



HAL
open science

Revue *Réflexions Juridiques Africaines*

Pierre Félix Kandolo On'Ufuku Wa Kandolo, Remy Nkashama Tshikondo, Joseph Kazadi Mpiana, Joseph Yav Katshung, Freddy Ngoy Mwamba, Hubert Kalukanda Mashata, Jean-Bienvenu Ntwali Byavulwa, Hubert Ndumbi Malumba, Sabin Mande M., Johny Nkulu Mukubu Lunda, et al.

► **To cite this version:**

Pierre Félix Kandolo On'Ufuku Wa Kandolo, Remy Nkashama Tshikondo, Joseph Kazadi Mpiana, Joseph Yav Katshung, Freddy Ngoy Mwamba, et al.. *Revue Réflexions Juridiques Africaines*. *Revue Réflexions Juridiques Africaines*, 1 (1), pp.1-183, 2023. hal-04293553

HAL Id: hal-04293553

<https://hal.science/hal-04293553v1>

Submitted on 18 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License



Vol.1 N°1 2023

REFLEXIONS JURIDIQUES AFRICAINES

Éditions
Hubert
Kalukanda

ISSN 2960-0685



REFLEXIONS
JURIDIQUES
AFRICAINES

Revue **Réflexions** **Juridiques Africaines**

Vol. 1 N°1

2023

Editorial

Kalukanda Mashata Hubert

I. FORUM

La prescription acquisitive en matière immobilière est encore possible en droit positif congolais ?

Maitre Rémy Kashama Tshikondo réagit à la thèse développée par le Professeur Kifwabala Tekilazaya, dans le n°45 de la revue « Les Analyses Juridiques »

II. DOCTRINES

Les restrictions d'accès aux fonctions politiques fondées sur la nationalité : état de la jurisprudence internationale

Kazadi Mpiana Joseph

Nationalité congolaise d'origine et citoyenneté : une perpétuelle remise en question ?

Yav Katshung Joseph

Les proverbes judiciaires à l'épreuve du temps : adages et/ou principes généraux d'un droit congolais authentique ?

Ngoy Mwamba Freddy

Protection des mineurs footballeurs en R.D.Congo : Cas de transfert international

Kalukanda Mashata Hubert

Réglementation des laboratoires d'analyses des substances minérales en R.D. Congo

Ntwali Byavulwa Jean-Bienvenu

La défense en justice des mesures provisoires et leur caractère d'urgence :

limite à l'examen au fond du litige soumis au juge dans l'exemple du séquestre

Dumbi Malumba Kalanda Hubert et Kalukanda Mashata Hubert

Eau, ressource stratégique : Droit de disposition et de développement des communautés locales

Mande M. Sabin

Le Juge de l'article 49 de l'AUPSRVE : portée, étendue et compétence en République Démocratique du Congo

Nkulu Mukubu Lunda Johnny

Politique fiscale et doctrine administrative en RDC : l'interprétation d'un moratoire sur les contrôles auprès des opérateurs économiques et les risques pour la sécurité juridique des affaires

Trésor-Gauthier M. Kalonji



Éditions Hubert Kalukanda

REFLEXIONS JURIDIQUES AFRICAINES

Vol. 1, N°1



Editions Hubert Kalukanda
(E.H.K.)

© *Réflexions juridiques africaines*
Lubumbashi, 2023
Dépôt légal : 3.20.2023.26.
1er Trimestre 2023
ISSN : 2960-0693 (En ligne)
ISSN : 2960-0685 (imprimé)
Editions Hubert Kalukanda
<https://editions-hubert-kalukanda>

Imprimerie UNILUPRINT
Université de Lubumbashi
www.unilu.ac.cd

SOMMAIRE

Sommaire.....	3
EDITORIAL.....	7
FORUM	9
Rémy KASHAMA TSHIKONDO La prescription acquisitive en matiere immobiliere est-elle possible en droit positif congolais ? Notre réaction à la thèse développée par le Professeur Kifwabala Tekilazaya dans le n°45 de la revue « Les Analyses juridiques »	11
DOCTRINES	23
KAZADI MPIANA Joseph les restrictions d'accès aux fonctions politiques fondees sur la nationalité : Etat de la jurisprudence Internationale.....	25
Joseph YAV KATSHUNG Nationalité congolaise d'origine et citoyenneté : Une perpetuelle remise en question ? .	41
Freddy NGOY MWAMBA Les proverbes judiciaires a l'épreuve du temps : Adages et/ou principes généraux d'un droit congolais authentique ?.....	52
Hubert KALUKANDA MASHATA Protection des mineurs footballeurs en RD. Congo : cas de transfert international	67
NTWALI BYAVULWA Jean-Bienvenu Reglementation des laboratoires d'analyses des substances minerales en R.D. Congo.....	95
Hubert DUMBI MALUMBA KALANDA, et Hubert KALUKANDA MASHATA La defense en justice des mesures provisoires et leur caractere d'urgence : Limite à l'examen au fond du litige soumis au juge dans l'exemple du sequestre.....	119
Sabin MANDE M. Eau, ressource stratégique : Droit de disposition et de développement des communautés locales.....	135
NKULU MUKUBU LUNDA Johnny Le juge de l'article 49 de l'AUPSRVE : Portee, étendue et compétence en République Démocratique du Congo.....	155
Dr. Trésor-Gauthier M. KALONJI, Ph.D. Politique fiscale et doctrine administrative en RDC : l'interpretation d'un moratoire sur les controles aupres des operateurs economiques et les risques pour la securite juridique des affaires.....	171

**REFLEXIONS JURIDIQUES AFRICAINES
REVUE SEMESTRIELLE**

Directeur de publication

Pr Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO
Faculté de droit, Université de Likasi, Université de Sherbrooke et
Université de Montréal

A. Comité de rédaction

Me Hubert Kalukanda Mashata

*Doctorant en droit à l'Université de Lubumbashi (RDC),
Avocat au Barreau du Haut-Katanga, Conseil à la Cour Africaine des Droits de
l'Homme et des Peuples (CADHP)),*

*Fondateur - Directeur Général des Editions Hubert Kalukanda et Editeur -
Responsable de la RJA*

Mr Freddy Kenye Kitembo

*Enseignant – Université de Likasi (RDC)
Juge au Tribunal de commerce de Lubumbashi (RDC),*

Mme Julie Kamitshim-A-Kyend

Premier Substitut du Procureur de la République/Lubumbashi (RDC),

Me Sabin Mande M.

*Enseignant – Université de Lubumbashi (RDC)
Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga (RDC).*

Me Daddy Ilambwetsi

Avocat au Barreau près la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete (RDC),

Me Guylain Kasongo Kawaya

Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga (RDC),

Me Blaise Bwanga Anembali

*Enseignant – Université de Likasi (RDC)
Défenseur judiciaire au Tribunal de grande instance de Likasi (RDC).*

Me Elie Musambya Kapasa

Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga (RDC),

Me Freddy Ngoy Mwamba

Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga (RDC).

B. Conseil scientifique

Pr. Pierre-Felix Kandolo On'Ufuku wa Kandolo,

*Docteur en droit à l'Université de Montréal
Enseignant - Université de Likasi (RDC),
Directeur de publication de la Revue Réflexions Juridiques Africaines (RJA),
Avocat au Barreau du Haut-Katanga, Conseil à la Cour Pénale
Internationale (CPI) et à la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
(CADHP)*

Pr. Joseph Yav Katshung

*Docteur en droit à l'Université Lubumbashi
Enseignant - Université de Lubumbashi (RDC),
Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga (RDC) et
Arbitre au centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou
(CAMC-O).*

Pr. Ghislain David Kasongo Lukoji

*Docteur en droit à l'Université d'Aix-Marseille (France),
Enseignant - Université de Gbadolité et Université Nouveaux Horizons (RDC) et
Avocat.*

Pr. Trésor Gauthier M. Kalonji

*Docteur en droit fiscal à l'Université Neuchâtel (Suisse),
Enseignant – Ecole Nationale des Finances et Université Pédagogique Nationale
(RDC).*

Pr. Gilbert Musangamwenya Walyanga Kubabezaga

*Docteur en droit à l'Université de Lubumbashi
Enseignant - Université de Lubumbashi (RDC),
Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga (RDC).*

Pr. Joseph Kazadi Mpiana

*Docteur en droit international et de l'Union européenne de l'Université de
Rome « La Sapienza » (Italie),
Enseignant - Université de Lubumbashi (RDC),*

Pr. Junior Mumbala Abelungu

*Docteur en droit à l'Université de Gand (Belgique),
Enseignant - Université de Lubumbashi et à l'Institut Supérieur de Commerce de
Lubumbashi (RDC),
Avocat au Barreau près la Cour d'Appel du Lualaba (RDC).*

Pr. Jean Marc Mutoonwa Kalombe

*Docteur en droit international à l'Université de Lubumbashi (RDC),
Enseignant - Université de Lubumbashi (RDC),*

Pr. Emmanuel Monga Monga

*Docteur en Sciences Politiques et Administratives à l'Université de
Lubumbashi (RDC),
Enseignant - Université de Lubumbashi (RDC),*

Pr. Victor Kalunga Tshikala

*Docteur en droit à l'Université de Lubumbashi (RDC),
Enseignant - Université de Lubumbashi et Recteur à l'Université de Kalemie,
Avocat au Barreau du Haut-Katanga et Consultant à la Commission
Nationale OHADA (RDC).*

Pr. Don José Mwanda Nkole wa Yahve

*Docteur en Droit des affaires, spécialiste du Droit OHADA et Titulaire
d'une thèse postdoctorale en Didactique des sciences juridiques. Professeur à
l'Université de Kinshasa.*

EDITORIAL

La revue *Réflexions Juridiques Africaines*, en sigle « *RJA* » est une jeune revue que les Editions Hubert Kalukanda, en sigle « *E.H.K* » viennent de mettre sur pied.

De par sa vocation d'interdisciplinarité, elle contient des articles scientifiques de différents domaines de recherches. La qualité et la concision des textes à publier restent son cheval de bataille. Comme indiqué dans la présentation de la revue, la périodicité est de deux volumes par année. Toutefois, suivant les circonstances, deux ou plusieurs numéros d'un volume de la revue peuvent être publiés.

Ce premier volume, numéro un (1) et deux (2) que nous saluons avec satisfaction, est certes le fruit de douleurs d'enfantement inhérentes à toute œuvre scientifique. A cet effet, un appel est lancé à la communauté scientifique, académique et professionnelle, véritable creuset de professionnels de la pensée, pensante, à prendre conscience de la mission de faire évoluer le droit qui est à la fois une science et un art. Grâce à la rigueur du directeur de publication et toute l'équipe de Professeurs attirés, ce volume contient des articles scientifiques qui le méritent bien et qui montrent que la science est la pierre angulaire du développement de la République Démocratique du Congo.

C'est ici le lieu de paraphraser Auguste Comte pour qui « *toute science a pour but la prévoyance* ». A cet effet, les sciences juridiques sont, et demeurent « *un vecteur des civilisations de toute société, mais surtout un miroir des civilisations pacifiques* ».

En définitive, les Editions Hubert Kalukanda donnent l'opportunité à tout chercheur c'est-à-dire avocat, conseiller juridique, magistrat ou étudiant en droit de se faire publier dans la revue et mettre à contribution sa réflexion pour l'évolution du droit.

Epousant un style à la fois simple et accessible au lecteur, ce volume mérite d'être lu. Il met à la disposition d'un public large des notions fondamentales sur diverses questions de droit. Il comble, en partie, ce déficit de production scientifique sur les aspects juridiques en République Démocratique du Congo. C'est avec plaisir que je recommande sa lecture aux uns et aux autres.

Hubert KALUKANDA MASHATA

*Fondateur – Directeur Général des Editions Hubert Kalukanda,
Avocat au Barreau du Haut-Katanga et à la Cour Africaine des Droits de
l'Homme et des Peuples,
Doctorant en droit à l'Université de Lubumbashi,
Editeur – Responsable de la revue Réflexions Juridiques Africaines.*

FORUM

LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE EN MATIERE IMMOBILIERE EST-ELLE POSSIBLE EN DROIT POSITIF CONGOLAIS ?

**Notre réaction à la thèse développée par le Professeur Kifwabala
Tekilazaya dans le n°45 de la revue « Les Analyses juridiques »**

Par :

Rémy KASHAMA TSHIKONDO
Avocat au Barreau du Haut-Katanga

Résumé

En date du 18 décembre 2020, la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete a rendu un arrêt, sous RCA 11792 par lequel elle rejette la revendication - de la propriété immobilière - formulée par une des parties au procès qui fondait ses droits, entre autres, sur sa possession prolongée de l'immeuble querellé, arguant que celle-ci (possession) de plus de 15 ans, lui conférerait, sur la base de l'article 648 du Code Civil Congolais Livre III qui organise la prescription acquisitive des immeubles, la propriété dudit immeuble.

La Cour estima que la disposition légale vantée par le revendiquant était inapplicable en droit immobilier congolais. Position que ne partage pas Monsieur Kifwabala, Professeur de droit civil des biens à l'Université de Lubumbashi, qui, dans ses commentaires de l'arrêt susvisé, s'en prend ouvertement à la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete qui, selon lui, aurait dû, dès lors qu'une partie de la parcelle querellée n'était pas encore enregistrée, considérer que la prescription acquisitive était parfaitement réalisée en faveur du possesseur de l'immeuble (sur la partie non enregistrée), en vertu de la disposition légale (article 648 Code Civil Livre III) rejetée par la Cour. D'autant que, soutient-il, la disposition légale qui prévoit la prescription acquisitive, en l'occurrence, l'article 648 du Code Civil Livre III, n'a jamais été expressément abrogée par la loi qui régit la propriété immobilière en droit congolais (loi foncière). Et que la possession d'un immeuble non enregistré conférerait plutôt au possesseur un véritable droit à devenir propriétaire dudit immeuble, droit connu du législateur foncier congolais et dont la constitution, en faveur du possesseur, serait justement organisée par l'article vanté (648 Code Civil Livre III).

Ce raisonnement, pour le moins étrange, nous paraît totalement en déphasage aussi bien avec la théorie générale de l'usucapion (prescription acquisitive) qui est un mode d'acquérir plutôt un droit de propriété à part entière et non celui à devenir propriétaire (deux notions distinctes) mais aussi avec les règles spécifiques du droit foncier et immobilier congolais, issu du système Torrens (droit australien), qui érige le Certificat d'Enregistrement en titre de propriété obligatoire et intangible sans lequel aucun droit de propriété immobilière ne peut être établi. En sorte qu'un simple possesseur d'un immeuble, dépourvu d'un tel titre, ne peut - quelle que soit la durée de la possession - aucunement, en droit congolais, revendiquer la propriété immobilière dudit immeuble.

L'article 648 du Code Civil Livre III est clairement incompatible avec ce principe impératif du droit foncier et ne peut donc, selon nous, trouver à s'appliquer en matière immobilière. Nous nous en expliquons, en détails, dans l'article ci-dessous. Nous réagissons sur la question de savoir : *La prescription acquisitive en matière immobilière est-elle possible en droit positif congolais ?*

Mots-clés : - Acquéreur - Certificat d'Enregistrement – Droit de créance – Droit à devenir propriétaire - Droit immobilier - Droit foncier - Droit réel - Droit de propriété immobilière - Immeuble enregistré - Immeuble non enregistré - Matière immobilière - Possession - Prescription acquisitive -Support textuel - Terre non enregistrée - Usucapion - Vente immobilière.

Abstract

On December 18, 2020, the Kinshasa / Matete Court of Appeal rendered a judgment, under RCA 11792, by which it rejects the claim - of real estate property - made by one of the parties to the trial which founded its rights, among others , on his prolonged possession of the disputed building, arguing that this (possession) of more than 15 years, conferred on him, on the basis of article 648 of the Congolese Civil Code Book III which organizes the acquisitive prescription of buildings, ownership of said building.

The Court found that the legal provision praised by the claimant was inapplicable in Congolese real estate law. A position that Mr. Kifwabala, professor of civil property law at the University of Lubumbashi, does not share, who, in his comments on the aforementioned judgment, openly attacks the Kinshasa/Matete Court of Appeal which, according to him, should have, since part of the disputed plot was not yet registered, consider that the acquisitive prescription was fully realized in favor of the owner of the building (on the unregistered part), by virtue of the legal provision (article 648 Civil Code Book III) rejected by the Court. Especially since,

he maintains, the legal provision which provides for acquisitive prescription, in this case, article 648 of the Civil Code Book III, has never been expressly repealed by the law which governs real estate property in law Congolese (land law). And that the possession of an unregistered building would rather confer on the possessor a real right to become owner of the said building, a right known to the Congolese land legislator and whose constitution, in favor of the possessor, would be precisely organized by the vaunted article (648 Code Civil Book III).

This reasoning, to say the least strange, seems to us to be totally out of step with the general theory of usucapion (acquisitive prescription) which is a mode of acquiring rather a right of ownership in its own right and not that of becoming an owner (two distinct notions) but also with the specific rules of Congolese land and real estate law, resulting from the Torrens system (Australian law), which establishes the Certificate of Registration as a compulsory and intangible title deed without which no real property right can be established. . So that a simple possessor of a building, deprived of such a title, cannot - whatever the duration of the possession - in any way, under Congolese law, claim the real estate ownership of the said building.

Article 648 of the Civil Code Book III is clearly incompatible with this imperative principle of land law and cannot, therefore, in our opinion, be applied in real estate matters. We explain this, in detail, in the article below. We react on the question: Is acquisitive prescription in real estate possible in Congolese positive law?

Keywords : - Purchaser - Certificate of Registration - Right of claim - Right to become owner - Real estate law - Land law - Real right - Right of immovable property - Registered immovable - Unregistered immovable - Real estate - Possession - Acquisitive prescription - Textual support - Unregistered land - Usucapion - Real estate sale.

I. Introduction

Dans sa note d'observation, sous l'Arrêt RCA 11792 prononcé en date du 18 décembre 2020 par la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete, publié dans le n°45 de la revue « Les Analyses Juridiques », parue en décembre 2021, le Professeur Kifwabala s'inscrit en faux contre un point de l'arrêt annoté qui décrète que « **La prescription acquisitive en matière immobilière est inopérante en droit congolais** ».

Nous nous permettons de nous inviter dans ce débat dès lors que ce point de vue nous semble s'écarter des règles en vigueur et applicables en droit congolais de la propriété immobilière et foncière.

Il est vrai que le style de l'arrêt annoté est discutable dans son fond et sa forme, ne serait-ce qu'en rapport avec la référence légale (inappropriée selon nous) invoquée dans ledit Arrêt (Art. 227 Loi foncière) pour rejeter celle sur laquelle s'est appuyée une des parties au procès qui a fondé ses prétentions, à la propriété (concession ?) de la parcelle querellée, entre autres, sur l'art.648 du code civil Livre III (CCLIII) qui prévoit la prescription acquisitive de quinze (15) ans en matière immobilière. Il ne demeure pas moins vrai qu'en tout état de cause, pareilles prétentions, de notre point de vue, n'auraient jamais, sur cette base-là (art.648 CCLIII), pu faire fortune au regard des principes impératifs du droit foncier congolais.

Nous ne saurons pas nous étendre sur tous les aspects et motifs de droit développés dans l'arrêt annoté, au risque de nous disperser inutilement, même s'il y a beaucoup à dire et même à redire là-dessus.

Résumons plutôt brièvement les faits en rapport avec le point de discussion qui nous occupe.

II. résumé des faits

Le litige a opposé un des héritiers d'un quidam dont la parcelle, unique bien immobilier de la succession, avait été vendue par sa veuve - décédée aussi depuis - à un Monsieur qui a pris possession de ladite parcelle dès la conclusion du contrat de vente.

Attrait en justice par ledit héritier qui revendiquait des droits sur la parcelle et contestait la régularité de la vente conclue par la veuve, en ce qu'elle n'aurait pas recueilli l'assentiment de tous les héritiers de la succession comme le prescrit l'art.780 du Code de la Famille, l'acheteur invoqua, pour repousser ce moyen, entre autres arguments, la prescription acquisitive qui aurait été réalisée en sa faveur dès lors qu'il a la possession effective de la parcelle querellée depuis plus de 15 ans, ce

qui lui conférerait, en vertu de l'art.648 susdit, la propriété de ladite parcelle. La Cour d'appel rejeta cet argument, motif tiré de ce que, selon elle, la disposition vantée (art.648 CCLIII) est inapplicable « dans le contexte du droit congolais » en regard de l'art.227 de la loi foncière qui, affirme la Cour, rend « le certificat d'enregistrement inattaquable aux termes de 2 ans partant de son établissement » et fait « pleine foi des droits de son titulaire ».

Critiquant cette position de la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete, Monsieur Kifwabala martèle : « **La prescription acquisitive en matière immobilière est encore possible en droit positif congolais** »¹.

Voici comment il s'en explique :

L'art.648 CCLIII n'étant abrogé par aucune disposition expresse de la loi foncière qui, au contraire, l'invoque à son art.107, « reste d'application » et n'est donc pas incompatible avec l'art.227 vanté dans l'arrêt sous analyse.

Une difficulté tout de même. L'art. 107 susdit accorde plutôt le bénéfice exclusif de la prescription prévue à l'art.648 CCLIII, au seul Etat congolais². Et pourtant, dans l'espèce soumise à la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete, l'Etat n'y est pas partie. C'est plutôt un particulier qui réclame l'application, à son profit, dudit article 648.

Monsieur Kifwabala suggère une explication pour contourner une telle difficulté. La prescription instituée par l'art.648 CCLIII ne profiterait,

¹ KIFWABALA TEKILAZAYA, « *la prescription acquisitive en matière immobilière est encore possible en droit positif congolais* », note sous RCA 11792, C.A. Kin/Matete, 18 décembre 2020, In *Les Analyses juridiques*, n°45, décembre 2021, pp.83-84.

² Article 107 de la Loi Foncière : « sauf exception établie par une loi particulière, la prescription des droits fonciers et immobiliers du concessionnaire perpétuel fait acquérir ces droits à l'Etat dans les conditions prévues par le titre XII du livre III du code civil, spécialement les dispositions de l'article 648 ».

Nous avons eu l'occasion de démontrer l'absurdité d'une telle approche qui est, pour le moins, incongrue et participe à ce que nous avons qualifié de « *malfaçons législatives* » issues de la réforme de la Loi foncière réalisée en 1973 (Lire Rémy KASHAMA TSHIKONDO, *Droit Congolais de la propriété immobilière et foncière*, Kinshasa, Ed. Médiaspaul, 2020, pp 93 à 97) dans la mesure où cette disposition tend à faire acquérir à l'Etat, la propriété d'un bien immobilier ou foncier, sur la base d'une possession d'autrui. C'est illogique et juridiquement insoutenable. « La prescription, écrivions-nous dans l'ouvrage précité, est un moyen qui permet au possesseur d'un bien de l'acquérir, après un certain laps de temps, à titre de propriété et d'opposer ce droit même au véritable propriétaire. Par quel mécanisme donc, l'Etat peut-il prescrire et devenir propriétaire d'un bien (immeuble) qu'il n'a pas possédé personnellement ? Mieux qui a été possédé par un tiers ? (...) Comment peut-on profiter d'une possession d'autrui ? » (Rémy KASHAMA TSHIKONDO, op.cit., p.95). L'incongruité d'une telle conception coule de source. (Pour plus de détails sur la question, lire notre ouvrage précité, pp.93 à 97).

selon lui, à l'Etat que si elle porte sur des immeubles dûment enregistrés et que donc, « elle reste possible » - sous-entendue à la portée de quiconque - pour les biens (immeubles) non enregistrés. L'acquéreur de la parcelle litigieuse était donc en droit d'en réclamer le bénéfice dès lors qu'une partie de celle-ci n'était pas encore enregistrée.

D'autre part, affirme Monsieur Kifwabala, la « possession peut permettre d'accéder au droit à devenir propriétaire, dès lors que les articles 239 et 257 de la loi foncière font clairement allusion à ce droit (à devenir propriétaire) ». Celui-ci (droit à devenir propriétaire) ne serait, en réalité, que la « possession au sens classique du terme ».

Et enfin, l'art. 648 CCLIII organiserait, selon Monsieur Kifwabala, « le passage de la possession au droit à devenir propriétaire en instituant la prescription acquisitive ».

Et que donc, dans l'espèce dont arrêt annoté, la Cour aurait dû constater la prescription acquisitive intervenue en faveur de la partie qui l'invoquait, prescription qui lui aurait, en vertu de l'art.648 CCLIII « fait acquérir le droit à devenir propriétaire... »³ de la parcelle querellée, dans sa partie non-enregistrée.

Nous ne partageons pas cette lecture du *Monsieur Kifwabala* pour les raisons suivantes :

1) Le support textuel vanté, contredit, en lui-même, cette thèse.

Art. 648 CCLIII : « *Celui qui acquiert, de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par quinze ans* ».

Sans la moindre ambiguïté, ce texte évoque, non pas un droit à devenir propriétaire en faveur de la personne qui a acquis et possédé un immeuble pendant au moins 15 ans, mais plutôt un droit de propriété en bonne et due forme. Ce n'est pas du tout pareil. Les deux droits, bien connus du Législateur congolais, sont distincts et différents. L'un (le droit à devenir propriétaire) est un droit de créance⁴ et l'autre (la propriété) un droit réel. L'on ne peut tenir l'un pour l'autre.

³ KIFWABALA TEKILAZAYA, op.cit., p.84.

⁴ Sur le caractère personnel (relevant d'une créance) du droit à devenir propriétaire, lire utilement : P. JENGTENG, « Du droit actuel à devenir propriétaire dans ses rapports avec le Régime hypothécaire », In *R.J.*, 1929, p.266 ; KASHAMA TSHIKONDO Rémy, *Droit Congolais de la propriété immobilière et foncière*, Kinshasa, éd. Medias Paul, Kinshasa 2020, p 188, Jean DUFOUR, « Régime Hypothécaire », In *Droit Civil du Congo Belge*, Bruxelles, Larcier, 1956, pp. 846 à 848. Lire aussi Rapport du conseil colonial, in Pierre PIRON et Jacques DEVOS, *Codes et Lois du Congo Belge*, Tome 1, Bruxelles, Larcier, 1960, p.171.

Qu'est-ce qui justifie, dès lors, cette lecture pour le moins extensive de Monsieur Kifwabala qui étend à un droit de créance ce que le législateur a plutôt prévu pour un droit réel ?

L'usucapion, on le sait par ailleurs, est un mode d'acquérir plutôt un droit réel (la propriété) et non un droit de créance. Et donc, le possesseur d'un immeuble qui l'a acquis depuis au moins 15 ans, devrait, en vertu de la disposition sous analyse, l'usucaper, c'est-à-dire, en devenir propriétaire et non créancier.

Affirmer donc que le possesseur d'un immeuble acquiert un « droit à devenir propriétaire » n'est conforme ni à la théorie générale de l'usucapion, ni à l'art.648 CCLIII qui prévoit, s'agissant des immeubles, les modalités d'application de cette théorie en droit civil congolais.

Cet article 648 CCLIII, nous l'avons lu, décrète clairement que *l'acquéreur d'un immeuble, qui le possède depuis 15 ans, en prescrit plutôt la propriété.*

Or, la **propriété**, en droit foncier et immobilier congolais, n'est légalement établie que par...**un certificat d'enregistrement** (art.219 Loi foncière).

Il y a donc - et nettement - incompatibilité entre les articles 219 loi foncière et 648 CCLIII. L'un exige et subordonne l'existence même de la propriété par l'établissement d'un titre appelé certificat d'enregistrement, l'autre décrète l'acquisition de cette propriété sans égard à ce certificat.

Anticipant une telle difficulté, le législateur congolais (colonial) qui n'ignorait pas que certaines dispositions du code des contrats et des obligations (Code civil Livre III), reproduction fidèle du code civil Belge, pouvaient être incompatibles avec celles de la législation foncière dont les règles - à la différence du droit des obligations - sont inspirées du système TORRENS⁵, avait pris la précaution de préciser que les premières (dispositions du code civil Livre III) « **ne sont applicables en matière de propriétés foncières que pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux lois particulières sur le régime foncier** » (art. 660 code Civil livre III).

Et donc, sans expressément abroger certaines règles du Code Civil Livre III, le législateur en écarte simplement l'application en matière immobilière dès lors

⁵ Conçu par un certain Sir Robert TORRENS, haut fonctionnaire de l'administration des terres de l'Australie du Sud, ce système inspira la législation dite « REAL PROPERTY ACT », adoptée en Australie du Sud en 1858 et entrée en vigueur le 7/08/ 1861. Le Real property act était censé assurer la sécurité des transactions immobilières par l'immatriculation obligatoire de celles-ci et l'établissement d'un certificat d'enregistrement en faveur de l'acquéreur de l'immeuble. Et c'est l'enregistrement qui opère la mutation et rend les droits de l'acquéreur inattaquables. (Pour plus de détails sur le REAL PROPERTY ACT, lire Rémy KASHAMA TSHIKONDO, *op.cit*, p.P33 à 38).

qu'elles se révèlent, comme en l'espèce, incompatibles avec les règles particulières de cette matière.

Contrairement à l'argument invoqué dans l'arrêt annoté, l'art.648 CCLIII est plutôt incompatible avec l'art.219 de la Loi foncière, aux termes duquel les droits de jouissance d'un fonds et de la propriété privé, envisagée séparément du fonds, ne sont légalement établis que par un CERTIFICAT D'ENREGISTREMENT.

Et la doctrine de Dikete Onatshungu⁶, pourtant invoquée par l'une des parties au procès, aurait suffi à justifier le rejet des prétentions - à la propriété - fondées sur l'art.648 CCLIII invoquées par le possesseur de la parcelle querellée.

Jugé que « *la législation congolaise n'admet pas l'usucapion en matière immobilière* »⁷.

Qu'« *en droit congolais, la propriété immobilière ne s'acquiert pas par prescription car cela est incompatible avec les nécessités du certificat d'enregistrement. Les droits fonciers ne peuvent être constatés que par un certificat d'enregistrement* »⁸.

2) L'art.648 CCLIII organiserait-il le passage de la possession au droit à devenir propriétaire ?

Pour, sans doute, contourner l'interprétation ci-haut développée, Monsieur Kifwabala fait une lecture pour le moins *extensive* de l'art. 648 et prétend que la possession de « quinze ans » fait acquérir au possesseur, non pas la **propriété** de l'immeuble telle que décrétée dans la loi, mais plutôt un **droit à devenir propriétaire**. « *L'art. 648, écrit-il, organise le passage de la possession au droit à devenir propriétaire en instituant la prescription acquisitive* »⁹.

Nous venons de démontrer, plus-haut, qu'une telle interprétation fait dire à la loi ce qu'elle n'a pas dit et qu'elle ne pouvait d'ailleurs jamais dire, s'agissant de l'usucapion.

⁶ DIKETE affirme que la prescription instituée par l'art.648 « est inopérante en matière d'acquisition et d'extinction des droits fonciers et immobiliers en droit congolais, car la prescription de 15 ans qui est prévue à l'art.648 CCLIII est en contradiction antinomique avec les dispositions de l'art.219 de la loi dite foncière » (DIKETE ONATSHUNGU, *Du rôle de la volonté dans la transmission des droits réels immobiliers et de la sécurité des transactions immobilières*, Thèse de doctorat en droit, UCL, Louvain 1976, p.94)

⁷ Elis 19 mai 1953, J.T.O., 1954, p.9 avec note.- V. aussi Rémy KASHAMA TSHIKONDO, *op.cit.*, p.93.

⁸ Elis, 18 avril 1950, J.T.O., 1950-51, p.124 avec note de JENTENG ; voir aussi C.S.J., RC 752, 25 fév 1987, cité par Rémy KASHAMA, *Idem*.

⁹ KIFWABALA TEKILAZAYA., *op.cit.*, p.84.

Kifwabala affirme, par ailleurs, pour conforter une telle posture, que le droit à devenir propriétaire, qui résulterait de l'application de l'art.648 CCLIII, est une « *possession au sens classique du terme* »¹⁰ (sic).

Essayons de démêler un peu cet écheveau. A en croire cette doctrine :

- La possession de 15 ans d'un immeuble ferait acquérir au possesseur plutôt un droit à devenir propriétaire et non un droit de propriété.

- Ce droit (à devenir propriétaire) serait, par ailleurs, « une possession au sens classique du terme ».

- Donc, la possession de 15 ans conférerait au possesseur une autre possession (classique) ?

Ce syllogisme ne tient pas, n'est-ce-pas ? Une possession ne peut conduire à une autre possession. C'est simplement absurde. La possession, régulière et de bonne foi, conduit plutôt à la propriété. C'est ce qu'on appelle USUCAPION et c'est cela qui est organisé par l'art.648 CCLIII et est, nous l'avons démontré, incompatible avec le régime foncier congolais.

A la différence du droit à devenir propriétaire qui, comme on vient de le voir est un droit de créance¹¹, le droit résultant de la prescription, en matière immobilière, suppose que le titre qui le fonde est vicié et que, cependant, son bénéficiaire qui ignorait ce vice (et donc de bonne foi) entend obtenir, à la faveur du temps écoulé - et en l'espèce 15 ans - la consolidation de sa possession par la reconnaissance, en sa faveur, d'un droit de propriété en bonne et due forme.

Comme l'affirme Carbonnier, « Du fait (la possession), le droit (la propriété) va sortir sous l'effet consolidateur du temps »¹².

« Si le temps efface, écrit Yves Strickler, il permet aussi de consolider le fait et de l'ériger en droit »¹³.

Cela n'est possible que pour des situations - comme en Droit Français et Belge - où le titre vanté par le possesseur aurait pu, s'il n'était pas vicié, lui transférer la propriété.

¹⁰ KIFWABALA TEKILAZAYA, Idem.

¹¹ Le législateur colonial qui a consacré cette expression pour la première fois dans un texte légal, à l'occasion de l'élaboration du décret du 15 mai 1922 sur le Régime hypothécaire, définit comme suit le droit à devenir propriétaire : « Il y a droit à devenir propriétaire, dès qu'un tiers est obligé, fut-ce à terme ou sous condition, à transférer la propriété au constituant ». Il s'agit donc d'un droit d'obligation, c'est-à-dire...de créance. (Voir Rapport du conseil colonial, in Pierre PIRON et Jacques DEVOS, *Codes et Lois du Congo Belge*, Tome 1, Larcier, Bruxelles 1960, p.171).

¹² Carbonnier Jean, *Droit Civil Les Biens*, Tome 3, PUF, Paris 1992, p.325

¹³ Yves STRICKLER, *Les biens*, PUF, Paris 2006, p.409.

Le possesseur d'un immeuble qui, de bonne foi, croyait tenir son droit du véritable propriétaire, en prescrit ainsi la propriété à la faveur du temps écoulé. Il n'a même pas besoin, pour cela, de procéder à la transcription, pour assurer la publicité de son droit et l'opposer aux tiers comme le ferait le propriétaire classique.

La jurisprudence française est fixée dans ce sens.

Jugé que « l'usucapion opère de droit sans que l'acquéreur n'ait à accomplir les formalités de publicité foncière »¹⁴.

Hypothèse non conforme au droit congolais de la propriété immobilière qui ne connaît pas, en dehors du certificat d'enregistrement, d'autres actes translatifs de propriété ni constitutifs de droit réel. Aucun droit réel n'existe, en droit foncier et immobilier congolais, s'il n'est inscrit au certificat d'enregistrement.

Quel acte le possesseur d'un immeuble - qui l'occupe depuis 15 ans - présenterait-il au conservateur pour obtenir un certificat d'enregistrement ? Celui-ci (certificat), nous le savons, ne s'établit JAMAIS *in abstracto*¹⁵ et suppose, à la base, un titre régulier et authentique (contrat, jugement, ordonnance d'investiture, P.v d'adjudication etc.).

Par ailleurs, la possession est un état de fait alors le droit à devenir propriétaire est un état de droit. La première procède nécessairement de l'appréhension matérielle et physique du bien alors que le deuxième résulte plutôt d'un titre (régulier) susceptible de fonder, par son enregistrement, le transfert de propriété¹⁶ et existe indépendamment de la possession matérielle et physique de l'immeuble. Par exemple, l'acheteur d'un immeuble dispose, en vertu du contrat de vente passé avec le vendeur et en attendant la mutation en son nom, d'un droit à devenir propriétaire même s'il n'a pas encore pris possession effective dudit immeuble.

3) La prescription instituée par l'art.648 s'appliquerait-elle aux immeubles non-enregistrés ?

Selon Kifwabala, la prescription prévue par l'art.648 n'est acquise à l'Etat que pour les immeubles enregistrés et reste à la portée des particuliers pour ceux « non enregistrés ».

Il est permis d'émettre de doute sur une telle théorie dès lors qu'elle est dépourvue de la moindre base légale. Pire, elle tend à suggérer deux types de droit

¹⁴ Cass. 3e civ. 13 nov 1984, Bull. Civ. 1984, III, n°188. V. aussi, Christian ATIAS, *Droit Civil, Les biens*, Litec, Paris 2011, p.258.

¹⁵ Rémy KASHAMA, *op.cit.*, p 185 à 186.

¹⁶ Rémy KASHAMA, *op.cit.*, pp.185 à 1198.

de propriété qui seraient en vigueur en RDC et différeraient selon que l'immeuble est enregistré ou non. Il y aurait donc, d'une part, un droit de propriété applicable aux immeubles enregistrés et, d'autre part, un autre qui concernerait les immeubles non enregistrés.

Une telle conception est, de notre point de vue, insoutenable en droit congolais de la propriété immobilière et foncière. Il n'existe pas une autre législation, en dehors de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973, portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés, loi dite foncière, qui régirait les terres non enregistrées. Au contraire, toutes les terres du domaine privé de l'Etat sont, porte l'art 56 de la loi précitée, régies par celle-ci (la loi foncière) et ses mesures d'exécution. Or, cette Loi foncière n'organise aucune autre forme de propriété en dehors de celle dont l'existence est subordonnée par l'établissement d'un certificat d'enregistrement. Au contraire le ton de la loi est impératif. Le droit de jouissance et la propriété d'un immeuble ne sont LEGALEMENT établis que par un certificat d'enregistrement. Il s'ensuit que tout acquéreur d'un bien foncier ou immobilier doit en requérir OBLIGATOIREMENT l'enregistrement s'il veut en revendiquer la propriété en toute légalité. Autrement, il peut revendiquer tout autre droit, mais JAMAIS un droit de propriété. Il peut avoir vocation à devenir propriétaire, mais il ne le sera jamais tant que son immeuble ne sera pas enregistré.

Ceci procède de notre système foncier, inspiré de l'act. TORRENS, qui soumet à l'enregistrement tout droit réel immobilier et foncier.

Laisser supposer qu'il puisse exister un autre type de propriété qui s'appliquerait aux immeubles non enregistrés n'est pas, à notre sens, conforme au Droit Congolais de la Propriété Immobilière et Foncière.

Bibliographie

ATIAS, C., *Droit Civil, Les biens*, Paris, Litec, 2011

CARBONNIER, J., *Droit Civil Les Biens*, Tome 3, Paris, PUF, 1992

DIKETE ONATSHUNGU, *Du rôle de la volonté dans la transmission des droits réels immobiliers et de la sécurité des transactions immobilières*, Louvain, Thèse de doctorat en droit, UCL, 1976.

JENGTENG, P., « Du droit actuel à devenir propriétaire dans ses rapports avec le Régime hypothécaire », In *R.J.*, 1929.

KASHAMA TSHIKONDO, R., *Droit Congolais de la propriété immobilière et foncière*, Kinshasa, Ed. Médiaspaul, 2020.

KIFWABALA TEKILEZAYA, « la prescription acquisitive en matière immobilière est encore possible en droit positif congolais, note sous RCA 11792, C.A. Kin/Matete, 18 décembre 2020 », In *Les Analyses Juridiques*, n°45, décembre 2021.
STRICKLER, Y., *Les biens*, Paris, PUF, 2006.

*

*

*

DOCTRINES

LES RESTRICTIONS D'ACCES AUX FONCTIONS POLITIQUES FONDEES SUR LA NATIONALITE : ETAT DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Par :

Prof. KAZADI MPIANA Joseph

Professeur à l'Université de Lubumbashi et à l'Université Nouveaux Horizons

Résumé

La proposition de loi Pululu, mieux connue sous le nom de son initiateur (Tshiani) contient, dans l'un de ses deux aspects la restriction à l'accès à certaines fonctions de nature politique, judiciaire, sécuritaire à certains Congolais qui ne sont pas nés de pères et mères congolais. Dans l'état actuel de cette proposition, les restrictions envisagées, bien qu'elles soient tolérées, dans certaines conditions, par le Droit international et le droit interne, n'intègrent pas, de l'avis de l'auteur, les exceptions par leur caractère déraisonnable et discriminatoire. Le but légitime de loyauté et de fidélité s'inscrivant en filigrane de cette proposition ne peut justifier la disproportionnalité de ces restrictions sur la jouissance par les Congolais, sans discrimination, de leurs droits notamment de participer à la direction des affaires publiques.

Mots-clés : inéligibilités, restrictions, direction des affaires publiques, chartes de transition, Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, Cour européenne des droits de l'homme, Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples.

