organismes publics. Surtout que, de nos jours, l'astreinte occupe une large place en matière administrative.

Dans la mesure où l'usage de l'astreinte peut mettre en cause le principe de la séparation des pouvoirs, la manipulation, par le juge congolais, de cette institution devra donc faire l'objet de beaucoup de circonspection.

292. Proposition de solutions en matière judiciaire. L'astreinte étant inconnue en droit judiciaire congolais, le droit positif de ce pays devra prochainement prévoir l'introduction, dans son arsenal juridique, de la notion d'astreinte. On mesure ici l'intérêt d'un tel procédé comme garantie des droits des créanciers publics. Car, en matière d'exécution des décisions de justice rendues contre les personnes morales de droit public, la difficulté principale est en effet d'amener ces personnes à respecter leurs obligations.

L'introduction de l'astreinte en matière judiciaire permettra ainsi au juge judiciaire congolais de prononcer des astreintes à l'encontre de l'administration, non seulement en cas des obligations de faire ou de ne pas faire, mais aussi en ce qui concerne les obligations des sommes d'argent. Car, la pression à l'exécution exercée par l'astreinte sur les débiteurs reste valable également pour ces genres d'obligations[1193].

[1192] Cette création prévue par la Constitution n'est pas encore effective.

[1193] Nous sommes, en effet, partisan de l'extension de la notion d'astreinte même dans les obligations ayant pour objet une somme d'argent. A cet égard, l'astreinte devra être distinguée des dommages et intérêts moratoires résultant du retard mis par le débiteur dans l'exécution de ses obligations et qui visent justement à réparer le préjudice causé au créancier par ce retard. Les dommages et intérêts moratoires sont fixés, de manière globale (après évaluation globale du préjudice), en fonction du préjudice subi par le créancier à la suite du retard alors que l'astreinte ou le montant de l'astreinte est fixé en fonction du degré de résistance du débiteur (le juge peut donc en augmenter le montant ou le diminuer en fonction de la résistance opposée au respect de la chose jugée par le débiteur). Ainsi, les dommages et intérêts moratoires sont indépendants de l'astreinte et le juge peut même parfois autoriser le cumul de ses deux mécanismes (KALONGO MBIKAYI, *op. cit.*, p. 194). Par ailleurs, pour les mêmes raisons que celles évoquées en ce qui concerne l'exécution en nature des obligations ayant pour objet

De ce qui précède, une réforme du *Code de procédure civile* congolais s'impose afin d'y incorporer entre le Titre II (Des voies de recours) et le Titre III (Des voies d'exécution et de sûreté), un « *Titre IIbis* » consacré à l'astreinte[1194].

Le choix de ce Titre particulier se justifie par le fait que l'astreinte n'est ni une voie de recours, ni une voie d'exécution forcée dont l'objet est la vente forcée des bien du débiteur. Elle est simplement, on l'a dit, un moyen de pression destiné à assurer l'exécution des décisions de justice. Pour cela elle mérite qu'un Titre entier lui soit consacré pour régler, jusque dans les moindres détails, les questions se rapportant à sa mise en application effective.

Concrètement, l'introduction dans le Code de procédure civile congolais du « *Titre IIbis* » relatif à l'astreinte requerra l'existence d'un article 104*bis*[1195] consacrant le principe de cette technique en ces termes : « *Le juge peut, à la demande d'une partie, en cas d'inexécution constatée d'une décision de justice, condamner l'autre partie au paiement d'une somme d'argent dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. La demande est recevable même si elle est formée pour la première fois sur opposition ou au degré d'appel* »[1196].

Par cette introduction, il sera ainsi loisible au juge judiciaire de contrôler davantage[1197] les activités des personnes publiques sans pour autant porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Par ailleurs, comme on peut le constater, l'astreinte dont nous proposons l'introduction en RDC revêt principalement une nature d'astreinte « *a posteriori* », c'est-à-dire, celle qui pourra être demandée après qu'une opposition à l'exécution aura été constatée dans le chef de la personne publique défaillante.

---

le paiement d'une somme d'argent, nous sommes favorables à l'application de l'astreinte à certaines obligations résultant du contrat de travail envisagé ici dans son sens le plus large. En effet, l'astreinte ayant pour but d'amener le débiteur à exécuter en nature son obligation au moyen d'une pression psychologique exercée sur lui (vocation comminatoire et non-indemnitaire), nous sommes d'avis que la même pression peut être exercée, aux mêmes fins, à l'encontre d'un débiteur d'une obligation née du contrat de travail. Car la crainte de voir le débiteur accomplir sa prestation de manière incorrecte peut ici conduire le juge à décider que le contrat soit exécuté sous la supervision d'un expert (par exemple dessiner un plan sous la surveillance d'un expert).

[1194] On peut, à cet égard, envisager l'intervention d'une loi portant institution de l'astreinte en matière judiciaire.

[1195] Les articles 96 à 104 du Code de procédure civile étant consacrés à la « Prise à partie ».

[1196] Cette disposition est inspirée des textes correspondants belge et français en la matière, particulièrement l'article 1385*bis* du Code judiciaire belge et l'article 33, alinéa 1er de la loi du 9 juillet 1991 : *« Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision »*.

[1197] Ce contrôle existe déjà car les juges judiciaires connaissent des litiges relatifs aux activités de l'administration ayant un caractère privé. Il s'agit surtout ici de le renforcer.

La solution adoptée paraît s'imposer d'autant que l'astreinte n'est due que si l'exécution de la condamnation principale a échoué et que l'ordre donné par le juge n'a pas été respecté. L'astreinte *a posteriori* semble donc plus adaptée à la tradition procédurale selon laquelle la partie est juge de ses intérêts. Lorsqu'elle introduit une demande d'astreinte, c'est qu'elle souffre d'une inexécution.

Enfin, les astreintes prononcées par le juge judiciaire devront obéir aux mêmes règles quelle que soit la qualité de la personne condamnée (publique ou privée). Ainsi en sera-t-il du point de départ de l'astreinte, du bénéficiaire du montant de la condamnation et de la liquidation de l'astreinte par le juge.

293. Point de départ de l'astreinte. Puisque l'astreinte ne peut jamais produire ses effets avant la signification de la décision qui l'a prononcée, le juge ne pourra dès lors devancer le point de départ de l'astreinte et choisir le moment du prononcé de celle-ci comme étant celui de l'exigibilité de la dette d'astreinte. En revanche, le juge pourra retarder le point de départ de l'astreinte afin de laisser au débiteur, pour des raisons d'humanité, un temps pour s'exécuter.

294. Du bénéficiaire et de la liquidation de l'astreinte. L'astreinte étant prononcée à charge de la personne publique récalcitrante qui, en l'espèce, se trouve être l'Etat lui-même ou l'un de ses démembrements organiques ou territoriaux, il ne sera pas admis que le fruit de la condamnation à l'astreinte lui soit attribué au risque de donner l'impression de remettre, comme on dit : « les poissons dans l'eau après la pêche ».

L'astreinte judiciaire une fois due ne pourra profiter totalement qu'au créancier de l'injonction[1198]. Et, pour éviter que ce dernier ne laisse s'accumuler indûment les astreintes, en faisant en sorte que l'inexécution du jugement devienne une « bonne affaire » pour lui, un délai de prescription de six mois, prenant cours à la date à laquelle l'astreinte sera encourue, pourra être fixée par le législateur.

Ce délai tient compte des causes de suspension et d'empêchement légal à l'exécution de l'astreinte comme la faillite. Mais, il tient également compte de l'étendue du territoire congolais et des difficultés de communication qui peuvent parfois s'établir entre le siège de

---

[1198] Il s'agit de l'astreinte judiciaire.

certaines juridictions et les localités éloignées de ce siège. Ces difficultés peuvent en effet maintenir le créancier dans l'ignorance de ce que l'astreinte lui était due.

Quant à la liquidation de l'astreinte, elle pourra relever du pouvoir discrétionnaire du juge en vertu de la liberté lui reconnue de fixer le montant de l'astreinte. En effet, non seulement le juge disposera d'un pouvoir souverain pour déterminer le taux de l'astreinte, mais aussi il devra chaque fois en fixer le montant définitif pour éviter que le créancier ne soit obligé de revenir devant le juge aux fins de faire liquider l'astreinte.

De la sorte, le système congolais de « l'astreinte définitive » inspiré du modèle belge aura la particularité de conférer au créancier, une fois la décision principale devenue exécutoire, un titre authentique dont il pourra directement se servir pour assurer la réalisation de ses droits. Pareil système se démarquera ainsi du modèle français de l'astreinte « provisoire »[1199] impliquant, en cas de refus obstiné du débiteur à ne pas donner suite à la condamnation lui infligée, un retour devant le juge pour arrêter le cours de l'astreinte et en fixer le montant définitif.

295. Proposition de solution en matière administrative. L'heure n'étant plus à la prohibition de l'usage de l'astreinte à l'égard de l'Administration, le futur droit administratif congolais ou mieux le futur « Code congolais de justice administrative »[1200] devra de même organiser le régime du prononcé, dans certains cas[1201], de l'astreinte en matière administrative afin de garantir l'effectivité des décisions rendues à l'encontre des personnes publiques, par les juridictions de l'ordre administratif. Les textes ouvrant au juge administratif cette possibilité ne devront, bien entendu, concerner que les tribunaux administratifs, les Cours administratifs d'appel et le Conseil d'Etat tels qu'institués par l'article 154 de la Constitution du 18 février 2006.

[1199] Quant à l'astreinte provisoire et définitive, cfr. *supra*, n° 247.

[1200] Ce Code n'existe pas encore en RDC.

[1201] Il est important de signaler que l'astreinte ne peut être prononcée dans tous les cas en matière administrative. Seules certaines hypothèses requièrent le recours à cette procédure. Il en est ainsi, par exemple, lorsque *le jugement ou l'arrêt impliquent « nécessairement » une mesure d'exécution dans un sens déterminé*. Un jugement et un arrêt impliquent nécessairement qu'une mesure d'exécution soit prise, lorsque l'administration se trouve, après l'intervention du juge, dans une situation de compétence totalement liée et n'a aucune liberté de choix quant à la décision que le respect de la chose jugée lui impose de prendre (voy. S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *op cit*., p. 1687, n° 1622.15). Ainsi, lorsqu'à la suite de l'annulation de la sanction d'exclusion de son service, l'agent public doit être nécessairement réintégré, sa carrière reconstituée et ses arriérés de salaire totalement payés, une astreinte peut être prononcée par le juge administratif pour assurer le respect des obligations ainsi imposées à l'administration.

S'agissant précisément du Conseil d'Etat, cette Haute juridiction administrative ne pourra prononcer des astreintes que lorsqu'elle sera appelée à siéger sur le « fond du litige » ou lorsque la décision de règlement du litige au fond impliquera qu'une mesure d'exécution soit prise dans un sens déterminé. Dans cette hypothèse, le Conseil d'Etat saisi de conclusions en ce sens, pourra assortir sa décision d'une astreinte[1202]. Cette approche s'inspire de la législation belge en matière d'astreinte d'autant que, dans ce dernier système, le Conseil d'Etat ne peut infliger d'office une astreinte à l'autorité administrative récalcitrante. Ce n'est que lorsque le devoir prescrit par la Haute cour n'a pas été respecté que le requérant peut introduire une nouvelle requête aux fins d'astreinte[1203].

Dès lors, l'astreinte dont la fonction est de contribuer à l'exécution des décisions de justice administrative[1204], spécialement celles portant condamnation de personnes publiques, ne pourra résulter que d'une demande présentée en ce sens par le requérant. Cette demande devra être suffisamment claire et précise pour permettre au juge de se faire une idée sur le contenu de la ou des mesures d'exécution sollicitées.

D'où le schéma ci-après :

arrêt d'annulation imposant à l'autorité de prendre une nouvelle décision
⇓
notification de l'arrêt
⇓
délai d'attente de deux mois minimum à partir de cette notification
⇓
mise en demeure
⇓
refus explicite ou implicite
⇓
demande d'astreinte

[1202] Par exemple, le Conseil d'Etat peut annuler une décision d'exclusion (licenciement) d'un agent public et demander à une institution ministérielle (Ministère de l'Economie) qui l'embauche de lui payer, endéans tel délai, ses arriérés de salaire qu'elle ne veut pas lui remettre. A l'expiration de ce délai, le Conseil d'Etat peut prononcer une astreinte à charge de cette institution en raison, par exemple, de l'urgence s'attachant au règlement de la situation du requérant (intérêt vital pour l'agent à récupérer son argent au regard de sa situation économique précaire).