Abstract

The Pululu bill, better known as its initiator (Tshiani), contains, in one of its two aspects, the restriction of access to certain political, judicial and security functions to certain Congolese who were not born to Congolese fathers and mothers. As this proposal stands, the proposed restrictions, although tolerated under certain conditions by international and domestic law, do not, in the author's view, incorporate the exceptions because of their unreasonable and discriminatory nature. The legitimate aim of loyalty and fidelity implicit in this proposal cannot justify the disproportionality of these restrictions on the enjoyment by the Congolese, without discrimination, of their rights, in particular to participate in the conduct of public affairs.

Keywords : ineligibilities, restrictions, governance, transitional charters, African Charter on Human and Peoples' Rights, European Court of Human Rights, African Commission on Human and Peoples' Rights.

Introduction

La proposition de loi Pululu contient deux aspects dont le premier a été offusqué au profit du deuxième portant sur le verrouillage d'accès à certaines hautes fonctions que les uns et les autres qualifient de loi sur la *congolité*. Le premier aspect et qui me semble le plus innovateur et que j'approuve concerne l'irrévocabilité de la nationalité congolaise sauf déclaration expresse du Congolais qui acquiert une nationalité congolaise. Cet aspect de la proposition de loi n'a pas suffisamment bénéficié d'attention. C'est le second aspect lié au verrouillage ou « congolité » qui galvanise le débat et qui est au cœur de cette contribution.

Le droit de prendre part aux fonctions publiques est consacré par plusieurs traités internationaux¹⁷ et par des Constitutions de plusieurs Etats. Ce droit participe de la mise en œuvre du régime démocratique fondé sur la participation des citoyens au choix des gouvernants ou par la participation des citoyens à la direction des affaires publiques. L'élection constitue dans cette optique le moyen le plus utilisé pour atteindre ces impératifs démocratiques. Le droit de prendre part à la direction des affaires publiques a fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸ et récemment de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples¹⁹. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a eu au moins trois occasions pour mettre en relief ce droit de prendre part à

¹⁷ Art.25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables: a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis; b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs; c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ». Art.13 : « 1. Tous les citoyens ont le droit de participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis, ce, conformément aux règles édictées par la loi. Tous les citoyens ont également le droit d'accéder aux fonctions publiques de leur pays. 3. Toute personne a le droit d'user des biens et services publics dans la stricte égalité de tous devant la loi ». L'article 3 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est relatif au droit à des élections libres : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Art.23 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme : « 1. Tous les citoyens doivent jouir des droits et facultés ci-après énumérés: a. De participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élus; b d'élire et d'être élus dans le cadre de consultations périodiques authentiques, tenues au suffrage universel et égal, et par scrutin secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs, et c. d'accéder, à égalité de conditions générales, aux fonctions publiques de leur pays. 2. La loi peut réglementer l'exercice des droits et facultés mentionnés au paragraphe précédent, et ce exclusivement pour des motifs d'âge, de nationalité, de résidence, de langue, de capacité de lire et d'écrire, de capacité civile ou mentale, ou dans le cas d'une condamnation au criminel prononcée par un juge compétent ». Souligné par nous

¹⁸ F.SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2022.

¹⁹ Pour plus de détails, A. SOMA et S.MWIN SOG ME DABIRE (dir.), *Commentaire des grands arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, l'Harmattan, 2022

la direction des affaires publiques figurant à l'article 13 de la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples²⁰. La Cour de justice de la CEDEAO s'est aussi prononcée sur les restrictions à l'exercice du droit de part à la direction des affaires publiques²¹. Il a aussi fait l'objet d'une observation générale du Comité des droits de l'homme²².

Il résulte de ce corpus normatif et jurisprudentiel que le droit de prendre part à la direction des affaires publiques est un droit qui n'est pas absolu et par conséquent son exercice est susceptible de restrictions. Ces restrictions ont été dégagées progressivement par la jurisprudence internationale et par la quasi-jurisprudence des organes des traités, à l'instar du Comité des droits de l'homme et de la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples. Notre contribution analyse tour à tour les restrictions du droit interne relatives à l'accès aux fonctions politiques (I), les restrictions du droit international et leur nature (II), la conformité de la proposition de loi PULULU aux critères dégagés par la jurisprudence internationale et le droit interne (III)

I. Les restrictions du droit interne relatives à l'accès aux fonctions politiques

Le droit de prendre part à la direction des affaires publiques constitue un droit rédigé de manière assez proche par les différents traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et, selon la jurisprudence dominante, ce droit n'est pas absolu. Son exercice peut faire l'objet de restrictions. Chaque Etat, usant de son autonomie constitutionnelle et de la marge de manœuvre consentie par les instruments internationaux des droits de l'homme est libre de soumettre l'exercice de certaines fonctions à des restrictions notamment celles d'inéligibilités. Les raisons sont diversifiées : la loyauté, la protection de l'ordre démocratique, l'indépendance nationale, la sécurité. Ces restrictions sont généralement énoncées, du point de vue interne, dans les Constitutions et les lois électorales.

Cette autonomie doit, cependant, s'exercer d'une manière compatible avec certains engagements internationaux et ce, au regard de l'internationalisation du droit constitutionnel²³ comme l'avait souligné la Cour de justice de la CEDEAO dans

²⁰ RACHIDATOU ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples*, Paris, Karthala, 2013.

²¹ Cour de justice de la CEDEAO. Affaire *Congrès pour la démocratie et le progrès (CDP) et autres contre l'Etat du Burkina*. 13 juillet 2015.

²² Comité des droits de l'homme. Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Observation générale n° 25. (27 août 1996).

²³ Les Constitutions nationales et le Droit constitutionnel qui en résulte subissent une influence progressive du droit international. Voy. HANAN QAZBIR, *L'internationalisation du droit constitutionnel*. Paris, Dalloz, 2015 ;

l'affaire du Congrès²⁴. Certaines de ces conditions sont communes à plusieurs Etats, surtout en Afrique. C'est le cas de la possession, généralement de la nationalité d'origine par le candidat à l'élection présidentielle, l'exigence d'appartenir à une catégorie des peuples constituants, l'exigence pour le candidat de s'affilier à un parti politique, la nécessité d'appartenir à une région déterminée²⁵, à une confession communautaire ou religieuse²⁶. Dans le cadre de la RDC, les conditions pour l'accès à la magistrature suprême sont fixées par la Constitution²⁷ et la loi électorale qui sont dépourvues de toute ambiguïté²⁸.

L'article 28 de la Constitution du Sénégal telle que modifiée par la loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution est rédigé en ces termes : « Tout candidat à la Présidence de la République doit être exclusivement de nationalité sénégalaise, jouir de ses droits civils et politiques, être âgé de trente-cinq (35) ans au moins et de soixante-quinze (75) ans au plus le jour du scrutin. Il doit savoir écrire, lire et parler couramment la langue officielle ». L'article 36 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 exige la nationalité centrafricaine. Aux termes de l'article 94 de la loi n°1/20 du 3 janvier 2014 portant Code électoral, le candidat à la présidence doit posséder la nationalité burundaise d'origine.

Aux termes de l'article 99 de la Constitution du Rwanda de 2003 telle que révisée en 2015, le candidat à la présidence du Rwanda doit être de nationalité

C.CHAUX, *Les contraintes internationales sur le pouvoir constituant national*, Paris, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022.

²⁴ Cour de justice de la CEDEAO. Affaire *Congrès pour la démocratie et le progrès (CDP) et autres contre l'Etat du Burkina*. 13 juillet 2015.

²⁵ Ici nous faisons allusion à la présidence tournante entre les îles prévue aux Comores. ABDELAZIZ RIZIKI MOHAMED, *La présidence tournante aux Comores*, Paris, L'Harmattan, 2017. Chaque île a droit de présenter, à tour de rôle son ressortissant à la présidence des Comores. Cette solution a été adoptée pour étouffer les velléités séparatistes de certaines îles et garantir la cohésion.

²⁶ Nous pouvons évoquer le cas du Pacte national libanais de 1943 qui constitue un Pacte de vie commune entre les principales Communautés formant le peuple libanais. Ce Pacte répartit la présidence des fonctions politiques en ces termes. Aux Maronites (Chrétiens) la présidence de la République. Aux Sunnites la présidence du Conseil des ministres. Les Chiites président la Chambre des députés. Les Grecs orthodoxes sont bénéficiaires de la vice-présidence de la Chambre des députés et de la vice-présidence du Conseil des ministres. Pour plus d'approfondissements de ce Pacte, voy. BASSEM RAI, *Le Pacte national libanais. Genèse et appropriation*, Paris, L'Harmattan, 2016. Ce confessionnalisme politique est destiné à disparaître comme l'énonce le Préambule : « (...) H) La suppression du confessionnalisme politique constitue un but national essentiel pour la réalisation duquel il est nécessaire d'œuvrer suivant un plan par étapes ».

²⁷ Art.72 de la Constitution du 18 février 2006 : « Nul ne peut être candidat à l'élection du Président de la République s'il ne remplit les conditions ci-après : 1. posséder la nationalité congolaise d'origine ; 2. être âgé de 30 ans au moins ; 3. jouir de la plénitude de ses droits civils et politiques ; 4. ne pas se trouver dans un des cas d'exclusion prévus par la loi électorale ». Souligné par nous.

²⁸ Loi n°17/013 du 24 décembre 2017 modifiant et complétant la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que modifiée à ce jour. Parmi les documents à verser au dossier de candidature figure le dépôt du certificat de nationalité.

rwandaise d'origine et ne doit détenir aucune autre nationalité. La nationalité d'origine est exigée au Congo-Brazzaville de tout candidat à l'élection présidentielle (Art.66 de la Constitution de 2015). L'Ouganda exige aussi du candidat Président la nationalité ougandaise d'origine (Art.102 a de la Constitution de 2018). Cette condition de nationalité d'origine est aussi requise par la Constitution tanzanienne (Art.39,1a). La Constitution kenyane de 2010 prévoit aussi la condition de nationalité d'origine (Art.137). La Constitution de 2010 de l'Angola retient la nationalité d'origine pour le candidat à l'élection présidentielle. La Zambie, dans sa Constitution de 1991 telle que révisée en 2016 exige tout simplement du candidat Président la nationalité zambienne sans que celle-ci ne soit nécessairement d'origine.

Certaines restrictions sont liées aux inéligibilités temporaires, celles qui concourent au renforcement ou à la protection de la démocratie (démocratie apte à se défendre) qui constituent des justifications jugées raisonnables par la Cour européenne des droits de l'homme. Ces causes d'inéligibilité concernaient les anciens membres des régimes communistes déçus en Europe et pour lesquels les candidatures aux élections présidentielles et législatives n'étaient pas recevables. Ces interdictions de candidatures, qui sont temporaires font allusion au mécanisme de lustration qui était synonyme d'exclusion des personnalités ayant assumé des responsabilités au sein des partis politiques. D'une manière extensive, la lustration consiste en un ensemble de procédures visant à sélectionner des personnes qui se portent candidates à des postes en raison de leur implication dans le régime précédent²⁹.

En Afrique, les Chartes de transition comportent des dispositions aux termes desquelles certaines personnalités, exerçant les fonctions pendant la transition en qualité de Président ou de Premier ministre, parlementaires, ne sont pas admises à se porter candidates aux élections présidentielles organisées au terme de la période transitoire en vue du retour à l'ordre constitutionnel. Ces dispositions sont destinées à protéger l'ordre constitutionnel.

Ces inéligibilités ont été reprises dans la Charte de transition du Mali du 1^{er} octobre 2020 telle que révisée le 25 février 2022, la Charte de transition de la Guinée du 27 septembre 2021, de la Charte de transition du Burkina Faso du 14 octobre 2022. Au Mali, seuls le Président de la transition et les membres du gouvernement de transition ne peuvent pas faire acte de candidature pour les élections présidentielles et législatives qui seront organisées pour marquer la fin de la transition,

²⁹ E. ADOUKI DELPHINE EDITH, « La lustration dans le constitutionnalisme contemporain », *Revue française de droit constitutionnel*, 2022/1, N° 129, p.E1 à E 17.

Au Burkina Faso sont visés par cette interdiction le Président de la transition, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale. L'interdiction s'étend, en plus des élections présidentielles et législatives, aux élections municipales. En Guinée la nomenclature des personnalités qui ne sont pas admises à faire acte de candidature pour les élections devant marquer la fin de la transition est plus large. Elle comprend le Président de la transition, les membres du Comité national pour le Redressement et le Développement (CNRD), le Premier ministre, les membres du gouvernement et les membres du Conseil national de transition. L'interdiction concerne les élections nationales et locales.

L'article 106 de la Charte constitutionnelle de transition du 18 juillet 2013 en République centrafricaine élargissait la liste des personnalités exclues du droit de participer aux élections présidentielles et législatives organisées à l'issue de la période de transition. Il s'agit de l'inéligibilité du Chef de l'Etat de la Transition, du Premier ministre de transition, des membres du Gouvernement de Transition et des membres du Bureau du Conseil national de transition, des juges constitutionnels de transition et des membres du Haut Conseil de communication. Cette disposition est par ailleurs insusceptible de révision constitutionnelle³⁰. Ces inéligibilités ont été étendues dans la loi n°13/003 du 13 novembre 2013 portant Code électoral de la République centrafricaine.

La Cour constitutionnelle de transition avait été saisie en interprétation de cette disposition. Celle-ci avait été justifiée en ces termes par la Cour constitutionnelle : « (...). Que de ce fait, le Constituant, dans le cadre spécifique de la période de transition, a expressément dérogé au principe d'égalité de tous les citoyens au pouvoir de se porter candidats aux élections présidentielle et législatives organisées à l'issue de la Transition en ce qui concerne les personnalités ayant occupé et occupent les fonctions visées à l'article 106 de la Charte (...)»³¹.

Au Burkina Faso, le Conseil national de transition, qui faisait office de parlement de transition, avait modifié la loi électorale en adoptant le Code électoral du Burkina Faso du 7 avril 2015. Parmi les innovations contenues dans ce Code figurait l'exclusion, pour inéligibilités aux élections présidentielles et législatives, de

³⁰ Art.106 de la Charte constitutionnelle de transition du 18 juillet 2013 : « *Le Chef de l'État de la transition, le Premier Ministre de transition, les membres du Gouvernement de transition et les membres du bureau du Conseil national de transition sont inéligibles aux élections présidentielles et législatives organisées durant la transition. Les juges constitutionnels et les membres du Haut Conseil de l'information et de la communication ne peuvent être candidats à l'élection présidentielle et législative organisées durant la transition* ». Notre soulignement.

³¹ Cour constitutionnelle de Transition de la République centrafricaine. Décision n°010/15/CCT du 28 août 2015 sur la demande du Chef de l'Etat relative à l'interprétation de l'article 106 de la Charte constitutionnelle de transition.

certaines acteurs politiques ayant soutenu le changement anticonstitutionnel de gouvernement visant à porter atteinte à la limitation du nombre de mandats³².

Saisie par les requérants, pour la plupart des personnalités proches du régime déchu de Blaise COMPAORE, la Cour de justice de la CEDEAO a relevé qu'une telle exclusion n'était pas justifiable en droit. Pour elle, l'exclusion doit se justifier notamment par la commission d'infractions particulièrement graves. Elle conclut que cette exclusion n'est ni légale ni nécessaire à la stabilisation de l'ordre démocratique. Pour elle, cette exclusion est contraire aux engagements internationaux du Burkina Faso³³.

Il convient de noter que ces dispositions de « lustration » s'intègrent dans le cadre juridique de réaction de l'Union africaine face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement³⁴. Du point de vue du droit conventionnel africain, nous pouvons évoquer la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 qui dispose en son article 25 (4) : « *Les auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement ne doivent ni participer aux élections organisées pour la restitution de l'ordre démocratique ni occuper des*

³² La loi n° 005-2015 du 7 avril 2015 portant modification de la loi n° 014-2001/AN du 03 juillet 2001 portant Code électoral frappait d'inéligibilité, entre autres (...) toutes les personnes ayant soutenu un changement anticonstitutionnel qui porte atteinte au principe de l'alternance démocratique, notamment au principe de la limitation du nombre de mandats présidentiels ayant conduit à une insurrection ou à toute autre forme de soulèvement

³³ Cour de justice de la CEDEAO. *Congrès pour la Démocratie et le Progrès (CDP) & Autres c./ Burkina*. § 32 La Cour est d'avis que l'exclusion en cause dans la présente affaire n'est ni légale ni nécessaire à la stabilisation de l'ordre démocratique (...). La restriction opérée par le Code électoral n'a au demeurant pas pour seul effet d'empêcher les requérants à se porter candidats, elle limite également de façon importante le choix offert au corps électoral et altère donc le caractère compétitif de l'élection ». 13 juillet 2015. Cet arrêt fut diversement commenté notamment du point de vue critique. Voy. YAKOUBA OUEDRAOGO « Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO c/Etat du Burkina », *Les Annales de Droit*, Vol.10, 2016 en ligne <https://journals.openedition.org/add/342> consulté le 22 mai 2023.

³⁴ J. KAZADI MPIANA, « L'Union africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, vol.25.2, 2012, pp. 101-141 ; J-C. TCHEUWA, « L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif* (R. R. J), 2009, n°2, pp.995-1022 ; S. BULA-BULA, « Mise hors-la-loi ou mise en quarantaine des gouvernements anticonstitutionnels par l'Union africaine ? », *African Yearbook of International Law*, 2003, vol. 11 (2005), pp. 23-78 ; Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement. Libres propos sur certains aspects de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 », in Alioune SALL et Ismaila Madior FALL (dir.), *Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté. Actualités du droit public et de la science politique en Afrique*, Paris, L'Harmattan Sénégal, 2017, pp. 685-695 ; F. TABALA KITENE, « La validité de la norme régionale de l'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement. Une approche dialectique fondée sur les rapports ambigus entre les principes *ex Injuria jus non oritur* et *ex facto oritur jus* », in I. MINGASHANG (dir.), *La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine. Un regard croisé autour de la pratique du droit par le Professeur Auguste Mampuya*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 659-715.

postes de responsabilité dans les institutions politiques de leur Etat »³⁵. Le paragraphe 4 (IV) du Cadre d'Ezulwmi interdit d'une manière absolue aux auteurs de coups d'Etat de se porter candidat aux élections organisées pour rétablir l'ordre constitutionnel³⁶. La CEDEAO s'est largement investie dans la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement dans la région dont les résultats demeurent mitigés pour les cas du Mali, de la Guinée et du Burkina Faso³⁷.

Il en résulte l'émergence d'un droit constitutionnel coutumier sur les inéligibilités se fondant sur la pratique de l'Union africaine, de certaines Organisations internationales africaines (CEDEAO et CEEAC) et l'insertion de ces inéligibilités temporaires dans les Chartes de transition en Afrique adoptées notamment en Guinée, au Mali, au Burkina Faso, jadis en République centrafricaine. Ces inéligibilités poursuivent des buts légitimes et sont proportionnées. Par contre, certaines restrictions ont été jugées non conformes aux engagements internationaux de l'Etat. C'est le cas de la réservation des candidatures aux élections présidentielles uniquement au profit des candidats inscrits sur les listes des partis politiques³⁸. Les restrictions du droit interne à l'exercice des fonctions politiques sont complétées au niveau international où les juridictions internationales des droits de l'homme et les organes des traités ont apporté des précisions sur la compatibilité de certaines restrictions du droit interne avec le droit international.

II. Les restrictions tirées du droit international et leur nature

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle précise que les restrictions à l'exercice des droits politiques devraient être proportionnelles, non discriminatoires et poursuivant des intérêts légitimes tels que la protection de l'ordre démocratique, l'indépendance de l'Etat, le rétablissement de la paix, la loyauté envers l'Etat. Les restrictions qui se traduisent par des

³⁵ Souligné par nous. Sur cette Charte de la démocratie, des élections et de la gouvernance, voy. B. TCHIKAYA « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *Annuaire Français de droit international* (AFDI), 2008, pp.515-528 ; STACY-ANN ELUY, « Towards a New Democratic Africa : The African Charter on Democracy, Elections and Governance », *Emory International Law Review*, (Emory Int'L L.Rev.) vol.27, 2013, n°1, pp. 41-116; P.J. GLEN, « Institutionalizing Democracy in Africa : A comment on the African Charter on Democracy, Elections and Governance », *African Journal of Legal Studies*, vol. 5, 2012, n°2, pp. 119-146;

³⁶ Cadre d'Ezulwini pour le renforcement de la mise en œuvre des dispositions de l'Union africaine dans les situations de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Du 17 au 19 décembre 2009.

³⁷ OUMAR BERTE, *La CEDEAO face aux changements anticonstitutionnels de pouvoir en Afrique de l'ouest*, Paris, L'Harmattan, 2022

³⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tanganyika Law Society & the Legal and Human rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopjher c. Tanzanie*. Pour une analyse, A.D. OLINGA, « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples (Arrêt du 14 juin 2015 sur les affaires jointes *Tanganyika Law Society & The Legal and Human rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R.Mtikila c. Tanzanie* », *La Revue des droits de l'homme*, N°5, 2014

inélégibilités de certaines personnes aux fonctions déterminées devraient faire l'objet d'une réévaluation périodique sur la nécessité ou non de leur maintien. Quelques cas méritent d'être illustrés.

Dans l'affaire *Zdanoka c. Lettonie*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé ou rappelé que les restrictions à l'éligibilité doivent se fonder sur *des buts légitimes tels que la protection de l'indépendance de l'Etat, de l'ordre démocratique et de la sécurité nationale*. Elle a observé, dans le cas d'espèce, que la restriction n'était pas limitée dans le temps et a rappelé qu'une inélégibilité perpétuelle ne pouvait se justifier que dans le cas d'infractions pénales particulièrement graves telles que les crimes de guerre ou de haute trahison.

Cependant, elle a considéré que la décision d'écarter du pouvoir législatif des dirigeants de l'ancien régime pouvait avoir été justifiée et proportionnée pendant les premières années ayant suivi le rétablissement de l'indépendance de la Lettonie, sans qu'il fût nécessaire d'examiner le comportement individuel des personnes en cause³⁹. La Cour admet que l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme contient une limitation implicite. Dans cette affaire, la Grande Chambre s'appuie sur le but légitime et sur la proportionnalité.

Dans l'arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que certaines restrictions prévues dans la Constitution de la Bosnie-Herzégovine limitant les candidatures à l'exercice de certaines fonctions politiques aux peuples constituants n'étaient pas incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme. Ces restrictions doivent être limitées dans le temps. Leur maintien après plusieurs années d'application n'est plus légitime. Dans le cas d'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie par les requérants d'origine rom et juive qui ne pouvaient pas participer aux élections législatives pour la deuxième Chambre et à l'élection à la présidence de la Bosnie-Herzégovine. L'accès à ces fonctions était réservé uniquement à ceux qui déclaraient leur appartenance à l'un des Peuples constituants étaient admissibles (Bosniaques, Croates et Serbes). Ces restrictions insérées dans la Constitution de 1995 étaient objectives et raisonnables au regard du but poursuivi, à savoir le rétablissement à la paix. Après plusieurs années et l'évolution de la situation en Bosnie-Herzégovine le maintien de ces restrictions n'est plus justifiable et que leur maintien constitue une violation de l'article 1^{er} et 14 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Seules les personnes déclarant une appartenance à l'un

³⁹ Cour européenne des droits de l'homme. Grande Chambre. Affaire *Zdanoska c. Lettonie* (requête n° 58278/00. Arrêt du 16 mars 2006, § 74.

des peuples constituants peuvent se présenter à la Chambre des peuples (la seconde chambre du Parlement national) et à la présidence (collégiale) de l'Etat.

Pour la Cour européenne, cette règle d'exclusion poursuivait au moins un but globalement compatible avec les objectifs généraux de la Convention tels qu'ils se trouvent reflétés dans son préambule, à savoir le rétablissement de la paix. Lorsque les dispositions constitutionnelles litigieuses furent mises en place, un cessez-le-feu très fragile régnait sur le terrain. 50. Aussi la Cour conclut-elle que le maintien de l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples de Bosnie-Herzégovine ne repose pas sur une justification objective et raisonnable et est donc contraire à l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est aussi prononcée sur une affaire concernant les binationaux ou plurinationaux qui ne pouvaient pas faire acte de candidature à la seconde Chambre législative de la Moldavie. Cette restriction visait à garantir la loyauté des députés. En effet, le 10 avril 2008, le Parlement moldave adopta une réforme de la législation électorale comportant, entre autres, l'interdiction pour les binationaux ou plurinationaux de devenir députés.

La Cour européenne des droits de l'homme fut saisie par un député en possession d'une nationalité en plus de celle moldave. Le requérant allègue que l'interdiction faite aux ressortissants moldaves qui possèdent d'autres nationalités de siéger au Parlement après avoir été élus porte atteinte à son droit de se présenter à des élections libres et d'exercer son mandat de député s'il est élu, dans des conditions assurant la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. La Chambre de la Cour européenne avait admis que les dispositions litigieuses étaient libellées de manière claire et poursuivaient le but légitime consistant à garantir la loyauté des députés envers l'Etat moldave. Elle a toutefois estimé que les moyens employés par l'Etat pour atteindre ce but étaient disproportionnés et que, partant, il y avait eu violation de l'article 3 du Protocole n°1. Pour la Chambre de la Cour européenne, même dans le contexte spécifique de l'évolution politique de la Moldavie, la Chambre a estimé que l'interdiction faite aux plurinationaux d'exercer un mandat parlementaire ne pouvait se justifier, compte tenu notamment du fait que cette très radicale restriction avait été mise en place environ un an, voire moins, avant les élections législatives.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme. Grande Chambre Affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (requêtes n°27995 et 34836/06. Arrêt du 22 décembre 2009. Lire aussi l'*Affaire Zornic v. Bosnie-Herzégovine*. Arrêt du 15 juillet 2014.

Examinant la requête, la Cour observe que rares sont les Etats membres du Conseil de l'Europe qui interdisent la députation aux binationaux. Compte tenu de l'ensemble des éléments ci-dessus, et malgré le contexte historique et politique spécifique à la Moldavie, la Cour estime que les dispositions de la loi n° 273 qui empêchent les plurinationaux élus députés d'exercer leur mandat sont disproportionnées et emportent violation de l'article 3 du Protocole n° 1 de ladite Convention⁴¹.

Le Comité des droits de l'homme a élaboré l'Observation générale n°25 dans laquelle il insiste sur le fait que les restrictions doivent être objectives et raisonnables : « *L'application effective du droit et de la possibilité de se porter candidat à une charge électorale garantit aux personnes ayant le droit de vote un libre choix de candidats. Toute restriction au droit de se porter candidat, par exemple un âge minimum, doit reposer sur des critères objectifs et raisonnables. Les personnes qui à tous autres égards seraient éligibles ne devraient pas se voir privées de la possibilité d'être élues par des conditions déraisonnables ou discriminatoires, par exemple le niveau d'instruction, le lieu de résidence ou l'ascendance, ou encore l'affiliation politique. Nul ne devrait subir de discrimination ni être désavantagé en aucune façon pour s'être porté candidat. Les Etats parties devraient exposer les dispositions législatives privant un groupe ou une catégorie de personnes de la possibilité d'être élu et les expliquer* »⁴².

La Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples s'est prononcée, dans au moins trois affaires ayant un lien avec la nationalité d'origine. Le cas le plus emblématique fut celui du principe de l'*ivoirité* inséré dans la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000, adoptée par référendum. Pour la Commission africaine, cette Constitution était discriminatoire et contraire aux instruments juridiques internationaux conclus par cet Etat⁴³.

La Constitution de la Côte d'Ivoire adoptée par référendum le 23 juillet 2000 contient des dispositions discriminatoires des articles 35 et 65. Le premier réserve aux seuls Ivoiriens d'origine dont les parents sont également Ivoiriens d'origine le droit de faire acte de candidature à l'élection présidentielle. Le second, c'est-à-dire l'article 65 réserve le droit de se faire désigner Président et Vice-Président de l'Assemblée nationale aux seuls Ivoiriens d'origine dont les parents sont également originaires. Ces articles contrastent avec les dispositions des articles 2 et 13 de la

⁴¹ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Tanase c. Moldavie*. Grande Chambre. 27 avril 2010.

⁴² Comité des droits de l'homme. Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Observation générale n° 25. (27 août 1996). Souligné par nous. § 15.

⁴³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. *Mouvement ivoirien des droits de l'homme c. Côte d'Ivoire*. Communication 246/2002. Décision 21-29 juillet 2008.

Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples. Analysant ces restrictions sous l'angle de leur objectivité, de leur caractère raisonnable et non-discriminatoire, la Commission africaine s'interroge si ces restrictions constituent le seul moyen ou le meilleur moyen pour assurer la loyauté. Tout en admettant la licéité des restrictions, la Commission africaine est d'avis que les critères doivent être raisonnables, objectifs et justifiables. Ces critères n'étaient pas réunis dans l'affaire sous-examen⁴⁴.

Elle a réitéré cette approche dans une autre communication de 2015. La Commission africaine considère que la décision de la Cour suprême de Côte d'Ivoire de refuser à Monsieur Ouattara la nationalité ivoirienne du fait de son origine « non-ivoirienne » et en l'occurrence Dioula revient à dénier la nationalité ivoirienne aux Dioulas⁴⁵. Par ailleurs, notons que les dispositions de l'article 35 ont été réécrites et figurent à l'article 55 nouveau de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 telle que révisée en 2020 qui exige que le candidat à la présidence de la République soit exclusivement de nationalité ivoirienne, né de père ou de mère ivoiriens d'origine (un assouplissement).

Cette communication est à rapprocher, à quelques égards, de la communication *John K. Modise c. Botswana*, dans laquelle le requérant, l'un des fondateurs et responsables du parti d'opposition "*Botswana National Front*", estimait que c'était à cause de ses activités politiques qu'il avait été déclaré "immigré indésirable" au Botswana par le gouvernement. Cette citoyenneté par acquisition, que le gouvernement défendeur lui a accordée est à maints égards inférieure à la citoyenneté par la naissance, qu'il méritait de droit. L'une des conséquences en est qu'il ne pouvait pas se présenter à l'élection aux plus hautes fonctions politiques dans le pays, à savoir, la Présidence de la République du Botswana. Pour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, il y a eu violation des articles 3(2), 5, 12(1) et (2), 13(1) et (2), 14, et 18(1) de la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples par la République du Botswana. Elle avait, par conséquent, demandé instamment au gouvernement du Botswana de prendre les mesures appropriées pour reconnaître à M. John Modise sa citoyenneté par la naissance et pour lui donner une compensation appropriée pour tous les

⁴⁴ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. *Mouvement ivoirien des droits de l'homme c. Côte d'Ivoire*. Communication 246/2002. Décision 21-29 juillet 2008.

⁴⁵ La Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples « recommande vivement à la République de Côte d'Ivoire d'amender les dispositions des articles 35 et 65 de sa Constitution en conformité avec les dispositions des articles 2 et 13 de la Charte ». *Communication 318/06 Open Society Justice Initiative Côte d'Ivoire* adoptée à la session de la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples tenue du 18 au 28 février 2015.

dommages subis à la suite de cette violation de ses droits⁴⁶.

Les trois communications de la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples mettent en exergue le droit, pour les candidats, de réunir les conditions nécessaires, notamment la possession de la nationalité d'origine. Le deuxième aspect de la proposition de loi PULULU est relatif au verrouillage de certaines fonctions (Président de la République, Premier ministre, Présidents des Chambres parlementaires, etc.). Ces fonctions, si la proposition est adoptée et promulguée, ne seront accessibles qu'aux congolais de père et de mère. Le bien-fondé de cette exclusion a fait l'objet de débats mobilisant, entre autres, les considérations d'ordre sociologique, anthropologique, religieux et juridique. C'est sur ce dernier versant que nous focalisons notre attention sur la proposition de loi PULULU en la confrontant avec les restrictions admises par le droit international, en général et par le droit constitutionnel congolais en particulier.

III. La conformité de la proposition de loi PULULU aux critères dégagés par la jurisprudence internationale et le droit interne

Les restrictions au droit de prendre part à la direction des affaires publiques pour des raisons de souveraineté et de loyauté envers la nation devraient surmonter l'épreuve d'au moins quatre conditions ou critères relevant de la jurisprudence ou de la quasi-jurisprudence internationale. Il s'agit de l'objectivité, du caractère raisonnable, de la proportionnalité et de la légitimité du but. Y a-t-il un autre moyen de garantir cette souveraineté et cette loyauté autre que l'exclusion de certaines personnes ?

Il est par ailleurs ardu d'établir qu'un Congolais de père et de mère serait plus loyal qu'un congolais dont l'un des ascendants possède la nationalité congolaise d'origine. Cette restriction serait, à notre avis, *déraisonnable*.

La proportionnalité exige que la restriction visée n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché. L'atteinte aux droits n'est-elle pas disproportionnée tant il est vrai qu'il s'agit d'exclure à la direction des affaires publiques, non seulement aux plus hautes fonctions politiques (Président de la République, Premier ministre, Présidents des Chambres parlementaires), aux plus hautes fonctions judiciaires (Président de la Cour constitutionnelle, Procureur général près la Cour constitutionnelle, Premier Président de la Cour de cassation, au Premier Président du Conseil d'Etat et au Procureur général près le Conseil d'Etat), aux fonctions militaires et sécuritaires (tous les Généraux des Forces armées et de la

⁴⁶ Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Communication 97/93. *John K. Modise c. Botswana*, 28^e session ordinaire à Cotonou, Bénin, le 6 novembre 2000, § 95.

Police nationale, l'Administrateur général de l'Agence nationale des Renseignements et le Directeur général de la DGM).

Il résulte de cette liste que beaucoup de Congolais ne satisfaisant pas les conditions d'avoir les deux ascendants congolais ne pourront pas prendre part à la direction des affaires publiques dans plusieurs domaines. Ils sont discriminés en raison de leur origine. Ces restrictions ne sont pas proportionnées au but poursuivi et se traduisent par l'exclusion de plusieurs congolais, pourtant électeurs, à l'exercice des fonctions démocratiques. Cette discrimination généralisée, non seulement est contraire à l'article 13 de la Constitution, mais aussi non justifiable⁴⁷.

Le but légitime de ces restrictions figure à l'article 24 de cette proposition, rédigé en ces termes : « Toutefois pour des raisons de loyauté et de fidélité à la nation congolaise, l'exercice de la fonction du Président de la République, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat n'est réservée qu'aux seuls Congolais nés de père et de mère. L'alinéa précédent s'applique au Premier ministre, au Président de la Cour constitutionnelle etc.

Le but légitime ou les objectifs poursuivis par ces restrictions consistent à assurer la loyauté et la fidélité à la nation. Ces deux objectifs sont légitimes et dignes d'attention. Pour atteindre ce but légitime, faut-il nécessairement exclure les Congolais qui ne sont pas nés de père et de mère congolais ?

Un tel but suppose, en d'autres termes, que la loyauté et la fidélité à la nation ne puissent être garanties que par des Congolais nés de père et mère. Or, ni la pratique, ni l'histoire, ni le présent, ni l'anthropologie ne nous offrent des exemples éclairants dans lesquels les Congolais nés d'un seul ascendant ont été moins loyaux, moins fidèles à la nation que les Congolais nés de père et mère. Au contraire l'histoire congolaise est riche d'enseignements que certains qui ont servi cette nation ou ont versé leur sang ne pouvaient pas prouver leur nationalité congolaise d'origine de tous les deux parents.

Dans l'état actuel, la proposition de loi PULULU ne satisfait pas aux critères ci-haut dégagés par la jurisprudence internationale. Elle est en outre contraire à la Constitution de la RDC. à travers la lecture de l'article 13 précité. Une éventuelle révision constitutionnelle heurterait les prescrits de l'alinéa deuxième de l'article 220 de la Constitution interdisant de procéder à la révision constitutionnelle dont l'objet

⁴⁷ Art.13 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 : « Aucun Congolais ne peut, en matière d'éducation et d'accès aux fonctions publiques ni en aucune autre matière, faire l'objet d'une mesure discriminatoire, qu'elle résulte de la loi ou d'un acte de l'exécutif, en raison de sa religion, de son origine familiale, de sa condition sociale, de sa résidence, de ses opinions ou de ses convictions politiques, de son appartenance à une race, à une ethnie, à une tribu, à une minorité culturelle ou linguistique ».

ou l'effet est de réduire les droits et libertés de la personne⁴⁸. L'introduction des réformes envisagées dans une nouvelle Constitution serait, du point de vue du droit possible.

Toutefois, celle-ci pourrait être déclarée contraire aux instruments juridiques internationaux ratifiés par la RDC comme cela a été le cas du principe de *l'ivoirité* devant la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples. Ce principe était consacré dans la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000. La Commission africaine avait déclaré cette disposition discriminatoire et recommandait à la Côte d'Ivoire de réviser la constitution pour la rendre compatible avec les obligations internationales en matière des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme⁴⁹. La Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples « recommande vivement à la République de Côte d'Ivoire d'amender les dispositions des articles 35 et 65 de sa Constitution en conformité avec les dispositions des articles 2 et 13 de la Charte »⁵⁰. La Cour africaine des droits de l'homme n'hésite plus à considérer que certaines révisions constitutionnelles sont contraires, notamment à la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, à la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance⁵¹. Elle a réitéré dans son arrêt du 1^{er} décembre 2022 que la révision constitutionnelle au Bénin du 7 novembre 2019 violait les deux textes précités et ordonnait son abrogation ainsi que des lois subséquentes notamment le Code électoral du 15 novembre 2019⁵². Elle a déclaré, dans l'arrêt du 14 juin 2013 que la Constitution de la Tanzanie qui n'accorde pas le droit aux indépendants de se porter candidats aux élections présidentielles et législatives violait notamment l'article 13 de la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples⁵³.

⁴⁸ Art.220, al.2 de la Constitution : « (...)Est formellement interdite toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits et libertés de la personne ou de réduire les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées ». Souligné par nous.

⁴⁹ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. *Mouvement ivoirien des droits de l'homme c. Côte d'Ivoire*. Communication 246/2002. Décision 21-29 juillet 2008.

⁵⁰ *Communication 318/06 Open Society Justice Initiative Côte d'ivoire* adoptée à la session de la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples tenue du 18 au 28 février 2015.

⁵¹ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Houngue Éric Noudehouenou c. République du Bénin*, CAFDHP, Requête n° 003/2020, Arrêt du 4 décembre 2020 (fond et réparations), §§ 66 et 77 à 79, 123(xii) ; *XYZ c. République du Bénin*, CAFDHP, Requête n° 059/2019, Arrêt du 27 novembre 2020 (fond et réparations), §§ 124-125, 179(xii).

⁵² Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. *Affaire Houngue Eric Noudehouenou c. République du Bénin*. Requête n° 028/2020. Arrêt (Fond et réparations), 1^{er} décembre 2022.

⁵³ Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples. Arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes *Tanganyika Law Society & the Legal and Human rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopjher c. Tanzanie*. La Cour avait ordonné, entre autres, à la Tanzanie de modifier son cadre constitutionnel et juridique de manière à permettre les candidatures indépendantes. Jusqu'en 2020, la Tanzanie n'avait pas modifié ledit cadre. Voy. Cour

Conclusion

Sous réserve de notre consentement sur le premier volet de la proposition de loi PULULU, à savoir l'irrévocabilité de la nationalité congolaise, le deuxième aspect de la proposition portant sur le verrouillage des fonctions dites de souveraineté rencontre nos doutes et perplexités sur sa conformité aussi bien au Droit international conventionnel qu'au Droit international jurisprudentiel. Le but poursuivi par cette proposition, dans son deuxième volet, est légitime (la loyauté et la fidélité à la nation). C'est le moyen utilisé (exclusion des Congolais dont un seul ascendant est d'origine congolaise) pour atteindre ce but qui est disproportionné, déraisonnable, et discriminatoire. Aucune étude scientifique si pertinente soit-elle, ne peut démontrer que la loyauté ou la fidélité à la nation se mesure au degré de la « *nationalité* ». La proposition de loi PULULU n'intègre pas les principaux critères de justification des restrictions relatives à l'accès aux fonctions dites de souveraineté qu'elle prétend verrouiller au profit de seuls Congolais de père et mère. Les obstacles internationaux sont complétés par ceux de nature constitutionnelle puisés des articles 13 et 220, alinéa 2 de la Constitution. La persévérance dans cette démarche d'aboutir aux normes souhaitées ne peut que s'inscrire en marge des dispositions internationales et constitutionnelles.

*

* *

africaine des droits de l'homme et des Peuples. Affaire *Legal and Human rights Center et Tanganyika Law Society c. République unie de Tanzanie*. Requête n° 036/2020. Ordonnance (mesures provisoires). 30 octobre 2020.

NATIONALITE CONGOLAISE D'ORIGINE ET CITOYENNETE : UNE PERPETUELLE REMISE EN QUESTION ?

Par :

Joseph YAV KATSHUNG

*Professeur à la faculté de droit, Université de Lubumbashi,
Avocat aux Barreaux du Haut-Katanga et du Lualaba,
Arbitre au Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de
Ouagadougou (CAMC-O)*

Résumé

Le principe de la reconnaissance de la nationalité congolaise s'applique au congolais qui l'est d'origine soit par appartenance, soit par filiation soit encore par présomption de la loi.

Au demeurant, au-delà des critères d'accès à la nationalité, et donc à la citoyenneté, ***le droit international contemporain a recours aux deux expressions de manière interchangeable pour désigner le lien juridique entre un individu et un État.***

Le droit à une nationalité pour toute personne est un droit humain fondamental implicitement inscrit dans les dispositions de l'article 5 de la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et essentiel à la jouissance des autres droits et libertés fondamentaux prévus dans ladite Charte. Pour cela, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples suivie par la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples n'ont pas hésité à considérer que les situations de privation ou de limitation de la nationalité constituent une atteinte au principe de non-discrimination expressément consacrés par la Charte africaine dont elles sont les gardiennes.

Ainsi, la République Démocratique du Congo (RDC) ne doit point reculer, car depuis la réforme de 1981, telle que modifiée et complétée par le décret-loi n° 197, la transmission de la nationalité peut se faire aussi par le fait de la naissance d'une mère congolaise ; la primauté du père comme donneur de nationalité a été écartée.

Mots – clés : Nationalité – citoyenneté – filiation - affiliation – présomption.

Abstract

The principle of recognition of Congolese nationality applies to Congolese nationals of origin, either by affiliation, descent or by presumption of the law.

Moreover, beyond the criteria for access to nationality, and therefore to citizenship, contemporary international law uses the two expressions interchangeably to designate the legal relationship between an individual and a State.

The right to a nationality for every person is a fundamental human right implicitly enshrined in the provisions of Article 5 of the African Charter on Human and Peoples' Rights and essential to the enjoyment of the other fundamental rights and freedoms provided for in the Charter. To this end, the African Commission on Human and Peoples' Rights followed by the African Court on Human and Peoples' Rights have not hesitated to consider that situations of deprivation or limitation of nationality constitute an infringement of the principle of non-discrimination expressly enshrined in the African Charter of which they are the guardians.

Thus, the Democratic Republic of Congo (DRC) must not retreat, because since the reform of 1981, as amended and supplemented by Decree-Law No. 197, the transmission of nationality can also be done by the fact of the birth of a Congolese mother; The primacy of the father as a donor of nationality has been discarded.

Keywords: *Nationality – citizenship – filiation – affiliation – presumption.*

1. Nationalité et Citoyenneté : Notions, droits et problématique en République Démocratique du Congo [RDC]

Par sa racine étymologique, le terme « nationalité » dérive du mot « nation » et suggère que la nationalité est, avant tout, *une notion politique traduisant l'appartenance d'une personne à une nation*. Mais la nature ou le sens de ce lien de rattachement à l'État a évolué au cours de l'histoire et permis un élargissement du contenu de la notion qui signifie aussi *un lien juridique de rattachement de la personne à la population d'un État qui intègre aussi une « dimension idéologique (solidarité effective d'intérêts, réciprocité de droits et de devoirs), affective (solidarité effective de sentiments) et culturelle (fait social de rattachement)*⁵⁴ ».

La nationalité est aussi confondue avec la notion de *citoyenneté*⁵⁵ mais force est de reconnaître des nuances importantes dans la signification. En effet, la nationalité et la citoyenneté sont deux concepts juridiques flous mais interdépendants. Cette interdépendance est source de nombreuses incertitudes et confusions, conceptuelles ou terminologiques, qui se retrouvent au cœur des débats contemporains portant sur les questions de citoyennetés, nationales ou régionales. Il est, à l'évidence, toujours hasardeux d'oser définir ces deux notions et particulièrement leur frontière mouvante et, pour le moins, ambiguë.

Le terme « *citoyenneté* », notamment, a des connotations de participation et d'exercice des droits civils et politiques qui ne sont pas portées par le mot « nationalité⁵⁶ ». C'est ainsi que Jacques Chevallier [1999] souligne que « ... la citoyenneté est un concept essentiel et fondateur, autour duquel a été construit le lien politique et, au-delà, le lien social, ... »⁵⁷. Par ces mots, il souligne la centralité de la notion de citoyenneté dans les démocraties ainsi que sa complexité, comme les difficultés d'appréhension et d'interprétation qu'elle peut faire naître aujourd'hui.

⁵⁴ Lire, Claude GOASGUEN, *Rapport d'information No 3605 sur le droit de la nationalité en France*, Assemblée Nationale Française, 29 juin 2011, p. 142.

⁵⁵ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001, p. 175 ou le terme citoyenneté est « synonyme de nationalité ».

⁵⁶ Voir Pierre François GONIDEC « La nationalité dans les États de la Communauté et dans les États marginaux », in *Annuaire Français de Droit International [AFDI]*, Volume 7, 1961, p. 814-835.

⁵⁷ J. CHEVALLIER, « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, n° 250, avril 1999, p. 3.

Pour De Burlet [1971], la nationalité est une notion de droit international ; par contre la citoyenneté relève du droit public interne. « *Le national d'un État n'est pas nécessairement citoyen ; Il peut être simplement sujet de cet État, ce qui ne lui assure normalement pas les droits politiques. La citoyenneté est une notion plus étroite que la nationalité. C'est la qualité juridique qui garantit à son titulaire la jouissance des droits politiques* »⁵⁸. Toutefois, la citoyenneté n'est pas un mot « innocent ». Souvent révééré, parfois galvaudé, voire brocardé, le concept de citoyenneté a traversé les âges, depuis la Grèce antique jusqu'à aujourd'hui, sans jamais susciter l'indifférence.

Les expériences de chaque pays font que les *droits liés à l'appartenance* sont largement distincts entre *la nationalité et la citoyenneté*. Chacun de ces deux statuts trace indéniablement une frontière entre inclus et exclus avec des droits. En matière de nationalité, les droits territoriaux sont, les plus emblématiques. Le national est le seul à disposer d'un droit absolu de séjour et d'admission sur le territoire de son État⁵⁹. La nationalité assure ainsi une fonction « allocative », suivant la formule de Paul Weis [1979]⁶⁰, qui profite autant aux individus qu'aux États en assurant une répartition [allocation], qu'on espère la plus ordonnée et complète possible, des individus au sein de la société des États. En matière de citoyenneté, les droits politiques forment sans doute le cœur de ce statut. Le citoyen dispose du droit de suffrage et du droit d'éligibilité suivant la fonction démocratique assurée par ce statut – la citoyenneté est le propre des régimes démocratiques comme l'a bien démontré Olivier Beaud [2019]⁶¹.

La distinction serait donc ambivalente entre ces deux statuts que sont la nationalité et la citoyenneté. Les éléments les plus manifestes de distinction tiennent sans doute à la définition des groupes [l'appartenance à l'État contre l'appartenance à une communauté politique] mais aussi aux droits conférés dont la nature est profondément différente [droits territoriaux contre droits politiques]. Toutefois, dans la plupart des pays du monde, les deux statuts demeurent tout de même enchevêtrés

⁵⁸ J. De BURLET, *Précis de droit international privé congolais*, Bruxelles, Larcier, 1971, n°13.

⁵⁹ Voy. Jules LEPOUTRE, *Nationalité et Souveraineté*, Paris, Dalloz, 2020, p. 74-115.

⁶⁰ Paul WEIS, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2^{ième} édition, Alphen aan den Rijn, Sythoff & Noordhoff, 1979, p. 59.

⁶¹ Olivier BEAUD, « La citoyenneté est-elle une catégorie universelle du droit constitutionnel ? », in O. BEAUD, C. COLLIOT-THELENE, J.-F. KERVEGAN, *Droits subjectifs et citoyenneté*, Garnier, 2019, p. 185-219.

par le jeu de la possession obligatoire de la nationalité pour accéder à la citoyenneté. Difficile, dès lors, de constater une distinction matricielle quand la possession du premier statut est nécessaire pour accéder au second, même si les communautés et les droits en cause sont distincts.

Au demeurant, au-delà des critères d'accès à la nationalité, et donc à la citoyenneté, ***le droit international contemporain a recours aux deux expressions de manière interchangeable pour désigner le lien juridique entre un individu et un État*** ; et c'est l'option levée dans la présente communication.

Toutefois, le droit à la nationalité, en tant que « droit humain fondamental »⁶², fait l'objet de violation en Afrique pour des raisons liées au refus ou à la privation arbitraire de la nationalité à des personnes fondées sur la race, l'ethnie, la langue, la religion, la discrimination fondée sur le sexe, etc...

De 1960 à ce jour, les péripéties liées à la reconnaissance et à la contestation de la nationalité à certains groupes de Congolais ont ponctué les crises politiques, voire sécuritaires en RDC. Les inégalités politiques revêtent aussi les inégalités dans l'accès aux fonctions stratégiques dans l'appareil de l'État ou l'accès aux fonctions publiques⁶³.

Cette triste réalité que nous pensions clore avec l'avènement de la loi sur la nationalité n° 04/024 du 12 novembre 2004 qui selon son exposé de motif, « a pour but de répondre d'une part aux prescrits de la Constitution ... et d'autre part aux critiques pertinentes formulées par les délégués aux assises du Dialogue Inter-Congolais contre la législation congolaise en matière de nationalité⁶⁴, refait surface à quelques mois des élections générales en RDC, avec le dépôt au parlement de la « ***Proposition de loi modifiant et complétant la Loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise*** ».

Un sujet qui divise et qui n'est pas nouveau en Afrique car plusieurs gouvernements ont constamment cherché à restreindre les droits politiques réserver l'octroi de la nationalité d'origine et des droits politiques de certains candidats aux élections présidentielles en s'efforçant de donner une forme légale à cette politique en adoptant des statuts et des amendements constitutionnels ou légaux selon les

⁶² Art. 15, Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁶³ Lire à ce sujet ; OSISA, *RDC. Démocratie et participation à la vie politique*, Johannesburg, 2010, p. 37-38.

⁶⁴ Spécialement l'Ordonnance-loi n° 71-002 du 28 mars 1971, la Loi n° 72-002 du 05 janvier 1972 dans son article 15 et le Décret-loi n° 197 du 29 janvier 1999 modifiant et complétant la Loi n° 81-002 du 29 juin 1981.

procédures juridiques en vigueur. Bien que les dispositions adoptées soient contraires aux conventions et principes régionaux et internationaux, garantissant les droits des personnes, notamment en matière de nationalité.

2. Évolution de la Nationalité d'origine et de sa législation en RDC

La question de la nationalité procède non seulement du droit, de la politique ou de la sociologie mais aussi de l'esprit.

La nationalité est une question spirituelle en ce sens qu'elle touche à la patrie [patri]. Elle a trait aux racines et aux origines d'une personne. Les hommes y voient leur identité politique, sociologique, culturelle avec tout ce que cela comporte davantage socio-économique... » Cette question a « fait couler pas mal d'encre et soulève des passions incontrôlées. Elle a empoisonné les débats à la Conférence Nationale Souveraine [CNS] et entraîné, de 1993 à 1995, de la violence et des excès dus à des causes de nature autre que juridique »²

A ce jour, elle est une des causes profondes des souffrances, des conflits en RDC. C'est ce qui explique son évolution en dents de scie depuis la période de l'État Indépendant du Congo jusqu'à ce jour.

Plusieurs textes jalonnent donc l'historique congolais du droit de la nationalité dont certains sont liés aux états d'âmes que cette question a toujours soulevés ici ou ailleurs. Car, en fin de compte, la nationalité demeure une question de survie individuelle et collective. C'est ce qui justifie le foisonnement des textes juridiques en la matière ainsi que les débats « passionnés »- il faut le dire – de la proposition de loi dite « Tshiani ».

- Le tout premier texte juridique qui définit et organise la nationalité en territoire Congolais est le **décret du 27 décembre 1892**. La nationalité s'acquiert originellement de façon restrictive par les personnes nées sur le territoire congolais des parents congolais ; *c'est à la fois le « jus sanguinis » et le « jus soli »*. En effet, *la personne née des parents congolais en dehors du territoire congolais était exclue de la nationalité congolaise d'origine. Tout comme la personne née d'un père congolais avec une mère étrangère ou d'une mère congolaise avec un père étranger même sur le territoire congolais, a fortiori en dehors du territoire congolais*. Ce décret est resté en vigueur jusqu'en septembre 1965. Il a été abrogé par le décret – loi du 18 septembre 1965 relatif à la nationalité.

- Pris en exécution des dispositions des articles 4 et 7 de la Constitution du 1^{er} août 1964 dite de Luluabourg, **le décret-loi du 18 septembre 1965 portant loi**

² Note aux lecteurs de Monseigneur Mosengo, in MM. KALALA, K.M. MASIKA et M.M. IYELEZA , *La législation congolaise en matière de Nationalité de 1892 à ce jour*, Kinshasa, Cadicec, 1997, p 5.

organique relative à la nationalité congolaise fut pris. Ce décret avait abordé tous les aspects traitants de la nationalité. Il produisait ses effets au 30 juin 1960. *La nationalité s'acquiert par filiation du père ou de la mère.*

- *Quant à la loi n° 72-002 du 5 janvier 1972 relative à la nationalité zaïroise (congolaise aujourd'hui),* la nationalité est conférée soit par voie d'attribution soit par voie d'acquisition ; l'acquisition de la nationalité est limitée à 4 modes : *la filiation*, la présomption de la loi, l'option et la naturalisation.

- *S'agissant de la loi n° 81-002 du 29 juin 1981,* elle établit *la reconnaissance à la mère de transmettre également la nationalité zaïroise par filiation.* Le « *jus sanguinis* », principe de transmission par filiation, est l'option fondamentale pour l'acquisition de la nationalité. Il faut noter que jusqu'alors ce principe n'a été appliqué dans le système zaïrois qu'au profit du père. C'est bien là l'héritage colonial qui a privilégié la descendance patrilinéaire sans tenir compte de coutumes matrilineaires d'une grande partie de la population zaïroise. En introduisant le principe de la transmission de la nationalité par la mère, la présente loi avait donné une dimension nationale nouvelle au droit de la nationalité en RDC.

- *Le décret-loi n° 197 modifiant et complétant la loi n° 81-002 du 29 juin 1981 sur la Nationalité Congolaise* renforce les principes fondamentaux de la nationalité congolaise affirmée par la loi du 29 juin 1981 : *la transmission de la nationalité par la mère.*

- L'actuelle loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise, selon son exposé de motif, pour but de répondre d'une part aux prescrits de l'article 14, alinéa 3 de la Constitution de la transition et d'autre part aux critiques pertinentes formulées par les délégués aux assises du Dialogue Inter-Congolais contre la législation congolaise en matière de nationalité.

3. Reconnaissance la Nationalité congolaise d'origine, de sa perte et de sa preuve

Le principe de la reconnaissance de la nationalité congolaise s'applique au congolais qui l'est d'origine soit *par appartenance, soit par filiation* soit encore *par présomption de la loi.*

3.1. Qui a la nationalité congolaise d'origine en RDC ?

A la lecture de l'exposé des motifs de la loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise « *La nationalité congolaise d'origine est reconnue dès la naissance à l'enfant en considération de deux éléments de rattachement de l'individu à la RDC, à savoir sa filiation à l'égard d'un ou de deux parents congolais [jus sanguinis], son appartenance aux groupes ethniques et nationalités dont les personnes et le territoire constituaient ce qui est devenu le*

Congo [présentement la RD] à l'indépendance [jus sanguinis et jus soli] ou sa naissance en RDC [jus soli]. »

- ***Reconnaissance de la nationalité d'origine par appartenance***

Aux termes de l'article 6 de la loi de la loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise « *Est congolais d'origine, toute personne appartenant aux groupes ethniques et nationalités dont les personnes et le territoire constituaient ce qui est devenu le Congo [présentement la RDC] à l'indépendance.* » Il sied de relever une lacune de la loi, relative à l'absence des définitions de groupes ethniques et nationalités auxquels se réfère l'article 6 de la loi en question.

- ***Reconnaissance de la nationalité par filiation***

L'option fondamentale pour la reconnaissance de la nationalité congolaise est le principe de la transmission par filiation, par le « jus sanguinis » : l'enfant reçoit en naissant la nationalité de son père, de sa mère ou des deux⁶⁵. Aux termes de l'art. 7 de la loi, « est congolais dès la naissance l'enfant dont l'un des parents - le père ou la mère - est congolais. Il suffit donc que l'enfant naisse d'un père congolais ou d'une mère congolaise pour qu'il lui soit reconnu la nationalité congolaise. Le lieu de naissance importe peu ; il peut être né en RDC ou à l'étranger, la reconnaissance de la nationalité congolaise d'origine est subordonnée à la seule qualité de congolais de l'un des parents [ou des deux] sans que ne puisse être pris en considération le sexe masculin ou féminin de ce parent ⁶⁶.

Depuis donc la réforme de 1981 telle que modifiée et complétée par le décret-loi n° 197, la transmission de la nationalité peut se faire aussi par le fait de la naissance d'une mère congolaise ; la primauté du père comme donneur de nationalité a été écartée. Ce faisant, le législateur a donné une dimension nouvelle à notre droit congolais de la nationalité ; il a consacré une réalité authentiquement congolaise et il en est résulté une extension du nombre des congolais d'origine, notamment pour les enfants nés de femmes congolaises ayant épousé des étrangers. L'actuelle réforme a préservé cet acquis.

⁶⁵ Art. 7 de la loi n° n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise.

⁶⁶ Jusque donc une époque récente (1981), le système du jus sanguinis n'avait été appliqué qu'au profit du seul père, la mère ne pouvant pas transmettre la nationalité par filiation. La législation antérieure privilégiait de la sorte la descendance patrilinéaire, et ne tenait pas compte du fait qu'une grande partie de la population congolaise était de coutume matrilineaire. La réforme de 1981 modifiée et complétée par le décret-loi n° 197 a consisté, sur ce point précis, à abolir cette distinction d'attribution de nationalité entre père et mère. La loi actuelle a préservé cette évolution.

• ***Reconnaissance de la nationalité par la naissance dans l' État ou par présomption de la loi***

Exceptionnellement à l'option fondamentale de la reconnaissance de la nationalité par le *jus sanguinis*, la loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise répute congolais d'origine *tout enfant nouveau-né trouvé en RDC dont les parents sont inconnus*⁶⁷. C'est le principe du « *jus soli* » qui présume que tout enfant qui naît sur le territoire d'un État reçoit par reconnaissance la nationalité de cet État quelle que soit la nationalité de ses parents. Toutefois, la nationalité ainsi reconnue est essentiellement provisoire, du fait que l'intéressé sera « réputé n'avoir jamais été congolais si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger ou s'il a, conformément à la loi nationale de son parent, la nationalité de celui-ci ».

Il sied de préciser qu'« est également congolais par présomption de la loi : 1. l'enfant né en RDC de parents ayant le statut d'apatride ; 2. l'enfant né en RDC de parents étrangers dont la nationalité ne se transmet pas à l'enfant du fait de la législation de l'État d'origine qui ne reconnaît que le *jus soli* ou ne reconnaît pas d'effet sur la nationalité à la filiation naturelle » [Article 9].

De même aux termes de l'article 14, al. 2, « l'enfant mineur non émancipé dont le père ou la mère est inconnu, acquiert la nationalité congolaise conformément aux dispositions de l'article 8 de la présente Loi ». *Autrement dit, cet enfant est congolais d'origine par présomption de la loi.*

3.2. Perte de la Nationalité Congolaise et preuve de nationalité

Tout congolais d'origine perd sa nationalité dès l'instant où il acquiert une nationalité étrangère. En effet, la nationalité congolaise est une et exclusive. Elle ne peut être détenue concurremment avec une autre nationalité. [Article 1 et 26 de la loi].

La nationalité congolaise étant déterminée par une loi, l'objet de la preuve consistera à établir que l'intéressé se trouve dans l'un des cas définis par la loi. Et concernant la transmission par filiation qui est l'option fondamentale, l'enfant reçoit en naissant la nationalité de son père, de sa mère ou des deux. Aux termes de l'art. 7 de la loi, « est congolais dès la naissance l'enfant dont l'un des parents - le père ou la mère - est congolais. Il suffit donc que l'enfant naisse d'un père congolais ou d'une mère congolaise pour qu'il lui soit reconnu la nationalité congolaise. Le lieu de naissance importe peu ; il peut être né en R.D.C. ou à l'étranger, la reconnaissance de la nationalité congolaise d'origine est subordonnée à la seule qualité de congolais

67 Art. 8 de la loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise.

de l'un des parents [ou des deux] sans que ne puisse être pris en considération le sexe masculin ou féminin de ce parent.

Ne reculons point car depuis la réforme de 1981 telle que modifiée et complétée par le décret-loi n° 197, la transmission de la nationalité peut se faire aussi par le fait de la naissance d'une mère congolaise ; la primauté du père comme donneur de nationalité a été écartée. Ce faisant, le législateur a donné une dimension nouvelle à notre droit congolais de la nationalité ; il a consacré une réalité authentiquement congolaise et il en est résulté une extension du nombre des Congolais d'origine, notamment pour les enfants nés de femmes congolaises ayant épousé des étrangers. L'actuelle loi sur la nationalité a préservé cet acquis qu'il ne faut pas énerver pour des besoins politiques ou apparentés.

Quant aux modes de **preuve de la nationalité congolaise**, aux termes de l'article 46, elle s'établit en produisant un certificat de nationalité délivré par le ministère de la Justice.

Ce certificat fait foi jusqu'à preuve du contraire. Tout titulaire du certificat de la nationalité congolaise est investi de la qualité de congolais et il appartient à celui qui conteste cette qualité d'apporter la preuve contraire⁽⁶⁸⁾. Cela signifie que la loi organique réserve au titulaire du certificat de nationalité la position de défendeur en cas de contestation au sujet de sa nationalité, et le fardeau de la preuve revient à son adversaire.

En dehors de l'hypothèse où la qualité de congolais est contestée à celui qui possède un certificat de nationalité, la charge de la preuve incombe à l'individu dont la nationalité est mise en cause, car il est mieux placé pour réunir les éléments de preuve.

Il est ici application de la règle de droit commun « *Actori Incumbit Probatio* » chaque fois que l'intéressé lui-même, agissant comme demandeur dans un procès, argue de sa qualité de congolais ou la conteste. Mais lorsqu'une autre personne prétend que le défendeur est congolais ou ne l'est pas, on applique la maxime « *reus in excipiendo fit actor* »⁶⁹.

⁶⁸ En matière de nationalité, le passeport et la carte d'identité ainsi que tous autres documents officiels ne sont que de simples écrits, qui présument simplement de la nationalité du titulaire et sont susceptibles de preuve contraire. Ils ne constituent, le cas échéant qu'un commencement de preuve. Le seul bénéficiaire que ces documents produisent à l'égard de leurs détenteurs est de les décharger du fardeau de la preuve. Dans le même sens, J. De BURLET, Op. cit., p. 196, n°239.

⁶⁹ J. De BURLET, Op. cit., p. 194, n° 235.

4. Que conclure ?

Le principe de la reconnaissance de la nationalité congolaise s'applique au congolais qui l'est d'origine soit par appartenance, soit par filiation soit encore par présomption de la loi.

En somme, le droit à une nationalité pour toute personne est un droit humain fondamental implicitement inscrit dans les dispositions de l'article 5 de la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et essentiel à la jouissance des autres droits et libertés fondamentaux prévus dans ladite Charte. Pour cela, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples suivie par la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples n'ont pas hésité à considérer que les situations de privation ou de limitation de la nationalité constituent une atteinte au principe de non-discrimination expressément consacrés par la Charte africaine dont elles sont les gardiennes. **Ainsi, restent-t-elles intransigeantes sur les cas de manipulation politique pour priver ou limiter arbitrairement des individus de leur droit à une nationalité et à l'accès aux fonctions par les élections.** *Faisons qu'il en demeure ainsi en RDC !*

*

* *

LES PROVERBES JUDICIAIRES A L'EPREUVE DU TEMPS : ADAGES ET/OU PRINCIPES GENERAUX D'UN DROIT CONGOLAIS AUTHENTIQUE ?

Par :

Freddy NGOY MWAMBA⁷⁰

Résumé

Le droit coutumier ou mieux le droit traditionnel africain apparaît encore à ce jour, pour beaucoup de juristes formés à l'Occidentale, comme un amas de superstitions incohérentes et incompréhensibles, un droit mal dégagé, primitif et beaucoup imprégné d'influences religieuses contraire à l'esprit cartésien. Ces considérations teintées des propos péjoratifs s'effritent et tombent lorsque l'on analyse certains de proverbes judiciaires qui dégagent, loin de la technique juridique moderne et des démarches de la logique courante, une construction juridique propre différente des majestueuses constructions du droit romain, construction juridique traditionnelle qui inclue dans ce que l'on nomme droit coutumier africain, les lois, les décisions judiciaires et les usages obligatoires dégagés par les juristes ancestraux. Lois ou jurisprudence qui ne suivent pas le raisonnement romain, ni sa démarche et qui n'est pas une émanation du parlement ou des cours et tribunaux au sens moderne du terme. Néanmoins, il se dégage du droit traditionnel des proverbes judiciaires qui sont des véritables principes généraux de droit qui ont, parfois, pour certains, une pensée logique juridique et universelle. « *Va itobukila ngoma vana mpe iyandulwanga (en Kikongo)* : Là où le tambour a crevé, c'est là qu'on le répare. C'est là où le délit a été commis qu'on doit examiner l'affaire ; c'est là où le mariage a été conclu qu'on entame la procédure de divorce. *Pa ponene lukuni ye po lutembulwilwa (en Kiluba)*: Que le bois de chauffage soit découpé là où l'arbre a été abattu. Le crime doit être jugé là où il a eu lieu.

Il y a dans certains proverbes judiciaires traditionnels comme un code légué aux générations actuelles et qui n'attend qu'à être décodé et intériorisé pour le

⁷⁰ Freddy NGOY MWAMBA, Avocat au Barreau du Haut-Katanga, est chercheur indépendant en droit de la santé. Il a été Secrétaire Général de l'Asbl « Afrique Avenir Congo », une structure développant les thématiques de développement durable, des droits de l'homme et de la santé. Il a à son actif un certain nombre d'ouvrages dont notamment *Proverbes, adages et maximes judiciaires dans le système juridique congolais* Tome 1, Editions 2 RA (Sandton RSA), 2018; *Régionalisme congolais ou droit à l'autodétermination*, Editions Universitaires Européennes, 2018; *Droit médical congolais à l'épreuve du temps*, PUL, 2020; *Refus de soins ou de traitements en RDC Un droit à être déraisonnable*, Editions du Cygne, 2023 et *Les odeurs de la pauvreté*, Lubumbashi, PUL, 2023 (Roman).

bonheur des juristes africains et d'ailleurs. Dès lors, pourquoi ne pas les considérer comme des principes généraux d'un droit authentiquement congolais ?

Mots-clefs : proverbes judiciaires, principe général de droit, droit coutumier, droit traditionnel, droit congolais.

Abstract

Customary law or better traditional African law still appears to this day, for many jurists trained in the West, as a cluster of incoherent and incomprehensible superstitions, a law poorly cleared, primitive and much impregnated with religious influences contrary to the Cartesian spirit. These considerations tinged with pejorative remarks crumble and fall when one analyzes some of the judicial proverbs that emerge, far from modern legal technique and the approaches of current logic, a legal construction distinct from the majestic constructions of Roman law, traditional legal construction which includes in what is called African customary law, the laws, judicial decisions and mandatory practices identified by ancestral jurisconsults. Laws or jurisprudence that do not follow Roman reasoning or its approach and are not an emanation of parliament or courts in the modern sense of the term. Nevertheless, judicial proverbs emerge from traditional law, which are true general principles of law that sometimes have, for some, a legal and universal logical thought. "Va itobukila ngoma vana mpe iyandulwanga (in Kikongo): Where the drum has punctured, this is where it is repaired. It is where the offence was committed that the case must be examined; It is where the marriage was concluded that divorce proceedings begin. Pa ponene lukuni ye po lutembulwilwa (in Kiluba): Let firewood be cut where the tree was felled. The crime must be tried where it took place.

There is in some traditional judicial proverbs like a code bequeathed to current generations and waiting to be decoded and internalized for the happiness of African jurists and elsewhere. Therefore, why not consider them as general principles of authentic Congolese law?

Keywords: *judicial proverbs, general principle of law, customary law, traditional law, Congolese law.*

0. Introduction

Un grand nombre des maximes et adages, inspirés du Droit romain, du Droit français et du Droit belge et des coutumes de ces pays sont passés du fait de la colonisation, dans le système juridique congolais en ignorant les proverbes judiciaires traditionnels propres à la RDC. Or ces proverbes judiciaires ou autres, créations des illustres ancêtres, incrustés dans leur oralité parfois synonyme d'illettrisme, ont résisté à l'érosion du temps qui les a conservé et non créés. Et pourtant, « *La tradition orale, (...) naguère méconnue apparaît aujourd'hui comme une source précieuse de l'histoire de l'Afrique, permettant de suivre le cheminement de ces différents peuples dans l'espace et dans le temps, de comprendre de l'intérieur la vision africaine du monde, de saisir les caractères originaux des valeurs qui fondent les valeurs et institutions du continent*⁷¹ ». Ne pourrions-nous pas les engager comme des principes généraux d'un droit congolais authentique ?

1. Droit coutumier congolais : construction coloniale ou droit authentiquement congolais

Il est certes vrai que certains doctrinaires considèrent que le colonisateur a « inventé » le droit coutumier comme moyen de gouverner les natifs en justifiant qu'ils rendaient hommage à leur culture et héritage, d'autres considèrent que le droit coutumier n'est pas une invention des colons mais plutôt un système juridique primitif à manipuler pour relier les pratiques des autochtones aux idéaux occidentaux dans leur « mission civilisatrice ». Dans cette logique, Lanessan écrivait déjà : « *Dominé par l'esprit juridique romain, qui est au fond de toutes nos institutions métropolitaines, nous n'avons pas de souci plus grand que celui de transplanter dans nos établissements coloniaux tout l'appareil administratif et judiciaire de la Mère Patrie (...)* »⁷². Le droit coutumier apparaît donc comme « *une construction coloniale, en réaction aux principes de civilisation Occidentale*⁷³ ». Ce qui, du reste, n'est pas vrai, car, la coutume, ou ce mode d'expression existe dans notre pays ou en Afrique depuis des temps immémoriaux, en tout cas, antérieurs à la colonisation, pour qu'on ne puisse prétendre qu'il a été emprunté au colonisateur⁷⁴. Quelle que soit la connotation donnée à ce type de droit par la colonisation

⁷¹ Am Mbow, cité par Corine Mitambo, in « *Préface* » à *l'histoire Générale de l'Afrique*, vol 1, Paris, Jeune Afrique stock/Unesco, 1980, P.2.

⁷² LANESSAN cité par SAMBA THIAM, *Introduction historique au droit en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2011, p.115.

⁷³ SAMBA THIAM, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁴ DIBUNDA KABUINJI, Le droit coutumier traditionnel face aux conflits de coutumes et conflits de lois en République du Zaïre, in RJZ, numéro spécial, 50ième anniversaire, p. 283.

sérieusement ancrée dans l’africain d’aujourd’hui, il ne reste pas moins vrai qu’il est reconnu comme tel par plusieurs auteurs dont notamment Lévy-Bruhl, Antoine Sohier, Jacques Vanderlinden, Kalombo Banga pour ne citer que les plus illustres.

Il n’est pas judicieux de rentrer dans ce type de considérations qui ne mène à terme à rien sinon à une nostalgie grossière ou à un avenir béat loin de la réalité actuelle d’une Afrique qui bouge, qui intègre et qui s’intègre. Au contraire, il faut affirmer que la coutume, le droit coutumier ou mieux le droit traditionnel désigne à la fois les lois édictées par nos ancêtres, les décisions de leurs tribunaux et les usages obligatoires dans leurs milieux⁷⁵.

Pour beaucoup de gens, les proverbes, en général, et les proverbes judiciaires, en particulier, ne sont que des fantasmes d’une culture qui n’a existé que dans les têtes de ceux-là qui l’ont imaginée et donc dépassés par les réalités actuelles de mondialisation. Il n’est pas rare que devant la barre qu’un confrère réagisse avec dédain et mépris au propos ne reposant pas sur le droit développé par un autre confrère en ces termes : « Votre argumentaire repose sur du droit coutumier ». Pour simplement dire que le droit coutumier n’est pas un droit. Cette façon de voir les choses est répandu et lorsqu’*« on lit les anthropologues sur les sociétés de l’Afrique noire comme sur tant d’autres, on est frappé de constater qu’ils n’y voient que l’envers de nos propres sociétés ; elles sont chaudes quand les nôtres sont froides, répétitives quand les nôtres sont créatives, mythiques quand les nôtres sont rationnelles, elles ne se définissent que par le manque de ce que nous sommes. La coutume est l’envers de la loi et le droit est l’envers du nôtre »*.⁷⁶ Contrairement à cette approche, le droit coutumier est et reste, pour nous, un droit.

Il est vrai que la coutume peut, soit résulter d’une pratique partagée par le plus grand nombre d’individus, soit exister sous forme d’adages. C’est cette seconde hypothèse qui nous intéresse. Et dans cette analyse, il faut entendre par coutume, les proverbes judiciaires qui sont en fait un résumé ou mieux un *corpus* des lois, des décisions des arbres à palabres ou des usages obligatoires, ce qui fait l’objet d’un projet de livre⁷⁷.

⁷⁵ SOHIER, A., *Traité élémentaire du droit coutumier du Congo Belge*, 2^{ème} Edition, Bruxelles, 1949, p.p. 1-4.

⁷⁶ Camille KUYU MWISSA, Michel ALLIOT, *Le droit et le service public au miroir de l’anthropologie*, Collection Hommes et sociétés, Ed. Karthala, Paris, 2003, p.54.

⁷⁷ Proverbes, adages et maximes judiciaires de A à W dans le système juridique congolais », seconde édition.

Or les proverbes africains nous aide à connaître le passé et nous servent pour « accéder à l'intelligence profonde du présent et à orienter sciemment et méthodologiquement notre avenir ⁷⁸» et celui de l'humanité.

2. Est-ce possible le décodage et l'intériorisation des proverbes judiciaires congolais ?

Il est donc ici question d'un essai de reconstruction imparfaite de tout ce qui a été victime de l'iconoclasme et de l'ethnocide historiques en Afrique afin de donner le vrai visage au travail de construction quotidien de l'homme africain, de sa culture, de son environnement naturel et de tout l'univers. Car, il est impossible de reconstruire l'africain en dehors de lui-même.

La majorité des coutumes de la Rome Antique, de la France et de la Belgique sous forme des brocards– si pas toutes- ont été reprises sous forme des lois ou du moins incorporés en elles. Les unes ont été adoptées en cas de silence de la loi par la jurisprudence comme principe général de droit. Les autres ont été utilisés au prétoire et dans les facultés de droit. Ce qui n'est pas encore le cas pour nombre des juristes africains qui se complaisent allégrement dans le seul droit hérité de la colonisation comme pour parachever la « mission civilisatrice ». L'essentiel, pensons-nous, n'est pas de se poser des questions sur ce qui a été mais de savoir si ce qui a été peut rivaliser ou mieux compléter dans une certaine mesure ce qui est : une sorte de conciliation ou mieux d'harmonisation entre les proverbes judiciaires et les brocards juridiques latins et/ou français.

Oui, la plupart des coutumes congolaises et/ou africaines ont effectivement pris la forme des adages ou des proverbes. Or les proverbes en général et les proverbes judiciaires en particulier, legs des temps immémoriaux, ont bravé l'altération et ont su garder leur originalité. Ceux-ci peuvent être utilisés comme des piliers sur lesquels va s'arc-bouter une bonne partie l'architecture juridique africaine à construire.

Les proverbes judiciaires, comme déjà souligné supra, sont des lois, des décisions des tribunaux ancestraux ou des usages obligatoires de leurs milieux qui sont aujourd'hui les nôtres. Bien entendu que notre travail ultérieur sera d'essayer de les répertorier pour en créer, comme disait Lévy-Bruhl, « un *corpus*⁷⁹».

Il est connu que ce mode d'expression du droit était populaire et, dès lors, nul ne peut être censé l'ignorer et point n'est besoin de le promulguer car de générations

⁷⁸ MWEPU MIBANGA, *Songye Livre des proverbes*, Kinshasa, Editions Bouwa, 1988, p.p. 6-7.

⁷⁹ LEVY-BRUHL, « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », In *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 8 n° 1, Janvier-mars 1956, p. 76.

www.persee.fr/issue/ridc_0035_3337_1956_num_8_1 consulté le 26 mai 2023.

en générations ce droit va se transmettre au travers des adages ou proverbes judiciaires jusqu'à nous.

Plusieurs écrits en droit coutumier ou plutôt en droit africain ont été produits. Il faut citer les écrits les plus éminents de Ryckmans (la chanson publiée dans Ngonge Kongo), de Jan Vansina chez les Bushong, le langage rythmé de Van Avermaet chez les Luba, la fable et le que Boelaert, Hulstaert et De Rop ont révélé la grande richesse chez les Nkundo, les devinettes étudiées par Hulstaert chez les Nkundo, par Maes chez les Ngbaka et par Ryckmans chez les Bankanu. Et enfin les proverbes de Bervoets et Evans-Pritchard pour les Zande, de Burton pour les Baluba, de Cocquyt pour les Ntomba, de Lumeka et Mwepu Mibanga pour les Songye, Maes pour les Ngbaka, Meeussen pour les Lega, ou Zola pour les Woyo. Les écrits de Hoch sur les proverbes Bemba, ceux de Doke sur le lamba folklor, ceux de Der Beken sur le proverbe Yaka, ceux de Mubimba A' Shimba Myembe sur le Pende, ceux de Ngoyi-Kasanji sur le Luba du Kasai. Il en est de même des écrits inédits du Révérend Père Verbeek sur le Lamba, le Kyaushi et le Lala et ceux de Kapend Rubing sur l'Uruund.

En ce qui concerne le droit coutumier, nous ne saurions taire les écrits savants de Lévy-Bruhl, d'Antoine Sohier, de Vanhove, de Boshab Evariste, du Révérend Père Colle, de Dibunda Kabuinji, de Dos Santos, de Kengo Léon, de Maes, de Joana Pauwels, de Crabb, de Van Gerven, de Léon Pétilion, de Kalombo Mbanga et de tant d'autres spécialiste en droit coutumier. Toutes ces études et biens d'autres encore peuvent révéler « aux juristes formés à l'occidentale que le droit pouvait s'exprimer autrement que dans la doctrine, la jurisprudence ou la loi »⁸⁰ telles qu'entendu dans le sens que le colonisateur a donné à ces concepts.

3. Juridicité ou non de certains proverbes congolais ?

Cependant, cela pose le problème de la juridicité des proverbes judiciaires africains et leur considération comme des maximes générales juridiquement obligatoires bien que non écrite dans un texte de loi. Faut-il résoudre ce problème de juridicité avec seulement des lunettes du juriste formé à l'occidental ? Je ne le pense pas. Il faut une approche de la « juridicité » des proverbes judiciaires qui renferment des lois, des jurisprudences et des usages obligatoires dans les milieux qui les ont façonnés. L'on peut se délecter avec certains proverbes judiciaires qui couvrent certains domaines du droit et qui posent des véritables principes de droit.

⁸⁰ Jacques VANDERLINDEN, cité dans la préface de A. RYCKMANS, et C. MWELANZAMBI BAKWA, *Droit coutumier africain Proverbes judiciaires Kongo (Zaïre)*, L'Harmattan, 1992.

Ainsi, il est connu que le tribunal dans le ressort duquel l'infraction a été perpétrée est le plus indiqué pour en assurer la répression, car c'est sur place que se trouvent les preuves et que le trouble à l'ordre social est le plus fortement ressenti. Pour autant, la compétence du tribunal de l'infraction n'est pas exclusive, la loi offrant le choix du tribunal en cas des crimes entre le lieu de la résidence du délinquant, le lieu d'arrestation de celui-ci ou de constatation de l'infraction, parfois même le lieu de détention. Cette position rejoint celle qu'on trouvait chez les Kongo et qu'il sied de citer dans nos juridictions dites modernes : « *Kiamina mpidi, va fulu kiambwana* : Le repas de la vipère, elle l'avale là où elle le trouve. C'est le chef du lieu du délit qui doit s'en saisir⁸¹ ». « *Va itobukila ngoma vana mpe iyandulwanga*. Là où le tambour a crevé, c'est là qu'on le répare. C'est là où le délit a été commis qu'on doit examiner l'affaire ; c'est là où le mariage a été conclu qu'on entame la procédure de divorce.) *Mpaka ye mfumu matula (ou mavuma)* : Les querelles pour la viande, à l'endroit où l'on dépèce. L'affaire doit être examinée sur place⁸² ».

En kiluba, « *Mambo a nsima emukwa bakidya* : Le problème concernant le repas se traite pendant qu'on est à table » ou « *Pa ponene lukuni ye polutembulwilwa* : Que le bois de chauffage soit découpé là où l'arbre a été abattu. Le crime doit être jugé là où il a eu lieu⁸³ ».

On retrouve un autre adage en yaka qui dit : « *Hana ban-sikidi mbisi, ha ban-songila mbwa* : On montre au chien le lieu où on a blessé une bête. On traite une affaire là où elle a pris source⁸⁴ ».

Un proverbe pende donne la raison du *crimen ibi puniendum ubi commissum* : « *Hanobagewa isaba, mahaci anosala hene (en Phende)* : Là où on dépèce un gibier, du sang y reste (forcément). Là où un délit a été commis, on trouve toujours quelques traces du forfait⁸⁵ ».