[1203] Cfr *infra*, art. 36, § 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Nous proposons donc le respect d'un délai d'attente de deux mois pour donner à la personne publique le temps de s'exécuter. Pour la justification de ce délai, voy. *infra*, texte proposé en matière d'astreinte administrative ainsi que la référence reprise en bas de page.

[1204] Et non pas de trancher une nouvelle affaire ou d'assurer la réparation du préjudice causée.

Quant au produit de l'astreinte, il pourra bénéficier *en partie* au fonds spécial à créer et destiné à assurer la modernisation et l'organisation de nouvelles juridictions administratives. L'Etat congolais étant, en effet, en constant déséquilibre budgétaire et financier, les fonds récoltés des condamnations des personnes publiques à l'astreinte pourront servir d'assiette financière à l'organisation et à la modernisation de ces juridictions. Ainsi, par ce moyen, des besoins publics seront servis et le contribuable ne devra pas nécessairement en supporter les frais. C'est dire que l'astreinte ne devra pas profiter totalement au requérant, en matière administrative, afin de permettre la réalisation de certaines utilités publiques[1205].

Enfin, le Code de justice administrative devra, après l'installation des juridictions administratives, mettre l'accent sur le fait que le pouvoir confié à ces juridictions de prononcer des astreintes ne peut leur permettre de porter atteinte au principe de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions.

A la lumière de ce qui précède, le texte portant consécration formelle de l'astreinte en matière administrative en RDC pourra être formulé comme suit : « *En cas de condamnation d'une personne morale de droit public, le Conseil d'Etat, la Cour administrative d'appel ou le tribunal administratif peut prononcer une astreinte pour assurer l'exécution de la décision ainsi rendue. La demande ne peut être présentée, sauf décision explicite de refus d'exécution opposé par la personne publique mise en cause, qu'à l'expiration d'un délai de deux mois*[1206] *à compter de la date de notification de la décision de justice. Toutefois, si la décision dont l'exécution est poursuivie a elle-même déterminé un délai d'exécution, la demande ne peut être présentée qu'à l'expiration de ce délai* ».

Il en résulte qu'à l'instar de l'astreinte judiciaire, l'astreinte administrative ne pourra être prononcée en principe qu'après le constat fait de l'inexécution de la décision de justice

---

[1205] Ceci est différent de la matière civile où l'astreinte profite totalement au créancier de l'injonction.

[1206] Ce délai est jugé raisonnable pour permettre à une personne publique de s'exécuter. Dans un pays où l'inflation est généralement monnaie courante comme en RDC, on devra éviter d'accorder des délais d'exécution trop longs aux personnes publiques condamnées de peur qu'au moment du paiement le créancier ne soit obligé de ne recevoir qu'une somme d'argent insignifiante et dont le pouvoir d'achat sera purement et simplement érodé par l'inflation. D'ailleurs, le caractère vital de la créance pour un justiciable souvent ruiné au terme d'une procédure judiciaire longue et dispendieuse impose généralement que son recouvrement se fasse en principe dans les meilleurs délais.

lorsqu'à l'expiration du délai lui impartie la personne publique n'aura pas mis en application la sentence rendue à son encontre.

C'est en ce sens que s'exprime l'article 36, § 1er des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat belge qui porte que « *Lorsque le rétablissement de la légalité signifie que l'annulation d'un acte juridique, comme mentionné à l'article 14, doit être suivi d'une nouvelle décision des autorités ou d'un nouvel acte des autorités, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée, peut si l'autorité ne remplit pas ses obligations, demander au Conseil d'Etat d'imposer une astreinte à l'autorité en question* ».

« *Lorsqu'il ressort d'un arrêt en annulation une obligation d'abstention vis-à-vis de certaines décisions pour l'autorité administrative, la personne à la requête de laquelle l'annulation est prononcée peut demander au Conseil d'Etat d'ordonner à l'autorité, sous peine d'astreinte, de retirer les décisions qu'elle aurait prise en violation de l'obligation d'abstention découlant de l'arrêt d'annulation* ».

Cependant, il faut reconnaître que l'institution en droit congolais de l'astreinte, quel que soit son apport à l'exécution de la chose jugée, ne pourra répondre qu'imparfaitement à l'attente des victimes de l'inaction administrative car en cas de résistance, d'obstination ou de mauvaise foi manifeste des pouvoirs publics, l'astreinte elle-même ne sera susceptible d'aucune exécution forcée. D'où la recherche de mécanismes destinés à renforcer le pouvoir de l'astreinte telle que la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'agent publique reconnu coupable de la condamnation de la personne publique à une astreinte.

B. Renforcement du pouvoir d'astreinte en RDC

Afin d'éviter que le recours à l'astreinte ne procure, en cas d'entêtement des pouvoirs publics, qu'une satisfaction simplement platonique au créancier porteur de décisions de justice exécutoires, il sera souhaitable de voir le législateur congolais recourir également au procédé de mise en cause de la responsabilité personnelle de l'agent public fautif. Histoire de corriger chaque fois les insuffisances de l'astreinte et d'obliger par la même occasion les personnes

publiques à se plier aux injonctions du juge en prenant des mesures commandées par les circonstances ou en effectuant des paiements auxquels elles sont condamnées.

A cet égard, on peut signaler l'existence dans le Code pénal congolais livre II, des articles 150F et 150G relatifs aux abstentions coupables des fonctionnaires qui peuvent sans doute jouer un rôle véritablement intimidant à l'endroit des agents publics fautifs en les incitant au respect de l'autorité de la chose jugée[1207].

296. Articles 150F et 150G du Code pénal congolais, livre II : correspondants locaux de l'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980. Le droit positif congolais n'est pas dépourvu de dispositions susceptibles d'être appliquées en cas de faute personnelle de l'agent public dans la mise en œuvre de décisions de justice. L'article 150F du Code pénal livre II porte que : « *Sans préjudice de l'application d'autres dispositions visant des infractions plus sévèrement punies, tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte qui, sans motif valable, retardera ou retiendra le règlement des fonds ou deniers publics dont il a la gestion et qui sont destinés au paiement de rémunérations, traitements, salaires et créances dus par l'Etat ou par une société étatique, paraétatique, d'économie mixte ou privée où l'Etat a des intérêts, sera punie d'une peine de deux mois de servitude pénale et d'une amende de un à dix zaïres ou d'une de ces peines seulement* »[1208].

Quant à l'article 150G, il énonce que : « *Sans préjudice de l'application d'autres dispositions visant des infractions plus sévèrement punies, tout fonctionnaire public, officier public, toute personne chargée d'un service public qui s'abstiendra volontairement de faire, dans les délais impartis par la loi ou par les règlements, un acte de sa fonction ou de son emploi qui lui a été demandé régulièrement, sera puni d'une servitude pénale de six mois et d'une amende d'un à dix zaïres ou d'une de ces peines seulement. Il en est de même lorsqu'il s'abstient volontairement de faire un acte de sa fonction ou de son emploi pour lequel aucun*

[1207] Ces dispositions avaient également été évoquées par l'ancien Commissaire d'Etat à la Justice Monsieur BAYONA-ba-MEYA (voy. BAYONA-ba-MEYA, *op. cit.*, p.103).

[1208] Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome II, Droit pénal, Afrique Editions, 2003, p. 16.

délai n'a été préétabli et qui lui a été demandé régulièrement, si ce retard est manifestement exagéré »[1209].

Il résulte de ces deux dispositions que sont justiciables des tribunaux ordinaires du chef d'abstention coupable de fonctionnaire appréhendé ici dans son sens le plus large :

- tout fonctionnaire ou officier public ;
- toute personne chargée d'un service public ou parastatal (en ce compris les membres du Gouvernement, les personnes appartenant au cabinet d'un membre du Gouvernement, les membres de la Direction générale, du Conseil d'administration et du Collège des commissaires aux comptes des établissements publics) ;
- toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte (cas de personnes devant représenter les intérêts de l'Etat, seul actionnaire, dans l'entreprise publique congolaise transformée en société par action à responsabilité limitée).

Ces personnes peuvent donc, d'après le Code pénal livre II, être poursuivies pour rétention ou règlement tardif des fonds ou deniers publics dont elles ont la gestion et destinés au paiement des rémunérations, traitements, salaires et créances dus par l'Etat, notamment celles résultant des condamnations juridictionnelles (article 150F). Elles peuvent aussi faire l'objet de mêmes poursuites en cas de non-accomplissement délibéré, dans les délais impartis par la loi ou les règlements, des actes de leurs fonctions ou de leurs emplois (article 150G).

Comme on le voit, ces deux dispositions du Code pénal congolais sont donc susceptibles d'application à l'encontre des agents publics reconnus coupables de la condamnation des pouvoirs publics à une astreinte[1210]. Elles ont du reste une portée plus large que l'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980 parce qu'elles concernent également les actes accomplis par les autorités politiques dans la gestion du service public. Et, c'est la raison pour laquelle nous recommandons vivement leur usage en tant que ressource locale disponible.

[1209] Les Codes Larcier, *ibidem*, p. 16.

[1210] Surtout l'article 150 F.

Toutefois, il faut regretter l'absence ou l'insuffisance de publicité autour de ces articles qui ne sont pas suffisamment connue de l'opinion publique, voire des responsables des personnes publiques elles-mêmes. Par ailleurs, le caractère manifestement insignifiant des amendes y instituées par le législateur incite à s'interroger sur leur nature dissuasive. En effet, l'amende de 10 zaïres ou de 10 francs congolais (moins d'un euro actuellement) prévue dans les deux dispositions ne saurait être considérée comme étant de nature à frapper correctement le patrimoine de l'agent public fautif au point de l'inciter au respect de la chose jugée.

297. Une réforme des dispositions susdites ? C'est pourquoi une réforme de ces deux dispositions légales s'impose afin de renforcer leurs pouvoirs contraignant et dissuasif.

Tenant compte de la sensibilité de plus en plus grande de tous les hommes à l'égard des atteintes portées à leur patrimoine et nous inspirant, en cela, du taux des amendes prévues à l'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980, nous proposons que soient revues à la hausse les sommes prévues dans ces deux textes au titre d'amendes. Celles-ci devront, comme en droit français, être fixées à un montant suffisamment élevé pour peser correctement sur les biens des agents publics fautifs. En conséquence, un montant pouvant correspondre au salaire annuel brut de l'agent arrêté au jour où la décision de justice devait recevoir exécution pourrait être retenu.

Ainsi, le caractère comminatoire de ces dispositions sera bien affirmé en sorte que, soucieux de ne point tomber sous le coup des incriminations précitées, les agents publics mettraient tout en œuvre pour éviter de porter, en toutes circonstances, des entraves inutiles à la mise en œuvre de la chose jugée.

Quant à la procédure elle-même, elle devra résulter d'une plainte du créancier introduite auprès de la juridiction compétente après une mise en demeure adressée, à cet égard, aux responsables de la personne publique mise en cause. La saisine de la juridiction pénale ayant exclusivement un objet répressif (peine d'amende et de servitude pénale à charge des responsables), le créancier pourra, dès lors, se constituer partie civile afin d'obtenir réparation du préjudice pouvant résulter directement de l'inexécution ou du retard mis dans l'exécution de la décision de justice.

Enfin, on peut envisager qu'une publicité adéquate soit faite autour de ces articles par le Ministère des Droits humains dans son rôle très étendu de médiation et d'intervention. Ce Ministère pourra, par exemple, dans ses conférences, colloques, séminaires, interventions

télévisées et radiodiffusées revenir de temps à autre sur ces dispositions de manière à en assurer une large diffusion dans l'intérêt de tous. Bien plus, le Ministre des droits humains devra, sous la menace d'inciter le créancier à faire usage de ces dispositions et à déclencher des poursuites judiciaires contre les agents publics fautifs du chef d'abstention coupable des fonctionnaires, tenter souvent par la médiation, d'obtenir d'eux le respect de la chose jugée étant convaincu qu'en raison des graves sanctions pénales prévues et du taux élevé des amendes, les résistances aux injonctions du juge seront désormais moins soutenues et moins encouragées.

§2. Application des saisies à l'encontre des personnes publiques

298. Justifications. La réflexion prospective relative à l'exécution des décisions juridictionnelles en RDC implique en outre que soit autorisée l'application des saisies à l'encontre de personnes morales de droit public.