En uruund, deux proverbes expriment l'adage que dessus à savoir : « *Wamusha dishind wamusatokin kwend kampandjil !* : Vous laissez la touffe (*dishid*) et vous vous attaquez à l'herbe (*kampandjil*)⁸⁶ » ou « *Taal piwipwakelang, kangal*

⁸¹ A.RYCKMANS et C.MWELANZAMBI BAKWA, *op. cit.*, n° 131.

⁸² Ibidem, n°s 411 et 930.

⁸³ BURTON, W.P. F., *Proverbs of the Baluba (commente 1797 proverbes en kiluba, traduits en français et en anglais)*, BJIDCC, Elisabethville, Editions de la Revue Juridique du Congo Belge, 1955 à 1959, n° 1481.

⁸⁴ A.VAN DER BEKEN, *Proverbes Yaka du Zaïre*, Editions Karthala, Paris, 1993, n° 1161.

⁸⁵ MUBIMBA A' SHIMBA MYEMBE, C., *Les Pende tels que je les ai connus, Monographie de la culture Pende, Tome 2, 2007*, n° 68.

⁸⁶ Mission Méthodiste, *Kambuy muwamp Mukand wa kutang mu muvu wa kasatu*, Elisabethville, Congo Belge, p.183

wataal piwawilang : Regardes là où tu as heurté l'obstacle et non là où tu es tombé⁸⁷».

En Songye, il a été arrêté : «*Kabwa kapela kuipaka, n-kekunene* : Si le chien refuse de rester dans son coin habituel, c'est qu'il y a fait caca. Indices de culpabilité résultant des réactions du coupable face à la victime, lieu de crime,...⁸⁸».

4. Vers l'intégration des proverbes judiciaires comme principes généraux de droit

Il est vrai que les brocards juridiques africains sont des « principes de droit » tirés des coutumes africaines, en général, et congolaises, en particulier. De ce fait, il nous faut un jour les intégrer dans notre arsenal juridique, non comme des objets de musées mais comme notre patrimoine juridique unique et vivant, et les utiliser au prétoire ou encore dans nos Universités pour témoigner de leur richesse qui couvre parfois les mêmes réalités juridiques que le droit romain, le droit belge ou le droit français. Lesdits adages sont une source autonome du droit congolais et/ou africain authentique.

Hart⁸⁹ donne une réponse à certaines préoccupations. Il considère que jusqu'à ce que les normes soient appliquées sur des cas spécifiques, elles demeurent des coutumes. Celles-ci ne deviennent lois que lorsqu'un ensemble cohérent et particulier de coutumes est reconnu comme tel par un système juridique déterminé, c'est-à-dire étatique. La reconnaissance formelle ou tacite d'une coutume par une cour ou un tribunal ne peut pas se fonder que sur un critère mettant en évidence son caractère ou sa nature « *raisonnable* ». C'est ce travail auquel nous convions les juristes africains.

Dans l'approche de pluralité des ordres juridiques de Santi Romano⁹⁰, la juridicité des proverbes judiciaires africains et leur considération comme des maximes générales juridiquement obligatoires bien que non écrite n'est plus à démontrer. D'ailleurs, « *il y a un droit, quel que soit par ailleurs le niveau qu'il occupe dans l'échelle des civilisations. Si le droit est, comme je le crois, l'ensemble des règles obligatoires qu'une société impose à ses membres, il n'y a aucune raison*

⁸⁷ KAPEND RUBING, *Jinswir*, 1998, inédit.

⁸⁸ MUEPU MIBANGA, *op. cit.*, n° 115.

⁸⁹ H. L. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press/Clarendon Law Series, 1961, pp.44-48.

⁹⁰ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2e éd., traduction française par L. François et P. Gothot. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 N°3, Juillet-septembre 1976. P.659.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16765, consulté le 12. 2013.

*de penser que cette fonction n'est pas remplie aussi bien chez les Arunta ou les Pygmées que dans les pays les plus évolués d'Europe ou d'Amérique*⁹¹».

Il nous paraît cependant relever d'une sorte d'alchimie juridique toute recherche d'un droit *purement* africain comme le laisse entendre cet adage : «*Mai ma ebale makozongaka o moluka te (Lingala)*⁹²: *L'eau du fleuve ne revient jamais à sa source.* » Mais, la conciliation ou l'harmonisation de ce droit et celui hérité de la colonisation sur fond de l'universalisation pour la réalisation d'un droit africain « à base coutumière »⁹³, nous paraît pragmatique. Néanmoins, en ce qui nous concerne : «*Kale talya : kubika abika (Bemba) : Le passé ne mange pas, il garde* »⁹⁴. On ne peut l'oublier.

Dès lors, cette étude se justifie du fait que pour certains doctrinaires, « *une sorte de suspicion régnait dans les Facultés de droit à l'égard de ces systèmes juridiques amorphes et hybrides où le droit, encore mal dégagé, est si fortement imprégné d'influences religieuses que, pour comprendre les institutions, il faut, par un effort par fois pénible, changer complètement de plan et de méthode, et faire intervenir des données nouvelles étrangères à la technique juridique traditionnelle et même aux démarches de la logique courante. Il n'est pas surprenant qu'aux yeux de nos collègues habitués à contempler les majestueuses constructions du droit romain et formés par cette forte discipline, les coutumes étranges des peuplades d'Afrique et d'Océanie soient apparues comme un amas de superstitions incohérentes et incompréhensibles* »⁹⁵.

Il nous semble judicieux sur fond des théories sur les pluralismes juridiques (comme situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation⁹⁶) que les proverbes judiciaires congolais et/ou africains ne sont pas des amas de superstitions incohérents et incompréhensibles mais bien un droit non écrit qui recouvre à la fois les lois, les décisions judiciaires et les usages obligatoires de nos ancêtres qu'il faut répertorier et traiter comme apport *sui generis* de l'Afrique à l'humanité. Mais, ces proverbes judiciaires africains, pour emprunter les mots de

⁹¹ LEVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 71.

⁹² R.VAN EVERBROECK, *Grammaire et exercices Lingala*, Anvers/Léopoldville, Standaard-Boekhandel SA, 1958, n° 50.

⁹³ Kéba M'Baye cité par SAMBA THIAM, *op. cit.*, p. 153.

⁹⁴ J.-L.VANDEKERKHOVE, *Amapinda yesu Proverbes Bemba*, Kambikila,-

⁹⁵ LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁶ Jacques VANDERLINDEN, cité dans *Cahiers d'Anthropologie du droit* 2003, les Pluralismes juridiques, Karthala, 2003, p. 59.

Philippe Jestaz, constituent « *un sympathique bric-à-brac*⁹⁷ » qu'il faut judicieusement traité dans le domaine auquel il renvoie avant de les intégrer dans notre arsenal juridique.

Pour y arriver, nous pourrons faire recours à la recherche exégétique principalement à la dogmatique juridique. Il s'agit du domaine de la science du Droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques. Elle consiste, selon Marie-Anne Cohendet, pour l'essentiel dans la discipline, l'interprétation et la tentative de compléter les règles de droit en comblant des carences de la législation. Cette dogmatique juridique peut nous aider à découvrir les proverbes judiciaires et à comprendre que notre système juridique ne saurait se passer dans une certaine mesure de ceux-ci qui en sont un maillon dont l'importance ne saurait être méconnue.

La méthode d'interprétation évolutive étant celle qui privilégie le sens des concepts tel que l'entendent les sociétés contemporaines au moment où on est obligé de faire des analyses des proverbes judiciaires dont la portée demeure universelle⁹⁸ pour relayer l'interprétation téléologique ou finaliste. Celle-ci cherche l'objectif visé par la création d'un proverbe judiciaire ou encore mieux sa raison d'être. Or, « *Toute société comporte un ordre qui contribue à la constituer et sans lequel elle n'existerait pas en tant que telle* ». Et « *cet ordre peut trouver son expression dans des normes, précisément les normes juridiques; mais il peut l'y trouver indirectement, par l'intermédiaire du juge qui créera les normes nécessaires pour le règlement des affaires portées devant lui en les dégagant de l'ordre régnant dans la société qui l'a institué juge . Cette manière de voir les choses conduit à la reconnaissance de la pluralité des droits, autrement dit des institutions, en d'autres termes encore des ordres juridiques* »⁹⁹.

La démarche sera celle d'interpréter de manière téléologique et évolutive les proverbes judiciaires et des principes régissant le droit africain question d'en déceler les obstacles à leur mise en œuvre aujourd'hui et ainsi découvrir les domaines auxquels ils renvoient.

⁹⁷ Philippe JESTAZ, Principes généraux, adages et sources du droit en droit français, p.2. <http://www.cedroma.usj-edu.lb/pdf/dencom/jestaz.pdf> consulté le 4 janvier 2014.

⁹⁸ P. ARSAC, J.C. CHARLOT et H. PALLARD, État de Droit, Droits Fondamentaux et diversité Culturelle, Paris, Ed. l'Harmattan, 1999, p.23.

⁹⁹ S. ROMANO, L'ordre juridique, 2e éd., traduction française par L. François et P. Gothot. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 N°3, Juillet-septembre 1976. p.659.

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16765, consulté le 12. 2013.

La méthode historique qui est une tendance d'explication basée sur des acteurs historiques ou des faits historiques ne peut pas être tenue en laisse.¹⁰⁰ L'histoire s'intéresse à la diachronie, c'est-à-dire à la succession d'événements dans le temps, succession dont elle recherche à dégager la notion de causalité historique.¹⁰¹ Les recueils de nos coutumes par certains sociologues, ethnologues et/ou anthropologues occidentaux, malgré que leurs écrits soient parfois entachés par « une perspective ethnocentrique ¹⁰²», nous permettent « la connaissance et la compréhension des droits africains ou des ordres juridiques africains ». Par leurs écrits, ceux-ci (certains sociologues, ethnologues et/ou anthropologues occidentaux) ont « sauvé un morceau du précieux patrimoine de l'humanité ¹⁰³», que dis-je, ont sauvé certaines coutumes africaines ou droits africains « en grand danger de se pervertir ou de se perdre (si ce n'est déjà fait), érodée ¹⁰⁴» qu'elles sont « par la modernité et la civilisation du livre¹⁰⁵ ».

Cette civilisation du livre quelle que soit son évolution, nous permet d'avoir à la portée de la main des ouvrages qui ont recueilli les proverbes judiciaires provenant soit des auteurs qui les ont dégagés des registres des tribunaux (comme Ryckmans) ou d'autres formes de parler populaires (comme Burton, Der Beken, Didunda, Doke, Everbroeck, Hoch, Maes, Mbaya-Ngang, Mubimba A' Shimba Myembe, Muepu Mibanga, Ngoyi-Kasanji, RP Verbeek, Kapend Rubing, et bien d'autres. Et pour nous, il s'agit de dégager de ceux-ci (proverbes judiciaires) ceux qui couvrent la même réalité que le droit romain, le droit belge et/ou le droit français et qui posent des principes fondamentaux universellement admis, pour les insérer dans un essai de *corpus* des proverbes judiciaires, avant de proposer leur intégration dans l'arsenal juridique congolais, africain ou mondial. L'élaboration d'un substrat des proverbes judiciaires doit être l'œuvre de tous les chercheurs africains et/ou africanistes.

¹⁰⁰ G. MULUMA MUNANGA et A. TIYI, Le guide de chercheur en Sciences Sociales et Humaines, Kinshasa, Ed. SOGEDES, 2006, p. 20.

¹⁰¹ MULUMA MUNANGA G, Sociologie Générale et africaine, Les Sciences Sociales et les mutations des sociétés africaines, Kinshasa, Ed. SOGEDES, 2006, p. 20.

¹⁰² DOS SANTOS, Daniel, *La place du Droit Coutumier dans la formation des États africains*, p. 4, consulté le 09 décembre 2013. URL :

http://www.adelinotorres.com/sociologia/Daniel_dos_Santos_LA_PLACE_DU_DROIT_COUTUMIER_DANS_LA_FORMATION_DES_ETATS_AFRICAINS.doc.

¹⁰³ Louis-Vincent THOMAS cité dans A. RYCKMANS et C. BAKWA, *Op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

Tout n'ayant pas été recueilli par le colonisateur, il est impérieux sous certaines conditions de recourir à l'interview pour revérifier certains proverbes judiciaires dont le sens nous paraisse quelques peu ambigu.

Ainsi, pour atteindre notre but qui est de reconnaître certains proverbes judiciaires comme principes généraux de droit authentiquement africains ou congolais, cette étude se veut d'offrir aux juristes une noble tâche :

1. Identifier les proverbes judiciaires dans les différentes cultures congolaises et africaines.

2. Les reconnaître comme des Principes Généraux de Droit tirés de des lois, des jurisprudences et des usages obligatoires coutumiers.

3. Trouver les voies et moyens de les intégrer dans l'arsenal juridique congolais et africain.

4. Aider les plaideurs à maîtriser ce langage juridique pour en faire une langue vivante des Palais de justice.

5. Permettre à tout intellectuel de prendre conscience de désastre culturel qui dévaste la RDCONGO et l'Afrique comme un « Tsunami » ethnocide.

5. Conclusion

Nous restons convaincus que certains proverbes judiciaires congolais et/ou africains sont, à ne pas s'y méprendre, des principes généraux du droit congolais ou africain authentique pour toutes les raisons rappelées que dessus.

D'ailleurs, la Constitution de la RDC telle que modifiée à ce jour proclame en son article 153, alinéa 4 que les « cours et tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois *ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Il appartient dès lors aux cours et tribunaux d'appliquer la coutume dans l'entendement de Sohier—qui comprend la loi, la jurisprudence et les usages obligatoires— pour autant qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

La Constitution pose d'un côté la loi et de l'autre côté la coutume qui doivent l'une ou l'autre être appliquée par eux.

Bibliographie

A. Ouvrages

1. BOSCHAB E., *Pouvoir et droit coutumiers à l'épreuve du temps*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2007.
2. EVANS-PITCHARD, E.E., *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé*, Paris, Ed. Gallimard, 1972.
3. EVANS-PITCHARD, E.E., *The social organisation of the Azande of the Bahr-El-Ghazal Province of the Anglo-Egyptian Sudan*.
4. EVERBROECK R. VAN, *Grammaire et exercices Lingala*, Anvers/Léopoldville, Standaard-Boekhandel SA, 1958
5. GÉRARD CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1992.
6. GLUCKMAN M., *African Traditional Law in Historical Perspective*, London, London University Press, 1947.
7. HART H. L. A., *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press/Clarendon Law Series, 1961.
8. JESTAZ P., *Principes généraux, adages et sources du droit en droit français*, p.2. <http://www.cedroma.usj-edu.lb/pdf/dencom/jestaz.pdf> consulté le 4 janvier 2014.
9. KAPEND RUBING, Jinswir, 1998, inédit.
10. KUYU MWISSA C. et ALLIOT M., *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Collection Hommes et sociétés, Ed. Karthala, 2003.
11. LYOTARD, J-F, *Le différend*, Paris, Les Editions de Minuit, 1983.
12. Mission Méthodiste, *Kambuy muwamp Mukand wa kutang mu muvu wa kasatu*, Elisabethville, Congo Belge.
13. MUBIMBA A' SHIMBA MYEMBE, C., *Les Pende tels que je les ai connus*, Monographie de la culture Pende, Tome 2, 2007, n° 68.
14. MULUMA MUNANGA G. et TIYI A., *Le guide de chercheur en Sciences Sociales et Humaines*, Kinshasa, Ed. SOGEDES, 2006.
15. MULUMA MUNANGA G., *Sociologie Générale et africaine, Les Sciences Sociales et les mutations des sociétés africaines*, Kinshasa, Ed. SOGEDES, 2006.
16. MWEPU MIBANGA, *Songye Livre des proverbes*, Kinshasa, Editions Bouwa, 1988.
17. NYERERE, J., *Indépendance et éducation*, Yaoundé, 1972.
18. OLAWALE E. T., *The Nature of African Customary Law*, Manchester. Manchester University Press, 1956.
19. P. ARSAC, JC. CHARLOT et H. PALLARD, *État de Droit, Droits*

- Fondamentaux et diversité Culturelle*, Paris, Ed. l'Harmattan, 1999.
20. P. BLANCHARD et N.BANCEL, *De l'indigène à l'immigré*, Paris, La Découverte/Gallimard, 1998.
 21. POIRIER J., *Études de droit africain et de droit malgache*, Paris, Éditions Cujas, 1965.
 22. RODERICK A. MACDONALD, *Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law*, (Working Paper/faculty of Law), Montréal, McGill University, 1995
 23. ROMANO S., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1946/1975.
 24. André Ryckmans et C. Mwelanzambi Bakwa, *Droit coutumier africain Proverbes judiciaires Kongo (Zaïre)*, Paris, L'Harmattan, 1992.
 25. SOHIER, A., *Traité élémentaire du droit coutumier du Congo Belge*, Bruxelles, 2^{ème} Edition, 1949.
 26. STRECK A., *Les proverbes et la vie*, Paris, Ed. L'Harmattan.
 27. THIAM S., *Introduction historique au droit en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2011.
 28. TIMBAL et CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Précis Dalloz, 2004.
 29. VAN DER BEKEN, A., *Proverbes Yaka du Zaïre*, Paris, Editions Karthala, 1993, n° 1161.
 30. VANHOVE, J., *Éléments du droit privé coutumier du Congo – Belge*, Bruxelles, 1939.

B. Revues

1. « Développement et société », Montréal, École de criminologie/Université de Montréal, 1975.
2. BURTON W.F.P., *Proverbs of the Baluba (commente 1797 proverbes en kiluba, traduits en français et en anglais)*, BJIDCC, Elisabethville, Editions de la Revue Juridique du Congo Belge, 1955 à 1959.
3. Jeune Afrique stock/Unesco, vol 1, Paris, 1980.
4. Revue Congolaise de droit n° 1 (1971). MBAYA – NGANG KUMABWENG, *Le problème de la prescription en droit moderne et traditionnel*, in *Revue juridique du Zaïre*, n° spécial, 50^{ème} anniversaire.

C. Website

1. DOS SANTOS, D., La place du Droit Coutumier dans la formation des États africains, p. 4, consulté le 09 décembre 2013. URL : http://www.adelintorres.com/sociologia/Daniel_dos_Santos_LA_PLACE_DU_DROIT_COUTUMIER_DANS_LA_FORMATION_DES_ETATS_AFRICAINS.doc.
2. ROMANO S., *L'ordre juridique*, 2e éd., traduction française par L. François et P. Gothot. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 N°3, Juillet-septembre 1976. P.659. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16765, consulté le 12. 2013.
3. LEVY-BRUHL, « Introduction à l'étude du droit coutumier africain », In *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 8 n° 1, Janvier-mars 1956, p. 76. www.persee.fr/issue/ridc_0035_3337_1956_num_8_1 consulté le 26 mai 2023.

*

* *

PROTECTION DES MINEURS FOOTBALLEURS EN RD. CONGO : CAS DE TRANSFERT INTERNATIONAL

Par :

Hubert KALUKANDA MASHATA

Doctorant en Droit à l'Université de Lubumbashi

Avocat à la Cour d'Appel du Haut-Katanga en RDC et Conseil à la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples.

Fondateur-Directeur Général des Editions Hubert Kalukanda (E.H.K) et Editeur-Responsable de la revue Réflexions Juridiques Africaines (R.J.A)

Résumé

L'article 19.1 du Règlement du Statut et du Transferts des Joueurs de la FIFA a posé le principe d'interdiction du transfert international ou du 1^{er} enregistrement d'un joueur mineur étranger. Cet article dispose que : « *En principe, le transfert international d'un joueur n'est autorisé que si le joueur est âgé d'au moins 18 ans* ». *L'apport de cette disposition réglementaire démontre la forte volonté politique de la FIFA de mettre fin aux transferts de mineurs.* Bien plus, l'article 3 de l'arrêté du 6 juin 1986 portant réglementation des transferts internationaux des athlètes zaïrois (congolais) renseigne que l'athlète qui fait l'objet d'un transfert doit réunir toutes les conditions de capacité juridique prévues par la législation congolaise. Et l'article 12 du même arrêté énonce que : « *Tout contrat de transfert passé en violation des dispositions du présent arrêté est nul de plein droit* ».

En revanche, les articles 294, 295 et 296 de la loi n° 16008 du 1 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-10 du 1^{er} Août 1987 portant code de la famille sont assez explicites sur les questions relatives à la validité des contrats conclus par un mineur. Ces dispositions prévoient de manière non équivoque à la fois, la possibilité pour le mineur de conclure ; et les limites de l'action en annulation des contrats conclus par ce dernier. Il en est de même de quelques exceptions prévues en droit de l'enfant et droit du travail congolais.

Mots-clés : *mineur – joueur – convention de transfert – contrat du travail sportif – transfert international.*

Abstract

Article 19.1 of the FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players has established the principle of prohibiting the international transfer or the 1st

registration of a foreign minor player. This article states: "In principle, the international transfer of a player is only allowed if the player is at least 18 years old." The contribution of this regulatory provision demonstrates FIFA's strong political will to put an end to transfers of minors. Moreover, article 3 of the decree of 6 June 1986 regulating the international transfers of Zairian (Congolese) athletes provides that the athlete who is the subject of a transfer must meet all the conditions of legal capacity provided for by Congolese legislation. And article 12 of the same decree states that: "Any transfer contract concluded in violation of the provisions of this decree is null and void".

On the other hand, articles 294, 295 and 296 of Law No. 16008 of 1 July 2016 amending and supplementing Law No. 87-10 of 1 August 1987 on the Family Code are quite explicit on issues relating to the validity of contracts concluded by a minor. These provisions provide unequivocally for the possibility for the minor to conclude; and the limits of the action for annulment of contracts concluded by the latter. The same is true of some exceptions provided for in children's law and Congolese labour law.

Keywords: *minor – player – transfer agreement – sports employment contract – international transfer.*

0. Introduction

Nul n'ignore que, le sport suscite aujourd'hui des enjeux sociaux, financiers, économiques, commerciaux et même politiques¹⁰⁶. En outre, le sport est devenu un élément culturel universel : il touche toutes les sociétés¹⁰⁷.

En effet, le sport nécessite le soutien du droit afin que soient assurés son organisation et son développement. En d'autres termes, à mesure que le sport se professionnalise, il se « *juridicise* » et, étape ultime du phénomène, il se « *juridicialise* »¹⁰⁸. Le juriste et le juge ont fait leur entrée dans le stade ! Et en effet, le sport, activité transversale, puise dans tous les domaines du droit¹⁰⁹.

Actuellement, tous les jeunes ambitieux qui croient détenir un certain talent physique peuvent se lancer sur un vaste « *marché* » grâce auquel ils peuvent espérer acquérir gloire et richesses. Opérations avant tout sportives et économiques, ces transferts comportent aussi un aspect juridique¹¹⁰, et c'est à ce titre qu'ils retiennent l'attention de la présente étude.

Nul ne conteste que, les disciplines sportives comme le football, le basketball et le catch constituent un sport le plus attirant¹¹¹. De plus, le football demeure aujourd'hui, le sport collectif universel¹¹², et est devenu une industrie millionnaire et une source de responsabilités pénale, civile et disciplinaire¹¹³. A cet effet, la protection des joueurs, des officiels et des supporters requiert une urgence de la socialisation des risques de la responsabilité délictuelle¹¹⁴. En effet, le football a généré près de 7,35 milliards de dollars en transferts internationaux de joueurs en 2018¹¹⁵.

¹⁰⁶ Romain DOMINGUES, *Les Transferts de sportifs*, Faculté de droit et de sciences politiques, Université d'Aix-Marseille, 2014, p. 8.

¹⁰⁷ R. DOMINGUES, préc., note 106, p. 9.

¹⁰⁸ Hubert KALUKANDA MASHATA, *Responsabilité civile en droit de sport congolais*, Sarrebruck, Editions Universitaires Européennes, 2018, p.11.

¹⁰⁹ Hubert KALUKANDA MASHATA, *Responsabilité civile des clubs sportifs du fait de leurs supporters en droit congolais*, Mémoire de Licence, Faculté de droit, Université de Lubumbashi, 2016, p. 1.

¹¹⁰ Jean-Baptiste BERTRAND, *Les transferts de joueurs professionnels : Objet d'un face-à-face fécond entre institutions sportives et puissances publiques*, Thèse de doctorat, Droit privé et science criminelle, Paris, Université Paris-Saclay, 2017, p. 29, en ligne : <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01941705/document> · Fichier PDF> (consulté le 27 juin 2021).

¹¹¹ H. KALUKANDA MASHATA, préc., note 109, p. 14.

¹¹² Laurent VALLEE, *Le football Les lois d'un jeu*, 1er éd., Paris, Dalloz, 2010, p.1.

¹¹³ H. KALUKANDA MASHATA, préc., note 109, p. 14.

¹¹⁴ Hubert KALUKANDA MASHATA, « Responsabilité civile de l'organisateur des compétitions sportives », (2018) 1-1 *Revue générale de droit et interdisciplinaire de la Faculté de droit de l'Université de Likasi* 141- 168, 145.

¹¹⁵ Luis VARGAS, « La protection des joueurs mineurs dans le système de transferts internationaux de la FIFA », dans Elise KABUYA (dir.), *Généralité sur les concepts de démocratie*, 3eme éd., 7,

L'interaction de plusieurs branches du droit, la complexité de ses relations juridiques et le besoin de règles propres au sport ont mené à la création d'une sorte de *lex sportiva*. De plus, le besoin de régler les problèmes « *dans la famille du sport* » a motivé les fédérations sportives, sous la présidence de Keba Mbaye, alors juge à la Cour de justice de la Haye¹¹⁶ à créer une cour sportive, le Tribunal arbitral du sport (TAS). Ce dernier fonctionne, sans avoir ici le but d'être exhaustif, en tant qu'instance d'appel des décisions prises par la Commission du statut du joueur de la FIFA, notamment, les refus des demandes de transfert international (CTI) et du premier enregistrement des joueurs.

Certes, l'exemple paradigmatique est celui des jeunes joueurs africains qui, rêvant de devenir le prochain Didier Drogba ou Samuel Eto'o fils, s'embarquent vers l'Europe avec de faux agents, qui demandent en moyenne entre 2 500 et 6 000 euros pour leurs services. Très souvent, ces joueurs ne profitent d'aucune garantie et, s'ils échouent, sont abandonnés à leur sort. Parfois, ils sont victimes de fraudes par ces « *agents* » qui leur promettent des *try outs*¹¹⁷ qui n'ont jamais eu lieu, ou même de signer un contrat avec un des grands clubs de football d'Europe. Ces jeunes, découragés après avoir échoué dans leur rêve d'être ou de devenir joueur de soccer professionnel, se trouvent alors dans un pays étranger, sans famille, ni amis¹¹⁸ et tombent souvent dans l'itinérance, l'exploitation, voire le crime. Comme on le voit, l'âge est également un élément qui doit être pris en considération, dans la pratique sportive¹¹⁹.

Dans le but d'éliminer les abus auxquels les mineurs sont soumis dans le domaine sportif en général et le domaine du football en particulier, le Conseil de la Fédération internationale de football association (FIFA) a approuvé en date du 27 octobre 2017 la modification de son *Règlement du Statut et du Transfert des*

coll. Thèse, n°27, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2020, p. 56+90, en ligne : <<https://rjeum.openum.ca/2020/07/06/la-protection-des-joueurs-mineurs-dans-le-systeme-de-transferts-internationaux-de-la-fifa/>> (consulté le 27 juin 2021).

¹¹⁶ Hubert KALUKANDA MASHATA, « Convention de transfert des joueurs : compétences controversées entre juridiction ordinaire et juridiction sportive », (2019) 2-4 *Revue générale de droit et interdisciplinaire de la Faculté de droit de l'Université de Likasi* 699-728, 719.

¹¹⁷ *Try out* est un terme de la langue anglaise qui signifie « *essai* ». Par exemple *to get a try out* se traduit par « être testé ».

¹¹⁸ De notre expérience en tant qu'Avocat spécialisé dans le domaine de sport, j'ai déjà reçu de telles préoccupations. La dernière en date, c'est celle de la Fondation Simon Ntalaja, basée à Lubumbashi et Show case academy, dont l'un des deux jeunes joueurs a été bloqué à Dubaï faute d'intégration et de non facilitation par Show case academy alors que le joueur était en ordre sur le plan financier avec ce dernier.

¹¹⁹ Luc SILANCE, *Les sports et le droit*, Bruxelles, Larcier s.a, 1998, p. 76.

*joueurs*¹²⁰, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Cette réforme vise à établir des mesures plus strictes quant aux transferts des joueurs mineurs, notamment l'obligation qu'ils se rendent dans un autre pays avec leur famille sans que le changement de club ne soit à l'origine de ce déplacement¹²¹.

C'est pourquoi, la condition de l'enfant dans le monde en raison de sa vulnérabilité, de sa dépendance par rapport au milieu, de son manque de maturité physique, intellectuelle et émotionnelle, nécessitant de soins spéciaux et une protection particulière n'a cessé d'interpeller depuis un certain temps la communauté internationale et nationale¹²².

Au football, la réglementation de la FIFA donne un cadre général de protection des jeunes footballeurs, mais ce sont les fédérations nationales qui sont chargées de leur application. Les fédérations peuvent introduire certaines recommandations à destination des clubs, par exemple pour combler le vide juridique qui existe autour des mises à l'essai (cas de la France et du Royaume-Uni). Les pays traditionnellement plus interventionnistes voient même les gouvernements s'attacher à renforcer la protection de cette population. L'échelon national guide les principes contraignants mis en place au niveau international, et on se rend compte que la situation d'un pays n'est pas assurée uniquement par le règlement de la FIFA. C'est au niveau national que la différence se fait entre un pays qui s'assure réellement de la protection de ses jeunes footballeurs, et un pays qui permet les dérives en adoptant une forte marge d'erreur au regard du respect de l'article 19¹²³ du Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs de la FIFA (RSTJ), évoqué ci-dessus.

Ainsi, la préoccupation principale au cœur de la présente analyse consiste à nous interroger sur l'interdiction du transfert international ou du 1^{er} enregistrement d'un joueur mineur étranger constitue une condition absolue pour permettre de protéger et promouvoir les droits de sportif mineur en République Démocratique du Congo.

¹²⁰ FEDERATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION, *Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs*, p. 22, en ligne : <resources.fifa.com/image/upload/regulations-on-the-status-and-transfer-of-players-2018-2925437-2925439.pdf?cloudid=rcvrsbmimvqziptvqjaq> (consulté le 27 juin 2021).

¹²¹ L. VARGAS, préc., note 115.

¹²² REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, *Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant*, 10 janvier 2009, Exposé des motifs, en ligne : <<http://leganet.be/Legislation/JO/2009/L.09.001.10.01.09.htm>> (consulté le 27 juin 2021).

¹²³ Mickaël HEIDMANN, *Transferts et formation des jeunes footballeurs en Europe : du "rêve sportif" à la régulation politique : une socio-ethnographie politique au cœur des institutions européennes*, Université de Strasbourg, 2013, p. 272, en ligne : <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01071735>> (consulté le 27 juin 2021).

De cette analyse, la question principale de la présente recherche est : Quelle valeur juridique peut-on attribuer aux actes accomplis par un mineur dans le cadre sportif ?

En République Démocratique du Congo, les actes accomplis par le mineur dans le cadre sportif sont-ils valables aux yeux de la Loi ?

En RDC, il existe plusieurs textes organisant le domaine de sport, notamment la Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, ainsi que l'arrêté départemental 0017 du 6 juin 1986 portant réglementation des transferts internationaux des athlètes zairois (congolais).

En effet, le transfert des joueurs implique un travail, un métier, et une carrière professionnelle. Le travail et/ou la carrière professionnelle suppose un contrat. C'est dans cet ordre d'idée que la doctrine renseigne que, quand on parle du contrat sportif, on fait plutôt allusion au contrat du travail du sportif¹²⁴. L'article 2 du code du travail précise que le travail est pour chacun un droit et un devoir¹²⁵. Toutefois, il doit être réalisé dans les limites fixées par la loi. C'est dans ce sens que l'article 50 de la loi portant protection de l'enfant interdit l'admission à l'emploi des enfants avant l'âge de seize (16) ans révolus, hormis l'enfant de quinze (15) ans qui ne peut être engagé ou maintenu en service, même comme apprenti, que moyennant dérogation expresse du juge pour enfants, après avis psycho-médical d'un expert et de l'inspecteur du travail¹²⁶. Tous les types d'emploi ou de travail qui violent les droits des enfants doivent être bannis. C'est aussi la position de l'Organisation internationale du travail (O.I.T) et de l'Union Interparlementaire (U.I.P)¹²⁷.

Le système de transfert est rendu nécessaire du fait de la spécificité du marché du travail dans le sport professionnel. Le régime des transferts déroge par conséquent au droit commun du travail¹²⁸.

Conformément à l'article 19, alinéa 4 du Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs de la FIFA (RSTJ), chaque transfert international selon l'article 19, alinéa 2 du RSTJ, chaque premier enregistrement selon l'article 19, alinéa 3 du RSTJ

¹²⁴ Hippolythe MASANI MATSHI, *Droit du sport*, France, Massain Droit Chambéry, 2014, p. 67.

¹²⁵ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, *Loi n° 015-2002 portant Code du travail telle que modifiée et complétée par la loi n° 16/010 du 15 juillet 2016*, (2016), numero special du 7 novembre 2016.

¹²⁶ *Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant*, préc., note 122.

¹²⁷ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL ET DE L'UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Eradiquer les pires formes de travail des enfants. Guide à l'usage des parlementaires*, UIP, Genève, p. 15.

¹²⁸ EUROPEAN AFFAIRS, « Les aspects économique et juridique des transferts de joueurs », *The Centre for the law and Economics of Sport (C.D.E.S)* 2013.1, 1.

ainsi que chaque premier enregistrement d'un joueur étranger mineur qui a vécu sans interruption dans le pays où il souhaite être enregistré pendant les cinq dernières années au moins est soumis à l'approbation de la *sous-commission* désignée par la Commission du Statut du Joueur de la FIFA (la *sous-commission*) si le joueur mineur concerné est âgé d'au moins dix (10) ans.

A toutes fins utiles, il y a lieu de relever que l'article 117 des Règlements Généraux et Sportifs de la Fédération Congolaise de Football Association (FECOFA)¹²⁹, prévoit et organise quatre types de transferts, à savoir : le transfert international, national, inter-entité et local.

En principe, le transfert des athlètes est concevable pour toutes les disciplines sportives. Mais, curieusement, dans la plupart des cas, il s'opère souvent pour les joueurs de football, principalement pour les sportifs de haut niveau. Il peut être temporaire, donc limité dans le temps par le contrat, ou à titre définitif, donc sans limitation¹³⁰.

Laconiquement, l'opération de transfert définitif est formée au moyen d'un ensemble contractuel comprenant au moins trois conventions, à savoir la « *convention de transfert* », la « *résiliation du contrat conclu entre le sportif et le club vendeur* », et le « *contrat de travail conclu entre le club acheteur et le sportif* »¹³¹. Il se peut que le sportif soit partie à la convention de transfert. Dans ce cas, l'opération de transfert est matérialisée par deux conventions seulement, notamment la convention de transfert, qui comprend non seulement l'accord des deux clubs sur l'opération, mais également celui du sportif sur le principe de la résiliation de son contrat de travail, et le contrat de travail conclu entre ce sportif et le club acheteur.

En revanche, c'est la même démarche dans l'opération de transfert provisoire. Pour permettre la réalisation de cette opération, deux, voire trois conventions sont ainsi conclues. Tout d'abord, une convention de mise à disposition du sportif est signée entre les deux clubs. Puis, une convention est conclue entre le club emprunteur et le sportif. Enfin, un dernier contrat peut être formé entre le club prêteur et le sportif afin d'organiser le retour du sportif au sein de l'effectif de son club d'origine à l'issue du prêt¹³².

¹²⁹ FEDERATION CONGOLAISE DE FOOTBALL ASSOCIATION, *Règlements Généraux et Sportifs*, 2003, ch. III.

¹³⁰ H. MASANI MATSHI, préc., note 124, p. 62.

¹³¹ Frédéric BUY, Jean-Michel MARMAYOU, Didier PORACCHIA et Fabrice RIZZO, *Droit du sport*, 3^{ème} édition, coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2012, p. 784.

¹³² Raphaëlle DON MARINO, « Les prêts de sportifs », *JCP G* 2003.n° 20, 133.

Il sied de relever que, l'âge de l'enfant ne peut pas constituer un obstacle majeur à la pratique des activités sportives. Au contraire, l'âge devrait être un élément qui favorise l'inclusion et l'intégration de l'enfant dans une discipline sportive professionnelle.

C'est pourquoi, toute discrimination négative à l'égard du sportif mineur en vue de pratiquer les activités sportives par les clubs et/ ou les instances sportives violent et/ou ne respectent pas délibérément les droits des sportifs mineurs qui évoluent dans plusieurs disciplines sportives, notamment le football. De là, certains excès constatés en gymnastique ou dans d'autres disciplines où les enfants sont dès l'âge de cinq (5) ans soumis à un entraînement « féroce », nous amène à une autre discussion : le droit au sport comme un jeu devrait avoir pour corollaire celui de ne pas obliger l'enfant à suivre un entraînement contraignant sans son accord. Luc Silance précise que les droits et/ou les prérogatives de la personne du joueur restent en outre et sans conteste lettre morte, si rien n'est fait en réalité pour promouvoir la pratique du sport. Disposer d'un droit sans que ce droit soit mis à exécution est un leurre¹³³.

En somme, la présente réflexion a le mérite de répondre à un souci, notamment la protection du joueur mineur dans le cadre des transferts internationaux qui est une urgence pour l'émergence et le développement physique et économique des jeunes talents en RDC, voire en Afrique. Force est de constater que, le joueur mineur bien que bénéficiaire des droits et avantages prévus et organisés par les textes en la matière est parfois victime des violations de ses facultés par les acteurs et les institutions censés respecter les législations en vigueur. C'est également le constat de Bernard Kandawu Mukuma qui renseigne que cette situation que traversent les enfants dans la plupart des pays dont la République Démocratique du Congo reste marquée par de multiples atteintes à leurs droits. L'auteur renchérit que, les textes juridiques ne font pas défaut, c'est plutôt leur mise en œuvre qui traîne le pas¹³⁴.

Outre l'introduction et la conclusion générales, la présente réflexion s'articule sur les points suivants :

¹³³ L. SILANCE, préc., note 119, p. 76.

¹³⁴ Bernard KANDAWU MUKUMA, « Appréciation critique de la mise en œuvre de la loi du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant en R.D. Congo : Cas de la protection sociale », (2019) 7- 8-13- 16 *Revue interdisciplinaire de l'Université Notre-Dame du Kasayi*, 71- 72.

I. Acceptions terminologiques

Il existe plusieurs terminologies examinées au cours de la présente réflexion et ce, consécutivement à l'appréhension complexe de la thématique abordée.

En effet, la présente section est constituée de deux paragraphes, à savoir le cadre conceptuel du joueur mineur (section I) ; et enfin, les notions de transfert et contrat sportif (section II).

1. Cadre conceptuel du joueur mineur

Les considérations conceptuelles supposent une approche analytique de chaque terme utilisé dans la recherche scientifique aux fins de démontrer le sens étymologique et courant pour une bonne appréhension.

C'est dans cette hypothèse que le présent paragraphe s'inscrit pour décortiquer les notions du mineur (1) ; ainsi que l'esquisse lexicale du joueur et types d'athlètes (2).

1.1. Notions du mineur

Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de 18 ans accomplis¹³⁵. Toute personne n'ayant pas encore atteint l'âge de majorité est un « mineur »¹³⁶. Le législateur congolais n'a pas été exempté de ce traquenard onomasiologique : il utilise aussi plusieurs concepts, à savoir : « mineur », « enfant mineur » et « enfant »¹³⁷. Au sens de l'article 2 de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, il faut entendre par enfant, toute personne âgée de moins de dix-huit ans. Il est soumis à l'autorité parentale de ses parents, à la fois dans sa personne et dans ses biens¹³⁸. Il est frappé d'incapacité générale d'exercice¹³⁹. « *Sont incapables aux termes - de l'article 215 de la Loi n°87/010 du 01 août 1987 portant code de la famille : les mineurs ; les majeurs aliénés interdits ; les majeurs faibles d'esprit, prodigues, affaiblis par l'âge ou infirmes placés sous*

¹³⁵ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, Loi modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1er août 1987 portant code de la famille, 15 juillet 2016, Article 219, en ligne : <<http://leganet.cd/Legislation/Code%20de%20la%20famille/Loi.15.07.2016.html>>.

¹³⁶ Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil congolais : Les personnes Les incapables Les familles*, 2^e Edition, Lubumbashi, Presses Universitaires de Lubumbashi, 2018, p. 173.

¹³⁷ Ghislain-David KASONGO LUKOJI, *Manuel de droit congolais de protection des mineurs*, Kinshasa, Kongo Edition, 2022, p. 17.

¹³⁸ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, Loi modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1er août 1987 portant code de la famille, 15 juillet 2016, Article 221, en ligne : <<http://leganet.cd/Legislation/Code%20de%20la%20famille/Loi.15.07.2016.html>>.