Il paraît, en effet, surprenant sinon difficile de nier l'importance du privilège de l'immunité d'exécution reconnu aux personnes morales de droit public en raison de la mission de service public liée à leurs activités. Agir autrement serait méconnaître l'existence des besoins collectifs dont il appartient aux pouvoirs publics et aux organismes qui en dépendent d'assurer la satisfaction au profit de tous. Cependant, la reconnaissance à l'Etat de ce privilège ne peut déboucher sur l'aggravation des distorsions de concurrence, déjà trop spontanées tant dans l'action du secteur public que dans l'activité privée.

On sait en effet, qu'à l'heure actuelle, les pouvoirs publics sont, suite à l'interventionnisme étatique en matière économique, en constante relation avec les créanciers privés. Dans cette relation, ces pouvoirs publics, agissant en de nombreuses qualités, peuvent abuser des privilèges qui leur sont reconnus pour faire céder leurs créanciers quant au montant de leurs créances. Or, il est de principe que tout créancier a droit à un égal respect de sa créance,

laquelle doit être honorée par le débiteur au risque de voir entamer contre lui des mesures de recouvrement forcé[1211].

Le respect de ce principe et le besoin de protection de l'intérêt général exigent donc non seulement de développer un regard critique à l'égard des arguments tendant à reconnaître au débiteur public une immunité d'exécution absolue, mais aussi de rechercher des formules légales ou administratives favorisant l'exacte exécution des créances publiques.

A l'heure actuelle où le principe de bonne foi ou de solvabilité présumée de l'Etat est de plus en plus mis à mal en raison notamment des difficultés de trésorerie affectant la plupart de services et organismes étatiques, il nous semble tout indiqué de proposer, dans l'intérêt des créanciers, un régime de saisissabilité limitée des biens des personnes morales de droit public comme atténuation au principe de l'immunité d'exécution de l'Administration en RDC.

Cette proposition aura ainsi l'avantage de voir institué dans ce pays un procédé juridictionnel techniquement et matériellement praticable d'autant que, comme nous l'avons dit précédemment[1212], une recommandation de la CNS avait prévu la mise en place d'un fonds destiné à l'exécution des décisions de justice sans que cela fût possible en raison de difficultés de paiement, voire de l'insolvabilité chronique de l'Etat lui-même.

Les démembrements de l'Etat, particulièrement, les collectivités publiques territoriales, les entreprises d'intérêt public économique et les établissements publics étant en vertu du principe de l'autonomie personnelle et patrimoniale, titulaires des biens propres, l'usage de procédures de saisie leur permettra d'utiliser ces biens pour l'accomplissement de leurs obligations dans la mesure où cela ne peut porter préjudice à leur mission de service public. Cette solution est, du reste, actuellement en vigueur en droit international. En effet, suite au rétrécissement, par la Convention européenne[1213], de la notion de l'Etat, les entités distinctes dotées de la personnalité juridique et disposant d'un patrimoine propre, ne peuvent bénéficier de l'immunité d'exécution reconnue à ce dernier. En conséquence, elles répondent personnellement et intégralement de toutes leurs obligations en cas d'absence de garanties données à cet égard par l'Etat.

[1211] J. LE BRUN et D. DEOM, *op. cit.*, p. 269, n° 32.

[1212] Cfr *supra*, n° 10.

[1213] Sauf en ce qui concerne les actes accomplis dans le cadre de prérogatives régaliennes (Cfr. Convention européenne sur les immunités des Etats du 16 mai 1972 déjà citée).

Par ailleurs, les procédures de saisie, par leur effet contraignant, devraient inciter les responsables des personnes publiques à faire preuve de rationalité et de responsabilité dans leur gestion. Cela peut se traduire par un suivi et une meilleure prise en compte des procédures judiciaires engageant l'Etat contrairement à la pratique actuelle caractérisée par l'incurie et la négligence quasi-totale des instances mettant en cause l'administration. Bien plus, la mauvaise publicité qu'impliquent généralement les opérations de saisies devra amener l'ensemble des personnes publiques à se plier volontairement au verdict des juridictions au risque de voir entamer constamment leur crédibilité.

Enfin, la saisie des biens des personnes morales de droit public permettra d'instituer en RDC un système de protection des créanciers proche du droit commun mais non-préjudiciable à la poursuite de l'intérêt général d'autant que ne pourront faire l'objet de saisie que les biens jugés « *non utiles* » au service public. Ces biens devront, par ailleurs, figurer sur une liste « *obligatoirement* » établie, à cet effet, par les responsables de la personne publique mise en cause de manière à éviter toute discussion sur la preuve de leur nature manifestement « *pas utile* » à la poursuite de l'intérêt général.

En somme, la saisissabilité limitée des biens des personnes publiques en RDC devra engendrer une situation « égalitaire » entre les créanciers assurés de la réalisation de leurs droits et les débiteurs publics protégés en partie en raison de la mission de service public. Sans doute, les créanciers prétendus ne seront-ils pas nécessairement composés de personnes privées. Les pouvoirs et organismes publics pourront aussi eux-mêmes prendre la place de créanciers et bénéficier, à l'instar des créanciers privés, des avantages qu'offre la procédure de saisie. Ainsi, leurs créances – en matière fiscale ou sociale – par exemple, pourront bénéficier de possibilités leur assurant de meilleures chances de recouvrement.

299. Texte proposé. A cet effet, le texte consacrant formellement la saisie des biens de personnes publiques en RDC serait libellé comme suit : « *Les biens de personnes morales de droit public sont insaisissables. Néanmoins, peuvent faire l'objet d'une saisie, les biens dont les personnes morales elles-mêmes ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis. La déclaration doit émaner des organes compétents et doit être déposée, au début de chaque année civile, au greffe du tribunal de grande instance sis au siège de la personne morale.*

« Le défaut de déclaration y compris son dépôt au greffe entraîne des poursuites judiciaires à l'encontre des organes dirigeants sur base des articles 150F et 150G du Code pénal livre II.

« Lorsque la réalisation des biens repris sur la déclaration ne suffit pas à désintéresser le créancier, ce dernier peut saisir tout bien qui n'est manifestement pas utile à l'exercice par la personne publique de sa mission ou pour la continuité du service public.

« La personne publique dont les biens ont fait l'objet de saisie conformément à l'alinéa 3 peut faire opposition en offrant au créancier d'exercer ses poursuites sur d'autres biens. L'offre lie le créancier saisissant si sa réalisation est susceptible de le désintéresser »[1214].

Cette disposition inspirée du droit belge[1215] s'en écarte d'abord par l'obligation faite aux responsables de la personne publique d'établir la liste des biens saisissables. Ensuite, elle prévoit la possibilité d'engager des poursuites pénales contre eux sur base des articles 150F et 150G en cas de manquement à l'obligation d'établissement de la liste. Enfin, elle oblige lesdits responsables à déposer la liste au début de chaque année civile au greffe du tribunal de grande instance sis au siège de la personne morale de droit public.

Le choix du greffe comme lieu de dépôt de la liste s'explique en raison de la nature publique incontestable de ce lieu qui, en RDC, est fréquenté par toute personne. Bien plus, le dépôt en ce lieu de la liste des biens saisissables permettra d'éviter toute altération, toute falsification ou toute destruction de celle-ci étant donné qu'à l'instar des actes de procédures, les greffiers devront veiller à ce que leur consultation se fasse sans entraîner des dommages[1216]. Enfin, en vue d'assurer la garantie des droits des justiciables et d'empêcher des révisions et des mises à jour répétées des telles listes[1217], il serait souhaitable qu'elles soient valables pour une durée d'une année. Ceci devrait permettre aux organes compétents des personnes publiques d'être plus sérieux dans leur élaboration[1218] et aux créanciers de l'Etat d'être correctement informés de l'importance et de la consistance des biens susceptibles de répondre des dettes de ces personnes.

[1214] Source d'inspiration : article 1412*bis* du Code judiciaire belge. Pareille disposition aurait, par ailleurs, l'avantage de consacrer expressément, c'est-à-dire, *de manière légale*, le principe de l'immunité d'exécution de sorte que l'expression légale de ce principe en RDC ne serait pas tributaire de l'adhésion de la RDC à l'Ohada.

[1215] Cfr. *supra*, n° 213.

[1216] Au risque d'encourir des sanctions disciplinaires pour négligence dans l'exercice des fonctions.

[1217] Faites à l'insu des créanciers.

[1218] Sachant qu'aucune révision ou modification de la liste n'est valable avant la fin d'une année civile.

Quant aux autres modalités de saisie, elles pourront être déterminées dans le Code de procédure civile qui, de ce fait, devra être modifié et harmonisé de manière à réaliser une meilleure articulation entre les dispositions nouvelles à intégrer et les textes existants.

De ce qui précède, un *chapitre préliminaire* consacré aux *dispositions générales* applicables en matière de saisies pourra être introduit dans le Titre III du Code de procédure civile relatif aux voies d'exécution et de sûreté. Ce chapitre devra regrouper toutes les matières portant sur l'exécution provisoire, le cantonnement, les avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes ainsi que les biens qui ne peuvent faire l'objet de saisie. Les dispositions relatives à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public devront normalement trouver leur place dans ce nouveau chapitre.

Quoi qu'il en soit, face à la prohibition de la contrainte, à l'égard des personnes publiques, prônée par le principe général de droit qu'est l'immunité d'exécution, les juges congolais auraient intérêt à invoquer, en l'absence actuelle d'une loi en la matière, l'article 34 de la Constitution qui garantit le droit de propriété individuelle ou collective. Ainsi, lorsque mettant en balance les intérêts en présence, ils se rendront à l'évidence qu'il existe, pour le créancier, une nécessité « urgente et vitale » de recouvrer son dû sans que le fonctionnement du service public en soit perturbé, ils pourront ordonner la saisie des biens de la personne publique mise en cause. Cette position est d'autant plus justifiée que l'interdiction de la contrainte contre les pouvoirs publics n'est appliquée en RDC qu'au titre d'un principe général de droit. Or, celui-ci ne peut en tant que tel résister devant un principe constitutionnel visant la protection d'un droit fondamental, en l'occurrence le droit de propriété[1219].

Enfin, tenant compte du fait que l'application des saisies contre les personnes publiques est susceptible d'engendrer des litiges liés notamment à l'irrégularité de procédures engagées, il est important de clore cette analyse par la proposition relative au juge de l'exécution.

[1219] Dont fait partie la créance.

§3. De l'institution du juge de l'exécution en RDC

300. Une option importante. En RDC, le juge de l'exécution n'est pas le juge compétent à titre principal pour autoriser les saisies. C'est ce qui résulte de la combinaison des articles 112, alinéa 1er et 113 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires et de l'article 107, alinéa 1er du Code de procédure civile.

L'article 113 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, dispose que : « *Quelle que soit la valeur du litige, les présidents des tribunaux de paix, ou, à défaut, les présidents des tribunaux de grande instance peuvent autoriser les saisies-arrêts et les saisies conservatoires* »[1220]. Pour sa part, l'article 107, alinéa 1er du Code de procédure civile relatif à la saisie-arrêt énonce que : « *S'il y a seulement titre privé ou s'il n'y a pas de titre, le juge du domicile du débiteur et même celui du domicile du tiers saisi peuvent, sur requête, permettre la saisie-arrêt* »[1221].

Il résulte de la combinaison de ces deux dispositions légales que le juge territorialement et matériellement compétent pour permettre la saisie conservatoire, base de toute saisie en RDC, est le *juge de paix* du domicile du débiteur ou du tiers saisi et accessoirement celui du tribunal de grande instance. Contribue à renforcer cette interprétation, l'usage par le législateur de l'expression « *ou, à défaut*, » pour désigner l'intervention, à titre secondaire, du tribunal de grande instance dans la procédure d'autorisation des saisies (article 113).

Dès lors, le juge de paix et subsidiairement le juge de grande instance ont, à l'exclusion de tout autre, une compétence *ratione materiae* très étendue pour autoriser les saisies en RDC.

Quant aux contestations relatives à l'exécution des jugements et arrêts, l'article 112, alinéa 1er du Code de l'organisation et de la compétence judicaires énonce que : « *Les tribunaux de*

[1220] Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome I, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, 2003, p. 269.

[1221] Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome I, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, 2003, p. 280.

grande instance connaissent de l'exécution de toutes décisions de justice, à l'exception de celle des jugements des tribunaux de paix qui est de la compétence de ces derniers »[1222].

C'est donc incontestablement devant les tribunaux de grande instance que sont légalement portées, pour y être jugées, les difficultés d'exécution survenues par et à l'occasion de la mise en œuvre des jugements et arrêts en RDC, à l'exception des contestations liées à l'exécution des décisions des tribunaux de paix. Aussi, le tribunal de grande instance est-il généralement appelé tribunal d'exécution[1223].

Cette situation a pour conséquence que les tribunaux de paix principalement compétents pour autoriser (selon les prescrits de l'article 113 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires) les saisies, quelle que soit la valeur du litige, ne peuvent intervenir en matière d'exécution qu'en ce qui concerne uniquement les contestations résultant de la mise en œuvre des saisies par eux autorisées. D'où, il résulte qu'en RDC « *le juge principalement compétent pour autoriser les saisies (à savoir le juge de paix), l'est à titre subsidiaire en matière d'exécution et le juge de l'exécution (celui de grande instance) joue un rôle accessoire en matière de saisie »*[1224].

Il importe donc de mettre de l'harmonie et de la cohérence dans ces dispositions en instituant un « *juge de l'exécution* » chargé notamment d'ordonner les saisies et de résoudre les contestations pouvant naître de l'exécution des sentences juridictionnelles.

301. Nature du juge congolais de l'exécution. Contrairement à son homologue français, le juge congolais de l'exécution ne peut être érigé en une juridiction spécifique. Les difficultés liées à la mise en place de nouvelles institutions au Congo imposent d'adopter à cet égard une attitude empreinte de circonspection. Le juge congolais de l'exécution doit être un magistrat de l'ordre judiciaire rattaché au tribunal de grande instance et nommé à cette fonction par le

---

[1222] Les Codes Larcier, République démocratique du Congo, Tome I, Droit civil et judiciaire, Afrique éditions, 2003, p. 2269. Voir aussi l'article 117, alinéa 1er du Code de l'OCJ selon lequel : « *Les décisions des juridictions étrangères sont rendues exécutoires en République démocratique du Congo par les tribunaux de grande instance…* » ainsi que l'article 118 du même Code aux termes duquel : « *Les actes authentiques en forme exécutoire qui ont été dressés par une autorité étrangère sont rendues exécutoires en République démocratique du Zaïre (Congo) par les tribunaux de grande instance, aux conditions suivantes…* ». Enfin, l'article 137 dispose que : « *Les contestations élevées sur l'exécution des jugements et arrêts sont portées devant le tribunal du lieu où l'exécution se poursuit* ».

[1223] Mercuriale du Procureur Général de la République (Cfr. *B.A.C.S.J.*, n° spéc., 30 novembre 1999, p. 33).

[1224] C'est nous qui soulignons.

Président de la République parmi les magistrats du siège ou du parquet. Les critères de compétence, d'expérience et surtout d'intégrité morale, devront guider, pour cela, le choix du Chef de l'Etat.

Afin d'éviter que sa gestion ne puisse le conduire à des abus et à l'entretien d'un clientélisme nuisible à l'accomplissement harmonieux de sa tâche, une limitation dans le temps de son mandat devra être envisagée et respectée de manière rigoureuse. Dans un pays en proie à des manipulations et des trafics d'influences comme en RDC, un mandat de *trois ans* renouvelable une seule fois serait donc tout indiqué.

Pour ce faire, les réformes du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires et du Code de procédure civile devront être envisagées afin d'assurer la modification et l'harmonisation de dispositions devant attribuer au juge de l'exécution l'ensemble de ses prérogatives.

Eu égard à l'installation prochaine des tribunaux administratifs en RDC, le juge de l'exécution aura également pour tâche de contrôler la régularité formelle des procédures liées à l'exécution forcée en matière administrative. Ainsi, pourra-t-il connaître des contestations relatives à la notification des titres exécutoires administratifs en matière de recouvrement des créances fiscales, des créances de l'Etat, des amendes et condamnations pécuniaires prononcées au profit de l'Etat ou des collectivités publiques territoriales.

Il devra aussi connaître des contestations liées à la notification des avis de saisies ainsi que des oppositions administratives relatives à ces avis.

En considération du principe de la séparation des pouvoirs, le juge de l'exécution ne pourra statuer sur le fond des poursuites engagées par l'Administration. Il en est ainsi des contestations relevant de l'obligation de payer[1225]. De même, il ne pourra statuer sur les difficultés liées aux opérations de police administrative, telle que la mise en fourrière d'un véhicule qui n'est pas une mesure d'exécution[1226].

[1225] Par exemple, les contestations relatives aux opérations comptables effectuées par un agent de l'administration pénitentiaire ou celles portant sur le dégrèvement accordé par l'Administration.

[1226] Cass., 2ème Civ., 14 octobre 1999, *Bull. civ.*, II, n° 156.

302. De l'immunité d'exécution des Etats étrangers en RDC. Quand bien même la jurisprudence congolaise demeure à l'heure actuelle lacunaire en matière d'immunité d'exécution des Etats étrangers, il n'est pas exclu, qu'à l'avenir, les juridictions congolaises soient appelées à statuer sur des cas mettant en cause des telles immunités ou qu'elles soient simplement invitées, en exécution des décisions de justice rendue dans les pays étrangers, à se prononcer sur la saisie des biens d'un Etat étranger situés en RDC. Face aux immunités d'exécution dont pourront se prévaloir, en pareille occurrence, les Etats étrangers[1227] et leurs démembrements devant les juridictions congolaises, les juges congolais devront se montrer plus prudents en ne prenant en considération que les demandes d'immunité se rapportant à des actes des Etats accomplis dans l'exercice de l'autorité souveraine (*acta jure imperii)*. Toutes les autres devront, sauf dérogation spéciale dans un traité, être écartées et déclarées non fondées en tant qu'elles seront présumées se situer en dehors de la sphère d'activités régaliennes[1228].

[1227] Ceux dont la personnalité internationale n'est nullement mise en cause.

[1228] Il s'agit en fait d'activités qualifiées d'actes *jure gestionnis*.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Conclure est une tâche ardue. Elle l'est davantage lorsqu'il s'agit d'une thématique aussi technique que celle relative à la « *protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution* ». Avant de soumettre à la sagacité des lecteurs nos différentes propositions, il nous a paru judicieux de donner préalablement une brève esquisse du contenu des différentes parties qui ont constitué l'ossature de la présente étude.

Il résulte, en effet, des développements précédents que notre travail s'est articulé autour de deux parties principales consacrées successivement à la protection des créanciers, antithèse du principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques (Ière partie) et au plaidoyer pour un principe immunitaire congolais moins absolu à la lumière des exemples belge et français (IIème partie).

Devant appréhender le principe de l'immunité d'exécution dont le contenu semble d'emblée opposé à une saine et judicieuse protection des partenaires privés et publics de l'Etat, nous nous sommes préoccupés, dans la première partie, d'interroger préalablement ce principe en posant quelques questions topiques relatives notamment à sa source, à son contenu, à ses bénéficiaires, aux modalités de sa mise en œuvre, aux possibilités de le flexibiliser, etc.

Ces questions et préoccupations ont fait l'objet d'examens approfondis aussi bien en droits internes des Etats soumis à l'étude qu'en droit international. Elles ont surtout mis en exergue l'intérêt d'une relativisation de l'immunité d'exécution en vue de conformer ce principe aux exigences d'un monde globalisé où les rapports entre l'Etat et les particuliers se sont développés à un rythme exponentiel. En effet, la descente des pouvoirs publics dans l'arène de la vie économique, la primauté accordée aux droits substantiels de la personne humaine, notamment le droit d'accès à un tribunal, le besoin d'assurer la protection des personnes publiques contre un privilège jugé dangereux ainsi que la nécessité du maintien et de la promotion de la vie des affaires propice au développement économique ont, en effet, rendu impérieuses et inévitables des restrictions à l'immunité d'exécution afin d'aboutir à un équilibre entre les privilèges accordés à l'Administration et les droits que des individus peuvent avoir à faire valoir contre celle-ci.

Soucieux de favoriser cet équilibre et de limiter les effets néfastes d'une prérogative aux contours démesurés, de nombreux Etats, dont la France et la Belgique, se sont inscrits dans ce schéma. Celui-ci a l'avantage non seulement de favoriser la justice dans les relations d'affaires entre l'Etat et ses partenaires, mais aussi et surtout de promouvoir le développement économique et la paix sociale par le respect imposé à l'Administration de l'autorité de la chose jugée.

C'est là que réside l'enjeu de la problématique de la protection des créanciers des pouvoirs publics, surtout dans un pays en développement comme la RDC où le régime inverse de l'immunité absolue est de rigueur. En effet, le privilège de l'immunité d'exécution fut introduit en RDC sans aucune restriction ni aménagement au point que l'application rigoureuse en est constamment et généralement requise, au grand dam de l'Etat et de ses partenaires.

Rien ne peut donc justifier, à l'heure actuelle, l'existence d'un tel régime en RDC. Rien ne peut, non plus, expliquer que ce pays soit laissé en marge d'un courant restrictif de l'immunité d'exécution générateur de paix, de justice et de progrès. Car, à l'instar de toutes les autres sociétés, la société congolaise a évolué et toute évolution d'une société a des répercussions sur les règles de droit qui la régissent. Si à l'époque des zaïrianisations, des nationalisations et des étatisations, la règle de l'immunité absolue était nécessaire pour assurer, selon le régime dictatorial, la protection de la prétendue « industrie naissante », il en va autrement aujourd'hui où les éléments de fait[1229] ont démontré que malgré cette protection, les entreprises publiques congolaises n'ont guère été florissantes[1230]. L'évolution historique du rôle de l'Etat[1231] de même que les exigences d'un Etat de droit[1232] commandent aujourd'hui

---

[1229] R. MASAMBA MAKELA, *op. cit.* pp. 66-67.

[1230] Ceci justifie actuellement le désengagement de l'Etat des entreprises publiques en RDC.

[1231] On pense surtout ici à l'intervention de l'Etat dans les activités de nature commerciale. Celle-ci a entraîné l'accroissement du nombre des contentieux entre l'Etat et les personnes privées. Cette conjugaison de l'évolution du rôle de l'Etat dans la vie sociale et du nombre croissant de litiges a conduit les auteurs à préconiser l'abandon de l'immunité absolue. Mais, estime M. COSNARD, cette banalisation de l'interventionnisme étatique aurait pu conduire à la conclusion inverse parce que tous les Etats quelle que soit leur idéologie, participent de près ou de loin à l'essor économique de la nation. Ceci aurait pu amener la doctrine à qualifier l'activité commerciale de l'Etat de souveraine si certaines conditions étaient réunies (on pense principalement à la prise en compte du « but » de l'activité de l'Etat défendu souvent par les pays en développement et ceux de l'ex bloc socialiste pour faire entrer dans la sphère de souveraineté une bonne partie des activités commerciales de l'Etat). D'où, poursuit-il, certains auteurs abordent la question de la restriction de l'immunité de l'Etat dans un sens inverse. Ils ne se situent pas dans une perspective évolutionniste du droit, mais tentent de démontrer que la règle sur les

une révision des rapports entre les pouvoirs publics et les particuliers devenus partenaires habituels de l'Etat.

Par ailleurs, n'étant pas contrainte à une vie autarcique, la RDC est en relation permanente avec le reste du monde. Les solutions mondiales apportées à la résolution de certaines questions cruciales, comme celle relative à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, finiront donc un jour par l'atteindre. Plutôt que d'assister à leur introduction improvisée par l'effet de la mondialisation, il vaut mieux les réfléchir d'avance et, en plus de les avoir suffisamment clarifiées et précisées, examiner les possibilités de leur adoption et de leur adaptation au contexte particulier de ce pays.

Seule une analyse rigoureuse du privilège de l'immunité d'exécution depuis ses origines à ce jour pouvait nous permettre de percer ce mystère.

Aussi, faisant suite à la première partie, la deuxième partie s'ouvre-t-elle sur un plaidoyer en faveur de la mise en place en RDC d'un système immunitaire moins absolu à la lumière des exemples belge et français.

Le choix des solutions éventuellement transposables en RDC nous a, dans un premier temps, conduit à soumettre, dans cette partie, les mécanismes belge et français de protection des créanciers des pouvoirs publics à une rigoureuse analyse juridique. A cet égard, un examen approfondi des instruments juridiques fondamentaux qui constituent les « noyaux durs » de cette protection dans ces pays a été réalisé. Il visait particulièrement l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge et la loi française n° 80-539 du 16 juillet 1980 telle que modifiée et complétée à ce jour.

De cet examen, il est apparu que les droits belge et français unanimes quant à la nécessité d'une restriction du privilège de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, ont cependant apporté des aménagements de nature différente à l'absolutisme jadis

---

immunités de l'Etat n'a jamais été conçue comme devant inclure les nouvelles fonctions qu'assument les gouvernements. De là, se dégage l'intérêt d'une immunité relative. Voir M. COSNARD, *op. cit.* pp. 272-273.