¹³⁹ En droit congolais, la capacité d'exercice est entendue comme le pouvoir de mettre en œuvre soi-même et seul ses droits et ses obligations, sans assistance, ni représentation par un tiers. Lire à ce sujet Gabriel KILALA Pene – AMUNA, *Procédure civile, Tome I*, Leadership Editions, Kampala, 2002, p.40.

curatelle ». Le mineur peut parfaitement être titulaire des droits et débiteur d'obligations, mais il ne peut les mettre en œuvre lui-même.

Cependant, l'article 50 de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 admet qu'un mineur âgé de seize ans, soit engagé comme salarié, moyennant dérogation expresse du juge pour enfants, après avis psycho-médical d'un expert et de l'inspecteur du travail.

Avant cet âge de majorité, l'on considère que la personnalité n'est pas suffisamment développée ou du moins, il existe une présomption selon laquelle il ne peut mener seul une vie juridique normale. Il a par conséquent besoin d'une protection quant à l'entretien de sa personne et à l'administration de son patrimoine¹⁴⁰. C'est pourquoi la loi le frappe d'une incapacité dite de protection qui a un fondement naturel. A côté de la notion du mineur, il y a lieu d'examiner le concept joueur.

1.2. Esquisse lexicale du joueur et types d'athlètes

a) Notions du joueur

La Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la promotion des activités physiques ne définit expressément pas le terme « *joueur* ». Par ailleurs, la doctrine définit le joueur comme une « *personne qui pratique un jeu, un sport* »¹⁴¹. Autrement dit, c'est celui qui participe à des compétitions sportives¹⁴².

Il est un « *sportif* » qui joue dans une équipe ou contre un adversaire¹⁴³. Le joueur est communément appelé « *athlète* »¹⁴⁴. Aux termes de l'article 60 de la Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011, « *Est athlète, tout pratiquant régulièrement admis ou non au sein d'un club sportif, intégré à un système compétitif et titulaire d'une licence* ». Il adhère librement à un club. Son affiliation à la fédération se fait par l'entremise d'un club sportif, sauf pour des athlètes indépendants¹⁴⁵.

L'article 110 de Règlements Généraux et Sportifs de la FECOFA renseigne que le joueur peut être amateur et non amateur (professionnel). L'amateur est celui qui s'adonne à la pratique du football comme une activité annexe, sans en tirer un

¹⁴⁰ J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 136, p. 173.

¹⁴¹ LAROUSSE, v° « Dictionnaire Larousse », en ligne : <Personne qui pratique un jeu, un sport>.

¹⁴² <https://dictionnaire.reverso.net/francais-definition/joueur>

¹⁴³ Dictionnaire français, v° *Joueur*

¹⁴⁴ [Définitions : athlète - Dictionnaire de français Larousse](#)

¹⁴⁵ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, *Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives en RDC*, (2011), Numéro Spécial du 28 décembre 2011, texte intégral publié au Journal Officiel de la RDC, article 61.

profit matériel quel qu'il soit. Par contre, le non amateur ou professionnel est celui qui, lié par un contrat de travail avec son Club, s'adonne au football comme une activité lucrative ou qui monnaie de quelque manière que ce soit son renom footballistique, dans le respect des lois en vigueur¹⁴⁶.

Et l'article 62 de la Loi du 24 décembre 2011 fixe les modalités de négociation que : « *Sans préjudice des autres textes légaux et réglementaires en vigueur, toute demande de transfert est librement négociée entre les clubs sportifs conformément aux règlements des fédérations* ».

Sans entrer dans le détail, sans examiner la question de la double nature de la licence, et sans distinction entre fédérations agréées et fédérations délégataires, il est possible de constater que le sportif, en se faisant délivrer une licence, obtient la qualité de « membre de fédération » et « membre de son club ».

b)Types d'athlètes

Il existe trois types d'athlètes. Il y a d'abord celui qui pratique le sport comme métier dans un but élitiste, en privilégiant le résultat et la performance, et en tire l'essentiel de sa subsistance moyennant rémunération, conformément à son statut professionnel. A cet effet, il est appelé athlète professionnel, et on le retrouve souvent dans le sport de haut niveau du fait qu'il est lié par un contrat du travail¹⁴⁷.

Après l'analyse de ce point, il y a lieu de comprendre dans les lignes qui suivent la notion de transfert et contrat de joueur telle qu'elle doit être appréhendée en droit de sport.

2. Notions de transfert et contrat sportif

Les notions de transfert et du contrat sportif constituent un préalable dans l'examen de la présente réflexion. Le transfert et le contrat sportif sont par nature une convention revêtant plusieurs caractères, dont nous ne serons pas analysés dans ce travail. Ce deuxième paragraphe est reparté en deux points, à savoir le transfert de sportif (1) ; et du contrat sportif (2).

2.1.Transfert de sportif

Le terme « *transfert des joueurs* » n'a pas fait l'objet d'une définition dans la législation congolaise de 2011¹⁴⁸. Il désigne le changement de club d'un joueur¹⁴⁹.

¹⁴⁶ *Règlements Généraux et Sportifs*, préc., note 129, ch. V.

¹⁴⁷ H. MASANI MATSHI, préc., note 124, p. 60.

¹⁴⁸ H. KALUKANDA MASHATA, préc., note 116, 706.

¹⁴⁹ En ligne : <<https://dictionnaire.reverso.net/transfert>>.

Autrement dit, c'est une mutation d'un joueur professionnel d'un club ou d'un groupe dans un autre¹⁵⁰.

La doctrine enseigne que l'opération de transfert peut être définie de deux manières, économiquement et juridiquement. Économiquement, il s'agit d'une transaction, réalisée de gré à gré, entre deux clubs visant à organiser la mutation rémunérée d'un joueur d'un club à l'autre. Juridiquement, précise-t-il, le transfert est une convention organisant une mutation *onéreuse* d'un footballeur d'un club A à un club B. C'est en somme opération juridique triangulaire entre le club employeur, le club d'accueil et le joueur. Cette opération est toutefois inconnue du droit commun des obligations¹⁵¹. Toutefois, le transfert est si souvent apparenté à une opération de vente des joueurs¹⁵², alors que l'article 115 de Règlements Généraux et Sportifs définit le transfert comme une opération par laquelle un joueur régulièrement affilié obtient, dans les conditions définies, un changement de club¹⁵³. C'est une opération par laquelle un joueur détenteur d'une licence professionnelle obtient des autorités sportives son changement d'affectation pour un club professionnel »¹⁵⁴. Cette définition n'est pas complète, ou, du moins, trop générale. Le transfert dont il sera question dans les développements à venir est celui concernant un sportif lié à son club par un contrat de travail à durée déterminée non parvenu à son terme, qui va donc le résilier avant terme, pour rejoindre un autre club. Cette résiliation avant terme oblige le sportif ou le club « recruteur » à verser une indemnité au club « quitté »¹⁵⁵. Un auteur définit le transfert comme « une opération par laquelle un club accepte de mettre fin, avant le terme stipulé au contrat d'un joueur, afin de lui permettre de s'engager au profit d'un autre club, en contrepartie du paiement par ce dernier d'une indemnité financière »¹⁵⁶. En 2010, un arrêt de la Cour d'appel de Douai en France, à l'appui d'une doctrine établie depuis plusieurs années¹⁵⁷, considéra cette dernière opération comme l'« accord triangulaire par lequel un club accepte de mettre fin,

¹⁵⁰ En ligne : <www.cnrtl.fr/definition/transfert>.

¹⁵¹ Paul MESSI, « A la recherche d'une opération de transfert », *Droit du sport*, éd. Le Petit Juriste (2016), en ligne : <<https://www.lepetitjuriste.fr/loperation-de-transfert-affaire-de-gros-indispensable-football-professionnel/>> (consulté le 30 septembre 2022).

¹⁵² Fabrice RIZZO, « A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié », *Cahier du droit du sport* 2005.1, 42.

¹⁵³ *Règlements Généraux et Sportifs*, préc., note 129, ch. V.

¹⁵⁴ Dominique JUILLOT, *Les conditions de transfert des joueurs professionnels de football et le rôle des agents sportifs*, Rapport d'information, 3741 de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Kinshasa, Assemblée Nationale - RD. Congo, 2007, p. 39.

¹⁵⁵ R. DOMINGUES, préc., note 106, p. 22.

¹⁵⁶ MOUSTAPHA KAMARA, *Les opérations de transfert des footballeurs professionnels*, Reims, 2006, p. 41.

¹⁵⁷ Fabrice RIZZO, « La conclusion et l'exclusion des contrats de transfert de sportifs », *RLDC* 2005.

avant le terme stipulé, au contrat de travail d'un joueur afin de lui permettre de s'engager au profit d'un autre club, en contrepartie du paiement par ce dernier d'une somme d'argent »¹⁵⁸. Nul n'ignore que la jurisprudence provient du troisième pouvoir de l'Etat.

Dans cette étude, le concept « transfert de joueur » doit être défini comme une opération par laquelle un sportif professionnel met fin à un contrat de travail ou de prêt, avant ou pendant le terme de celui-ci et s'engage avec une autre association ou une société sportive de fournir les prestations, moyennant rémunération¹⁵⁹. Toutefois, les parties peuvent résilier le contrat en cours. Si le contrat à durée déterminée arrive à terme, le joueur est libre de quitter le club à sa convenance¹⁶⁰. Cette jurisprudence a apporté deux innovations. Si l'opération intervient avant l'expiration du délai contractuel librement fixé par les parties, le transfert est assorti d'une indemnité pour cause de rupture anticipée du contrat de travail à la charge du nouvel employeur. A l'expiration du délai contractuel convenu, le footballeur reste libre de tout engagement sans indemnité compensatoire de la rupture. Dans le même arrêt, la Cour a évoqué l'article 48 du Traité de Rome et a qualifié d'illégale toute subordination au quota de l'effectif des footballeurs de nationalités étrangères des Etats membres de l'Union Européenne comme contraire à la libre circulation¹⁶¹. Il a été jugé que la convention de transfert des joueurs est soumise aux mêmes règles que le contrat de prêt des joueurs¹⁶².

Le transfert de sportifs en général et joueurs en particulier est une opération créée par la pratique. C'est l'émanation de nombreuses difficultés sur son appréhension conceptuelle et juridique. Un transfert de sportifs ne constitue pas une opération instantanée, même si parfois il peut s'effectuer rapidement, y compris sur un coup de tête. Un club qui a identifié un besoin en effectif ne saurait se conduire sur le marché des transferts comme dans une grande surface. Il doit mener des négociations plus ou moins longues, qui se dérouleront entre au moins trois parties appelées à s'entendre. A cet effet, il s'agit d'un club recruteur (qui deviendra le club acquéreur), un club cédant et un sportif.

La négociation constitue la période durant laquelle ceux-ci échangent leurs points de vue et considérations réciproques, formulent et discutent les propositions

¹⁵⁸ C.A. Douai, 16 sept. 2010, n° 09/05120, JCP G 2011, n° 16, 450.

¹⁵⁹ H. KALUKANDA MASHATA, préc., note 116, 696.

¹⁶⁰ Arrêt Bosman CJCE 15 décembre 1995.

¹⁶¹ COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE, *Traité de Rome sur la libre circulation des travailleurs des Etats Membres*, 25 mars 1957, Article 48, en ligne : <http://www.m-pep.org/IMG/pdf/Acte_final_traite_de_Rome.pdf> (consulté le 4 novembre 2022).

¹⁶² Arbitrage TAS 2007/A/1338, 8 avril 2008, *SASP Le Havre Athletic c. As Vita Club de Kinshasa*.

qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure. Ces débats sont souvent qualifiés de pourparlers et pourront être sécurisées par des précontrats¹⁶³.

Le transfert de sportifs ne doit pas être confondu avec la mutation. Il ne s'agit pas simplement du fait de changer de club pour un sportif. Il s'agit du fait pour un sportif de quitter son club pour en rejoindre un autre, tout en étant soumis à des engagements contractuels à l'égard du club quitté. Le transfert de sportif suppose donc la réunion de différentes conditions tenant à la situation du sportif à l'égard de son club, l'accord de toutes les parties, le club quitté, le club recruteur et le sportif. Une fois que toutes ces conditions auront été respectées, l'opération pourra se réaliser¹⁶⁴.

En effet, l'opération de transfert nécessite une préparation des négociations, par la suite, elle entraîne des échanges d'informations pour enfin se former. Et comme tout contrat, l'opération de transfert devra être valide, ne serait-ce que par respect des quatre conditions traditionnelles de validité d'un contrat prévues à l'article 8 du Code civil, lequel dispose que « *quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite dans l'obligation* » et qu'on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

L'opération de transfert, en tant que rencontre de volonté, constitue une convention, ladite convention créant des obligations, la qualification de contrat s'impose. Cette qualification contractuelle paraît logique. Cette opération de transfert de sportif oblige ses différents intervenants à savoir les deux clubs dans un premier temps, l'un à accepter le départ d'un de ses sportifs pourtant soumis à un contrat de travail en cours d'exécution, l'autre à verser une somme d'argent au premier. Puis, dans un second temps, cette opération de transfert oblige le sportif à résilier son contrat de travail et à en conclure un autre. Chacun se trouve obligé par cette opération qui démontre là sa complexité. Cette dernière opération est réalisée par trois parties qui s'obligent chacune d'elles et rend interdépendante chaque obligation.

L'opération de transfert de sportifs est de nature contractuelle, mais ne correspond pas à la conception individualiste du contrat, et s'apparente davantage à une conception économique plus moderne, avec une interconnexion entre différentes obligations se regroupant au sein d'un même ensemble.

¹⁶³ J.-B. BERTRAND, préc., note 110, p. 32.

¹⁶⁴ R. DOMINGUES, préc., note 106, p. 32.

Comme tout contrat, l'opération contractuelle se constitue par le consentement croisé des différents intervenants faisant suite à toute une série de négociations et d'événements précontractuels, et une fois conclue, contraint les différents intervenants à respecter leurs engagements.

L'opération de transfert de sportifs suppose le respect de la procédure interne à la fédération sportive concernée, et surtout ne saurait justifier le versement d'une indemnité au club quitté.

En somme, l'opération de transfert de sportif nécessite pour sa validité la réunion de trois conditions. En premier lieu, le transfert suppose que le sportif soit engagé par un contrat de travail à durée déterminée. En deuxième lieu, le contrat de travail du sportif doit être en cours d'exécution avec le club et enfin, le transfert implique la rupture du contrat de travail initial. Pour assurer l'équilibre de circulation des joueurs, les périodes de mutations sont limitées selon « le mercato hivernal et estival »¹⁶⁵.

2.2. Contrat sportif

L'article 63 de la Loi dite sportive de 2011 dispose que : « *Il est fait obligation à toute association sportive utilisant un athlète ou un encadreur technique, de définir la nature de son engagement par un contrat* ». Il résulte de cette disposition légale que le Législateur parle du terme « contrat ». A cet effet, l'expression « contrat sportif » est d'origine doctrinale. A titre de rappel, la doctrine de Masani Matshi renseigne que, quand on parle du contrat sportif, on fait plutôt allusion au contrat du travail du sportif.¹⁶⁶ Et d'ajouter que, le contrat du travail sportif est généralement écrit parce qu'il est difficile sinon impossible de définir la nature de l'engagement d'un athlète ou d'un encadreur technique, comme l'exige la Loi dite sportive, d'une manière verbale.

En effet, l'article 8 du Règlement du championnat national de la Ligue nationale de football impose aux clubs de faire avaliser les contrats de travail à la FECOFA en ce qu'il dispose qu' « *Avant de prendre part au Championnat National de la Ligue I et de la Ligue II, les clubs retenus conformément au prescrit de l'article 1^{er} du présent Règlement doivent remplir les conditions suivantes : (...) b) Produire les contrats de travail avalisés par la Fédération Congolaise de Football Association « FECOFA » liant le club aux athlètes et aux membres de staff technique, médico-sportif (...)* ».

¹⁶⁵ F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, préc., note 131, p. 778.

¹⁶⁶ H. MASANI MATSHI, préc., note 124, p. 67.

Il sied de préciser que, le contrat du travail en RDC est prévu et organisé par la Loi n° 16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n° 015-2002 portant code du travail, spécialement à son Titre IV. Contrairement à Masani Matshi qui renseigne que le contrat de travail est régi par la Loi n°016-2002 du 16 octobre 2002 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail¹⁶⁷. Après l'étude de notions de transfert et contrat sportif, il y a lieu d'examiner la sécurité des droits de joueurs mineurs de football en République Démocratique du Congo, plus spécialement dans le transfert international.

II. PROTECTION DES DROITS DE JOUEURS MINEURS FOOTBALLEUR CONGOLAIS : CAS DE TRANSFERT INTERNATIONAL

Dans tout État moderne, un système efficace comprend des lois, des politiques, des procédures et des pratiques destinées à prévenir et à lutter efficacement contre les divers problèmes de maltraitance, de violence et de discrimination qui peuvent nuire au bien-être des enfants¹⁶⁸. C'est dans ce raisonnement que le Conseil de l'Europe, dans plusieurs textes, notamment ceux concernant le sport pour tous, a insisté sur ce que le sport devait être accessible à tous et en particulier aux enfants à tout âge.

De ces quelques éléments, il apparaît que parmi les droits de l'enfant figure celui de pratiquer le sport, soit comme loisir¹⁶⁹, soit comme jeu, soit dans le but de favoriser l'expression de sa personnalité et le développement de ses dons et aptitudes physiques. Aux termes de l'article 41 alinéa 3 de la Constitution de la RDC, l'enfant mineur a également le droit de jouir de la protection de sa famille, de la société et des pouvoirs publics¹⁷⁰. L'enfant a donc le droit de participer aux sports qui lui permettent de développer ses facultés et ses dons et en outre de les pratiquer comme jeux et comme loisir¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 66.

¹⁶⁸ Dominique YOUNG, *Protection de l'enfance et droits de l'enfant*, Éditions S.E.R., pp. 617-627, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-etudes-2011-12-617.htm>> (consulté le 20 avril 2021).

¹⁶⁹ NATIONS UNIES, Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 3 janvier 1976, Article 7. Lire également que l'article 21 de la loi dite sportive que : « Le sport-loisir est une activité à caractère sportif pratiquée à titre essentiellement récréatif ainsi que celle pratiquée pour des raisons de santé ou d'insertion sociale. Il a pour objectif l'épanouissement physique, moral et social de l'individu ainsi que le développement de ses capacités ».

¹⁷⁰ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, *Constitution de la République Démocratique du Congo telle que révisée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006*, (2011), 52e année, Article 41, en ligne : <www.journalofficiel.cd> (consulté le 1 octobre 2022).

¹⁷¹ L. SILANCE, préc., note 119, p. 74-76.

Pour garantir le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant, il est recommandé aux États de mettre en place un système de protection pour l'enfant. Cet engagement procède des obligations que les États contractent en matière des droits humains.

Au regard de toute obligation imposée à l'État et ce, relativement à la protection des joueurs mineurs en République Démocratique du Congo. La protection du sportif mineur ou de tout enfant mérite d'être soulevée :

- Toutes les décisions concernant les enfants doivent être prises dans l'intérêt exclusif de l'enfant pour assurer son bien-être immédiat et futur ;

- Toutes les décisions et tous les actes doivent impérativement garantir les droits de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant subordonne la nécessité d'une protection des enfants¹⁷². A cet effet, il est reconnu au mineur tous les droits humains au même titre qu'un majeur du fait de sa personnalité humaine et juridique. Ces droits sont essentiellement égrainés dans le premier titre de la Loi portant protection de l'enfant (articles 11 à 44) qui, reprend, à son tour, carrément certaines dispositions constitutionnelles et conventionnelles (Déclaration universelle de droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Règles de Beijing, Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant¹⁷³).

Ceci conduit la présente étude à s'articuler autour de mécanismes institutionnel et juridictionnel, voire conventionnel pour la mise en œuvre effective de la promotion et protection des droits inhérents aux joueurs mineurs organisés et prévus par plusieurs instruments juridiques nationaux et internationaux en matière de sport.

En effet, les hypothèses à la problématique de l'introduction ci-dessus s'expliquent par le fait que, l'article 8 du Code Civil Congolais, Livre III énumère les conditions requises pour la validité de toute convention en ce qu'il dispose que : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». Il découle de cette disposition légale qu'il existe quatre (4) conditions cumulatives pour conclure un contrat. C'est notamment, le consentement ; la capacité ; l'objet certain et une cause licite.

¹⁷² HUMANIUM, *Droit à la Protection dans le Monde : Situation du droit à la protection des enfants dans le monde*, en ligne : <<https://www.humanium.org/fr/droit-a-la-protection/>> (consulté le 27 juin 2021).

¹⁷³ G.-D. KASONGO LUKOJI, *préc.*, note 137, p. 61.

En droit congolais de la famille, les articles 294, 295 et 296 de la loi n° 16008 du 1 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-10 du 1^{er} Août 1987 portant code de la famille sont assez explicites sur les questions relatives à la validité des contrats conclus par un mineur. Ces dispositions prévoient de manière non équivoque à la fois, la possibilité pour le mineur de conclure ; et les limites de l'action en annulation des contrats conclus par ce dernier.

Quant au droit du travail congolais, l'article 6 de la Loi n° 16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n° 015-2002 portant code du travail fixe l'âge de dix-huit (18) ans pour poser les actes juridiques valables. L'article 2 du même code du travail renseigne que : « *Le travail est pour chacun un **droit** et un **devoir**. Il constitue une obligation morale pour tous ceux qui n'en sont pas empêchés par l'âge ou l'inaptitude au travail constatée par un médecin. Le travail forcé ou obligatoire est interdit. Tombe également sous le coup de l'interdiction, tout travail ou service exigé d'un individu sous menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré* »¹⁷⁴.

Toutefois, il doit être réalisé dans les limites fixées par la loi. C'est dans ce sens que l'article 50 de la loi portant protection de l'enfant interdit l'admission à l'emploi des enfants avant l'âge de seize (16) ans révolus, hormis l'enfant de quinze (15) ans qui ne peut être engagé ou maintenu en service, même comme apprenti, que moyennant dérogation expresse du juge pour enfants, après avis psycho-médical d'un expert et de l'inspecteur du travail¹⁷⁵. Tous les types d'emploi ou de travail qui violent les droits des enfants doivent être bannis.

Il convient de préciser que les dispositions du Code Civil Congolais, Livre III et celles du droit de la famille ou commercial relèvent des règles générales qui peuvent être dérogées par des règles spéciales, notamment les règles du droit de sport. Telle est la dérogation aux dispositions de l'article 8 du Code Civil Congolais, Livre III dans la formation du contrat d'admission au spectacle. A cet effet, la doctrine renseigne que : « *La spécialité du contrat sous examen est qu'il n'exige pas la réunion de quatre conditions essentielles de formation et de validité d'un contrat, énumérées à l'article 8 du Code civil, livre III à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité des contractants, un objet certain et licite, et une cause également licite* »¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Loi n° 015-2002 portant Code du travail telle que modifiée et complétée par la loi n° 16/010 du 15 juillet 2016, préc., note 20.

¹⁷⁵ Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, préc., note 122.

¹⁷⁶ H. KALUKANDA MASHATA, préc., note 108, p. 23. Toutefois, il est recommandé pour les organisateurs des manifestations sportives de vendre exclusivement les billets aux personnes ayant atteint l'âge de dix-huit (18) ans révolus.

En revanche, Il y a lieu de laisser ici de côté d'autres contrats possibles que le club peut conclure avec le propriétaire du stade (contrat de bail), les commerçants présents à l'intérieur ou aux abords du stade (buvette, souvenirs, etc.), les joueurs participant à la compétition sportive (contrat de travail) ou les médias autorisés à retransmettre celle-ci¹⁷⁷.

En République Démocratique du Congo, la Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives¹⁷⁸ ne fixe expressément pas l'âge pour conclure un contrat sportif (contrat du travail du sportif).

Néanmoins, l'article 3 de l'arrêté du 6 juin 1986 précité renseigne que l'athlète qui fait l'objet d'un transfert doit réunir toutes les conditions de capacité juridique prévues par la législation congolaise. Et l'article 12 du même arrêté énonce que : « *Tout contrat de transfert passé en violation des dispositions du présent arrêté est nul de plein droit* ».

En revanche, l'arrêté ministériel n°040/MJSCA/CAB/MIN/01/ 2012 du 31 mai 2012 portant modèle de contrat des Athlètes amateurs en République Démocratique du Congo détermine les modalités de conclusion du contrat d'un joueur mineur. Il précise, en outre qu'avec l'accord du Joueur/ Athlète, le club peut opérer pour le compte du joueur le transfert dans un autre club au plan local, national ou à l'étranger, et ce, dans le respect des dispositions des textes y afférents édictés par les instances sportives nationales et internationales¹⁷⁹.

Quant à la validité des actes accomplis par le mineur dans le cadre sportif, l'article 296 du code de la famille sus évoqué dispose que : « *Les contrats faits par le mineur ne pourront être annulés si le co-contractant du mineur a pu croire de bonne foi que ce dernier avait reçu l'autorisation de les conclure, et s'il n'a pas abusé de son inexpérience* ». Il découle de cette disposition légale que le mineur peut

¹⁷⁷ Benoit CHAPPUIS et Franz WERRO, *La responsabilité du club sportif pour les actes de ses supporters*, p. 71, en ligne : <https://chappuislex.ch/wp-content/uploads/Responsabilit%C3%A9-du-club-sportif-pour-les-actes-de-ses-supporters-M%C3%A9langes-Wessner-531569_v11.pdf> (consulté le 25 octobre 2022).

¹⁷⁸ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, *Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 portant principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives en RDC*, (2011), Numéro Spécial du 28 décembre 2011, texte intégral publié au Journal Officiel de la RDC.

¹⁷⁹ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, *Arrêté ministériel n°040/MJSCA/CAB/MIN/01/ 2012 du 31 mai 2012 portant modèle de contrat des Athlètes amateurs*, (31/052012), n°040/MJSCA/CAB/MIN/01/ 2012, Article 4, en ligne : <https://www.droitcongolais.info/files/560.05.12-Arrete-du-31-mai-2012_Federations-sportives_modele-de-delegation-de-pouvoirs.pdf> (consulté le 4 novembre 2022).

conclure divers contrats. Les contrats conclus par ce dernier ne sont pas nécessairement ni nuls, ni annulables de plein droit ; même sans la représentation, un mineur peut poser un acte juridique valable simplement à la suite d'une autorisation à condition que son cocontractant n'ait pas abusé de son inexpérience. Ainsi, le contrat passé par le mineur ne peut être annulé qu'après avoir constaté soit de la mauvaise foi du cocontractant du mineur sur l'autorisation éventuelle à conclure, soit le fait qu'il aurait abusé de son inexpérience¹⁸⁰. Kifwabala Tekilazaya commente qu'il revient ainsi que l'arrêt sous RCA 051 du 17 décembre 2021 qui affirme sans le justifier qu'un mineur ne peut conclure ; et qui annule ainsi le contrat querellé pour seule cause de la minorité, sans contenir un quelconque motif relatif à la mauvaise foi du cocontractant du mineur, ni une démonstration du fait que ce dernier aurait abusé de l'inexpérience du mineur, ne fait pas du bon droit.

Aussi, l'article 294 du code de la famille dispose que : « *Les actes accomplis irrégulièrement par le mineur non émancipé ou par le mineur émancipé sont **nuls de nullité relative*** ».

Il ressort de cette disposition que la nullité des actes passés par un mineur, n'a été instituée que dans le seul intérêt privé du mineur. Car, la nullité est dite relative, lorsqu'elle sanctionne une règle dont le seul objet est la sauvegarde d'un intérêt privé¹⁸¹. Les régimes respectifs des nullités absolue et relative sont différents. Dans le même sens Gérard Cornu, affirme qu'il est de droit qu'une nullité relative est une nullité d'intérêt privé que seule peut invoquer la partie protégée¹⁸².

C'est pour la sauvegarde de cet intérêt privé que l'article 295 du même texte législatif détermine de manière limitative les personnes qui peuvent agir pour la sauvegarde de cet intérêt privé lorsque le mineur pose un acte dit irrégulier¹⁸³.

En somme, l'article 295 du Code de la famille dispose que :

« *L'action en nullité ne peut être poursuivie que par le mineur ou selon le cas par ses père et mère, son tuteur, son curateur ou par les héritiers du mineur, au cas où l'acte aurait causé préjudice au mineur. L'acte peut être confirmé. L'action en nullité se prescrit par dix ans à dater de la majorité du mineur* ».

¹⁸⁰ Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, « Note d'observation de l'arrêt de la Cour d'Appel du Nord Ubangi sous RCA 051 du 17/12/2021 : Les actes juridiques accomplis par un mineur ne sont ni nécessairement nuls, ni annulables de plein droit », (2022) 46 *Les Analyses Juridiques*, 88.

¹⁸¹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24e édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 738.

¹⁸² Gérard CORNU, *Vocabulaire des termes juridiques*, 14e édition mise à jour, coll. Dictionnaires Quadrige, Paris, PUF, 1987, p. 545.

¹⁸³ J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, préc., note 180, 89.

Pour ce texte, seules les personnes ci-après peuvent demander l'annulation d'un acte accompli irrégulièrement par le mineur. Il s'agit de : - le mineur lui-même - les père et mère du mineur- le tuteur ou le curateur du mineur et - les héritiers du mineur, voire également l'Etat¹⁸⁴.

Pour le droit du travail congolais, l'article 6 de la Loi n° 16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n° 015-2002 portant code du travail dispose que :

« La capacité d'une personne d'engager ses services est régie par la loi du pays auquel elle appartient, ou à défaut de nationalité connue, par la loi congolaise. Au sens du présent code, la capacité de contracter est fixée à dix-huit ans sous réserve des dispositions suivantes :

1. Une personne âgée de 15 ans ne peut être engagée ou maintenue en service, même comme apprentie, que moyennant dérogation expresse du Président du Tribunal de paix, après avis psycho-médical d'un expert et de l'inspecteur du travail ;

2. Le Président du Tribunal de paix est saisi à la requête des parents ou de toute personne exerçant l'autorité parentale ou tutélaire sur l'enfant, par l'inspecteur du travail ou toute personne intéressée ;

3. Toutefois, l'opposition de l'inspecteur du travail et de l'autorité parentale ou tutélaire à la dérogation prévue au point 1 ci-dessus peut être levée par le Président du Tribunal de paix lorsque les circonstances ou l'équité le justifient ;

Une personne âgée de 16 à moins de 18 ans ne peut être engagée ou maintenue en service que pour l'exécution des travaux légers et salubres prévus par un arrêté du Ministre ayant le travail et la prévoyance sociale dans ses attributions.

A défaut d'acte de naissance, le contrôle de l'âge du travailleur visé aux points 1 et 3 ci-dessus est exercé selon les modalités fixées par la Loi n° 87-010 du 1er août 1987 portant Code de la famille.

Toute forme de recrutement en violation des points 1 et 3 du présent article est interdite sur tout le territoire national ».

¹⁸⁴ A ce propos, l'Etat est admis de postuler au nom et pour le compte du mineur qui n'a pas des héritiers. Cependant, il est difficile dans les sociétés africaines et surtout congolaises de constater une personne qui n'a pas de successibles pour que l'Etat puisse ester en justice en ce lieu et place.

C'est presque le même contenu, à titre de rappel que, l'article 50 de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant dispose en substance comme suit : « *L'enfant ne peut être employé avant l'âge de seize ans révolus. L'enfant âgé de quinze ans ne peut être engagé ou maintenu en service, même comme apprenti, que moyennant dérogation expresse du juge pour enfants, après avis psycho-médical d'un expert et de l'inspecteur du travail (...)* ».

Il résulte de cette disposition de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 que la dérogation est expressément accordée par le Juge pour enfants, alors que la dérogation prévue à l'article 6 du code du travail est accordée par le Président de Tribunal de paix.

En effet, le travail peut constituer pour les mineurs un élément important de leur croissance et développement physique ou mental : un moyen d'initiation ou d'apprentissage et un processus de socialisation¹⁸⁵, voire de maturation¹⁸⁶.

En définitive, la relativité de la nullité des opérations de transfert international ou du 1^{er} enregistrement d'un joueur mineur étranger peut constituer une brèche de la conclusion d'un ensemble des contrats y afférents pour cette catégorie d'acteurs sportifs.

Il sied de signaler que la Loi n° 11/023 du 24 décembre 2011, dite loi sportive ne garantit expressément pas la protection de joueur mineur dans le cadre de demande de transfert international ou du premier (1^{er}) enregistrement d'un joueur mineur étranger.

Toutefois, l'article 5 de la même loi n° 11/023 du 24 décembre 2011 dispose que : « *L'éducation physique et sportive est une action pédagogique menée de l'enfance à l'âge adulte, ayant pour objet l'utilisation des techniques sportives comme moyen d'éducation...* ».

Il découle des prescrits de cette disposition que l'éducation des activités physiques et sportives est une obligation légale. Elle est une action pédagogique enseignée dès la minorité à la majorité du sportif.

Aux termes de l'article 2 de l'arrêté 0017 du 6 juin 1986 portant réglementation des transferts internationaux des athlètes zairois (congolais), le transfert d'un athlète congolais en faveur d'un club étranger est soumis aux conditions librement négociées entre le club cédant et le club étranger cessionnaire.

¹⁸⁵ BONNET M., *Regards sur les enfants travailleurs : la mise au travail des enfants dans le monde contemporain : Analyse et étude des cas*, Lausanne, Page Deux, 1998, p. 34.

¹⁸⁶ G.-D. KASONGO LUKOJI, préc., note 137, p. 166.

Et l'article 4 du même arrêté précise que le transfert d'un athlète ne peut s'effectuer en cours de saison sportive¹⁸⁷. Il faut dire que le transfert international est soumis au principe de la liberté dans les négociations et de la périodicité de saison sportive¹⁸⁸.

L'article 19.1 du Règlement du Statut et du Transferts des Joueurs de la FIFA pose le principe d'interdiction du transfert international ou du 1^{er} enregistrement d'un joueur mineur étranger. Cet article dispose que : « *En principe, le transfert international d'un joueur n'est autorisé que si le joueur est âgé d'au moins 18 ans* ».

La préoccupation majeure de la F.I.F.A. n'est pas liée à l'enregistrement d'un joueur mineur amateur auprès d'un club exclusivement amateur mais à l'enregistrement d'un joueur mineur auprès d'un club professionnel ou l'enregistrement ultérieur d'un joueur mineur d'un club amateur pour un club professionnel.

Il en est de même des autres mutations internationales des sportifs. De telles restrictions de déplacements internationaux de sportifs visent clairement, pour l'essentiel, à limiter l'accès des joueurs aux championnats étrangers¹⁸⁹. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a été interrogée par la Cour de cassation française sur la validité, au regard des dispositions de l'article 45 du Traité sur Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)¹⁹⁰, de la mise en œuvre d'une sanction financière dans le cas où un joueur en formation décide de s'engager avec un club d'un autre Etat membre sur le fondement d'un contrat de travail professionnel. Le juge de Luxembourg a d'abord estimé qu'un tel système de sanction constitue une entrave dans la mesure où il est susceptible de dissuader le joueur d'exercer son droit à la libre circulation¹⁹¹.

L'article 8 du Règlement du championnat national de la Ligue nationale de football dispose qu' « *Avant de prendre part au Championnat National de la Ligue I et de la Ligue II, les clubs retenus conformément au prescrit de l'article 1^{er} du présent Règlement doivent remplir les conditions suivantes : (...) b) Produire les contrats de travail avalisés par la Fédération Congolaise de Football Association*

¹⁸⁷ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, Arrêté départemental 0017 du 6 juin 1986 portant réglementation des transferts internationaux des athlètes zairois, 6 juin 1986, en ligne : <<https://www.jurinet.net/leganet/Legislation/Droit%20Public/Jeunesse/AD.06.06.1986.htm>> (consulté le 4 octobre 2022).

¹⁸⁸ H. MASANI MATSHI, préc., note 124, p. 63.

¹⁸⁹ J.-B. BERTRAND, préc., note 110, p. 61.

¹⁹⁰ Article 45 du TFUE dispose que : « *1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. 2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément aux traités, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre* ».

¹⁹¹ CJUE, 16 mars 2010, D.2010, p.1189.

« *FECOFA* » liant le club aux athlètes et aux membres de staff technique, médico-sportif (...). La déduction de cette disposition règlementaire confirme la nature de la relation contractuelle qui existe entre les clubs et les clubs qui participent au Championnat national d'élite.

L'interdiction de l'article 19.1 du Règlement du Statut et du Transferts des Joueurs de la FIFA est critiquée par Luc Silance en ce qu'il conteste que : « *Ce n'est donc pas en limitant le droit de l'enfant à participer aux compétitions avant un âge déterminé que le législateur et les gouvernements assurent la véritable protection à laquelle l'enfant a droit. Cette protection serait bien mieux organisée si le droit de l'enfant de pratiquer le sport était mis en pratique en organisant le sport scolaire, qui ferait des hommes plus forts, plus sains, pouvant choisir en connaissance de cause et pratiquer le sport qu'ils aiment, pour en avoir acquis les rudiments à l'école*¹⁹² ». Nous pensons en effet que le refus par exemple de délivrer des autorisations de sortie de joueur ne s'explique pas, du strict point de vue sportif¹⁹³. Et nous nous rallions aux sentiments exprimés par certains spécialistes selon lesquels le pouvoir discrétionnaire que s'arrogue une fédération dans la délivrance d'autorisations de sortie se justifie d'autant moins que la volonté du joueur et du club concernés est rarement prise en compte¹⁹⁴.

Nos lecteurs retiendront que, les dispositions réglementaires de la FIFA¹⁹⁵ s'appliquent impérativement dans toutes les 211 associations sportives affiliées¹⁹⁶. Il en est de même des dispositions règlementaires de la Confédération Africaine de Football (CAF)¹⁹⁷ qui s'appliquent aux associations sportives membres.

¹⁹² L. SILANCE, préc., note 119, p. 76-77.

¹⁹³ MOUSTAPHA KAMARA, *Les opérations de transfert des footballeurs professionnels*, coll. Reims, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 55.

¹⁹⁴ J.-B. BERTRAND, préc., note 110, p. 61.

¹⁹⁵ Avec ses 211 associations affiliées, la FIFA les soutient financièrement et logistiquement au travers de divers programmes.

En tant que représentants de la FIFA dans leur pays, elles ont l'obligation de respecter les statuts, les objectifs et les idéaux de l'instance dirigeante du football, ainsi que de promouvoir et gérer notre sport en conséquence.

Les associations constituent les différentes Confédérations. L'AFC en Asie, la CAF en Afrique, la CONCACAF en Amérique du Nord, Amérique Centrale et Caraïbes, la CONMEBOL en Amérique du Sud, l'UEFA en Europe et l'OFC en Océanie apportent toutes un soutien à la FIFA sans empiéter sur les droits des associations nationales. Lire, en ligne : [Associations membres \(fifa.com\)](https://www.fifa.com/fr/about-fifa/associations)

¹⁹⁶ FIFA, *Associations membres*, en ligne : <<https://www.fifa.com/fr/about-fifa/associations>>.

¹⁹⁷ Créée en 1957, la CAF est l'instance dirigeante du football africain. Ses membres fondateurs sont l'Égypte, le Soudan, l'Éthiopie et l'Afrique du Sud. Avec son siège social basé en Egypte, la CAF

La libre circulation des joueurs est restreinte par les règles de transfert dans le but de maintenir l'intégrité et l'équité des compétitions. Toutefois, les règles en matière de transfert de sportifs ne parviennent pas à lutter efficacement contre les déséquilibres compétitifs puisqu'il existe un lien très fort entre les dépenses en matière de transfert et les résultats sportifs, en particulier depuis 2001¹⁹⁸. Cependant, de tels refus sont rares et se produisent principalement dans le cadre de transferts de joueurs mineurs vers l'étranger¹⁹⁹.

En RDC, l'article 237 des Règlements Généraux et Sportifs de la FECOFA dispose que : « *Quel que soit le nombre des matches auxquels il a pris part dans une équipe, un joueur peut être aligné dans les autres équipes de son Club pour autant qu'il satisfasse aux conditions générales de qualification et d'âge imposée par les présents Règlements...* ».

Un sportif mineur de la catégorie X peut jouer dans la catégorie Y de l'association sportive ou société à objet sportif²⁰⁰. C'est ce qui ressort de l'article 238 desdits Règlements Généraux et Sportifs qui dispose que : « *Les juniors et les Cadets ayant l'âge requis peuvent, sans être disqualifiés pour les championnats d'âge, jouer dans l'équipe senior de leur Club étant entendu que leur participation aux matches des divisions inférieures est soumise à la Règlementation générale – concernant le déclassement. Les jeunes joueurs peuvent aussi, pour autant qu'ils se trouvent dans les conditions d'âge requises, jouer dans les catégories supérieures* ». Lorsque le joueur de l'équipe de juniors joue conjointement dans l'équipe de seniors, il est communément appelé « *joueur stagiaire* »²⁰¹. A cet effet, ses père et mère ou tuteur

regroupe 54 Associations Membres. Lors du Congrès de la FIFA qui s'est tenu en 1954 à Berne, en Suisse, un vote a eu lieu afin de reconnaître l'Afrique comme une Confédération. A l'issue du processus, le continent a obtenu le droit de nommer son premier représentant au Comité Exécutif de la FIFA dont le membre était Abdel Aziz Abdallah Salem d'Egypte. Lire, en ligne : [CAF | History | CAFOnline.com](#)

¹⁹⁸ EUROPEAN AFFAIRS, préc., note 128, 7.