[1232] L'Etat de droit est un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit » (R. CARRE DE MALBERG, « *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, réédition du C.N.R.S. 1963, tome I, p. 489). L'Etat de droit tend à la plus grande protection de l'individu dans ses rapports avec la puissance publique et c'est là l'une des évolutions du droit international des dernières décennies où l'individu considéré comme un simple objet du droit dans la conception classique, tend à devenir un sujet de droit à part entière.

attaché à cette prérogative. Le droit belge privilégie l'usage, en certaines circonstances, des procédures d'exécution forcée de droit commun à l'encontre des personnes publiques, particulièrement la saisie de leurs biens jugés manifestement pas utiles à leur mission de service public ou à la poursuite de l'intérêt général. Tandis que le droit français, fidèle au dogme de l'immunité d'exécution de l'Administration fait usage des mécanismes administratifs tendant à faciliter le paiement par les pouvoirs publics et leurs démembrements, des sommes d'argent mises à leur charge par les décisions de justice coulées en force de chose jugée. Ces mécanismes connus sous le nom du système « d'ordonnancement et de mandatement » sont à la base d'un « droit spécial de l'exécution forcée » contre les personnes publiques en France.

En somme, l'étude de mécanismes de protection des créanciers sus évoqués révèle que le système belge, à l'opposé du droit français, se rapproche davantage du droit commun de l'exécution forcée, en dépit de l'interdiction générale de la contrainte à l'encontre des personnes publiques posée comme principe par l'article 1412*bis* du Code judiciaire. Cette considération résulte de la lecture attentive du paragraphe 2, points 1° et 2° de cette disposition légale qui porte que les biens dont les personnes morales de droit public visées au paragraphe 1er ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis et les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public, peuvent faire l'objet de saisie.

Cependant, cette dérogation expresse ne peut être poussée à l'extrême au risque de supplanter le principe lui-même et d'en éroder totalement l'économie. L'insaisissabilité des biens des personnes publiques reste donc, en droit belge, le principe et la saisissabilité l'exception.

Ceci étant dit, il convient maintenant d'épingler les résultats majeurs de la recherche en tant qu'ils constituent, au regard de l'analyse des droits franco-belge, des pistes ou des propositions de solution envisageables pour la RDC.

Nos suggestions sont de deux ordres : d'une part, l'institution en RDC des mécanismes non-contentieux de protection des créanciers des pouvoirs publics, et, d'autre part, l'établissement des procédures juridictionnelles destinées à contraindre ou à exercer une pression suffisamment dissuasive sur les personnes publiques.

A. L'INSTITUTION DES MÉCANISMES NON-CONTENTIEUX

Ces mécanismes, empruntés au droit français, se résument essentiellement en des requêtes adressées par le justiciable à certaines autorités en vue de solliciter leur concours au respect par l'Administration de la chose jugée. Ainsi en est-il de la demande d'aide à l'exécution adressée soit au juge qui a rendu la décision inexécutée, soit au Ministre congolais des Droits Humains, soit enfin, à l'autorité de tutelle de la personne publique mise en cause.

1. Demande d'aide à l'exécution adressée à la juridiction de jugement. La demande d'aide à l'exécution adressée à la juridiction auteur de la décision inexécutée vise surtout à sensibiliser les responsables de cette juridiction, particulièrement son Président, à la nécessité d'apporter au requérant son appui à la mise en œuvre d'une décision de justice exécutoire. Cette approche permettra au droit congolais, d'une part, de faire jouer au Président de la juridiction de jugement un rôle majeur dans la mise en œuvre des décisions de justice et, d'autre part, d'œuvrer au respect des droits fondamentaux individuels tels que le droit d'accès à un tribunal dont les exigences comprennent, aux termes de la jurisprudence internationale, les droits de saisir une juridiction de ses prétentions et d'obtenir exécution de la sentence rendue.

Tout tribunal étant, d'après L. DUGUIT[1233], compétent pour statuer sur les difficultés que soulève l'exécution de ses jugements, l'intervention du Président de la juridiction de jugement à la mise en oeuvre de ses propres décisions, constituera pour la RDC, un moyen juridique important à la disposition des justiciables pour contraindre les personnes publiques au respect de la chose jugée. Car, disposant d'une autorité morale sur les parties dont le litige a été soumis à sa juridiction, le Président de la juridiction peut être le mieux placé pour obtenir d'elles le respect de mesures ordonnées par le juge.

A cet égard, le Code congolais de procédure civile devra être revu en vue d'y inclure une disposition expresse conférant à cette autorité un pouvoir d'intervention et de médiation pour l'exécution, par les personnes publiques ou toute partie litigante, des sentences rendues par sa juridiction.

[1233] L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 489.

Afin de permettre aux justiciables de s'adresser facilement au Président, l'absence de formalisme de la demande d'aide à l'exécution sera de rigueur. Ainsi, toutes les demandes intervenues soit par simple lettre soit par requête détaillée et argumentée devront être prises en compte et la procédure déclarée totalement gratuite.

2. Demande d'aide à l'exécution adressée au Ministre des Droits Humains. Cette demande devra également être soumise aux mêmes conditions de forme que la précédente afin de faciliter l'accès à cette autorité. En effet, dans ses attributions, le Ministère congolais des Droits Humains se définit comme « *le Médiateur de la République appelé à amener les autorités administratives et judiciaires à rétablir, dans leurs droits, les citoyens injustement lésés* ». Cette considération implique qu'il soit également appelé à jouer un rôle déterminant dans la mise en exécution, par les personnes publiques, des décisions de justice en RDC. Dès lors, sans se substituer aux cours et tribunaux, ni aux procédures administratives prévues par la loi, ce Ministère devra, autant que possible, faire usage de la médiation comme moyen de persuasion pour inciter les pouvoirs publics au respect de la chose jugée.

A cet effet, l'autorité morale et politique du Ministre pourra être mise à contribution comme cela fut le cas en 1998 lors du rapatriement, en toute sécurité, dans leurs pays d'origine, des ressortissants de certains pays voisin de l'Est de la RDC.

Cependant, faut-il le souligner, la saisine du Ministère des Droits Humains, en tant que Médiateur de la République, ne peut être envisagée qu'à titre transitoire. Cette compétence devra être reprise par L'« Observatoire National des Droits de l'Homme » institué par la Constitution de la transition et qui, faute de moyens, demeure, à ce jour, lettre morte.

En attendant, le justiciable congolais ne devra pas, en cas d'inexécution par la personne publique de la décision de justice, négliger de s'adresser au Ministère des Droits Humains (dans sa future configuration) afin d'être rétabli dans ses droits.

Une réforme des structures du Ministère devra, à cet égard, être envisagée en vue du renforcement de son action sur le terrain. Il s'agit, notamment de la réhabilitation des « Commissions permanentes de concertation » et du « Fichier de moralité » qui devront successivement jouer, pour les unes, un rôle d'appui et de soutien à l'examen, par le Ministère, des cas flagrants des violations des Droits de l'Homme et, pour l'autre, un moyen de pression tendant à dissuader les violateurs des droits humains dont les noms seront portés,

au titre de sanction politique, à la connaissance du Chef de l'Etat avec toutes les conséquences politiques et disciplinaires qui pourront en résulter.

3. Demande d'aide à l'exécution adressée à l'autorité de tutelle. En l'absence des voies d'exécution administratives véritablement contraignantes prévues au profit des autorités de tutelle tant nationales que locales de l'Administration publique, la saisine de la tutelle contre l'inertie des personnes publiques en RDC paraît actuellement moins intéressante. Aussi est-il impérieux d'instituer, en faveur des autorités susdites, un pouvoir de tutelle renforcé qui, en plus du pouvoir d'autorisation, d'approbation et d'opposition devra s'analyser en une sorte de tutelle de substitution[1234].

Dès lors, certaines réformes pourront s'avérer nécessaires afin de faire correspondre le droit aux faits. Seront particulièrement visées la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics[1235] et la loi n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces[1236].

En ce qui concerne les organismes publics, spécialement les établissements publics dits traditionnels, cette réforme devra aboutir à l'introduction dans la loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 d'un article 26*bis* reconnaissant à l'autorité de tutelle un pouvoir de substitution l'autorisant à agir en lieu et place des autorités sous tutelle en cas de défaillance constatée dans leur chef. L'intervention de l'autorité de tutelle devra surtout concerner tous les cas de refus délibéré des autorités subalternes d'ordonner le montant des dépenses que les décisions de justice mettront à charge des établissements publics relevant de leur responsabilité.

De la sorte, l'article 25, alinéa 3 de la loi précitée devra être modifié et harmonisé avec l'article 26*bis* « proposé » pour être reformulé de manière à inclure expressément cette nouvelle compétence. Ainsi, le Ministre de tutelle d'un établissement public exercera désormais son contrôle de tutelle par voie d'approbation, d'autorisation, d'opposition ou de substitution.

[1234] Telle que *l'inscription d'office*.

[1235] *J.O*. RDC, 49ème année, 12 juillet 2008, n° spéc., p. 5-31.

[1236] *J.O*. RDC, 49ème année, 10 octobre 2008, n° spéc., pp. 1-28.

Ceci permettra de faire correspondre, la compétence de l'autorité de tutelle à la nouvelle vision des responsabilités que nous voulons la voir assumer tant en ce qui concerne l'exécution des jugements en général qu'à l'égard de décisions de justice rendues à l'encontre des personnes morales de droit public.

Pour ce qui est des collectivités publiques territoriales, des amendements aux articles 96 et 95 de loi n° 08/016 du 7 octobre 2008 devront également avoir lieu. A cet égard, l'article 96 définissant les modalités de tutelle exercée par le Gouverneur de province sur les actes des entités territoriales décentralisées sera revu et complété par un alinéa 2 reconnaissant au Ministre des Affaires intérieures et au Gouverneur de province, selon le cas, le pouvoir de se substituer aux autorités sous tutelle pour prendre des décisions et poser des actes obligatoires qui sont de la compétence de ces dernières.

Cet amendement joint aux prescrits de l'alinéa 1er de cette disposition légale, impliquera une reformulation de l'article 96 dont le libellé devra permettre non seulement de définir les modalités de tutelle exercée par les autorités administratives hiérarchiques sur les autorités subordonnées, mais aussi et surtout de déterminer l'étendue du pouvoir de substitution reconnu auxdites autorités par la loi.

La réforme de l'article 96, entraînera, en conséquence, celle de l'alinéa 1er de l'article 95 dont le texte sera modifié et harmonisé avec l'alinéa 2 « proposé » de l'article 96 de manière à intégrer le Ministre des Affaires intérieures parmi les autorités détentrices du pouvoir de tutelle en RDC. Ainsi, le second alinéa de l'article 95 deviendra sans objet.

B. L'INSTITUTION DES MÉCANISMES JURIDICTIONNELS

Les procédures juridictionnelles destinées à contraindre ou à exercer une pression dissuasive sur les personnes publiques peuvent également inciter celles-ci à se conformer à l'autorité de la chose jugée. Allusion est, à cet égard, faite à l'astreinte, à la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'agent public auteur de la condamnation de la personne publique à une astreinte et, enfin, aux saisies.

1. L'astreinte. La carence d'un texte a longtemps empêché le juge congolais de faire usage du mécanisme d'astreinte. Cette lacune n'a pas permis à cette institution de se développer en RDC.

La généralisation de l'astreinte dans la pratique des cours et tribunaux nous oblige cependant à recommander l'introduction de ce mécanisme en droit positif congolais afin d'accroître le pouvoir sanctionnateur du juge. Cette introduction devra, par ailleurs, être accompagnée, à la lumière de la doctrine récente, d'une particularité consistant à étendre l'application de l'astreinte non seulement aux obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent mais aussi à certaines prestations résultant du contrat de travail. En effet, conçue comme un moyen de pression susceptible de vaincre la résistance du débiteur, l'astreinte peut également servir à l'exécution des obligations précitées en raison de sa vocation comminatoire.

Dès lors, le Code de procédure civile congolais devrait être réformé afin d'y insérer un Titre II*bis* consacré à l'astreinte. Concrètement, il s'agira de concevoir un article 104*bis* consacrant formellement le principe de l'introduction de l'astreinte dans l'arsenal juridique congolais. Ceci permettra au juge congolais de contrôler davantage les activités de l'Administration sans toutefois porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Point n'est besoin de rappeler que l'astreinte dont la fonction est de contribuer à l'exécution des décisions de justice, spécialement celles portant condamnation des personnes publiques au paiement d'une somme d'argent, ne pourra résulter que d'une demande présentée en ce sens par le requérant. Aussi, la demande devra-t-elle être rédigée en termes clairs pour permettre au juge de se faire une idée exacte sur le contenu de la ou des mesures sollicitées.

2. La responsabilité personnelle de l'agent public. La question de la responsabilité personnelle de l'agent public reconnu coupable de la condamnation de la personne publique à une astreinte doit surtout son intérêt à la nécessité du renforcement du mécanisme d'astreinte dont le prononcé ne peut aboutir à une suite satisfaisante si le débiteur public persiste dans son entêtement à ne pas donner une suite à la chose jugée.

A l'instar du droit français, le droit positif congolais contient des dispositions légales susceptibles de briser la résistance personnelle au respect de l'injonction donnée par le juge. Il s'agit des articles 150 F et 150G du Code pénal livre II relatifs aux abstentions coupables des fonctionnaires.

Ces dispositions, qui prévoient une responsabilité pénale et pécuniaire du fonctionnaire du chef du non-accomplissement des devoirs de sa charge, peuvent également être appliquées à l'encontre des agents publics qui, par leurs agissements, auront incité les personnes publiques à ne pas exécuter les décisions de justice. Cependant, leurs taux d'amendes particulièrement faibles et même insignifiants (moins d'un euro) les rendent moins dissuasives. C'est pourquoi, nous proposons la révision à la hausse de ces amendes afin de permettre à ces textes de jouer un rôle véritablement comminatoire[1237].

L'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980 (actuellement l'article L. 313-7 du Code des juridictions financières) étant à cet égard plus intéressant en ce qu'il prévoit, à charge de l'agent public coupable, une amende pouvant atteindre son salaire brut annuel, nous proposons que soit adoptée également cette formulation en RDC afin de prévenir toute désobéissance au verdict des cours et tribunaux.

Ainsi, l'agent public ou toute autorité politique qui, par ses actes, incitera une personne publique à ne pas exécuter une décision de justice exécutoire s'exposera, en RDC, non seulement à une peine de servitude pénale principale, mais aussi, à une amende suffisamment lourde.

Dans le même ordre d'idées, nous proposons, contrairement aux prescrits actuels des dispositions précitées, le cumul de la sanction pénale (servitude pénale) et de la sanction pécuniaire (amende) par la suppression des termes « (…) *ou d'une de ses peines seulement* ». Dès lors, les libellés de ces dispositions se limiteraient à énoncer que « *(…) tout fonctionnaire, tout officier public… qui s'abstiendra volontairement de faire, dans les délais impartis par la loi… un acte de sa fonction ou de son emploi… sera puni d'une servitude pénale de deux à six mois et d'une amende dont le montant peut atteindre le salaire annuel brut payable à l'agent au moment où la décision de justice devait recevoir exécution* ».

[1237] Il existe tout de même une certaine différence entre les articles 150 F et 150 G du Code pénal congolais livre II et l'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980 (actuellement l'article L. 313-7 du Code des juridictions financières). Les articles 150F et 150G prévoient à la fois une responsabilité pénale et pécuniaire du fonctionnaire ou de l'agent public qui se soustrait aux devoirs de sa charge, tandis que l'article 7 de la loi française du 16 juillet 1980 n'est fondé que sur la responsabilité pécuniaire de l'agent public. Ainsi, les dispositions de la loi pénale congolaise paraissent plus sévères que la loi française du 16 juillet 1980 en ce qu'elles prévoient en même temps la servitude pénale et l'amende à charge de l'agent public coupable alors que la loi française ne vise que l'amende. Toutefois, comme on l'a dit, les taux des amendes doivent être revus à la hausse en droit congolais.

3. Les saisies. La recherche des formules légales devant favoriser l'exacte exécution des décisions de justice nous a par ailleurs conduit, dans l'intérêt d'une meilleure protection des droits des créanciers de l'Etat, à proposer un régime de saisissabilité limitée comme atténuation au principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques en RDC[1238]. La formule de cette consécration, inspirée de l'article 1412*bis* du Code judiciaire belge, prend en compte certaines réalités congolaises afin d'assurer à la nouvelle législation toute l'efficacité juridique que logiquement elle requiert. Tout en souhaitant que cette législation puisse aider à mettre définitivement un terme à l'omnipotence de l'administration en droit congolais, nous proposons un texte dont le libellé pourrait s'articuler comme suit : « *Les biens de personnes morales de droit public sont insaisissables. Néanmoins, peuvent faire l'objet d'une saisie, les biens dont les personnes morales elles-mêmes ont déclaré qu'ils pouvaient être saisis. La déclaration doit émaner des organes compétents et doit être déposée, au début de chaque année civile, au greffe du tribunal de grande instance sis au siège de la personne morale.*

« Le défaut de déclaration y compris son dépôt au greffe entraîne des poursuites judiciaires à l'encontre des organes dirigeants sur base des articles 150F et 150G du Code pénal livre II.

« Lorsque la réalisation des biens repris sur la déclaration ne suffit pas à désintéresser le créancier, ce dernier peut saisir tout bien qui n'est manifestement pas utile à l'exercice par la personne publique de sa mission ou pour la continuité du service public.

« La personne publique dont les biens ont fait l'objet de saisie conformément à l'alinéa 3 peut faire opposition en offrant au créancier d'exercer ses poursuites sur d'autres biens. L'offre lie le créancier saisissant si sa réalisation est susceptible de le désintéresser »

On le constate, le greffe du tribunal de grande instance du lieu du siège social de chaque personne morale de droit public devra jouer un grand rôle dans la future réglementation des saisies des biens des personnes publiques en RDC parce que c'est en ce lieu que seront déposées en vue de leur consultation les listes des biens saisissables. Par ailleurs, les abstentions coupables à l'obligation d'établissement de la liste devront constituer une infraction, non pas à la loi financière, mais aux articles 150 F et 150 G du Code pénal livre II.

[1238] Au cas où la personne publique ne s'exécuterait pas dans le délai lui imparti par la décision de justice.

L'autorisation de la contrainte sur les biens des personnes publiques appellera donc immanquablement une réforme du Code de procédure civile. En conséquence, le Titre III relatif aux voies d'exécution et de sûreté devra être revu et complété par un *Chapitre préliminaire* consacré aux dispositions générales applicables en matière de saisies. Le texte relatif à l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public pourrait en principe être repris dans ces dispositions.

4. Le juge de l'exécution. Puisque la saisie des biens des personnes publiques peut, comme toutes les autres voies d'exécution forcée de droit commun, engendrer des litiges liés à l'irrégularité de procédures engagées, il sera enfin souhaitable de voir le droit congolais instituer *un juge de l'exécution* dont la mission consistera à ordonner les saisies et à résoudre toutes les contestations pouvant naître de l'exécution des sentences juridictionnelles.

C. SOLUTION PORTANT SUR LES LITIGES DU DROIT INTERNATIONAL

Enfin, en tant que sujet de droit international, la RDC pourra un jour faire face aux litiges mettant en cause les relations interétatiques et obligeant *ipso facto* les Etats étrangers à revendiquer devant les tribunaux congolais le privilège de l'immunité d'exécution. Dans cette hypothèse, les juges congolais devront accorder cette immunité aux Etats et organismes agissant dans la sphère des prérogatives régaliennes (*acta jure imperii*) et refuser le bénéfice de ce privilège exorbitant aux entités dont les activités seront considérées comme se situant en dehors du champ d'application de l'autorité souveraine de l'Etat (*acta jure gestionis*)[1239].

Il s'agit là de l'application du critère « *ratione materiae* » considéré en droit international des immunités des Etats comme devant l'emporter sur le critère « *ratione personae* » s'agissant des entités susceptibles de bénéficier, dans cette sphère juridique, de la prérogative immunitaire.

[1239] En effet, tandis qu'en droit interne, l'immunité d'exécution est en grande partie fonction du critère organique (*ratione personae*), en droit international elle repose fondamentalement sur l'élément matériel (*ratione materiae*). Celui-ci permet de distinguer les actes d'autorité (*acta jure imperii*) bénéficiaire de l'immunité d'exécution, des actes de gestion (*acte jure gestionis)* non bénéficiaire de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger.

En somme, sans être une panacée qui résoudrait tous les problèmes, la prise en compte par le législateur et le Gouvernement congolais des solutions sus évoquées pourra non seulement avoir un impact sur la paix et la protection des droits de l'homme en RDC, mais aussi stimuler le développement socio-économique de ce pays.

BIBLIOGRAPHIE

I. Textes réglementaires et législation :

RDC

Les Codes LARCIER, République démocratique du Congo, tome I (Droit civil et judiciaire), Afrique Editions, Larcier 2003.

Les Codes LARCIER, République démocratique du Congo, tome II (Droit pénal), Afrique Editions, Larcier 2003.

Constitution de la RDC du 18 février 2006.

Loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., Kinshasa, 12 juillet 2008).

Loi n° 08/008 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., Kinshasa, 12 juillet 2008).

Loi n° 08/009 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., Kinshasa, 12 juillet 2008).

Loi n° 08/010 du 7 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., Kinshasa 12 juillet 2008).

Loi organique n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités Territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les Provinces (*J.O.* RDC, 49ème année, n° spéc., Kinshasa, 10 octobre 2008).

Décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises publiques transformées en Sociétés commerciales, Etablissements publics ou Services publics (Service de documentation de la Primature, Kinshasa/Gombe).

Décret n° 09/13 du 24 avril 2009 portant dissolution et liquidation de quelques entreprises publiques (Service de documentation de la Primature, Kinshasa/Gombe).

Belgique

Loi du 16 mars 1954 sur le contrôle des organismes d'intérêt public (http//www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/…).

Article 1412*bis* du Code judiciaire (cfr. KOHL (A.) et BLOCK (G.), *Code judiciaire belge 2006*, 5ème éd. Bruxelles, Bruylant, 2007).

Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (http //www. Juridat.be/cgi_loi/loi_F.pl ?).

Code administratif belge (cfr. ANDERSEN (R.), DEOM (D.) et RENDERS (D.), *Code administratif 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2007).

Code de la démocratie locale et de la décentralisation du 22 avril 2004 (*M.B.*, 12 août 2004 ; err. *M.B.*, 22 mars 2005).

France

Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 modifié relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat (cfr. http//www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do ?).

Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République (cfr. der. mod., ver. cons. au 29 déc. 2008 «http//www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide.PJEBF.htm ») ;

Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (*J.O.* Fr., 17 juillet 1980, p. 1799-1800 « http://www.baag.chez.com/contadm/1-80-539.html ») ;

Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991portant réforme des procédures civiles d'exécution (*J.O.* Fr., n° 163 du 14 juillet 1991, parue rectificatif *J.O.* Fr., n° 110 du 12 octobre 1992 dernière modification 14 avril 2009 Cfr. http//www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide.PJEBF.htm).

Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 relatif aux procédures civiles d'exécution ; der. mod. le 15 juin 2009 (http//www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJHCQ.htm).

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (*J.O.* Fr., 9 février 1995, p. 2183 ; http://www.ucanss.fr/services/.../document/Code/Code_2000-01-01_00-05_0_PP.htm).

Décret n° 95-830 du 3 juillet 1995 modifiant le Décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat (voy. site internet http// www.droit.org/jo/19950706/JUSC9520537D.html).

Décret n° 95-831 du 3 juillet 1995 organisant les nouvelles compétences d'astreinte dévolues aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel (voy. site internet http// www.droit.org/jo/19950706/JUSC9520537D.html).

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiant et complétant la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 (http://www.baag.chez.com/contadm/1-80-539.html).

Droit international

Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 sur les immunités des navires d'Etat (http//www.upem.org/commun/listalpha.html).

Convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 (http//www.admin.ch.ch/f/rs/i2/a0_273_1.html).

Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (http//www.ch/vid/vienne-avril-relations-diplomatiques-59712081).

Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (http//www.admin.ch.ch/f/rs/c0_191_02.html).

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 non encore entrée en vigueur (http//www.untreaty.un.org/…/francais/traites/4_1_2004_resolution_francais.pdf).

II. Ouvrages, cours et thèses :

A

ABI SAAB (G.), *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale de justice*, Paris, Pedone, 1967.

AUBY (J.-M.) et DUCOS-ADER (R.), *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris, P.U.F., T. 1 et 2, 1969.

ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international*, Paris, Pedone, 1994.

ANDERSEN (R.) et DEOM (D.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

B

BAUGNIET (J.), *Principes généraux des saisies*, Faculté de droit de Namur, 1970-1971.

BENABENT (E.), *L'exécution en nature des contrats des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1979.