¹⁹⁹ J.-B. BERTRAND, préc., note 110, p. 62.

²⁰⁰ Isaac TSHIBANGU TSHIKUNA, international congolais de 18 ans à ce jour, au club depuis deux ans, fait partie de la nouvelle génération du collectif des joueurs seniors du Tout Puissant MAZEMBE de la RDC, basé à Lubumbashi. Lors de sa signature du contrat en 2021, il déclarait comme suit : « *Je suis très heureux d'avoir signé avec le TPM. J'ai décidé de ma propre volonté de rester au club tout travaillant avec le rêve de jouer un jour en Europe. La direction et le coach me font confiance, je m'engage à aider l'équipe à atteindre ses objectifs...* ».

²⁰¹ Clémence Ngoyi, Journaliste sportif et Secrétaire Exécutif de l'Entente Urbaine de Lubumbashi lors de notre entretien à son office du Stade Kibasa Maliba en date du 17 février 2023.

doit impérativement signer un accord d'autorisation avant toutes compétitions officielles²⁰².

Le principe qui consiste à interdire *le transfert international* ou le 1^{er} enregistrement *d'un joueur d'au moins 18 ans* comporte de nombreuses exceptions prévues par la FIFA et la jurisprudence de celle-ci. A cet effet, le TAS a également insisté sur l'importance d'appliquer de façon stricte les trois exceptions évoquées ci-dessous dès lors qu'elles constituent une exception au demeurant à une règle essentielle ayant pour objectif de protéger un bien juridique aussi fondamental que celui de la sécurité des joueurs mineurs et d'éviter toute forme d'abus liés à leur condition de jeunes footballeurs²⁰³.

Il sied de signaler que les minimes et les cadets ne sont pas concernés par cette disposition réglementaire, d'autant plus qu'ils ne signent pas les contrats de transfert ou de 1^{er} enregistrement²⁰⁴. Cependant, ils peuvent être enregistrés dans *Fifa Connect*²⁰⁵.

Conclusion

Eu égard à ce qui précède, nous pouvons conclure que la coexistence des ordres sportifs et juridiques étatiques et privés des instances sportives internationales et nationales ont prouvé la prégnance, dans l'encadrement juridique du sport, comme un Droit spécifique dans lequel l'Etat n'est pas le seul législateur²⁰⁶. Autrement dit,

²⁰² ILUNGA MUTOMBO, *Questionnaire de la recherche scientifique : De la protection de joueur mineur de football en République Démocratique du Congo*, 2022. Monsieur ILUNGA MUTOMBO est représentant de la LINAFOOT dans l'espace Grand Katanga et Professeur à l'Université de Lubumbashi en RDC (Interview du 02 août 2022 à 11h30'). Cette position est partagée par Maître Jean-Claude Muzungu Wa Meza, ancien secrétaire chargé de l'Administration du club lushois TP MAZEMBE et qui précise que le club lushois est, et demeure une société. Avant l'avènement du droit OHADA en RDC, le club avait la forme d'une Société Privée à Responsabilité Limitée (SPRL) et signe régulièrement les contrats de travail avec les sportifs, les joueurs. Il ajoute que le club a un agenda de travail bien précis, tel que prévu par le règlement du TP Mazembe (interview du 03 octobre 2022 à 16h).

²⁰³ CAS 2007/A/1403, § 81, p. 16, dans Arbitrage TAS 2011/A/2494, 22 décembre 2011, *FC Girondins de Bordeaux c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, 9.

²⁰⁴ Clémence Ngoyi, Journaliste sportif et Secrétaire Exécutif de l'Entente Urbaine de Lubumbashi lors de notre entretien à son office du Stade Kibasa Maliba en date du 17 février 2023.

²⁰⁵ Le programme FIFA Connect permet aux associations membres d'enregistrer leurs parties prenantes de manière systématique et de suivre le parcours des joueurs, entraîneurs et arbitres, où qu'ils soient dans le monde. Il attribue notamment un identifiant FIFA unique à chaque individu occupant une fonction dans une organisation footballistique. Ce numéro de passeport numérique donne accès à des informations sur l'historique de chaque partie prenante. Lire sur : [FIFA](#)

²⁰⁶ Jean-Marie MUSONDA KISHIMBA, *L'encadrement juridique de la pratique du sport et son impact sur le développement socio-économique en République Démocratique du Congo : cas du football*, Lubumbashi, Université de Lubumbashi, 2018, p.152.

le Droit de sport est un Droit spécial qui déroge à certaines règles de droit commun et ce, en vertu du principe général de droit « *specialia generalibus derogant* » c'est-à-dire ce qui est spécial déroge à ce qui est général. Pour s'en convaincre, il suffit de constater la spécificité de la formation et la conclusion de certains actes juridiques dans le sport, notamment la convention de transfert des sportifs et le contrat d'admission au spectacle.

En effet, l'article 19.1 du Règlement du Statut et du Transferts des Joueurs de la FIFA a posé le principe d'interdiction du transfert international ou du 1^{er} enregistrement d'un joueur mineur étranger. Cet article dispose que : « *En principe, le transfert international d'un joueur n'est autorisé que si le joueur est âgé d'au moins 18 ans* ». L'apport de cette disposition réglementaire démontre la forte volonté politique de la FIFA de mettre fin aux transferts de mineurs. Bien plus, l'article 3 de l'arrêté du 6 juin 1986 sus évoqué renseigne que l'athlète qui fait l'objet d'un transfert doit réunir toutes les conditions de capacité juridique prévues par la législation congolaise. Et l'article 12 du même arrêté énonce que : « *Tout contrat de transfert passé en violation des dispositions du présent arrêté est nul de plein droit* ». De telles restrictions de déplacements internationaux de sportifs visent clairement, pour l'essentiel, à limiter l'accès des joueurs aux championnats étrangers.

Il convient de révéler que le principe qui consiste à interdire *le transfert international* ou le 1^{er} enregistrement *d'un joueur d'au moins 18 ans* comporte de nombreuses exceptions prévues par la FIFA et la jurisprudence de celle-ci. A cet effet, le TAS a également insisté sur l'importance d'appliquer de façon stricte les trois exceptions évoquées ci-dessus dès lors qu'elles constituent une exception au demeurant à une règle essentielle ayant pour objectif de protéger un bien juridique aussi fondamental que celui de la sécurité des joueurs mineurs et d'éviter toute forme d'abus liés à leur condition de jeunes footballeurs

Pour une protection des mineurs sportifs, il convient de recommander ce qui suit :

- D'établir un partenariat entre l'Etat et les associations sportives qui permettent de coordonner les efforts des acteurs sportifs et de fournir les ressources nécessaires aux organismes présents sur terrain pour développer des programmes de promotion et de protection du mineur dans le monde sportif ;

- D'inviter les Experts en la matière de mettre en place les groupes de travail qui doivent être de véritables cadres de débat et d'échange de stratégies entre l'Etat et les Organisations privées, publiques et internationales comme la CAF et/ou la FIFA qui interviennent dans le domaine de la promotion des jeunes talents en RDC ;

- De mettre à jour un système de sanction des fonctionnaires ou autres représentants de l'État commettant des violations des droits de l'enfant, inclus la non protection des enfants en situation difficile ;
- De mener des actions légales contre les auteurs des violations des droits des enfants sportifs. Rendre publiques les sanctions à l'égard des personnes jugées coupables de ces actes ;
- D'encourager le Ministère de sport et loisir, et les associations sportives dans la dénonciation active des cas d'abus des enfants pour la prise de sanction et des actions de suivi et prévention ;
- De former la police, des magistrats civils et militaires, du personnel des prisons, des officiers de sécurité, des avocats et du personnel du ministère de sport sur les normes applicables aux enfants et sur les droits et la protection de l'enfant sportif ;
- De développer des programmes de formation multidisciplinaires pour la formation de formateurs, ainsi que l'apprentissage des expériences d'autres pays dans la protection des sportifs mineurs ;
- D'instituer à la Faculté de droit un programme de formation en matières relatives aux droits de sportif/la protection de l'enfant sportif ;
- Mise sur pied de structures extrajudiciaires chargées de la conciliation et de la médiation pénales et de la réparation pour des enfants sportifs ;
- De mettre en place un système national de collecte de données concernant l'âge des enfants sportifs pouvant collaborer avec FIFA Connect.

- *

- * *

REGLEMENTATION DES LABORATOIRES D'ANALYSES DES SUBSTANCES MINERALES EN R.D. CONGO

Par :

NTWALI BYAVULWA Jean-Bienvenu

Avocat aux Barreaux près les Cours d'Appel de Kinshasa/Gombe, du Haut-Katanga et du Tanganyika

Résumé

Les laboratoires d'analyses des substances minérales constituent des acteurs incontournables du secteur minier, que ce soit dans la phase d'extraction, de transformation ou d'exportation. À ce titre, la notion de laboratoires d'analyses des substances minérales paraît intéressante non seulement du point de vue juridique, mais aussi économique, fiscal, parafiscal et même environnemental.

En effet, l'apport de ces laboratoires dans la certification, la transparence et la traçabilité de l'industrie minière justifie que des textes réglementaires leur soient spécialement consacrés en droit congolais.

Toutefois, la réglementation de ce secteur n'est pas ancienne, elle a évolué avec la législation minière de la RDC. Cette évolution se poursuit encore car, comme il sera démontré dans les lignes qui suivent, plusieurs zones d'ombres demeurent et méritent d'être éclaircies. Et plusieurs lacunes devraient également être comblées, à l'effet de mieux réglementer les activités des laboratoires d'analyses des substances minérales.

Il s'agit ici en définitive de définir et circonscrire la notion de laboratoires d'analyses des substances minérales, notion qui, comme nous allons le voir, a connu une évolution terminologique.

Il s'agit également de décrire les conditions d'agrément et d'exercices des activités des laboratoires d'analyses des substances minérales, à la lumière des textes en vigueur.

Telle est, de manière succincte, la teneur du présent article que nous soumettons à votre aimable lecture.

Mots-clés : Laboratoire d'analyses ; produits miniers marchands ; substances minérales ; Office Congolais de Contrôle ; règlement minier.

Abstract

Mineral analysis laboratories are key players in the mining sector, whether in the extraction, processing or export phase. In this respect, the concept of laboratories for the analysis of mineral substances seems interesting not only from a legal, but also from an economic, fiscal, parafiscal and even environmental point of view.

Indeed, the contribution of these laboratories in the certification, transparency and traceability of the mining industry justifies that regulatory texts are specifically devoted to them in Congolese law.

However, the regulation of this sector is not old, it has evolved with the mining legislation of the DRC. This trend is still continuing because, as will be demonstrated in the following lines, several grey areas remain and deserve to be clarified. And several gaps should also be filled, in order to better regulate the activities of mineral analysis laboratories.

It is ultimately a question of defining and circumscribing the concept of laboratories for the analysis of mineral substances, a concept which, as we shall see, has undergone a terminological evolution.

It is also a question of describing the conditions of approval and exercise of the activities of laboratories for the analysis of mineral substances, in the light of the texts in force.

This is, succinctly, the content of this article which we submit to your kind reading.

Keywords: *Analysis laboratory; merchant mining products; Minerals; Congolese Control Office; Mining regulations.*

Introduction

Les laboratoires d'analyses des substances minérales constituent une notion relativement récente en droit congolais. Leur réglementation en tant que telle ne remonte qu'en 2007, lorsque le Ministre des Mines a publié l'Arrêté ministériel n° 3164/CAB.MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands.

L'évolution de cette notion, avec comme changement majeur la modification terminologique desdits laboratoires en « laboratoires d'analyses de substances minérales » coïncide avec l'évolution de la législation minière en RDC.

En effet, une réforme du secteur des laboratoires miniers est intervenue en 2021 avec l'Arrêté ministériel n° 00316/CAB.MIN/MINES/01/2021 du 8 juillet 2021 modifiant et complétant l'arrêté ministériel 3164/CAB./MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands. Cette réforme découle elle-même de la révision du Code minier intervenue trois ans plutôt.

Le rôle des laboratoires d'analyses des substances minérales, souvent peu connu dans la pratique, est d'une grande importance dans le secteur minier, notamment en ce qui concerne la certification des matières premières, la transparence et la traçabilité dans la production, la vente locale et l'exportation minières.

Nous allons donner un bref aperçu historique sur les laboratoires d'analyses des substances minérales. Ensuite, nous allons étudier la définition des laboratoires d'analyses des substances minérales, les conditions d'exercice desdits laboratoires ainsi que la procédure d'obtention de l'agrément délivré par le Ministre des Mines.

Nous allons également voir les droits et obligations relatifs aux laboratoires d'analyses des substances minérales ainsi que les sanctions qui s'y rattachent.

Ensuite, en guise de conclusion, nous avons relevé quelques lacunes des textes de *lege lata* et proposer des aspects de la législation et de la réglementation à améliorer, de *lege ferenda*.

I. Aperçu historique

Il faut signaler que le premier texte publié en rapport avec les laboratoires d'analyses des substances minérales date de l'époque coloniale. C'est l'ordonnance 41-48 du 12 février 1953 portant réglementation des établissements dangereux, insalubres ou incommodes.

Ce texte qui est toujours en vigueur à ce jour, prévoit à son annexe les « laboratoires de recherches chimiques, contrôles, analyses » (à l'exclusion des laboratoires de pharmacies) parmi les établissements dangereux, insalubres ou

incommodes. À partir de ce texte, tout laboratoire d'analyses en tant que tel ne devra désormais être installé et exploité qu'en vertu d'un permis d'exploitation.

En date du 10 janvier 1974, sous la deuxième République, le Président Mobutu Sese Seko avait promulgué l'Ordonnance-Loi n° 74-013 portant création d'un service public dénommé Office zaïrois de contrôle.

Ensuite, le 5 mai 1978, le Président de la République avait signé l'ordonnance 78-219 portant statuts d'une entreprise publique dénommée « Office zaïrois de Contrôle » en abrégé « OZAC ». De ce fait, l'OZAC était transformé en entreprise de l'État²⁰⁷.

Cette entreprise publique qui deviendra plus tard « l'Office Congolais de Contrôle », en sigle « O.C.C. », bénéficiait alors d'une situation de monopole sur les opérations de contrôle et d'analyses de produits miniers²⁰⁸.

L'État congolais mettra implicitement fin à ce monopole avec la promulgation du Code minier le 11 juillet 2002, qui consacrait en même temps la libéralisation du secteur minier dans son ensemble.

Plus tard, le 24 mars 2003, fut publié le Décret du Premier Ministre n° 036/2003 portant création et statuts d'une entreprise publique dénommée « Centre d'évaluation, d'expertise et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses », en sigle « C.E.E.C »²⁰⁹. Cet organisme étatique a également pour objet l'échantillonnage et l'analyse des produits miniers.

²⁰⁷ L'Office Zaïrois de Contrôle, en abrégé « OZAC », créé par l'Ordonnance-Loi n° 78-219 du 10 juillet 1974 était une entreprise publique à caractère technique et commercial, dotée de la personnalité juridique. L'OZAC avait pour objet d'effectuer les contrôles de qualité, de quantité et de conformité de toutes les marchandises, des analyses d'échantillons et produits, ainsi que des contrôles techniques de tous appareils et travaux. Il pouvait gérer et exploiter des silos, magasins généraux et entrepôts de douane. Il pouvait aussi faire toutes opérations quelconques se rapportant directement ou indirectement à son activité légale, sauf les opérations d'achat en vue de la revente.

²⁰⁸ Toutefois, l'OZAC pouvait passer soit sur appel d'offres, soit de gré à gré, les marchés de travaux et de fournitures. L'appel d'offres pouvait être général ou restreint au choix de l'Office. Dans les deux cas, l'OZAC choisissait librement l'offre qu'il jugeait la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, de la sécurité des approvisionnements, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats.

²⁰⁹ Le Centre d'Expertise, d'Évaluation et de Certification (C.E.E.C.) est un établissement public à caractère technique régi par la Loi sur les établissements public et ayant pour objet l'expertise, l'évaluation et la certification des substances minérales précieuses, semi-précieuses et pierres de couleurs, les métaux précieux et semi-précieux, métaux rares ainsi que les substances minérales produites par l'exploitation artisanale (art. 1^{er} *littera* 9 *bis* du Code minier révisé).

Deux jours plus tard après la création du C.E.E.C., soit le 26 mars 2003, était publié le Décret 038/2003 portant Règlement minier, qui comportait les mesures d'application du Code minier de 2002.

Le 18 février 2006, était promulguée la Constitution de la troisième République. Un renouveau constitutionnel qui allait certainement avoir un impact sur un secteur aussi important que l'activité minière en RDC.

Pendant ce temps, il y avait toujours un vide juridique sur la réglementation des laboratoires miniers proprement dits, quoi qu'il ne soit pas exclu qu'à l'époque déjà, plusieurs laboratoires aient opéré dans le secteur des mines sur le territoire congolais, pour le compte des titulaires des droits miniers, dans la phase de recherche comme dans celle d'exploitation.

Ce vide sera comblé en 2007, soit plus de 5 ans après la promulgation du Code minier, avec l'Arrêté du Ministre des Mines n° 3164/CAB.MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands.

Ledit arrêté édictait pour la première fois les conditions d'exercice des laboratoires miniers en RDC, avec notamment l'obligation d'un agrément préalable du Ministre des Mines.

Près d'une décennie plus tard, la Loi n° 17-001 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé était promulguée. Cette loi a affecté sensiblement le régime des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands qui, faut-il le souligner, sont essentiellement des entreprises de sous-traitance dans le secteur des mines²¹⁰.

La révision du Code minier intervenue le 9 mars 2018 impliquait forcément une réforme de la réglementation des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands.

C'est dans le cadre de la mise en application de ladite révision qu'en date du 8 juillet 2021, le Ministre des Mines a pris l'Arrêté ministériel n° 00316/CAB.MIN/MINES/01/2021 modifiant et complétant l'arrêté ministériel 3164/CAB.MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands.

²¹⁰ La Loi n° 17/001 du 8 février 2017 définit la sous-traitance à son article 3 point 9 comme une activité ou opération effectuée par une entreprise dite sous-traitante pour le compte d'une entreprise dite entreprise principale et qui concourt à la réalisation de l'activité principale de cette entreprise, ou à l'exécution d'une ou plusieurs prestations d'un contrat de l'entreprise principale.

Comme nous l'avons dit précédemment, l'une des innovations majeures de ce texte réglementaire est le changement terminologique de « laboratoire d'analyses des produits miniers marchands » en « laboratoire d'analyses de substances minérales ». Ce changement n'est pas anodin, car il en découle plusieurs conséquences que nous ne manquerons d'examiner dans les lignes qui suivent.

Il est intéressant, de prime abord, de définir les laboratoires d'analyses des substances minérales et de donner la portée de cette notion en droit congolais.

II. Définition du laboratoire d'analyses de substances minérales

L'Arrêté du 11 août 2007 définissait le laboratoire d'analyses des produits miniers marchands à son article 1^{er} comme toute entité publique ou privée habilitée à procéder aux analyses de ces produits en vue d'en déterminer notamment la nature, la teneur, la quantité et le taux de radioactivité.

L'Arrêté du 08 juillet 2021 a modifié cette définition en deux étapes :

- D'abord, il définit le laboratoire d'analyses des substances minérales comme toute entité publique ou privée habilitée à procéder aux analyses de ces substances en vue d'en déterminer notamment la nature, quantité, qualité, teneur et le taux de radioactivité ;
- Ensuite, il définit les analyses des substances minérales comme la détermination qualitative et quantitative de tous les éléments contenus dans l'échantillon de la substance à analyser.

Toutefois, l'arrêté de 2021 ne définit pas ce que l'on entend par « substances minérales », tout comme l'arrêté de 2007 ne définissait pas le concept de « produits miniers marchands ».

Pour la différenciation de ces deux concepts, il faut se référer au Code minier congolais tel que révisé au 09 mars 2018. Celui-ci définit à son article 1^{er} point 42 le produit (minier) marchand comme « *toute substance minérale commercialisable, légalement extraite de manière artisanale, semi-industrielle ou industrielle, ou tout produit élaboré dans des usines de concentration, d'extraction métallurgique ou de traitement, et ce, conformément à la nomenclature édictée par l'autorité compétente* ».

En revanche, la substance minérale est définie à l'article 1^{er} point 49 du même Code comme « *tout corps naturel inerte ou artificiel contenant un ou plusieurs minéraux sous forme amorphe ou cristalline, solide, liquide ou gazeux, ayant une valeur économique.* »

Ainsi donc, la notion de substance minérale est plus large que celle de produit minier marchand. Mieux, elle englobe cette dernière aussi bien que d'autres notions

telles que : les produits de carrières, les pierres précieuses, les substances réservées, les substances stratégiques, etc.

L'on comprendra aisément que les substances minérales couvrent un spectre plus vaste que les produits miniers marchands, la volonté de l'État congolais étant d'étendre et de renforcer son contrôle, afin de combattre la fraude minière et le manque de transparence et de traçabilité. En effet, la sous-évaluation des substances minérales entraîne souvent un manque à gagner au détriment du trésor public.

Après avoir ainsi donné la définition du laboratoire d'analyses des substances minérales, il y a lieu d'étudier les conditions d'exercice de ce laboratoire, telles que prévues par la réglementation en vigueur.

III. Conditions préalables à l'exercice d'un laboratoire d'analyses des substances minérales

Il convient de noter qu'à l'exception des laboratoires de l'Office Congolais de Contrôle « O.C.C. » et du Centre d'évaluation, d'expertise et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses « C.E.E.C. », aucun laboratoire d'analyses des substances minérales ne peut exercer, en République démocratique du Congo, les activités telles que définies par les textes en vigueur, sans avoir rempli les conditions légales et réglementaires en la matière.

Ainsi donc, l'installation et le fonctionnement d'un laboratoire minier en RDC sont soumis à des conditions prévues par l'arrêté du 11 août 2007, tel que modifié par celui du 08 juillet 2021. Il y a lieu de distinguer les conditions préalables générales et celles spécifiques :

Conditions préalables générales

Le laboratoire doit :

- être une entité économique constituée conformément au droit positif congolais ou un organisme à vocation scientifique ;
- Avoir un numéro d'identification nationale ;
- Avoir un numéro impôt ;
- Avoir un numéro TVA (taxe sur la valeur ajoutée) ;
- Être immatriculée à la Banque Centrale du Congo ;
- Respecter les dispositions légales et réglementaire en matière de droit du travail et de la sécurité sociale ;
- Ne pas être en faillite ou en cours de liquidation, ni titulaire des droits miniers en République démocratique du Congo ;
- jouir de la plénitude de ses droits civiques, être de bonne moralité et ne pas être en déconfiture, s'il s'agit d'une personne physique.

Conditions préalables spécifiques

Le laboratoire doit :

- Disposer d'un équipement de laboratoire répondant aux normes internationalement admises ;
- Avoir un personnel qualifié dans les travaux d'analyses des substances minérales, sous réserve d'employer en priorité le personnel congolais à qualification égale de diplôme et d'expérience ;
- Obtenir au préalable l'approbation de l'étude d'impact environnemental et du plan de gestion environnemental du projet. ;
- Avoir sollicité et obtenu l'agrément du Ministre ayant les Mines dans ses attributions.

Notons sur ce point qu'il y a lieu d'adapter les textes réglementaires à la nouvelle terminologie adoptée par le Code minier révisé, à savoir : l'approbation de l'étude d'impact environnemental et social²¹¹ et du plan de gestion environnemental et social²¹² Cette lacune devra être corrigée dans les textes à venir.

Nous soulignons que la condition principale pour une entité ou une personne physique d'exercer les activités de laboratoire d'analyses de substances minérales est donc l'obtention de l'agrément du Ministre des Mines. Il convient de donner les étapes de la procédure relative à l'obtention de l'agrément susvisé.

IV. Procédure d'obtention de l'agrément de laboratoire d'analyses de substances minérales

Il faut noter que l'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales est soumis à la procédure ci-après :

Cette demande est adressée en quatre (4) exemplaires originaux au Ministre ayant les Mines dans ses attributions et déposée à la Direction de Géologie qui l'inscrit dans le registre de demandes d'agrément de laboratoire.

La Direction de Géologie délivre au requérant un récépissé contre paiement des frais de dépôt.

²¹¹ L'Étude d'Impact Environnemental et Social (EIES) est défini par le Code minier comme le processus systématique d'identification, de prévision, d'évaluation et de réduction des effets physiques, écologiques, esthétiques et sociaux préalable au projet d'aménagement, d'ouvrage, d'équipement, d'installation ou d'implantation d'une exploitation minière ou de carrière permanente, ou d'une entité de traitement, et permettant d'en apprécier les conséquences directes ou indirectes sur l'environnement.

²¹² Le Plan de Gestion Environnemental et Social (PGES) est défini par le Code minier comme le cahier de charges environnementales du projet minier consistant en un programme de mise en œuvre et de suivi des mesures envisagées par l'EIES pour supprimer, réduire et éventuellement compenser les conséquences dommageables du projet minier sur l'environnement.

Un exemplaire de la demande est déposé, par le requérant, au Secrétariat général des Mines et un autre au service des mines du ressort, en y annexant la preuve du paiement des frais de dépôt.

À la demande sont joints les documents ci-après :

- une copie certifiée conforme des statuts notariés, lorsqu'il s'agit d'une personne morale ;
- une copie certifiée conforme du registre de commerce et du crédit mobilier²¹³ ;
 - une copie certifiée conforme d'une attestation délivrée par une banque agréée attestant l'honorabilité du requérant ;
- une copie certifiée conforme d'une attestation fiscale en cours de validité ;
- le procès-verbal de l'enquête commodo et incommodo ;
- la lettre d'immatriculation à la Banque centrale du Congo ;
- le numéro d'identification nationale ;
- la description technique détaillée des équipements du laboratoire ;
- la preuve de la qualification du personnel commis aux travaux d'analyses ;
- les références à un laboratoire international homologué ;
- l'accréditation ISO 17025²¹⁴ ou, le cas échéant, la preuve du commencement du processus de son obtention, en marquant les étapes restantes et la durée prévisionnelle ;
- l'étude d'impact environnemental « EIE » et le plan de gestion environnemental du projet « PGEP » ;
- l'identité du requérant, une attestation de bonne conduite, vie et mœurs et un extrait du casier judiciaire de la première résidence datant de trois (3) mois au plus, lorsqu'il s'agit d'une personne physique ;
- une copie de la carte de résident en cours de validité pour les personnes physiques de nationalité étrangère ;
- l'étude faisabilité du projet ;
- la preuve de compétence dans le chef des cadres de direction appelés à assurer l'encadrement technique du laboratoire ;
- une copie du procès-verbal de vérification d'équipements du laboratoire, de la qualification du personnel technique et de non faillibilité de la société effectuée par la Direction de Géologie aux frais du requérant ;

²¹³ Le texte parle de « nouveau registre du commerce », terme aujourd'hui dépassé avec l'adhésion de la RDC au droit OHADA. Il y a lieu de corriger cette lacune en adaptant le texte à la nouvelle terminologie : « registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) ».

²¹⁴ L'ISO 17025 est une norme internationale qui spécifie les exigences générales concernant la compétence des laboratoires d'étalonnage et d'essais.

- la déclaration sur l'honneur que le laboratoire n'est pas la propriété, en tout ou en partie, d'une entreprise minière opérationnelle en République démocratique du Congo ou d'une de ses filiales.

Il faut également noter que lors du dépôt de la demande d'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales, le requérant s'acquittera des frais de dépôt conformément à la procédure en la matière.

Nous relevons cependant que les frais de dépôt du dossier d'agrément de laboratoires d'analyses des substances minérales ne sont pas prévus dans l'Arrêté interministériel n° 340/CAB.MINES/2022 et 054/MIN/FINANCES/2022 du 2 août 2022 portant fixation des taux de droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des Mines, qui est le texte actuel de référence en la matière. Une telle omission peut donner lieu à l'arbitraire de la part des services compétents de l'Administration.

Il y a lieu de combler cette lacune par un prochain Arrêté fixant les taux de droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des Mines. Il y a également lieu d'adapter à l'avenir les textes en employant la nouvelle terminologie de « laboratoire d'analyses de substances minérales » en lieu et place de « laboratoires d'analyses des produits miniers marchands » dont l'emploi semble persister.

En revanche, notons que l'arrêté précité fixe une taxe d'agrément de laboratoire d'analyses (de substances minérales) à 5.000 USD (cinq mille Dollars américains).

Dans un délai de quarante-cinq (45) jours ouvrables à compter de la réception du dossier de demande d'agrément au titre de laboratoire d'analyses ou de l'extension de ses activités, la Direction de Géologie procède à l'instruction de ce dossier.

L'instruction porte sur les éléments visés aux ci-dessus, à l'exception de l'étude d'impact environnemental (EIE) et du plan de gestion environnementale du projet (PGEP) pour lesquels la Direction de Géologie transmet le dossier, endéans cinq (5) jours ouvrables à la Direction chargée de la protection de l'environnement minier pour instruction par le Comité permanent d'évaluation.

Dans les cinq (5) jours qui suivent la réception du dossier, le Directeur de la direction chargée de la protection de l'environnement minier convoque le Comité permanent d'évaluation qui instruit l'EIE et le PGEP dans un délai minimum de vingt-cinq (25) jours ouvrables, à compter de la date de la convocation du Comité permanent d'évaluation.

L'avis environnemental émis par le Comité permanent d'évaluation est transmis par la direction chargée de la protection de l'environnement minier à la Direction de Géologie dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à dater de la fin de l'instruction.

À l'issue de l'instruction, la Direction de Géologie transmet par voie hiérarchique au Ministre des Mines les avis technique et environnemental favorables ou défavorables avec une copie du dossier complet ainsi qu'un projet d'arrêté d'octroi ou de refus d'octroi d'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales. Ces avis sont notifiés par la Direction de Géologie au requérant par le moyen le plus rapide et le plus fiable. Dans la pratique, cette notification se fait par courrier de transmission au porteur contre accusé de réception.

En cas d'avis technique et environnemental favorables, la Direction de Géologie invite le laboratoire à verser la caution et à payer la redevance annuelle anticipative dont les taux et les modalités de paiement sont fixés par arrêté interministériel des Ministres ayant respectivement les Mines et les Finances dans leurs attributions.

Notons que l'Arrêté interministériel n° 340/CAB.MINES/2022 et 054/MIN/FINANCES/2022 du 2 août 2022 portant fixation des taux de droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des Mines fixe le taux de ladite redevance annuelle à la somme de 150.000 USD (cent cinquante mille Dollars américains). En revanche, cet arrêté reste muet quant au taux de la caution à verser par le laboratoire. Cette lacune mérite également d'être comblée afin d'éviter toute spéculation, assimilation abusive et/ou tout traitement arbitraire des services compétents.

Il faut en outre noter qu'en aucun cas, l'agrément ne peut être octroyé au requérant si l'un des avis est défavorable.

Lorsque l'instruction du dossier est terminée, le Ministre des Mines prend l'arrêté d'octroi d'agrément ou la décision de refus d'agrément après réception du dossier lui transmis par la Direction de Géologie.

Signalons que tout refus d'octroi de l'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales doit être motivé et ouvre la voie à un recours.

Le recours se fera conformément au droit commun en la matière, à savoir l'introduction d'une réclamation administrative préalable et, en cas de rejet de celle-ci, l'initiation par le requérant d'un recours juridictionnel²¹⁵.

²¹⁵ Pour régler un litige administratif en République Démocratique du Congo, on doit obligatoirement commencer au niveau de l'Administration par l'introduction d'un **recours**

Il faut aussi signaler que l'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales a une validité de deux (2) ans, renouvelable pour la même durée.

V. Procédure de renouvellement de l'agrément de laboratoire d'analyses de substances minérales

L'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales est renouvelable si le laboratoire :

- N'a pas failli à ses obligations de maintien de validité de l'agrément, à savoir : (1) commencer les travaux de construction du laboratoire dans un délai de douze mois à dater de l'obtention de l'agrément ou commencer dans les six mois les travaux d'installation des équipements du laboratoire en cas de location d'un immeuble devant abriter le laboratoire, et (2) payer la redevance annuelle anticipative ;
- N'a pas failli à ses obligations fiscales, parafiscales et douanières ;
- N'a pas failli à ses obligations environnementales ;
- Démontre par un rapport complet d'audit technique que ses équipements se trouvent encore dans de bonnes conditions de fonctionnement ;
- Démontre l'existence des ressources financières nécessaires pour continuer à mener à bien ses activités suivant le programme arrêté ;
- Obtient l'approbation de la mise à jour de l'étude d'impact environnemental et social et du plan de gestion environnementale social.

Logiquement, la demande de renouvellement est adressée au Ministre des Mines et déposée en deux exemplaires à la Direction de Géologie au plus tôt six (6) mois et au plus tard trois (3) mois avant la date d'expiration de l'agrément antérieur.

À la demande de renouvellement sont joints les éléments ci-après :

- Une copie de l'arrêté d'octroi d'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales ;
- Un rapport d'audit environnemental et social réalisé par un bureau d'études environnementales agréé par le ministre des Mines, autre que celui qui a réalisé l'EIES et le PGES ;
- Une EIES et PGES révisés ;

administratif préalable et obligatoire sous forme soit de recours gracieux, de recours hiérarchique ou de recours de tutelle, soit de **réclamation préalable** en matière de contentieux de l'indemnité pour **préjudice exceptionnel**, avant de saisir le juge administratif. Ces recours administratifs doivent se faire dans le respect des délais sinon le **recours juridictionnel** qui pourrait suivre serait simplement déclaré irrecevable. (Félix Vunduawe te Pemako et Jean-Marie Mboko D'jAndima, Traité de Droit administratif de la République Démocratique du Congo, 2^e édition, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 1096).

- Un rapport d'audit technique révisé par la direction de géologie qui pourra, en cas de besoin, recourir à une expertise extérieure, indiquant que le laboratoire est encore en parfait état de fonctionnement ;
- la preuve de paiement des frais de dépôt.

Les rapports d'audit environnemental et technique sont réalisés aux frais du laboratoire requérant.

Dans un délai de quarante-cinq (45) jours ouvrables à compter de la réception du dossier de demande de renouvellement de l'agrément au titre de laboratoire d'analyses, la Direction de Géologie procède à l'instruction du dossier, dans les mêmes conditions que celles pour l'agrément initial.

À l'issue des instructions technique et environnementale, la Direction de Géologie transmet par voie hiérarchique au Ministre des Mines son avis technique et le rapport d'audit environnemental favorables ou défavorables avec une copie du dossier complet ainsi qu'un projet d'arrêté de renouvellement ou de refus de renouvellement de l'agrément au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales.

Une fois de plus, en aucun cas le renouvellement de l'agrément ne peut être octroyé au requérant si l'un des avis est défavorable.

Une fois que le laboratoire est agréé, il y a des obligations mais aussi des droits qui se rattachent à l'agrément ainsi délivré. Ceux-ci méritent d'être analysés, à la lumière des textes réglementaires en vigueur.

VI. Obligations inhérentes aux activités des laboratoires d'analyses des substances minérales agréés

Il faut noter qu'outre l'application d'un régime parafiscal fixé par arrêté interministériel des Ministres des Mines et des Finances, les laboratoires d'analyses des substances minérales agréés sont soumis à un régime fiscal, parafiscal et douanier de droit commun.

De plus, les activités de laboratoire d'analyses des substances minérales sont soumises aux inspections périodiques ou ponctuelles des agents et inspecteurs de la Direction de Géologie, de la Direction des investigations et de ceux de la Direction chargée de la protection de l'environnement minier ou du service des Mines du ressort.

Il va de soi que tout laboratoire d'analyses des substances minérales étant considérée comme une installation classée²¹⁶ de catégorie 1a, est soumis au respect

²¹⁶ La Loi n° 11/009 du 9 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement définit à son article 2 point 23 une installation classée comme une source fixe ou

de la protection de l'environnement, étant entendu que les installations classées de catégorie 1a sont des activités dont l'existence et l'exploitation sont dûment constatées par un Permis d'Exploitation national²¹⁷.

À ce titre, tout laboratoire d'analyses des substances minérales est soumis au paiement des taxes environnementales annuelles, à savoir la Taxe d'Implantation (T.I.), la Taxe Rémunératoire Annuelle (TRA) et la Taxe de Pollution (TAPO).

Il faut noter que les T.I. et la TRA sont calculées par nature d'activité sur base de la capacité installée. Toute zone de stockage ou d'entreposage à ciel ouvert doit être délimitée par un marquage bien visible. Hormis le parc à conteneurs, la hauteur de cette zone est censée ne pas dépasser trois (3) mètres, à l'exclusion du parc à grume et bois sciés, dont la hauteur ne peut pas dépasser deux mètres et demi (2,5 m). Tout manquement à cette obligation donne lieu à des pénalités de 25 % des taxes dues.

Pour ce qui est de la TAPO, celle-ci est calculée en fonction de chaque activité polluante de l'installation concernée.

En attendant la réglementation spécifique déterminant le seuil de pollution, l'assiette et les taux de la taxe de pollution sont fixés de manière forfaitaire.

Cela constitue une lacune préjudiciable aux assujettis et redevables de la taxe de pollution, car ce vide juridique peut donner lieu à l'arbitraire des services de l'environnement et ceux chargés du recouvrement de ladite taxe.

Par ailleurs, le laboratoire agréé est tenu de :

- Procéder au prélèvement des échantillons des substances minérales à analyser en présence des agents qualifiés du service des Mines du ressort qui dressent un procès-verbal de prélèvement d'échantillons. La quantité et le volume de l'échantillon à prélever sont fixés par une note circulaire de la Direction de Géologie. Pour la détermination de la quantité et du volume de l'échantillon, la direction de géologie ne prend en compte que l'échantillon à prélever qui devra être divisé en trois (3) parties : une première destinée aux analyses, une deuxième remise au client et une troisième gardée au titre d'échantillon témoin pour des vérifications ultérieures et propriété de l'État ;

mobile, quelle que soit son propriétaire ou son affectation, susceptible d'entraîner des nuisances et de porter atteinte à l'environnement, notamment aux ressources en terre, aux ressources du sous-sol, aux ressources en eau, à l'air et aux ressources forestières.

²¹⁷ Le Décret n° 13/015 du 29 mai 2013 portant réglementation des opérations classées considère les opérations effectuées dans les dépendances ou en dehors des dépendances immédiates des mines et minières comme des installations classées de catégorie 1a.

- Transmettre dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque trimestre, et au plus tard le 31 janvier de l'année suivante, ses rapports trimestriel et annuel d'activités au cabinet du Ministre des Mines, au Secrétariat général des Mines, à la Direction de Géologie, à la direction chargée de la protection de l'environnement minier, à la Direction provinciale des Mines et au service des Mines du ressort ; la Direction de Géologie procède à l'analyse et au dépouillement des rapports d'activités ;

- Se soumettre trimestriellement aux contrôles et inspections des services compétents ;

- Respecter, mutatis mutandis, les obligations environnementales prévues aux articles 410, 458, 459, 463 à 465, 473, 477, 489, 492, 495 et 497 du Règlement minier, telles qu'appliquées aux titulaires des droits miniers et des carrières ;

- Transmettre, dans les quinze (15) jours suivant la fin de chaque mois, à la Banque centrale du Congo/Direction des services étrangers et à la Direction des Mines, cinq (5) exemplaires du rapport retraçant les mouvements des fonds placés dans ses comptes ouverts en République démocratique du Congo et à l'étranger ;

- S'acquitter de ses obligations fiscales, parafiscales et douanières ;

- Prendre par écrit, un engagement de confidentialité, d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance particulièrement en rapport avec la sous-évaluation ;

- Tenir la comptabilité conformément à la réglementation en vigueur en République démocratique du Congo ;

- Fournir la preuve de l'existence d'un compte ouvert au nom du requérant dans une banque commerciale ou dans toute autre institution financière agréée par la Banque centrale du Congo et située dans le territoire national.

Notons par ailleurs qu'une innovation importante de l'Arrêté ministériel du 8 juillet 2021 est la notion d'extension de laboratoire d'analyses des substances minérales, avec le régime particulier qui en découle.

VII. Obligations spécifiques en cas d'extension des laboratoires d'analyses des substances minérales agréés

L'Arrêté ministériel n° 00316/CAB.MIN/MINES/01/2021 du 8 juillet 2021 modifiant et complétant l'arrêté ministériel 3164/CAB./MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands apporte une nouvelle notion au régime applicable aux laboratoires miniers : celui de l'extension de laboratoire.

En effet, ce texte définit une extension de laboratoire comme tout autre laboratoire d'analyses des substances minérales sous la direction directe d'un

laboratoire agréé, se trouvant dans un lieu autre que ce dernier et dont la dénomination est celle du laboratoire agréé suivi du nom de lieu de son implantation.

Il convient de relever qu'en cas d'extension de ses activités, le titulaire de l'agrément au titre du laboratoire d'analyses des substances minérales est tenu de solliciter l'autorisation du ministre ayant les mines dans ses attributions.