BOS (M.), *Les conditions du procès en droit international public*, Leiden, E.J. Brill. Coll. Bibliotheca Visseriand, t. XXXVI, 1957, XVI, XVI.

BRENNER (CL.), *Voies d'exécution*, 3ème éd., Dalloz, 2005.

BUTTGENBACH (A.), *Manuel de droit administratif*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1959.

BUTTGENBACH (A.), *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1961.

C

CLOSSET-MARCHAL (G.) et VAN COMPERNOLLE (J.), *Cours de droit judiciaire*, U.C.L., fascicule II, 2003-2004.

COSNARD (M.), *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Paris, Pedone, 1996.

CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, L.G.D.J., 1995.

D

DE BURLET (J.), *Précis de droit administratif congolais : 1. Principes généraux*, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1969.

DE LEVAL (G.), *Actualités en droit judiciaire*, Ed. de Boeck et Larcier s.a., 2005.

DE LEVAL (G.), *Traité des saisies : règles générales*, Faculté de droit de Liège, 1988.

DE LEVAL (G.), *La saisie mobilière*, t. XIII, liv. III, Bruxelles, Larcier, 1986.

DE LEVAL (G.), *La saisie immobilière*, Bruxelles Larcier, 2007.

DEMBOUR (J.), *Droit administratif : les personnes de droit public, le service public, les entreprises privées d'intérêt général*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1968.

DEMBOUR (J.), *Droit administratif*, 3ème éd., Liège : ULg, Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales,1978.

DEOM (D.), *Le statut juridique des entreprises publiques,* Bruxelles, Story, 1990.

DE WOLF (M.), *Droit des affaires : actualités et perspectives*, Liège ECCI, 2006.

DJELO EMPENGE OSAKO (V.), *L'impact de la coutume sur l'exercice du pouvoir en Afrique noire,* Ed. Lebel Elan, 1990.

DONNIER (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 4ème éd., Paris, Litec, 1996.

DONNIER (M.) et DONNIER (J.-B.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7ème éd., Litec, 2003.

G

GILLIS MALCOL (M.), *Economie du développement*, Ed. De Boeck, 1990.

GOOSSENS (C.), *L'organisation des entreprises publiques et le droit des sociétés en Belgique,* Paris, Travaux de l'association Henri Capitant, 1967.

GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Droit des services publics*, Cours de droit public, Faculté de droit de l'Université Jean Moulin (Lyon II), 1998-1999.

GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, 5ème éd., Dalloz, 2007.

H

HAFNER (G.), KOHEN (M.-G.) et BREAU (S.), *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, Conseil de l'Europe, 2006.

HERZOC (P.), La théorie de l'*Act of State* dans le droit des Etats-Unis, *R.C.D.I.P.*, 1982, pp. 617-646.

K

KABANGE NTABALA, *Grands services publics et entreprises publiques en droit congolais*, Kinshasa, UNIKIN, 1998.

KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil : régime général des biens*, P.U.Z., Kinshasa, 1984.

KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil : régime foncier et immobilier*, P.U.Z., Kinshasa, 1985.

KALONGO MBIKAYI (B.), *Droit civil des obligations*, Kinshasa, UNIKIN, 1981.

KANGULUMBA MBAMBI (V.), *Précis de droit civil des biens*, Bruxelles, Bruylant-Academia s.a., 2007.

L

LALIVE (J.-F.), « L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales », *RCADI*, 1953-III, vol. 84, pp. 205-396.

LALIVE (J.-F.), « Contrats entre Etats ou personnes étatiques et personnes privées : développements récents », *RCADI*, 1983-III, vol. 181, pp. 9-283.

LAMY (E.), *Le droit privé zaïrois*, Kinshasa, P.U.Z., 1985.

LAVIEC (J.-P.), *Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique,* Paris, P.U.F., Publications de l'I.U.H.E.I de Genève, 1985.

LEBOULANGER (P.), *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, XIII, 354 p.

LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil : les biens*, Kinshasa, PFDUC, août 2003.

M

MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'Ohada*, Paris, Litec, 2004.

MASAMBA MAKELA (J.), *Droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Ed. Droit et idées nouvelles, Bruxelles, Bruylant-Academia s.a., 2006.

MBAYE KEBA, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice », *RCADI*, 1988, II, vol. 209, pp. 223-225.

MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, Paris, L.G.D.J., 2001.

N

NICOB (B.), *L'immunité d'exécution en droit interne et international*, Thèse de l'Université de droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), mars 1986, 428 p.

NIHOUL (M.), *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Brugge, la Charte, 2001.

NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Droit congolais des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Academia s.a., 2004.

P

PÂQUES (M.), DEOM (D.), ERNEUX (P.-Y.) et LAGASSE (D.), *Domaine public, domaine privé : biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier 2008.

PINGEL-LENUZZA (I.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004.

PINGEL-LENUZZA (I.), *Les immunités des Etats en droit international*, Thèse de l'Université de Paris, 1993, 545 p.

PERROT (R.) et THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution*, 2ème éd., Paris Dalloz, 2005.

PREVAULT (J.), *L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne*, Paris, Dalloz, 1981.

Q

QUERTAINMONT (Ph.), *Droit administratif de l'économie*, Bruxelles, Ed. Story Scientia, 1987.

QUERTAINMONT (Ph.), *Droit administratif de l'économie – L'interventionnisme économique des pouvoirs publics*, 3ème éd., Diegem, Kluwer, 2000.

R

REUTER (P.), « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961-II, vol. 103, pp. 425-656.

RIVERO (J) et WALINE (J.), *Droit administratif*, 20ème éd. Paris, Dalloz, 2004.

RIVERO (J.), *Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, 1962.

RUBBENS (A.), *Droit judiciaire congolais : Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Université Lovanium, Ed. Ferd. Larcier, 1970.

S

SEIDL-HOHENVELDERN (I.), *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales*, Paris, Pedone, coll. Cours et Travaux de l'I.U.H.E.I., 1981.

SOHIER (A.), *Droit civil du Congo belge*, tome III, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1957.

SORMAN (G.), *La nouvelle richesse des nations*, Ed. Fayard, 1987.

STASSEN (J.) et HERBIET (M.), *Les entreprises publiques autonomes*, Bruxelles Bruylant, 1992.

STIGLITZ (J.), *Quand le capitalisme perd la tête*, Paris, Ed. Fayard 2003.

T

T'KINT (F.), *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Maison Larcier, 1991.

TOUSSAINT (E.) et ZACHARIE (A.), *Afrique, abolir la dette pour libérer le développement,* Bruxelles, CADTM, 2001.

TOUSSAINT (E.) et ZACHARIE (A.), *Sortir de l'impasse, dette et ajustement*, Bruxelles, CADTM, 2002.

TROPER (M.), *L'interventionnisme économique et pouvoir local en Belgique*, Paris, Economica, 2000.

V

VAN HERREWEGHE (V.), FORGES (M.) et VERMEIRE (T.), *Mémento des saisies*, Waterloo, Ed. Kluwer, 2007.

VERDUSSEN (M.), *Le médiateur parlementaire : données comparatives*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

VERHOEVEN (J.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation* ?, L.G.D.J., Larcier, 2004.

VERON (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Masson, 1989.

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.) et VARINARD (A.), *Institutions judiciaires (Organisation, Juridictions et Gens de justice)*, 8ème éd. Paris, Dalloz, 2005.

VINCENT (J.) et PREVAULT (J.), *Voies d'exécution et procédure de distribution*, 17ème éd., Paris, Dalloz, 1993.

W

WEILL (A.) et TERRE (F.), *Droit civil des obligations*, Paris, Dalloz, 1980.

WERY (P.), *Droit des obligations*, 2 tomes, Bruxelles, DUC, U.C.L., 2008-2009.

WERY (P.), *L'exécution en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 et 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

Y

YANTE (J.-M.) et TALLIER (P.-A.), *Les parastataux en Belgique au 20ème siècle : législations, évolutions récentes*, Archives générales du Royaume, Bruxelles, 2003.

YOLKA (P.), *La propriété publique, éléments pour une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1997.

II. Articles

A

ABRAHAM (R.), « L'immunité d'exécution : la pratique française », in *Le droit des immunités et exigences du procès équitable*, Collection contentieux européens, Ed. Pedone, pp. 113-117.

AHMED SALEM OULD BOUBOUTT, « Les voies d'exécution contre les personnes publiques en droit mauritanien », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la*

Communauté francophone, Colloque international 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993, pp. 583 et s.

AMSELEK (P.), « Les établissements publics sans comptables publics et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *J.C.P.*, 1986, I, 3286, nos 28 et s.

AMSELEK (P), « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *R.D.P.*, 1988, pp. 1485 et s.

B

BAYONA-ba-MEYA, « Exécution des condamnations civiles prononcées contre la République et les autres personnes morales de droit public », *R.J.Z.*, 1984, K00805, pp. 110 et s.

BETHEZE (J.P.), « Le crédit et ses marges de manœuvre », *Rev. de la Banque*, 1994.

BIBOMBE-MUAMBA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *R.J.Z.,* 1984, p. 95.

BLANCA VILA COSTA, « La pratique espagnole en matière d'immunité d'exécution de l'Etat étranger (quelques réflexions critiques) », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger,* CEDIN, E. Montchrestien, 22 avril 1988, pp. 67-80.

BON (P.), « Un progrès de l'Etat de droit : La loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique », *R.D.P.*, 1981, pp. 29 et s.

BOULLEZ (N.) et BOULLEZ (C.), « Les apports de la loi du 8 février 1995 au contentieux administratifs », *Administrer*, 1995, pp. 10 et s.

BOUREL (P.), « L'immunité de juridiction et d'exécution », *Jurisclasseur de droit international,* 1980, Fasc. 581-E.

BOUREL (P.), « Aspects récents de l'immunité d'exécution des Etats et services publics étrangers », *Trav. Cté. Fcs. D.I.P.,* 1983, pp. 133-161.

BUTTGENBACH (A.), « Réflexions sur le statut des organismes parastataux et des entreprises publiques en Belgique », in *Seconds mélanges offerts à E. Milhaud*, Genève, 1960, pp. 185-200.

C

CAMMILLERI (A.), « Le pouvoir d'injonction du juge administratif : une révolution apportée ? » *J.C.P. G.,* 1997, I, 3992, pp. 31 et s.

CEREXHE (E.), « Les créanciers et les biens de l'Etat », *Journal des procès*, 1987, n° 102, pp. 22-23.

CHABANOL (D.), « Commentaire de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative », *RF décentralisation,* nov. 1995, pp. 185 et s.

CLAMENS (S.), « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *A.J.D.A.,* 2000, pp. 767 et s.

COPPENS (P.), « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit », in *Le droit au défi de l'économie*, Coll. Droit économique n° 2, Publication de la Sorbonne, Paris 2002, pp. 207-222.

CRABBE (V.), « Introduction à l'histoire du droit des entreprises publiques en Belgique », *Revue politique*, 1964, pp. 125 et s.

D

DEBBASCH (R.), « Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou ? », *J.C.P. G.*, 1996, I, 3924.

DELAHAUT (P.), « La création et le financement des entreprises par les pouvoirs publics », in *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

DELVAX (D.) et COENRAETS (PH.), « Le privilège de l'immunité d'exécution : le colosse aux pieds d'argile ou le dogme trahi par son fondement ? », *J.L.M.B.,* 1999, pp. 672-681.

DELVOLVE (P.), « L'exécution contre l'Administration », *TRD civ.*, n° spéc. hors série, 1993, pp. 152 et s.

DEOM (D.), « Le recours à l'astreinte », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Actes du colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991, Bruxelles, Bruylant 1991, pp. 457-477.

DEOM (D.), « Evolution et tendances récentes en matière d'entreprises publiques », in *Les parastataux en Belgique au 20ème siècle : législations, évolutions récentes*, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2003, pp. 101 et s.

DE WOLF (P.), « Le droit des affaires de la RDC à la croisée des chemins », *R.D.A.*, n° 29/4.

DIRIX (E.), « Saisie sur les biens des autorités publiques », in Hommages à Mr le Professeur Marcel Storme, *Huis. Just.*, 10/1995, nos 5 et 6.

DOMONICE (C.), « Immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des chefs d'Etat étrangers », *Fiches juridiques suisses*, 1992, n° 934, p. 26.

DONY (M.), « L'interdiction totale des voies d'exécution à l'égard des personnes publiques est-elle justifiée ? », *Adm. publ.*, 1985, pp. 82 et s.