Ainsi, la demande d'autorisation d'ouverture d'une extension de laboratoire d'analyses des substances minérales est adressée en quatre (4) exemplaires originaux au Ministre des Mines et déposée à la Direction de Géologie qui l'inscrit dans le registre de demandes d'autorisation d'ouverture d'extension de laboratoire agréé.

Un exemplaire de la demande est déposé, par le laboratoire, au Secrétariat général des Mines et un autre au service des mines du ressort ; en y annexant la preuve du paiement des frais de dépôt.

À la demande d'autorisation d'ouverture d'une extension sont joints les éléments suivants :

- La copie de l'arrêté d'agrément ou de renouvellement d'agrément du laboratoire en cours de validité ;
- Le plan de l'emplacement du laboratoire ;
- Le procès-verbal de l'enquête commodo et incommodo;
- Le numéro d'identification nationale;
- La description technique détaillée des équipements du laboratoire ;
- La preuve de la qualification du personnel commis aux travaux d'analyses ;
- La preuve de compétence dans le chef des cadres de direction appelés à assurer l'encadrement technique de l'extension ;
- L'étude d'impact environnemental « EIE » et le plan de gestion environnemental du projet « PGEP »;
- L'étude de faisabilité du projet.

Lors du dépôt de la demande d'autorisation d'ouverture d'une extension, le requérant paie les frais de dépôt conformément à la procédure en la matière.

Le taux des frais de dépôt est fixé par les Ministres des Mines et des Finances. Ces frais sont payés pour le compte du Trésor public et ne sont pas remboursables.

À l'issue de l'instruction, la Direction de géologie transmet par voie hiérarchique au Ministre des Mines les avis technique et environnemental favorables ou défavorables avec une copie du dossier complet ainsi qu'un projet d'arrêté d'octroi ou de refus d'octroi d'agrément au titre de l'extension des activités de laboratoire d'analyses de substances minérales.

Il y a lieu de noter que l'autorisation d'ouverture d'une extension au titre de laboratoire d'analyses des substances minérales prend fin à la date de l'expiration de l'agrément du laboratoire. Elle est renouvelée au même moment que l'agrément. Il s'agit là d'une illustration du principe selon lequel « l'accessoire suit le sort du principal ».

Toutefois, aucun laboratoire agréé ne peut implanter plus de deux extensions dans une même province.

L'autorisation d'ouverture d'une extension est renouvelable si le laboratoire d'analyses des substances minérales agréé ou si l'extension :

- N'a pas failli à ses obligations, à savoir : (1) commencer les travaux de construction du laboratoire dans un délai de douze mois à dater de l'obtention de l'agrément ou commencer dans les six mois les travaux d'installation des équipements du laboratoire en cas de location d'un immeuble devant abriter le laboratoire, et (2) payer la redevance annuelle anticipative ;

- N'a pas failli à ses obligations fiscales, parafiscales et douanières ;

- N'a pas failli à ses obligations environnementales et sociales ;

- Démontre par un rapport complet d'audit technique réalisé par la Direction de Géologie que ses équipements se trouvent encore dans de bonnes conditions de fonctionnement ;

- Démontre l'existence des ressources financières nécessaires pour continuer à mener à bien ses activités suivant le programme arrêté ;

- Obtient l'approbation de la mise à jour de l'étude d'impact environnemental et social et du plan de gestion environnementale et sociale du projet.

Dans un délai de quarante-cinq (45) jours ouvrables à compter de la réception du dossier de demande, de renouvellement de l'autorisation de l'extension au titre de laboratoire d'analyses, la Direction de Géologie procède à l'instruction de ce dossier. Cette instruction se déroule comme pour la procédure initiale d'autorisation d'ouverture d'une extension de laboratoire.

L'EIES et le PGES révisés, appuyés d'un rapport d'audit environnemental, sont transmis par la Direction de Géologie à la direction chargée de la protection de l'environnement minier endéans cinq (5) jours ouvrables. Cette dernière, à son tour, les soumet au Comité permanent d'évaluation pour instruction dans un délai de vingt-cinq (25) jours ouvrables.

À l'issue des instructions technique, environnementale et sociale, la Direction de Géologie transmet par voie hiérarchique au Ministre des Mines, son avis technique et le rapport d'audit environnemental favorables ou défavorables avec une

copie du dossier complet ainsi qu'un projet d'arrêté de renouvellement ou de refus de renouvellement de l'autorisation d'ouverture de l'extension.

En aucun cas, le renouvellement de l'autorisation d'extension ne peut être octroyé au requérant si l'un des avis est défavorable.

En résumé, il faut retenir que les extensions de laboratoires d'analyses des substances minérales sont soumises au même régime juridique que les laboratoires agréés, tant en ce qui concerne leur autorisation d'ouverture que les droits et obligations qui s'y rattachent.

Notons enfin qu'à titre de dispositions transitoires, les détenteurs d'agréments au titre de laboratoire d'analyses des produits des substances minérales (ou des produits miniers marchands) ayant étendu leurs activités avant l'arrêté du 8 juillet 2021 sont tenus de se conformer aux dispositions dudit arrêté dans un délai de six (6) mois à dater de son entrée en vigueur.

La réglementation en vigueur reconnaît également aux laboratoires d'analyses des substances des droits inhérents à la délivrance de l'agrément par le Ministre des Mines.

VIII. Droits rattachés aux activités des laboratoires d'analyses des substances minérales agréés

Il faut noter que l'agrément accordé au laboratoire d'analyses des substances minérales lui confère le droit de délivrer un certificat d'analyses numéroté, daté, dûment signé et portant le sceau du laboratoire. Ce certificat contient les informations ci-après :

- Le lieu de prélèvement de l'échantillon ;
- L'identité du préposé à l'échantillonnage;
- La nature ;
- Le poids humide et le poids sec selon la nature de produit;
- La quantité ;
- La qualité ;
- La teneur de tous les éléments constitutifs de l'échantillon ;
- Le taux d'humidité ;
- Le numéro de lot ;
- Le taux de radioactivité.

Le certificat d'analyses des produits miniers marchands émis par le laboratoire agréé, constitue l'une des pièces exigées lors de la vente locale ou à l'étranger de ces produits. L'on constate ainsi le rôle essentiel du laboratoire minier dans le processus de vente au niveau national et celui d'exportation des produits miniers.

Après avoir passé en revue les conditions d'exercice, les obligations ainsi que les droits qui se rattachent aux laboratoires d'analyses des substances minérales, il convient à présent d'étudier les sanctions prévues par les lois et règlements en vigueur en cas de manquements aux obligations inhérentes auxdits laboratoires.

IX. Sanctions en cas de manquements aux obligations inhérentes aux laboratoires d'analyses des substances minérales

Il sied de noter que tout manquement aux obligations prévues par les textes réglementaires applicables aux laboratoires d'analyses des substances minérales expose ces derniers aux sanctions prévues aux articles 311 et suivants du Code minier, sans préjudice des autres sanctions prévues par les lois et règlements en vigueur en République Démocratique du Congo.

À ce propos, le Code minier révisé au 9 mars 2018 prévoit à ses articles 311 à 311 *quater* les sanctions pénales ci-après :

- Une peine de sept jours à un mois de servitude pénale et une amende dont le montant en Francs Congolais ne dépasse pas l'équivalent de 1.000 USD pour le secteur minier artisanal et 10.000 USD pour le secteur minier industriel ou de l'une de ces peines seulement, en cas de contraventions aux arrêtés du Ministre et du Gouverneur de Province (art. 311 du Code minier révisé) ;

- Une peine de dix à vingt ans de servitude pénale et une amende dont le montant s'élève à l'équivalent en Francs Congolais de 250.000 USD à 500.000 USD pour quiconque se sera rendu coupable de fraude et de pillage des ressources naturelles minières (art. 311 bis du Code minier révisé) ;

- Une amende dont le montant en Francs Congolais ne dépasse pas l'équivalent de 100.000 à 1.000.000 USD en cas d'entrave à la transparence et à la traçabilité dans l'industrie minière (art. 311 ter du Code minier révisé) ;

- Une amende dont le montant en Francs Congolais s'élève à 5.000 USD par jour, après une mise en demeure de quinze jours ouvrables par la Direction des Mines ou le Cadastre Minier, en cas de refus ou d'omission de communiquer le changement de domicile (art. 311 *quater* du Code minier révisé).

En outre, le refus pour un laboratoire de se soumettre trimestriellement aux contrôles et inspections des services habilités de l'Administration des Mines expose ce laboratoire aux sanctions prévues à l'article 301 du Code minier.

Cet article prévoit à son alinéa 1^{er} une peine de deux à cinq ans de servitude pénale et une amende dont le montant en Francs Congolais est l'équivalent de 10.000 USD à 30.000 USD pour quiconque aura détourné les substances minérales.

Et le deuxième alinéa de l'article 301 précité prévoit une peine de cinq à dix ans de servitude pénale et une amende dont le montant en Francs Congolais est

l'équivalent de 10.000 USD à 30.000 USD pour quiconque aura facilité le détournement des substances minérales.

Notons que le laboratoire d'analyses des substances minérales encourt, suivant les cas, les sanctions prévues aux articles 292, 293, 295 et 306 du Code minier ainsi que celles prévues au chapitre III du titre XXI du Règlement minier.

Les articles 292 et 293 prévoient la sanction administrative de suspension immédiate des travaux par le Ministre des Mines ainsi qu'une astreinte dont le montant en Francs Congolais est équivalent à 1.000 USD par jour, jusqu'à la régularisation.

L'article 295 du Code minier prévoit une astreinte dont le montant en Francs Congolais est équivalent à 1.000 USD par jour de retard, en cas de défaut de communication des rapports périodiques.

Le Code minier dispose à son article 305 que toute exportation ou tentative d'exportation frauduleuse des substances minérales en contravention au régime douanier et des accises, prévu par ledit Code est soumise aux pénalités et amendes prévues par la législation douanière et accisienne en la matière.

Notons également que le chapitre III du titre XXI du Règlement minier prévoit les sanctions administratives ci-après :

1° La suspension des opérations minières ou de carrières en cas de contravention aux obligations environnementales ;

2° La confiscation de la sûreté financière de réhabilitation de l'environnement.

Il faut signaler enfin que le refus d'agrément d'un laboratoire d'analyses des substances minérales et, d'une manière générale, l'exercice des activités mêmes de ce laboratoire peuvent donner lieu à des litiges entre le laboratoire et l'Administration.

X. Procédures en cas de litige

Les litiges pouvant survenir à l'occasion de l'interprétation et de l'application des dispositions réglementaires applicables aux laboratoires d'analyses des substances minérales peuvent faire l'objet d'un recours administratif, judiciaire ou arbitral conformément au droit commun.

Conclusion

Nous avons analysé dans ses grandes lignes la réglementation des activités des laboratoires d'analyses des substances minérales en République démocratique du Congo. Cette réglementation qui, comme nous l'avons vu, est assez récente,

mérite d'être améliorée afin de mieux sécuriser juridiquement les laboratoires miniers ainsi que le secteur des mines dans son ensemble.

Pour ce faire, il y a lieu de corriger les incohérences qui sont constatées ici et là dans la réglementation actuelle. Nous pouvons relever notamment :

1° L'assimilation abusive des laboratoires d'analyses des substances minérales aux entités de traitement et/ou de transformation ainsi qu'aux bureaux d'études géologiques, ce qui expliquerait le défaut de précisions dans les textes en rapport avec les frais de dépôt de dossier et de la caution dont doit s'acquitter le laboratoire d'analyses de substances minérales préalablement à son agrément ;

2° La persistance d'une terminologie obsolète dans des textes récents, par exemple : (1) « laboratoire d'analyses des produits miniers marchands » au lieu de « laboratoire d'analyses des substances minérales », l'importance de la distinction entre ces deux concepts ayant suffisamment été démontrée plus haut ; (2) « Étude d'Impact Environnemental (E.I.E.) » en lieu et place de « Étude d'Impact Environnemental et Social (E.I.E.S.) » ; (3) « Plan de Gestion Environnementale du Projet (P.G.E.P) » au lieu de « Plan de Gestion Environnementale et Sociale (P.G.E.S.) », les deux termes étant parfois employés indistinctement dans le même texte, etc.

3° La rigueur excessive de la procédure administrative d'autorisation d'ouverture d'une extension pour un laboratoire qui bénéficie pourtant déjà d'un arrêté d'agrément à portée nationale ;

4° Le caractère flou et imprécis des textes applicables aux activités des installations classées ainsi qu'aux bases servant de calcul pour les taxes environnementales. Ce qui donne souvent lieu à des abus de la part des services d'assiettes et des services de recouvrement, mettant ainsi en difficulté la protection des opérateurs économiques et le bon climat des affaires en général.

Autant de lacunes et d'imperfections - il y en a d'autres - qu'il convient de combler ou d'élaguer par des textes à venir. La poursuite des réformes dans le domaine des laboratoires d'analyses des substances minérales est donc nécessaire, voire urgente, en vue de mieux adapter les textes à la réalité socio-économique et de lutter plus efficacement contre la fraude minière et le manque de transparence et de traçabilité, étant entendu que la sous-évaluation des substances minérales constitue un manque à gagner au détriment du trésor public.

Bibliographie

A. Codes, lois et règlements

1. Arrêté interministériel n° 0149/CAB.MIN/MINES/01/2014 et 116/CAB/MIN/FINANCES/2014 portant manuel des procédures de traçabilités des produits miniers, de l'extraction à l'exportation (J.O.RDC., 15 septembre 2014, n° 18, col. 14).
2. Arrêté interministériel n° 340/CAB.MINES/2022 et 054/MIN/FINANCES/2022 du 2 août 2022 portant fixation des taux de droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère des Mines (Ministère des Mines).
3. Arrêté interministériel n° CAB/MIN/EDD/004/2020 et CAB/MIN/FINANCES/2020/071 du 24 juillet 2020 portant des taux des droits, taxes et redevances en matière d'installation classée de la catégorie 1.a à percevoir à l'initiative du ministère de l'Environnement et Développement durable (Ministère de l'Environnement et Développement durable et Ministère des Finances).
4. Arrêté ministériel n° 00316/CAB.MIN/MINES/01/2021 du 8 juillet 2021 modifiant et complétant l'arrêté ministériel 3164/CAB./MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands. (J.O.RDC., 1er octobre 2021, n° 9, col. 49).
5. Arrêté ministériel n° 3164/CAB.MIN/MINES/01/2007 du 11 août 2007 portant réglementation des activités des laboratoires d'analyses des produits miniers marchands. (J.O.RDC., 15 octobre 2007, n° 20, col. 38).
6. Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, telle que modifiée et complétée par modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de la Constitution (Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, numéro spécial, numéro spécial, 52e année, 5 février 2011).
7. Décret 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement minier tel que modifié et complété par le Décret n° 18/024 du 08 juin 2018 (Textes coordonnés) – Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, numéro spécial, 59e année, 12 juin 2018.
8. Décret n° 036/2003 du 24 mars 2003 portant création et statuts d'une entreprise publique dénommée « Centre d'évaluation, d'expertise et de certification des substances minérales précieuses et semi-précieuses » en sigle « C.E.E.C. ».
9. Décret n° 13/015 du 29 mai 2013 portant réglementation des installations classées (J.O.RDC., 1er juillet 2013, n° 13, col. 9).

10. Direction Générale des Recettes Administratives, Judiciaires, Domaniales et de Participations « DGRAD » : Textes coordonnés et mis à jour le 5 juin 2022, Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, Numéro spécial, 63e année, 5 juin 2022.
11. Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier telle que modifiée et complétée par la Loi n° 18/001 du 9 mars 2018 (Textes coordonnés) – Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, numéro spécial, 59e année, 3 mai 2018.
12. Loi n° 11/009 du 9 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l’environnement (J.O.RDC., 16 juillet 2011, numéro spécial).
13. Loi n° 17/001 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (J.O.RDC., 15 février 2017, n° 4, col. 7).
14. Ordonnance 41-48 du 12 février 1953 portant réglementation des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, telle que modifiée et complétée à ce jour.
15. Ordonnance n° 78-219 du 5 mai 1978 portant statuts d’une entreprise publique dénommée « Office zaïrois de contrôle » en abrégé « OZAC ».
16. Ordonnance-Loi n° 74-013 du 10 janvier 1974 portant création d’un service public dénommé Office zaïrois de contrôle ;

B. Ouvrages

1. BAMBI KABASHI, A., *Le droit minier congolais à l’épreuve des droits foncier et forestier*, Paris, L’Harmattan, 2012.
2. BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, Tome 1*, Louvain, Academia, 2014.
3. BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, Tome 2*, Louvain, Academia, 2018.
4. BWIZA, D., *Dictionnaire essentiel des infractions environnementales en droit congolais*, 2020.
5. CADASTRE MINIER, *Code minier révisé et annoté de la République démocratique du Congo 2020*, coordonné par Jean-Félix MUPANDE KAPWA, Bruxelles, Bruylant, 2020.
6. CHRETIEN, P. et al., *Droit administratif*, 15^e édition Sirey, Paris, Éditions Dalloz, , 2016.
7. VUNDUAWE te PEMAKO, F. et MBOKO D’JANDIMA, J.M., *Traité de Droit administratif de la République Démocratique du Congo*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020.

8. Garry SAKATA M. Tawab, *Code Minier expliqué : Analyse systématique et croisée avec le Règlement Minier*, Bruxelles, Academia, 2022.
9. ILUME MOKE, Michel, *Théorie générale du recours contentieux*, Collection « Justice administrative », Kisangani, Presses Universitaires Patrice-Emery LUMUMBA, 2022.
10. ILUNGA ILUNGA, Emmanuel, *Le pillage des ressources minières en RDC. Pour une modification de l'article 311 ter du Code minier tel que révisé au 09 mars 2018*, Kinshasa, MediasPaul, 2021.
11. MANDE M., Sabin, *Des infractions environnementale en droit congolais*, Cape Town, Write-On Publishing, 2021.
12. MONGA NUMBI, A., *Lexique douanier et accisien de la RDC*, 1^{ère} édition, Éditions LexiCod, Kinshasa, 2021.
13. MULUNGULUNGU NACHINDA, C., *Droit minier congolais : De la théorie à la pratique*, Tome 1. « Exploitation artisanale des substances minérales », Bruxelles, Academia, 2022.
14. NDELA KUBOKOSO, J., *Le droit et la fiscalité miniers de la République démocratique du Congo. Bilan et perspectives d'avenir*, Paris, L'Harmattan, 2020.

*

* *

LA DEFENSE EN JUSTICE DES MESURES PROVISOIRES ET LEUR CARACTERE D'URGENCE : LIMITE A L'EXAMEN AU FOND DU LITIGE SOUMIS AU JUGE DANS L'EXEMPLE DU SEQUESTRE

Par :

Hubert DUMBI MALUMBA KALANDA,

Avocat et ancien Membre du Conseil de l'Ordre au Barreau près la Cour d'Appel du Haut-Katanga

Et

Hubert KALUKANDA MASHATA

*Doctorant en droit à l'Université de Lubumbashi (RDC),
Avocat au Barreau du Haut-Katanga, Conseil à la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP),
Fondateur - Directeur Général des Editions Hubert Kalukanda et Editeur - Responsable de la RJA*

Résumé

Le législateur n'a pas prévu limitativement les cas qui peuvent faire objet des mesures provisoires.

Nos lecteurs retiendront que le juge saisi pour statuer sur les mesures provisoires ne peut aucunement aborder le fond du litige dans la mesure où les mesures provisoires (ou celles conservatoires) n'ont pas pour effet de donner raison à une des parties au détriment d'une autre.

Les mesures provisoires ne doivent avoir comme seul objectif de garantir les intérêts de toutes les parties au procès en mettant celles-ci sur le même pied d'égalité pendant toute la durée de l'instance. Ceci revient à dire que lors de l'examen des mesures provisoires, le juge saisi de l'affaire doit s'interdire d'examiner toutes questions liées au fond du litige. Le juge se prononcera par un jugement avant dire droit, qui peut être attaqué par toutes voies de droit. Ledit jugement peut être *préparatoire* ou *interlocutoire*. Toutefois, seul le jugement interlocutoire peut être attaqué en appel.

Mots-clés : Mesures provisoires – mesures conservatoires – séquestre – jugement avant dire droit.

Abstract

The legislator has not provided exhaustively for the cases that may be the subject of provisional measures.

Our readers will note that the judge seised to rule on the interim measures can in no way address the merits of the dispute insofar as the interim measures (or those of protection) do not have the effect of agreeing with one of the parties to the detriment of another.

The sole purpose of interim measures should not be to safeguard the interests of all parties to the proceedings by placing them on an equal footing throughout the proceedings. This means that, when considering interim measures, the judge hearing the case must refrain from examining any issues relating to the substance of the dispute. The judge will rule by an interlocutory judgment, which can be challenged by any legal means. The said judgment may be preparatory or interlocutory. However, only the interlocutory judgment may be challenged on appeal.

Keywords: *Interim measures – precautionary measures – sequestration – interlocutory judgment.*

Introduction

Nul n'ignore que les mesures provisoires et celles conservatoires préoccupent quotidiennement les Jurisconsultes et les praticiens de Droit par rapport au caractère urgent et l'applicabilité du Droit au regard du principe d'un procès équitable.

En effet, le problème que la présente étude aborde n'est pas certes nouveau. Toutefois, force est de constater que le juge censé respecter la loi ne rend plus la justice telle que voulue par la Constitution, les lois et règlements en vigueur. A titre illustratif, le Tribunal de Commerce de Lubumbashi saisi d'un litige sous RAC 2398 qui opposait Monsieur Roberto MARQUES, demandeur à la Société TP PHENIX SA, première défenderesse et Monsieur Christian SCHOPPE, deuxième défendeur : à la première audience, Monsieur Roberto MARQUES, Actionnaire de la Société TP PHENIX SA sollicite du Tribunal une mesure conservatoire tendant à mettre sous séquestre le bien détenu par Monsieur Christian SCHOPPE, Actionnaire aussi de la Société TP PHENIX SA et faisant objet du litige, en estimant que ledit bien n'est pas la propriété de ce dernier. Ainsi, le juge au lieu d'ordonner la mise sous séquestre du bien objet du litige en attendant l'issue de l'affaire lorsqu'elle sera plaidée au fond, il aborde directement le fond en motivant son avant-dire droit selon que le bien en question n'était pas acquis de manière frauduleuse par Christian SCHOPPE.

La préoccupation majeure au cœur de cette étude consiste à s'interroger sur l'effectivité de plusieurs instruments juridiques internationaux et nationaux, notamment le droit OHADA et le droit judiciaire.

En Droit Congolais, le législateur ne donne aucune définition des mesures provisoires. Ces dernières sont plutôt une création de la Doctrine et de la Jurisprudence.

Il convient de noter en liminaire que les cas de mesures provisoires ne sont pas limitativement prévus et organisés en droit OHADA et en droit national de chaque Etat partie. Il importe toutefois de citer quelques-uns : la désignation d'un séquestre ; la garde des enfants pendant l'instance de conciliation ; etc.

Les mesures provisoires relèvent des matières d'*urgence*. Une partie peut solliciter du Tribunal compétent les mesures provisoires dans les cas qui requièrent célérité à la première audience. A ce sujet, l'article 27 de l'Arrêté d'organisation judiciaire dispose que : « *Les affaires sont appelées, instruites, plaidées et jugées à l'audience déterminée dans l'exploit introductif...* »²¹⁸.

²¹⁸ Article 27 de l'arrêté d'organisation judiciaire 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets en République Démocratique du Congo.

L'économie de cette disposition réglementaire implique que les causes inscrites à l'extrait de rôle, particulièrement en rapport avec les mesures provisoires doivent recevoir plaidoirie séance tenante. Faute de plaider, le caractère *urgent* sur les mesures provisoires serait remis en cause. Néanmoins, ce caractère il n'est pas exclu ou n'enlève pas l'*urgence*, lors que le président de la juridiction prend une ordonnance de renvoi des affaires.

Il sied de retenir qu'en droit, toute mesure conservatoire est provisoire, mais cependant toute mesure provisoire n'est pas conservatoire.

En effet, c'est dans ces conditions que la doctrine fait un distinguo entre les deux demandes (conservatoires et provisoires) et que l'on ne peut solliciter une demande à la place de l'autre²¹⁹ ; cela ayant pour conséquence juridique la nature même de la décision, prétendument avant dire droit qui serait prise, soit *préparatoire* ou *interlocutoire*. Le même auteur (Antoine RUBBENS) complète en faisant une analyse juridique sur les mesures en ce que : « *Le Tribunal peut être amené à prendre de mesures conservatoires mais sans toutefois préjugé du bien-fondé des actions telles que l'apposition de scellés ou la mise sous séquestre d'un bien litigieux* ».

Dans la compréhension des deux notions sur les mesures à solliciter en justice, fait que les mesures provisoires sont particulièrement prises en matière de divorce et demeurent particulièrement requises notamment au sujet de la garde et des frais d'entretien des enfants pendant la durée de l'instance et au profit du conjoint qui n'aurait pas de moyen de subsistance ou qui ne peut faire face aux frais du procès (provision alimentaire et provision *ad litem*).

Nos lecteurs retiendront que le juge saisi pour statuer sur les mesures provisoires ne peut aucunement aborder le fond du litige dans la mesure où les mesures provisoires (ou celles conservatoires) n'ont pas pour effet de donner raison à une des parties au détriment d'une autre. Autrement dit, les mesures provisoires ne doivent avoir comme seul objectif de garantir les intérêts de toutes les parties au procès en mettant celles-ci sur le même pied d'égalité pendant toute la durée de l'instance. Ceci revient à dire que lors de l'examen des mesures provisoires, le juge saisi de l'affaire doit s'interdire d'examiner toutes questions liées au fond du litige.

Outre l'introduction et la conclusion, la présente étude analysera les points suivants : notions des mesures provisoires (I) ; applicabilité des mesures provisoires en droit OHADA (II) ; et enfin, défense en justice et mesures provisoires (III).

²¹⁹ A. RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais*, Tome II, P.U.C, Kinshasa, 1978, p. 127

I. Notion des mesures provisoires

Le législateur n'a pas défini expressément les mesures provisoires. Toutefois, la doctrine appréhende les mesures provisoires comme l'ensemble des décisions prises par le juge, souvent le juge des référés, pour la durée d'un procès (ainsi pension ad litem, mise sous séquestre d'un objet, garde des enfants)²²⁰.

Nul n'ignore que les mesures provisoires sont celles qui tendent généralement à faire prendre, sans lier le juge de fond, des mesures nécessaires pour atténuer les inconvénients sérieux, voire insupportables qui résulteraient de la longue attente de la décision définitive sur le fond.

En effet, le juge peut encore être amené à statuer par jugement provisoire sur les demandes qui ne sont formulées qu'en attendant le jugement final ou attribuer des allocations à titre de provision²²¹.

Il sied de préciser que ces décisions reposent sur une opinion que le juge s'est formée, sans se prononcer irrévocablement. C'est ce que la Jurisprudence abondante et la doctrine expriment en disant que l'interlocutoire et le provisoire ne lient pas le juge.

En outre, les mesures provisoires sont celles ordonnées par un Juge pour qu'elles puissent être constamment adaptées aux circonstances qui ont fait naître la situation conflictuelle dont il est saisi. Les mesures provisoires sont susceptibles d'être modifiées par lui dès qu'il est saisi en raison d'un fait nouveau qui nécessite une adaptation à ces nouvelles circonstances. Il en est ainsi de la désignation d'un administrateur provisoire en cas de mésentente entre associés d'une société.

Rappelons qu'il existe une nette différence entre la notion des mesures provisoires et celle des mesures conservatoires dont les conséquences juridiques sont indistinctement importantes.

Les mesures dites « conservatoires », sont celles urgentes ayant pour objet de préserver un droit, un bien ou une personne. C'est donc cette mesure susceptible d'être ordonnée par un juge dans le but de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite²²².

²²⁰ Raymond, GUILLIEN ET Jean, VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 16^e édition, Dalloz, Paris, 2007, p.426.

²²¹ Antoine RUBBENS, *Op.cit*, p.97

²²² Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexiques des termes juridiques*, 23^e édition, Paris, 2015-2016, p.672 ; et CATHERINE PUIGELIER, *Dictionnaire Juridique*, 2^e éd., Bruylant, 2016, p. 656, n° 3621.

En revanche, les mesures provisoires, s'entendent au sens strict, de celles prises pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive ; ou encore une mesure temporaire destinée à préserver quelque chose²²³.

1. Portée et caractère urgent des mesures provisoires

En matière commerciale, une des parties peut solliciter devant le Juge saisi du litige de prendre diverses décisions provisoires, notamment le report de la tenue d'une assemblée générale, la désignation d'un séquestre ou d'un expert chargé d'enquêter sur le point litigieux ou même la nomination d'un administrateur provisoire qui se substituera momentanément aux organes de direction.

En Belgique, le Président du tribunal de première instance statue au provisoire dans le cas dont il reconnaît l'*urgence*, en toutes matières sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire. Le Président du tribunal du travail et le Président du tribunal de commerce peuvent statuer au provisoire dans les cas dont ils reconnaissent l'*urgence*, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux. On recourt au juge des référés, notamment dans les cas suivants :

- lorsqu'il faut désigner les séquestres ;
- lorsqu'il faut prescrire à toutes fins des constats ou des expertises, même en y comprenant l'estimation du dommage et la recherche de ses causes ;
- lorsque, sur demande d'une partie qui veut constituer une preuve, le juge doit ordonner l'audition des témoins, même en vue d'une contestation future, s'il est constant que tout retard apporté à cette audition doit faire craindre que le témoignage ne puisse plus être accueilli ultérieurement ;
- lorsqu'il faut désigner un notaire en vue de la garde provisoire des minutes d'un notaire décédé ou légalement empêché, etc²²⁴.

En droit congolais (RDC), cette procédure est introduite par une assignation. Elle peut être introduite, en cas d'absolue nécessité, par la requête d'une partie. A cet effet, les pièces qui peuvent faire objet de débats doivent être annexées à l'exploit introductif d'instance pour une bonne administration de la justice.

²²³ Gérard CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd. mise à jour, PUF, p. 655 et CATHERINE PUIGELIER, *Op. cit.*, p.657, n° 3628.

²²⁴ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, éditions droit et idées nouvelles, Kinshasa, 2006, p.388.

2. Fondement des mesures provisoires

Il convient de rappeler que les mesures provisoires sont prévues et organisées en droit OHADA, dénommé droit communautaire. Il en est de même en droit congolais où la définition des mesures provisoires demeure abondamment doctrinale.

En effet, il existe une panoplie de mesures provisoires, selon les matières auxquelles sont confrontées les parties au procès.

Cependant, la présente étude analysera particulièrement le cas de séquestre. Examinons laconiquement les points ci-après :

(i) Mesures provisoires en droit OHADA

A ce stade, nous pouvons relever les dispositions pertinentes de l'article 160 alinéa 1 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) qui dispose que : « *Lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales* ».

Toutefois, en matière de saisie conservatoire des créances, l'article 78 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPRSVE) dispose que : « *A défaut d'accord amiable, tout intéressé peut demander, par requête, que les sommes saisies soient consignées entre les mains d'un séquestre désigné par la juridiction du domicile ou du lieu où demeure le débiteur. La remise des fonds au séquestre arrête le cours des intérêts dus par le tiers saisi* ».

(ii) Mesures provisoires en droit congolais

En droit congolais, la doctrine renseigne que, sans préjuger du bien-fondé des actions, le Tribunal (juge) peut être amené à prendre, à la demande des parties, des mesures conservatoires (provisaires), telle que l'apposition des scellés ou la mise sous séquestre d'un bien litigieux.²²⁵ Par ailleurs, il a été jugé que le séquestre judiciaire est une mesure conservatoire prise lorsque, en raison d'un litige ou d'une opposition d'intérêts, la chose dont la possession est litigieuse doit être conservée jusqu'au moment où sera tranché le conflit qu'elle soulève.²²⁶

²²⁵ Antoine RUBBENS, *Op.cit.*, p.127

²²⁶ Mbandaka, RCA 0254/87 In RJZ n° 1, 2 et 3, 10 novembre 1987, 1989, pp.45-46

Il convient de rappeler à toute fin utile que les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être prises en toute matière portée devant le juge lorsque cela requiert célérité. C'est dans ce sens qu'en matière de famille par exemple, KIFWABALA TEKILAZAYA Jean-Pierre note qu'il est admis pour le juge de pouvoir effectivement prendre des mesures provisoires pendant l'instance de divorce. En effet, le seul fait de la demande en divorce rend généralement la vie commune entre époux intolérable. Ce fait justifie la nécessité de l'intervention du juge qui, sans attendre la décision de fond, et si les circonstances l'exigent, prendre des mesures immédiates soit d'office, soit à la demande des deux parties, soit encore à la demande de l'une d'entre elles²²⁷.

Il sied de relever que l'article 568 de la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, propose une gamme très diversifiée des mesures provisoires que peut prendre le juge congolais. A titre de rappel, les mesures provisoires peuvent porter sur la garde des enfants pendant l'instance de conciliation, le droit de visite des parents, la résidence séparée des époux durant l'instance, les demandes d'aliments et de provision, la remise des effets personnels, la gestion des biens communs des époux, etc.

En droit civil des biens et des obligations, on parle généralement de « séquestre ». Qu'est-ce qu'on entend par séquestre.

3. Séquestre

Le terme « séquestre » désigne une forme de dépôt. Aux termes du Code Civil Congolais, livre troisième (C.C.L.III), il s'agit d'un dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'un bien litigieux, de l'objet d'un contentieux, entre les mains d'un tiers (lui aussi appelé « le séquestre » ou *dépositaire*) qui s'oblige à le rendre, après fin de la contestation, à la personne à qui il revient.

Il est certain que le séquestre est une opération particulière qui porte généralement sur une chose objet d'un litige ou d'une réclamation, c'est pour cette raison que la chose en question est confiée à un tiers qui en assure la conservation et la garde pendant le règlement de la contestation.

Il existe en effet deux types de séquestre, à savoir le séquestre *conventionnel* et le séquestre *judiciaire*.

²²⁷ KIFWABALA TEKILAZAYA, Jean-Pierre, *Droit civil congolais : les personnes, les incapacités, les familles*, 2^e Edition, P.U.L, Lubumbashi, Mars 2018, pp. 351-352.

a) Séquestre conventionnel

Le séquestre conventionnel est organisé par l'article 519 du C.C.L.III qui dispose que : « *Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers, qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir* ».

Le séquestre conventionnel prend donc la forme d'un contrat entre les personnes qui sont en litige ou qui demandent l'exécution d'une obligation et le tiers dépositaire. Dans ce type de séquestre, le tiers s'engage à remettre le bien à celle des parties qui obtiendra gain de cause.

b) Séquestre judiciaire

Ce type de séquestre, dit séquestre judiciaire est prévu à l'article 523 du C.C.L.III qui dispose que :

« *La justice peut ordonner le séquestre :*

a. des meubles saisis sur un débiteur ;

b. d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ;

c. des choses qu'un débiteur offre pour sa libération ».

En principe, le séquestre judiciaire est ordonné par le juge à la demande d'une partie, par exemple lorsque celle-ci craint que le possesseur de la chose litigieuse ne la fasse disparaître.

Par ailleurs, le séquestre est une mesure provisoire dont « *le juge peut même l'ordonner d'office* ».

II. Applicabilité des mesures provisoires en droit OHADA

Nul n'ignore qu'il est établi et non contesté qu' « *une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. En l'ordonnant, le juge ne tranche pas une partie du principal, la décision qu'il prend, ne met pas fin à l'instance, il n'est pas dessaisi* ».

En matière commerciale, la mise sous séquestre est fréquemment demandée à l'occasion de conflits opposant deux associés, voire un associé et la Société. Elle vise à placer dans les mains d'un séquestre les actions ou parts litigieuses, ce qui les rend indisponibles et aboutit à les figer pendant tout le temps du litige.

Il s'en suit que les motifs justifiant en général la mise sous séquestre en Droit Commercial sont le risque d'annulation d'une cession d'actions et la sauvegarde de

l'intérêt de la Société dont la survie est en péril du fait de conflit entre les deux groupes d'actionnaires.

Tel est aussi le cas de la désignation par le juge d'un administrateur provisoire se substituant aux organes légaux de gestion, le temps que se dénoue la crise qui est une mesure grave et exceptionnelle.

En tout état de cause, la Jurisprudence est unanime et abondante lorsqu'elle reconnaît aux juges le pouvoir discrétionnaire de désigner un séquestre aux actions litigieuses lorsque cette mesure permet de sauvegarder le bon fonctionnement ou les intérêts de la société.

Qu'il a été d'ailleurs jugé dans un arrêt de principe que : *« Le juge peut ordonner de confier à un séquestre désigné le droit de conserver des actions litigieuses et le droit de voter aux assemblées de la société lorsque cette mesure est commandée par la nécessité de préserver d'un péril imminent le bon fonctionnement ou les intérêts de la société²²⁸ »*.

En outre, *la décision judiciaire nommant le séquestre ne peut lui accorder le droit de vote attaché aux actions séquestrées à titre conservatoire que pour préserver le fonctionnement ou les intérêts de la Société d'un péril imminent ou pour éviter l'apparition d'une situation irréversible au détriment d'une partie²²⁹*.

Dans le cas d'espèce, la jurisprudence sus évoquée a réaffirmé un principe sacro-saint dans la désignation d'un séquestre judiciaire en cas d'actions litigieuses en affirmant ce qui suit : *« En l'état d'un différend entre actionnaires sur la propriété d'un bloc des titres, le juge des référés a le pouvoir d'ordonner le séquestre des actions litigieuses et de prendre toute mesure conservatoire de nature à préserver le demandeur d'une situation irréversible par la neutralisation du droit de vote attaché à ces actions. Il peut donc donner mission au séquestre judiciaire d'exercer ce droit de vote en s'abstenant de voter sur les résolutions concernant la révocation des administrateurs et la désignation de nouveaux administrateurs »*

A cet effet, l'action du demandeur peut être déclarée recevable, celle-ci est corroborée par l'arrêt de principe de la Cour de Cassation Française qui affirme ce qui suit : *« l'action sociale du successeur offre d'ailleurs un bon moyen de défendre*

²²⁸ Cassation fr. Com., 15.02.1983, Bull. Civ. IV, n°66.

²²⁹ C.A. Angers, 2 juillet 2013, n° 13/00237.

les intérêts de l'acquéreur de la majorité des parts ou actions, devenu dirigeant à la place du cédant, qui découvre les fautes commises par son prédécesseur (et l'état réel de la société...). Il peut alors agir, au nom de la société, contre le cédant pris en sa qualité d'ancien dirigeant ou d'ancien associé²³⁰. Il n'est pas exclu non plus qu'il invoque un préjudice personnel, réalisé dans la cession²³¹.

Surabondamment, l'article 163 alinéa 2 du Code de Procédure Civile congolais dispose que : « *...nonobstant toute convention contraire les parties peuvent jusqu'à la constitution du tribunal arbitral demander au tribunal compétent des mesures provisoires dans les cas d'urgence* ».

En outre, il a été jugé que : « *le séquestre est une mesure provisoire prise lorsque, en raison d'un litige ou d'une opposition d'intérêts, la chose dont possession est litigieuse, doit être conservée jusqu'au moment où soit tranché le conflit qu'elle soulève* »²³².

La présente étude déduit que le Juge peut ordonner à la demande d'une partie la mise sous séquestre, notamment, d'un bien mobilier dont la propriété ou la possession est litigieuse.

III. Défense en justice et mesures provisoires

La défense en justice est définie comme étant l'ensemble de moyens que peut opposer le cité aux chefs de demande dirigées contre lui par le requérant. Ces moyens de défense peuvent uniquement se limiter à la procédure ou toucher au fond de la demande²³³.

Dans la pratique, il est monnaie courante que les plaideurs professionnels puissent soulever des exceptions qui tendent soit à empêcher le juge de ne pas connaître les mérites desdites mesures provisoires, soit pour que ces dernières soient déclarées inopportunes par le juge saisi du litige.

²³⁰ Cass. Com., 11 octobre 1988, BJS 1988, 925, §300 ; Cass.Com., 21 janvier 1997.

²³¹ LUKOMBE NGHENDA, *Droit OHADA des sociétés en application en RDC*, Volume III, Ed. P.F.D.U.C., Kinshasa, juin 2018, p. 198.

²³² MBANDAKA, 10.11.1987, RCA 0254/87 in RJZ n° 1, 2 et 3, 1989, pp 45-46, cité par KATUALA KABA KASHALA, *Code civil Zaïrois annoté*, édition Batena Ntambwa, Kinshasa, 1995, page 257.

²³³ KILALA Pene AMUNA, Gabriel, *Procédure civile*, Volume 2, ed. Leadership, p.192.

Le droit de la défense étant organisé et garanti²³⁴, aussi par les dispositions pertinentes de l'article 12 de la Constitution de la République Démocratique du Congo telle que révisée ce jour qui stipule que : « *Tous les Congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois* ».

La défense en justice est classée en quatre catégories : *la défense au fond, les exceptions, les fins de non-recevoir et la demande reconventionnelle*. Généralement, l'exception et la fin de non-recevoir sont appelées *défenses procédurales*.

En effet, au cours d'un procès, les parties peuvent s'accorder de plaider uniquement sur les mesures provisoires.