DUCOS-ADER (R.), « Le principe de l'insaisissabilité : un principe autonome et général du droit applicable à tous les établissements publics industriels et commerciaux », *Gaz. Pal.*, 1986, II, doct., pp. 474 et s.

DUMON (F.), « Le régime de l'immunité d'exécution en droit comparé », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Centre de droit international, éd. de l'Institut de sociologie de l'ULB, Bruxelles, 1971, pp. 183-210.

DUPONT (I.), « L'article 1412*bis* du Code judiciaire a-t-il saisi les autorités publiques ? : Examen de la mise en application de cet article par les personnes morales de droit public et autres tempéraments à l'immunité d'exécution », *Rev. adm. pub.,* 28ème année 2004, pp. 58-71.

E

EISEMANN (P.) et COUSSIRAT-COUSTERE (V.), « La procédures devant les juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, Colloques de la S.F.D.I., Paris, Pedone, 1987, pp. 103-165.

EMANUELLI (C.), « L'immunité souveraine et la coutume internationale : de l'immunité absolue à l'immunité relative », *CYIL*, 1984, pp. 26-97.

ERNOTTE (M.C.), « L'extinction des obligations : la compensation », in *La théorie générale des obligations*, vol. XXVII de la formation permanente CUP, déc. 1998, p. 279 et s.

ESCARMELLE (J.-F.) et DERSIN (A.), « Essai de définition du concept d'entreprise publique », *Revue internationale des Sciences administratives*, 1981, pp. 365 et s.

F

FAVRE (D.), « L'immunité d'exécution des Etats et des organisations internationales : la pratique suisse », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Actes du Colloque du 30 avril 2004, Ed. Pedone, 2004, pp. 129-130.

FELD (L.-P.) et VOIGT (S.), « Croissance économique et indépendance judiciaire : quels liens ? », *European Journal of political Economy*, n° 2.872, 30 mars 2005, pp. 8 et s.

FLAMME (M.-A.), « Observation sur l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1966 », *R.A.D.A.,* 1966, p. 126.

FLAMME (M.-A.), « Un principe général de droit administratif : l'interdiction des voies d'exécution forcée à l'égard des personnes publiques », *Rev. adm.*, 1966, p. 127.

FLAMME (M.-A.), « Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics », *Revue de l'Institut de Sociologie de l'U.L.B.*, 1966, pp. 143 et s.

G

GALABERT (J.-M.), « L'application par le Conseil d'Etat des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relatives aux astreintes », in *Mélanges Peiser*, Pug, 1995, pp. 241 et s.

GEORGEL (J.), « Le Médiateur de la République », *J.-CL. Adm.*, 1997, fasc. 1007.

GAUDEMET (Y.) « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité et inarbitrabilité) », in *Mélanges R. DRAGO*, Economica, 1996, pp. 259 et s.

GAUTHIER (M.-C.), « Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'encontre de l'administration », *Le courrier juridique des finances*, déc. 1995, n° 60, pp. 1 et s.

GOLDSMITH (A.), « Les institutions et la croissance économique en Afrique », USAID, in *La politique économique africaine*, documents de travail, n° 7, 1998.

GUETTIER (C.), « Injonction et astreinte », *J.-CL. Administratif*, 1997, fasc. 1114, n^{os} 12 à 26, pp. 5 et s.

H

HAFNER (G.), « L'immunité d'exécution dans le projet de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, éd. Pedone, 2004, pp. 85-112.

HUBERLANT (Ch.) et DELPEREE (F.), « Les personnes morales de droit public bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit interne comparé », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Institut de sociologie de l'U.L.B., Bruxelles, 1971, pp. 213-256.

J

JACQUIGNON (L.), « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *A.J.D.A.,* 1958, pp. 71 et s.

K

KALONGO MBIKAYI, « Le régime des sûretés des entreprises publiques en droit zaïrois », *R.J.Z.*, 1978, n^{os} 1-2-3, 54ème année, pp. 21 et s.

KANGULUMBA MBAMBI (V.), « L'exécution des décisions judiciaires par les personnes morales de droit public en droit judiciaire privé congolais », *R.A.D.I.C.*, 1999, pp. 296-315.

KENGO-wa-DONDO, « L'exécution des jugements », *B.A.C.S.J.,* 1978, pp. 7-96.

KESSEDJIAN (C.), « La pratique américaine en matière d'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, *CEDIN,* éd. Montchrestien, 12 avril 1988, pp. 121-146.

KISAKA KIA NGOY, « La suspension administrative de l'exécution des décisions judiciaires », *R.A.J.Z.*, 1997, pp. 85-94.

KOHEN (M.-G.), « La définition de l'Etat », in *La pratique des Etats concernant les immunités des Etats*, Conseil de l'Europe 2006, p. 4.

L

LAY (J.-P.), « L'exécution entre les collectivités locales des condamnations prononcées par le juge judiciaire », *Rev. Administrer*, 1991, pp. 15 et s.

LEBEN (Ch.), « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des Etats », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, CEDIN, éd. Montchrestien, 22 avril 1988, pp. 7 et s.

LE BRUN (J.) et DEOM (D.), « L'exécution des créances contre les pouvoirs publics », *J.T.*, 1983, p. 261.

LEVENEUR (L.), « Les développements récents en matière de garantie des paiements », *Rev. de droit banc.*, 1991, n° 27, p. 162.

LEWALLE (P.), « L'immunité relative d'exécution des personnes morales de droit public », *Huis. Just.*, 1995, pp. 60-70.

LEWALLE (P.), « Le projet d'insertion d'un article 1412*bis* dans le Code judiciaire et l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public : le principe, l'évolution jurisprudentielle, l'évolution législative, le nouveau droit judicaire privé », *J.T.* n° 5, 1994, p. 173.

LEWALLE (P.), « Les voies d'exécution à l'encontre des personnes publiques », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international 29 et 30 septembre, 1er octobre 1993, Montréal, Ed. Aupelf-Uref, 1994, p. 601.

LINOTTE (D.), « Exécution des décisions de justice administrative et astreinte en matière administrative (loi n° 80-539 du 16 juillet 1980) », *J.C.P.*, 1981, n° 3011.

LINSMEAU (J.), « L'huissier de justice confronté aux immunités », Chambre nationale des huissiers de justice (*Congrès du 22 novembre 1986*), Liège, 1986, pp. 90-91.

LUHONGE KABINDA NGOY, « Des causes d'inexécution des décisions de justice en droit congolais », *B.A.C.S.J.*, 30 novembre 1999, n° spéc. pp. 1-43.

M

MODERNE (F.), « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *R.F.D.A.*, 1990, pp. 789 et s.

MONETTE (P.-Y.), « Du contrôle de la légalité au contrôle de l'équité : une analyse du contrôle exercé par l'Ombudsman parlementaire sur l'action de l'Administration », *Rev. belge de dr. const.*, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5.

MOREAU-MARGREVE (I.), « L'astreinte », *Ann. dr. Lg,* 1982, pp. 11-92

MUEPU MIBANGA, « L'exécution des arrêts rendus en matière administrative », *R.J.Z.,* 1984, K00805, pp. 85-86.

MULENDA KIPOKE (J.-M.), « L'exclusion de l'immunité d'exécution des biens du domaine privé de l'Etat est-elle justifiée en droit congolais ? (Esquisse de solution domestique partant d'une étude comparative), *R.D.A*, 11ème année, n° 43, juillet 2007, pp. 281-310.

N

NEDJAR (D.), « Tendances actuelles du droit international des immunités des Etats », *J.D.I.*, 1997, p. 61.

NGEFA ATONDOKO (G.), « Zaïre, le judiciaire pris en otage par l'Exécutif », in *Le potentiel*, n° 816 du 30 août 1996, p. 6.

NSAMPOLU IYELA, « L'exécution des décisions rendues en matière de droit privé par les juridictions de droit écrit », *R.J.Z.*, 1984, p. 66.

NYSSENS, (Cl.), « Le principe de l'immunité d'exécution des pouvoirs publics assoupli par le législateur », *R.R.D.,* n° 69, janvier 1994, p. 299.

O

OKITAKULA DJAMBAKOTE, « Exécution des condamnations civiles prononcées contre la République et les autres personnes morales de droit public », *R.J.Z.,* 1984, p. 106.

OPPETIT (B.), « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, CEDIN, E. Montchrestien, 22 avril 1988, pp. 76-80.

OLIVIER (H.), « L'entreprise publique et le droit commercial », *J.T.*, 1976, pp. 537 et s.

P

PAQUES (M.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *J.T.*, 1983, p. 435.

PAUWELS (J.-M.), « L'adaptation des droits africains par voie jurisprudentielle. Expérience et projets au Congo », *Revue congolaise de droit*, Kinshasa, 1971, pp. 61-81, spéc. n° 20.

POIRAT (Fl.), « Les immunités des sujets du droit international », in *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?,* L.G.D.J., Larcier, 2004, pp. 11-60.

PREAT (D.), « La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le Marché commun ? », *L.P.A.*, 26 janv. 2000, pp. 4 et s.

R

REMOND-GOULLOUD (M.), « Navires et immunités étatiques », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, 4ème journée d'actualité internationale, Cahier du CEDIN, n° 4, Paris, Montchrestien 1990, pp. 211-217.

S

SALMON (J.) et SUCHARIKTUL (S.), « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat ? », *A.F.D.I.*, 1987, pp. 162 et s., spéc. pp. 163-164.

SCHULTZ (J.C.), « Une affaire récente : la faillite du Zaïre devant les tribunaux néerlandais », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, CEDIN, E. Montchrestien, 22 avril 1988, pp. 83-89.

STASSEN (J.) et HERBIET (M.), « L'intervention de l'Etat dans l'économie en Belgique », *Revue internationale des Sciences administratives*, 1979, pp. 349 et s.

STIJNS (S.) et VUYE (H.), « La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et le principe de la continuité du service public », *R.G.D.C.*, 1999.

STRANART (A.M.) et GOFFAUX (P.), « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412*bis* du Code judiciaire », *J.T.*, 1995, p. 437.

STRYCKMANS (J.-J.), « L'application des voies d'exécution forcée aux associations des communes », *J.T.,* 17 mai 1964, p. 323.

SUDRE (F.), « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Ed. A. Pedone, Paris, 2004, pp. 19-31.

SUY (E.), « Les bénéficiaires de l'immunité de l'Etat », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Institut de Sociologie de l'U.L.B. et de l'Université de Louvain, 1971, pp. 259-269.

SUY (E.), « L'immunité des Etats dans la jurisprudence belge », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, Institut de Sociologie de l'U.L.B. et de l'Université de Louvain, 1971, pp. 281-313.

T

TERCINET (J.), « Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'Administration ? », *A.J.D.A.,* 1981, pp. 3 et s.

V

VAN COMPERNOLLE (J.), « L'astreinte », *Rép. not.*, t. 13, livre 4, titre 6, 1992.

VAN HEUKELEN et VAN DEN HASELKAMP, « Quelques réflexions sur la saisie mobilière », *Actualités du droit*, 2003/3, numéro spécial « Les droits de recouvrement », pp. 513-514.

VAN RYN (J.) et HEENEN (J.), « Esprit de lucre et droit commercial », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1974, pp. 325 et s.

VAN VOLSEN (F.) et VAN HEUVEN (D.), « L'immunité d'exécution des personnes juridiques de droit public », *R.R.D.*, n° 45, janvier 1988, pp. 9 et s.

VAUTHIER (M.), « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *R.D.I.D.C.,* 1958, pp. 394 et s.

R. VENNEMAN, « L'immunité d'exécution de l'Etat étranger », in *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats*, actes du Colloque conjoint des 30 et 31 janvier 1969, éd. de l'Institut de Sociologie, 1971, pp. 123 et s.

VERHEYDEN (A.), « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public », *R.R.D.*, 1991, p. 387.

W

WITMEUR (R.), « Peut-on contraindre les autorités publiques à exécuter une condamnation prononcée contre elles ? : 1er commentaires de la loi du 30 juin 1994 insérant l'article 1412*bis* du Code judiciaire », *Cah. dr. jud.*, 1994, pp. 21 et s.

ANNEXES

Tableau synoptique des personnes bénéficiaires de l'immunité d'exécution en droit interne et en droit international des Etats soumis à l'étude

Situation des biens des personnes publiques visées par le privilège de l'immunité d'exécution en droit congolais, belge et français ainsi qu'en droit international

Tableau synoptique des mesures de contrainte et moyens de pression visés par l'immunité d'exécution et leur application vis-à-vis des personnes morales de droit public en droit interne des Etats sous examen.