Il est de principe, en liminaire que s'agissant d'une exception d'ordre public qui peut même être soulevée par le Ministère public ou même pour la première fois en appel par une partie au procès et même s'agissant des simples mesures provisoires qui seraient sollicitées, leur examen n'échappe donc pas aux prescrits légaux, de sorte que *les exceptions du défaut de qualité et du défaut d'intérêt peuvent être soulevées même au stade des mesures provisoires* qui, en tant que *demandes préalables* en justice, n'échappent naturellement pas aux conditions de recevabilité d'une action en justice.

En effet, la qualité est entendue comme « *le titre juridique qui confère justement le droit d'agir, c'est-à-dire le droit de solliciter du juge qu'il examine le bien-fondé d'une prétention* »²³⁵. En d'autres termes, la qualité peut se définir comme « *le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice. Autrement dit, c'est le titre juridique en vertu duquel une personne, demanderesse ou défenderesse, peut figurer valablement dans un procès dont elle est investie du pouvoir de faire juger le litige par le magistrat* »²³⁶.

Nos lecteurs retiendront que c'est donc la qualification par la loi des personnes devant agir en justice. Tel est le cas des mandataires des entreprises étatiques ou des représentants sociaux dans les sociétés commerciales. C'est pourquoi le mandataire légal (le tuteur d'un mineur par exemple), judiciaire (l'exemple d'un curateur de faillit) ou conventionnel ne peut agir que s'il a qualité.

²³⁴ Article 19 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que révisée ce jour.

²³⁵ MATADI NENGA GAMANDA, *Op.cit.*, p.175.

²³⁶ KILALA Pene AMUNA, Gabriel, *Op.cit.*, p.42.

Ces personnes devront d'abord prouver l'existence d'un intérêt direct et personnel dont la défense sera assurée, et ensuite la qualité en vertu de laquelle elles agissent.

Que c'est pourquoi, le défaut de qualité dans le chef de l'une ou de l'autre partie entraîne l'irrecevabilité de l'action²³⁷.

Généralement l'exception tirée du défaut de qualité correspond avec celle du défaut d'intérêt.

S'agissant de l'intérêt, il sied, à juste titre, de noter qu'il est notoirement connu que *l'intérêt est la mesure des actions en justice*, quelque soient lesdites actions ; d'où la maxime : « *Pas d'intérêt, pas d'actions* ».

L'intérêt s'analyse d'après la doctrine, comme étant « *une des conditions générales à l'exercice de l'action qui s'est imposée pour éviter des actions vaines et inutilement encombrantes. Elle est donc d'ordre public et sanctionnée par une fin de non-recevoir, pouvant être soulevée même d'office* »²³⁸.

La jurisprudence et la doctrine sont unanimes en ce que l'intérêt constitue l'une des conditions de l'exercice de toute action en justice, *et partant de toute voie de recours*²³⁹.

En droit OHADA, le fondement légal de la qualité du demandeur en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux pour les préjudices, dont est victime un actionnaire ou la société demeure organisé aux prescrits des dispositions pertinentes de l'article 162 de l'AUSCGIE qui dispose ce qui suit : « *l'action individuelle est l'action en réparation du préjudice subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que subit la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par celui qui subit le préjudice* ». A cet effet, il est malencontreux pour une partie au procès de pouvoir évoquer les prescrits des dispositions des articles 166 et 167 de l'AUSCGIE.

La présente étude rappelle que l'article 167 AUSCGIE ne cadre pas avec l'action évoquée à l'article 162 de l'Acte Uniforme susmentionné, dans la mesure où

²³⁷ MATADI NENGA GAMANDA, *Op.cit.*, pp.176-177.

²³⁸ MATADI NENGA GAMANDA, *Idem*, n° 168, p. 170.

²³⁹ CSJ., 29.8.1979, RC. 264, B.A. 1984, 17, cité par KATUALA KABA KASHALA, *Op.cit.*, p.9.

cette disposition renvoie à l'action sociale qui du reste, est différente de l'action individuelle.

Nul n'ignore que l'article 166 AUSCGIE dispose que « *l'action sociale est l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par les dirigeants sociaux, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme pour chaque forme de société* ».

Il sied de relever de toute évidence que l'action sociale est celle introduite par les dirigeants sociaux et ce, au nom et pour compte de la société à la suite d'un préjudice qu'elle a subi.

Nos lecteurs retiendront, en outre que la mise en demeure préalable prévue par l'article 167 de l'AUSCGIE ne concerne que l'action sociale, pour la simple bonne raison que les prescrits des dispositions pertinentes de l'article 162 AUSCGIE ne prévoient pas une quelconque mise en demeure préalable à l'action individuelle.

Conclusion

Eu égard à ce qui précède, nous pouvons conclure que les mesures provisoires sont liées à la durée de l'action en justice. Autrement dit, elles tombent à l'intervention de la décision définitive liée au fond du litige.

Le législateur du Droit OHADA n'a pas prévu limitativement les cas qui peuvent faire objet des mesures provisoires.

Cependant, le juge saisi pour statuer sur les mesures provisoires ne peut aucunement aborder le fond du litige dans la mesure où les mesures provisoires n'ont pas pour effet de donner raison à une des parties au détriment d'une autre. Autrement dit, les mesures provisoires ne doivent avoir comme seul objectif de garantir les intérêts de toutes les parties au procès en mettant celles-ci sur le même pied d'égalité pendant toute la durée de l'instance. Ceci revient à dire que, lors de l'examen des mesures provisoires, le juge saisi de l'affaire doit s'interdire d'examiner toutes questions liées au fond du litige.

La présente étude conclut que, constitue une violation flagrante de la loi, toutes décisions de justice qui tranchent sur les modes d'acquisition d'un bien querellé ou d'un bien faisant objet de la mise sous séquestre, avec comme conséquence pour cette décision judiciaire d'être reformée par le juge compétent. L'appel entrepris contre la décision statuant sur les mesures provisoires, doit répondre à toutes les exigences du droit commun. Il en est de même de l'exécution de toute ordonnance prise dans le cadre des mesures provisoires, nonobstant l'effet

suspensif attaché aux voies de recours. L'effet suspensif, dans ce cas, est écarté au profit de la partie qui a gagné le procès. Il s'agit d'un avantage considérable. Toutefois, il ne doit pas sacrifier la partie succombante qui n'a peut-être perdu que provisoirement son procès. Surabondamment, en parcourant la doctrine abondante, les Jurisconsultes affirment que l'économie de l'institution de l'exécution provisoire n'a donc été conçue qu'en fonction de l'équilibre des intérêts en présence. Le juge doit y veiller.

Bibliographie sélective

I Textes Légaux Et Règlementaires

- 1 .Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que révisée ce jour.
- 2 Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSCGIE) du 30 janvier 2014, in JO de l'OHADA, N° spécial du 04 février 2014.
- 3 l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPRSVE) du 10 avril 1998.
- 4 Arrêté d'organisation judiciaire 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets en République Démocratique du Congo.

II Ouvrages

- 5 GUILLIEN, R., ET VINCENT, J., *Lexique des termes juridiques*, 16^e édition, Dalloz, paris, 2007.
- 6 GUINCHARD, S., et DEBARD, T., *Lexiques des termes juridiques*, 23^e édition, paris, 2015-2016.
- 7 PUIGELIER, C., *Dictionnaire Juridique*, 2^e éd., Bruylant, 2016.
- 8 CORNU, G., *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd. mise à jour, PUF, paris, 1958.
- 9 RUBBENS, A., *Droit Judiciaire Congolais*, Tome II, édition Maison Ferd. LARCIER, Bruxelles, 1970.
- 10 MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, éditions droit et idées nouvelles, Kinshasa, 2006.
- 11 KIFWABALA TEKILAZAYA, Jean-Pierre, *Droit civil congolais : les personnes, les incapacités, les familles*, 2^e Edition, P.U.L, Lubumbashi, Mars 2018.

- 12 LUKOMBE NGHENDA, *Droit OHADA des sociétés en application en RDC*,
Volume III, Ed. P.F.D.U.C., Kinshasa, juin 2018.
- 13 KATUALA KABA KASHALA, *Code civil Zaïrois annoté*, édition Batena
Ntambwa, Kinshasa, 1995.
- 14 KILALA Pene AMUNA, G., *Procédure civile*, Volume 2, ed. Leadership,
Kampala, 2012.

*

*

*

EAU, RESSOURCE STRATÉGIQUE : DROIT DE DISPOSITION ET DE DÉVELOPPEMENT DES COMMUNAUTÉS LOCALES

Par :

Sabin MANDE M.

Avocat et chercheur en droit de l'environnement

Résumé

L'eau douce représente une question de première importance, parce qu'elle est indispensable pour la vie humaine et pour les écosystèmes terrestres et aquatiques. En réalité, l'accès à l'eau potable et sûre est un droit humain primordial, fondamental et universel, parce qu'il détermine la survie des personnes.

Cependant, la répartition de cette ressource sur la planète est inégale et le besoin devient de plus en plus croissant. Ainsi, la ressource devient un enjeu des politiques de développement durable et de l'autodétermination des peuples. L'affirmation du droit de disposition des ressources naturelles par les Etats est ce jour en opposition au droit de solidarité écologique d'autant plus que les populations locales ne trouvent pas la contrepartie pour leur propre développement. Le droit de solidarité devra renforcer le droit souverain d'exploiter rationnellement les ressources naturelles en répondant aux besoins de l'homme en accord avec les capacités et les limites de l'environnement.

Comment capitaliser les services économique, social, culturel et environnemental de la ressource en eau pour booster le développement de communautés locales ? Comment les mécanismes de compensation environnementale peuvent efficacement contribuer au développement durable de population locale en répondant ainsi au devoir des Etats de mettre les ressources naturelles et humaines au service du progrès général dans tous les domaines d'activité humaine ? Est-ce la République démocratique du Congo peut-elle tirer le bénéfice de son potentiel hydrographique ?

Mots-clés : *eau – ressource stratégique - droit de disposition - droit de développement des communautés locales.*

Abstract

Freshwater is a critical issue because it is essential for human life and for terrestrial and aquatic ecosystems. In reality, access to safe drinking water is a primary, fundamental and universal human right, because it determines the survival of people.

However, the distribution of this resource on the planet is unequal and the need is becoming more and more growing. Thus, the resource becomes an issue of sustainable development policies and the self-determination of peoples. The affirmation of the right of disposal of natural resources by States is today in opposition to the right of ecological solidarity, especially since local populations do not find the counterpart for their own development. The right of solidarity should reinforce the sovereign right to rational use of natural resources by meeting human needs in accordance with the capacities and limits of the environment.

How to capitalize on the economic, social, cultural and environmental services of water resources to boost the development of local communities? How can environmental compensation mechanisms effectively contribute to the sustainable development of local populations by responding to the duty of States to put natural and human resources at the service of general progress in all areas of human activity? Can the Democratic Republic of Congo benefit from its hydrographic potential?

Keywords: *water – strategic resource – right of disposal – right of development of local communities.*

Introduction

L'eau est un élément le plus naturel et le plus commun, importante dans la vie de vivants. Elle est indispensable pour le développement des populations mais elle est aussi un symbole d'appartenance et d'identité d'un peuple. C'est une ressource à la fois économique, sociale, écologique et culturelle dans la mesure elle est au centre dans la vie et de la stratégie de survie des nations.

L'eau douce représente une question de première importance, parce qu'elle est indispensable pour la vie humaine et pour les écosystèmes terrestres et aquatiques. L'eau potable et sûre est une ressource limitée et inégalement répartie sur l'ensemble de la planète.

L'importance de cette ressource limitée et inégalement répartie devient un enjeu pour les peuples et les politiques de développement. Bien naturel et commun est confronté aux questions de gestion et d'accès, de pressions anthropiques et de développement.

Face à toutes ces situations, il y a eu un développement normatif affirmant certains principes de gouvernance et d'utilisation de la ressource en eau au niveau interne, régional et international. L'affirmation du droit de disposition des ressources naturelles par les Etats est ce jour en opposition au droit de solidarité écologique dans la mesure où les populations locales ne trouvent pas la contrepartie pour leur propre développement. Le droit de solidarité écologique devra renforcer le droit souverain d'exploiter rationnellement les ressources naturelles en répondant aux besoins de l'homme en accord avec les capacités et les limites de l'environnement.

Devant les intérêts divergents, il revient d'appliquer l'approche « *droit* » qui essaye de déterminer les responsabilités et les droits réels sur la ressource. Le contexte de la gestion de la ressource en eau au niveau national et international est dominé, notamment, par les questions:

- du réchauffement climatique ;
- de la déforestation et dégradation des forêts ;
- de la mauvaise qualité des eaux (pollution) ;
- de la pénurie des eaux (sècheresse et étiage) ;
- de la croissance démographique et urbanisation (avec pression sur les espaces, y compris les zones humides) ;
- de patrimonialisation internationale de ressources naturelles (géopolitique de la ressource).

C'est dans ce contexte que la gouvernance de la ressource en eau se détermine. Un contexte qui pousse à un questionnement. Comment capitaliser les services économique, social, culturel et environnemental de la ressource en eau pour booster le développement des communautés locales ? Comment les mécanismes de compensation environnementale peuvent efficacement contribuer au développement durable des peuples africains en répondant ainsi au devoir des Etats de mettre les ressources naturelles et humaines du continent au service du progrès général dans tous les domaines d'activité humaine ? La République Démocratique du Congo peut-elle tirer le bénéfice de son potentiel hydrographique.

Les réponses à ces questions nous conduisent à analyser les modes de gouvernance de la ressource en eau (I), le droit à l'autodétermination (II), le droit de solidarité écologique (III), les mécanismes de compensation (IV) et les enjeux de développement des communautés locales (V). Pour clore cette réflexion, nous ferons une conclusion générale perspective.

I. Gouvernance de la ressource en eau

La gestion qualitative et quantitative de la ressource en eau est tributaire à la fois de l'exercice du pouvoir juridictionnel et des intérêts extra juridictionnels des états au tour de la ressource. Au niveau interne (A) comme au niveau international (B), la gestion, au-delà des acteurs et institutions impliqués, est une question des principes, beaucoup plus des principes de droit.

A. Les eaux internes

La gestion des eaux internes relève de la juridiction nationale et répond au principe du pouvoir souverain des Etats. Ce pouvoir souverain oriente la prise de décisions pour la protection, la conservation et l'utilisation durable de la ressource en eau qui est un patrimoine commun de la nation. Ce qui n'est pas le cas pour les ressources en eau des espaces extranationaux où la règle de la gouvernance est basée sur la coopération entre Etats.

Principes

Principalement les eaux internes sont gouvernées par le **principe de souveraineté** des Etats. La convention africaine sur l'environnement et les ressources naturelles souligne : « *réaffirmant que les Etats ont (...) le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique en matière d'environnement et de développement, (...)*²⁴⁰.

Ce principe est affirmé par l'article 9 de la Constitution de la RDC de 2006 : « L'Etat exerce la souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les

²⁴⁰ *Convention Africaine sur la conservation de la nature et les ressources naturelles*, Maputo, 2003.

eaux et les forêts, (...) ». Et à l'article 4 de la loi relative à l'eau, on note que « l'Etat exerce une souveraineté permanente sur les ressources en eau. »

Les eaux internes sont également gérées sur la base du **principe de protection, conservation et utilisation durable** de la ressource en eau. Les états prennent les mesures nécessaires afin de protéger, de conserver et d'utiliser durablement la ressources en eau en réduisant d'avantage les conséquences qui cela implique sur les écosystèmes. Cette obligation d'utilisation durable pousse les états à contrôler les activités anthropiques pouvant porter atteinte à la ressource en eau soit dans les limites de la juridiction nationale soit dans les espaces internationaux.

Se rapportant aux principes du droit international, la Déclaration de Rio de 1992 réaffirme la souveraineté des Etats à exploiter leurs propres ressources mais de manière durable:

« Les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridictions nationales. »²⁴¹

B. Les eaux transfrontalières

La gouvernance de la ressource en eau n'échappe aux grands principes du droit international affirmé dans les différents instruments juridiques au niveau international, régional et sous régional. Les eaux transfrontalières sont gérées par le **principe de coopération** qui l'un de grands principes du droit international.

Ce principe tire son fondement dans l'article V, points 2 de la Convention de Maputo mais aussi d'autres instruments juridiques internationaux sur les ressources naturelles et l'environnement, c'est l'un des grands principes du droit international :

« Lorsque les ressources en eau, superficielle ou souterraines, intéressent deux ou plusieurs Etats contractants, ceux-ci se consulteront et, le cas échéant, constitueront des commissions interétatiques pour étudier et résoudre les problèmes nés de l'utilisation commune de ces ressources, et pour assurer conjointement le développement et la conservation de celle-ci. »

Il est un devoir moral des Etats de coopérer pour la gestion durable des ressources naturelles et de l'environnement en tenant compte de responsabilité et des capacités de chacun. Les Etats doivent coopérer et intensifier le renforcement des capacités endogènes en matière de développement durable. Cette coopérer doit se

²⁴¹ Principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio, juin 1992.

faire dans un esprit de partenariat en vue de conserver, de protéger et de rétablir la qualité et l'intégrité de la ressource en eau et des écosystèmes aquatiques.

Tout en reconnaissant le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources, les Etats contractants de la Convention sur la gestion durable du Lac Tanganyika soulignent le principe de coopération de bonne foi dans la gestion du Lac Tanganyika et le bassin du Lac en mettant tout en œuvre pour assurer la protection et la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable des ressources naturelles du Lac Tanganyika et de son bassin sur base d'une gestion intégrée dans la coopération²⁴².

L'engagement des Etats de manière individuelle ou dans le cadre d'arrangement sous régionaux doit être dans le but d'établir un partenariat sur une base nouvelle et équitable en créant des niveaux de coopération nouveaux entre les Etats, les secteurs de la ressource en eau et les communautés.

Ceux-ci dégagent deux autres principes qui accompagnent le principe de coopération: *-le principe d'équité (inter et intra générationnelle) -le principe de gestion durable de ressources.*

Ces principes découlent du principe de développement durable qui vise à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures²⁴³.

- *Equité*

Ce principe qui tire ses racines dans la philosophie morale comme une vertu en une disposition à la bienveillance que le droit a emprunté pour justifier ce qui est juste et injuste naturel contrairement à la règle de droit positif. Elle est entendue dans ce sens comme un principe modérateur du droit objectif selon lequel chacun peut prétendre juste, égalitaire et raisonnable. C'est cette atténuation et modification apportées au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières.

Dans le cas de la gestion de la ressource en eau, ce principe permet au droit de l'environnement et bien entendu de la ressource en eau d'être à la fois un droit de protection du présent mais aussi un droit de protection du futur.

Les décisions publiques ou privées doivent-elles systématiquement prendre en compte les effets directs et indirects sur le long terme en ce qui concerne les atteintes au milieu naturel et aux espèces qui affectent nécessairement les générations futures. La consécration juridique de la prise en compte du long terme est la

²⁴² Article 2 et 4 de la Convention sur la gestion durable du Lac Tanganyika, Dar-es-Salaam, juin 2003.

²⁴³ Principe 3 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, juin 1992.

reconnaissance des droits des générations futures qui peut se traduire comme un devoir pour les générations présentes de protéger l'environnement sur le long terme en préservant les biens du patrimoine commun²⁴⁴.

Ainsi la gouvernance de la ressource en eau doit être intragénérationnelle et intergénérationnelle pour devoir combler les inégalités entre les groupes sociaux d'une même génération (femme, jeunes...) et des générations à venir afin de satisfaire leur besoin en ressource en eau.

Il faut retenir que dans la gouvernance des ressources naturelles, deux conceptions de l'équité²⁴⁵ se dégagent :

La conception *conséquentialiste* : L'équité des résultats, de la répartition des efforts ou des avantages.

La conception *procédurale* : c'est l'équité des procédures.

Dans la coopération les Etats se doivent agir avec équité dans le sens :

- De la parité ou distribution égale des charges et bénéfices ;
- De la proportionnalité ou répartition en fonction de la contribution de chacun ;
- De la logique des besoins de base, qui donne la priorité à ceux dont les besoins sont les plus pressants ;
- De l'utilisation classique, qui vise la répartition engendrant le plus grand bien pour le plus grand nombre ;
- De la justice distributive, qui ne discute l'égalité de la répartition qu'au profit d'une amélioration du sort de tous et des plus désavantagés.

• *Gestion durable de ressource en eau*

La gestion durable de la ressource en eau doit répondre aux diverses et complexes questions, telles que les besoins fondamentaux des populations, l'anticipation des crises et la préservation de la ressource, la participation citoyenne, le recouvrement des coûts...

Les différents facteurs qui risquent de perturber cette gestion doivent pousser à la mise en place des mécanismes d'une gestion intégrée tenant compte de l'ensemble des usages et impliquant l'ensemble des acteurs concernés.

Les interactions sont complexes entre les politiques de l'eau, les politiques économiques générales, et les diverses politiques sectorielles, y compris celle relative à l'environnement. Les défis que doit relever le monde de l'eau sont

²⁴⁴ Michel Prieur, Droit de l'environnement, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2016, p. 99.

²⁴⁵ Yvette VEYRET, *Dictionnaire de l'environnement*, Paris, Armand colin, 2012, p.139.

multiples : tension sur les ressources, modifications des cycles hydrologiques locaux à cause du réchauffement climatique, retard de l'assainissement, pollutions chroniques des ressources en eau douce, mise en œuvre effective du droit à l'eau et à l'assainissement pour les populations pauvres, émergence de nouvelles pollutions. Les solutions qui existent, peuvent être déployées dès lors que les conditions de bonne gouvernance sont réunies²⁴⁶.

Ainsi, la gestion de la ressource en eau doit se faire de manière à maintenir la qualité et la quantité de cette ressource aux plus hauts niveaux possibles²⁴⁷. Cela implique la garantie de la pérennité de la ressource en eau en tant que ressource commune.

II. Droit à l'autodétermination

Le droit d'autodétermination découle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui a été reconnu dans la dynamique de la décolonisation affirmé par la Charte des Nations Unies exprimant ainsi le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes²⁴⁸. Ce droit, qui était plus associé à l'exercice du pouvoir et la libération d'une domination étrangère, devient de plus en plus exprimé par les peuples et les Etats en rapport avec l'exercice de la souveraineté sur les ressources naturelles. La domination a changé de narratif. C'est face à une domination économique d'une puissance étrangère. Les mouvements nationalistes l'expriment plus. Et la conséquence est que ces mouvements poussent à assurer librement leur développement économique, social et culturel en plus du statut politique. Cette interprétation très élargie recherche à sauvegarder les intérêts économiques nationaux, des communautés locales et des peuples autochtones contre le néocolonialisme.

C'est le droit de disposition de ses ressources naturelles. Dans bon nombre des constitutions des pays décolonisés, l'on affirme le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles. C'est le cas de la RDC à l'article de la constitution, l'on souligne que « l'Etat exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur la mer territoriale congolaise et le plateau continental²⁴⁹. »

²⁴⁶ Antoine FREROT, *L'eau pour une culture de la responsabilité*, Paris, Frontières, 2009, p. 130.

²⁴⁷ Article VII de la convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, signée à Maputo, le 11 juillet 2003.

²⁴⁸ L'article premier de la Charte de l'Organisation des Nations Unies stipule que les buts des Nations Unies sont les suivants : (...) Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde (...).

²⁴⁹ Article 9 de la Constitution de la RDC de février 2006.

La souveraineté, à la fois dans ses composantes économiques et politiques, apparaît ainsi comme une revendication principalement des pays en développement et leurs communautés, en tant qu'instrument juridique et économique permettant de faire face à la puissance de fait des pays industrialisés sur les ressources naturelles²⁵⁰.

Le droit de souveraineté sur les ressources naturelles en application de la charte des N.U et aux principes du droit international s'étend,

« Au droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique en matière d'environnement et de développement, et le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats... »

L'autodétermination, c'est aussi le droit de décider avec qui partager les ressources.

C'est le droit de propriété exclusive sur les ressources naturelles en tirant les fruits, en usant et disposant. Un droit en opposition du droit de *l'universalité de ressources naturelles*. C'est là, aujourd'hui, l'utilisation de plus en plus de concept de *« patrimoine commun de l'humanité. »* Mais, c'est non dans le sens de la protection de la ressource en eau, plutôt dans le sens de partage de cette ressource. Il s'agit d'éviter que cette ressource ne bénéficie qu'aux pays infimes qui en disposent²⁵¹.

L'évolution du droit de l'environnement et les questions existentielles de l'humanité liées à la justice environnementale limitent ce droit pour faire place à la solidarité écologique et au maintien de l'ordre public écologique. Mais également la responsabilité commune mais différenciée pour un développement intégré et durable. Il ne s'agit pas seulement d'agir contre des injustices socio-économiques et culturelles résultant de l'appropriation, de la sur exploitation des ressources et des services écosystémiques (en particulier de l'eau douce) ou de l'exposition significatives à des dangers et risques environnementaux. Il importe aussi de prendre acte de la répartition naturelle inégale des ressources, de la biodiversité et de la résilience variable des écosystèmes²⁵². Noter que devant ces inégalités qui touchent

²⁵⁰ Marie-Laure LAMBERT-HABIB, *Le commerce des espèces sauvages : entre droit international et gestion locale*, Paris, L'Harmattan, 2000, p.463.

²⁵¹ Alexandre TAITHE, *L'eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Paris, Unicomm, 2008, p.136.

²⁵² Agnès MICHELOT, *Équité et environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?*, Paris, Larcier, 2012, p.263.

à la survie de l'espèce humaine, la solidarité devient *inconditionnelle* et *inconditionnée*.

III. Droit de solidarité écologique

La ressource en eau (douce) est inégalement répartie sur les continents. Il y a des pays qui ont de l'eau en abondance que d'autres. Certains pays (proches de l'équateur) ont de stocks d'eau que d'autres qui sont dans les zones arides²⁵³. Il y a une disparité entre les Etats et une disparité à l'intérieur des Etats en ce qui concerne le bilan hydrique. Ces irrégularités concernent aussi les bassins versants (surface topographique où les précipitations s'écoulent vers un exutoire commun)²⁵⁴. Ainsi, la solidarité écologique participe à deux options. Elle peut être à la base d'un passage vers un nouveau modèle construit sur la prise de conscience des interdépendances fonctionnelles écologiques et sociales, de la transparence quant aux inégalités et injustice environnementales, et de la finitude de la biosphère et de l'importance de déterminer collectivement nos limites. La solidarité écologique revient à préciser et à définir les interdépendances écologiques et sociales directes mais surtout indirectes, dans le temps et dans l'espace. Elle renvoie à la dette écologique, souvent fruit de l'abus. Peut-elle favoriser le développement des communautés en recherchant cette justice environnementale en face du droit de l'autodétermination ?

- *Définition*

Le droit de solidarité écologique c'est le droit de justice environnementale, de responsabilité en face des inégalités environnementales.

La solidarité écologique est l'étroite interdépendance des êtres vivants, entre eux et avec les milieux physiques de deux espaces géographiques, contigus ou non. C'est une notion d'équité écologique :

« L'homme (...) a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ».

« Le développement durable présuppose un souci d'équité sociale entre les générations, souci qui doit s'étendre, en toute logique, à l'intérieur d'une même génération ». Le droit de développement de communautés doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures.

²⁵³ NGOIE TSHIBAMBE (dir.), *Identités, Ressources naturelles et conflits en RDC, Défis méthodologiques et voies de sortie*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 92.

²⁵⁴ Suzanne DIONET-GRIVET, *Géopolitique de l'eau*, 2^{ème} édition, Paris, Ellipses, 2014, p. 11.

Il est développé de plus en plus la notion de patrimoine commun ou l'internationalisation des ressources naturelles et les décisions ou les normes juridiques mettent en difficulté l'application du principe classique de souveraineté formelle et juridique permanente sur les ressources naturelles par les Etats, surtout les Etats en développement.

- *Conditions d'application*

Pour appliquer le principe de solidarité écologique, il est question de reconnaître une certaine responsabilité des Etats. la responsabilité agent de causalité mais la responsabilité comme acteur de réajustement. Dans l'un ou l'autre cas, compte tenu de rôle et des capacités de chacun, il est difficile de déterminer les obligés et les obligataires face à une responsabilité existentielle de l'humanité. Le droit de l'environnement, empruntant le principe en droit international économique, fait appel au *principe de responsabilités communes mais différenciée*. Le traitement différencié est, en effet, une réponse que le droit international a trouvé pour rétablir une certaine équité entre les Etats qui sont juridiquement égaux, mais qui sont, dans les faits, inégaux sur le plan de leur développement économique²⁵⁵. C'est à la recherche de l'équité et de l'équilibre que ce principe est appliqué dans la ligne des principes de pollueur-payeur, de précaution et de prévention qui imposent à tous la protection de l'environnement. Les pays en développement, en rapport avec l'interprétation du principe, mettent l'accent sur les responsabilités historiques des pays développés, et conséquemment, ils doivent maintenant assumer les coûts de leur inaction passée. Mais aussi contribuer en appliquant les mesures préférentielles ou de traitement différencié surtout pour les zones encore écologiquement viables.

Si la solidarité écologique est plus possible sur une zone dans les limites d'un Etats, elle n'est pas aussi facile de manière automatique entre une même zone écologique mais transfrontalière. Car, faudrait-il encore être dans un même bassin frontalier pour que cela n'impacte pas positivement ou négativement -*c'est la grande crainte*- la zone écologique. Le principe de souveraineté effective ou matérielle, bien que fragile, ne le permet pas sans passer par le mécanisme de coopération. Les Etats considèrent que les eaux dans les limites de leurs frontières font partie du patrimoine de la nation et ne doivent être partagées gratuitement avec les autres. Ces eaux et les écosystèmes aquatiques naturels font partie du domaine public²⁵⁶. Et le transfert de ces eaux du domaine public en dehors du territoire national vers le territoire d'un

²⁵⁵ A. MICHELOT(dir.), Op. cit., p.378

²⁵⁶ Article 7 de la loi relative à l'eau.

autre Etat est soumis à l'accord préalable du peuple congolais qui exerce la droite souveraineté par voie de référendum²⁵⁷.

IV. Mécanismes de compensation

Voulant répondre aux questions de responsabilité, d'équité, de justice et de développement des communautés en rapport avec la solidarité écologique et le partenariat mondial, la problématique de la compensation équitable refait surface pour les pays écologiquement viable. Il faut noter que devant la dégradation de la ressource en eau dans les limites d'un Etat, celui-ci est appelé à prendre les mesures d'atténuation soit pour la suppression soit pour la réduction de l'impact sur la ressource et les écosystèmes. Mais en rapport avec la solidarité écologique et les retombées des services écosystémiques au niveau mondial, l'analyse va plus porter sur les mécanismes internationaux de compensation. On est en face de la recherche de nouveaux équilibres entre le partage librement consenti d'intérêts mutuels et le respect de devoirs nécessaires à un vouloir vivre ensemble. Les concepts d'équité et de solidarité constituent une assise fondatrice d'une série de dispositifs d'assistance, d'entraide et de différenciation des contraintes, de compensation et d'exemptions²⁵⁸.

• Définition

La compensation est une notion de droit civil qui est une opération d'extinction simultanée de deux obligations de même nature existant entre deux personnes réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre²⁵⁹. Elle est aussi un mécanisme juridique qui consiste à remettre à quelqu'un une valeur ou un bien en réparation d'une prestation ou en réparation d'un dommage.

C'est dans le sens de mécanisme juridique de prestation qu'il faut comprendre la compensation pour les services écosystémiques que les ressources en eau de certains pays nous offrent. Ces pays sont en droit d'exploiter ces ressources pour le développement de leurs communautés mais les conservent ou les utilisent rationnellement et durablement pour une contribution qui nous permet de vivre et de faire fonctionner notre société. Il faut dire que le coût marginal total approuvé de réalisation des avantages associés à la conservation et à l'exploitation écologiquement viable des ressources naturelles nécessite une coopération internationale accrue et doit être équitablement partagé par la communauté internationale, particulièrement aux pays écologiques pour leur développement durable.

²⁵⁷ Article 53 de la loi relative à l'eau.

²⁵⁸ Agnès MICHELOT (dir.), Op. cit., p. 263.

²⁵⁹ François TERRÉ et alii, *Droit civil : les obligations*, 11^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 1433.

- *Mode de compensation*

La réponse aux questions de gouvernance de la ressource en eau (responsabilité, équité, justice et développement) engage les décideurs à définir les mécanismes de coopération pour la compensation pour certains et pour d'autres la reconnaissance de la responsabilité. Les principes²⁶⁰ de la Déclaration de Rio donnent les pistes à développer pour la compensation. Ces mécanismes peuvent prendre plusieurs formes mais ils se résument dans l'appui technique, scientifique et financier afin d'une adaptation ou résilience.

« les Etats doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. (...) les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent. »

« les Etats doivent coopérer ou intensifier le renforcement des capacités endogènes en matière de développement durable en améliorant la compréhension scientifique par les échanges de connaissances scientifiques et techniques et en facilitant la mise au point, l'adaptation, la diffusion et le transfert de techniques, y compris de techniques nouvelles et novatrices. »

C'est à travers les accords particuliers ou les mécanismes généraux définis par les conventions cadres que l'on dégage les modes de compensation de services écosystémiques des ressources naturelles. Les Etats définissent pour chaque situation particulière les modes de compensation visant le *bénéfice-compensatoire* pour équilibrer le développement. Les Etats ne doivent pas rester sur les bonnes intentions mais être en même de mettre en œuvre les différents instruments juridiques de coopération signés par eux.

L'application de la théorie générale de la coopération transfrontalière peut permettre, pour l'ensemble de cas, l'utilisation équitable de la ressource en eau avec l'amélioration des conditions de vie des populations. Le principe de compensation offre une souplesse aux projets considérés comme nécessaires, opérant un nouvel équilibre des intérêts à prendre en compte et s'ouvre par la même à une certaine équité²⁶¹. Ceci fait juste appel aux notions d'équité inter et intra générationnelle mais aussi de l'équité inter et intra étatique.

²⁶⁰ Principes 7 et 9 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, 1992.

²⁶¹ A. MICHELOT (dir.), Op. cit., p.237.

Il faut noter que lorsque les ressources naturelles, en particulier l'eau douce, constituent des richesses essentielles pour des économies basées sur l'exportation de matières premières, il est hors de question pour les décideurs, des pays bio méga, de céder la moindre parcelle de souveraineté nationale (l'eau faisant partie d'élément de la souveraineté en RDC) : ils s'attachent alors au principe de *non-ingérence* pour s'opposer à toute tentative de mainmise de l'étranger sur ce patrimoine national, le cas de la tentative de transfert des eaux du fleuve Congo vers le bassin du Tchad²⁶².

- *Modalités de mise en œuvre*

La mise en œuvre des mécanismes de compensation dépend de services écosystémiques et du niveau de coopération (bilatérale ou multilatérale, sous-régionale ou régionale ou encore mondiale) mais aussi de la capacité écologique à répondre aux besoins dont sollicitation de la ressource en eau. L'Etat dont les ressources sont sollicitées peut formuler différentes demandes qui se résument en contreparties techniques et scientifiques et en contreparties financières dans l'objectif de son développement économique et du bien-être de ses communautés.

Des tentatives dans le domaine de l'eau ont été développées, c'est notamment, *le fonds bleu pour le bassin du Congo* dont l'accord était signé à Oyo en République du Congo le 09 mars 2017.

Cette initiative est un fond international de développement qui vise à permettre aux Etats de la sous-région du bassin du Congo de passer d'une économie liée à l'exploitation des forêts à une économie s'appuyant davantage sur les ressources issues de la gestion des eaux, et notamment de celle des fleuves.

Ce fond a pour objectif de préserver les forêts de cette zone du continent, deuxième réservoir de carbone du monde, tout en garantissant un développement économique permettant aux populations de la région d'améliorer leur qualité de vie.

La réussite de la mise en œuvre des mécanismes de compensation dépend principalement des capacités diplomatiques et de négociation des pays écologiquement viables, d'un arrangement institutionnel et de la volonté politique des Etats alliés. Mais les résultats de la gouvernance responsable peuvent militer à une bonne considération. Un Etat dont la gouvernance des ressources naturelles est teintée de corruptions, de violation des principes d'un état de droit, d'instabilité

²⁶² Marie-Laure LAMBERT-ABIB, *Le commerce des espèces sauvages : entre droit et gestion locale*, Paris, L'Harmattan, 2000, p.469.

L'article 9 de la constitution de 2006 souligne que « l'Etat exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur le mer territoriale congolaise et sur le plateau continental. »

économique et politique... peut se voir sous classer, malgré ses ressources, pour bénéficier de la compensation aux services écosystémiques.

La finalité de la mise en œuvre des arrangements-compensatoires pour les services écosystémiques de la ressource en eau ou des ressources naturelles, c'est le développement des communautés locales riveraines de ces ressources ou dont les droits coutumiers et de premiers occupants sont reconnus.

Les efforts des Etats à conserver ou maintenir les ressources naturelles pour les services écosystémiques doivent être appuyés particulièrement par la communauté internationale, comme le cas des principes dégagés par la Déclaration de Rio sur les forêts :

« Les efforts des pays en développement pour renforcer la gestion, la conservation et le développement durable de leurs ressources forestières devraient être appuyés par la communauté internationale, compte tenu de l'importance de réduire l'endettement extérieur, particulièrement là où il est aggravé par le transfert net de ressources au profit des pays développés, ainsi que du problème d'atteinte au moins la valeur de remplacement des forêts grâce à l'amélioration de l'accès au marché pour les produits forestiers, spécialement les produits transformés. »

V. Enjeux de développement de communautés locales

La fin de la décennie 1970 a marqué un intérêt croissant des Nations unies sur la ressource en eau. Plusieurs conférences et programmes y ont été consacrés. C'est au cours de ces grandes rencontres que les nations trouvent la nécessité de reconnaître la dimension multisectorielle et multifonctionnelle de la mise en valeur des ressources en eau dans le contexte du développement socio-économique. Ce n'est ni l'abondance ni la raréfaction de la ressource en eau qui détermine le développement. Mais une eau rare mobilise davantage d'infrastructures, et suscite donc plus de coûts qu'une eau abondante. Paradoxalement, les pays où l'eau est rare ont les plus grands besoins, ce qui leur impose des charges économiques susceptibles de grever leur développement économique²⁶³.

La politique et la gouvernance de l'eau doivent permettre d'atteindre les quatre dimensions :

- La dimension économique
- La dimension sociale
- La dimension géopolitique

²⁶³ Alexandre TAITHE, *L'eau. Un bien ? Un Droit ? Tensions et opportunités*, Paris, Unicomm, 2008, p.79.

➤ La dimension environnementale

C'est ici que l'Etat doit avoir la capacité décisionnelle en poussant le développement et le bien-être de communautés. Cette capacité se remarque au moment des négociations bilatérales, généralement entre les pays du Sud et un gouvernement ou une firme du Nord. L'application du principe d'égalité souveraine reste, mais sur le plan économique, cette égalité des Etats est une fiction juridique. En réalité les inégalités de puissance et donc de pouvoir de négociation sont telles, entre Etats développés et Etats en développement, comme entre firmes transnationales et Etats en développement, que l'on peut craindre que les négociations aboutissent dans la plupart des cas à des résultats déséquilibrés au profit des plus puissants²⁶⁴.

Toutes les actions publiques doivent favoriser le développement intégré de peuples et la bonne gouvernance des ressources naturelles. Le prélèvement de la ressource pour le besoin de développement et de solidarité ne doit pas être excessif et empêcher les bénéfices des communautés situées en aval. Une telle activité, si elle comporte un degré élevé de risques pour la nature devra être précédées d'un examen approfondi et leurs promoteurs devront prouver que les bénéfices escomptés l'emportent sur les dommages éventuels pour la nature et, lorsque les effets nuisibles éventuels de cette activité ne sont qu'imparfaitement connus, l'on fera application du principe de précaution.

• *Enjeu économique*

Les liens entre pauvreté et conditions environnementales deviennent encore plus évidents lorsque l'on considère que la pauvreté ne concerne pas seulement le revenu ou la richesse, mais englobe la capacité d'un individu ou un groupe d'individus d'avoir accès aux divers éléments qui contribuent au bien-être. Ces éléments sont très étroitement liés aux services des écosystèmes tels que l'eau fournie en quantité et qualité suffisante pour être bue et pour être utilisée pour le bain²⁶⁵.

L'eau fait partie intégrante de l'écosystème et constitue une ressource naturelle et un bien social et économique dont la quantité et la qualité déterminent l'affectation. A cette fin, les ressources en eau doivent faire l'objet de mesures de protection tenant compte du fonctionnement des écosystèmes aquatiques et de la pérennité de la ressource et visant à satisfaire ou à concilier les besoins en eau aux fins des activités humaines.

²⁶⁴ Marie-Laure LAMBERT-ABIB, Op. cit., p.468.

²⁶⁵ A. MICHELOT (dir.), p. 19.

Dans la mise en valeur et l'utilisation des ressources en eau, il faut donner la priorité à la satisfaction des besoins fondamentaux et à la protection des écosystèmes.

L'utilité de l'économie appliquée à la ressource en eau vient de ce qu'elle permet d'établir une information plus complète sur la valeur de l'eau, pour en améliorer son allocation. Tous les aspects, directs et indirects, touchant à l'eau douce, qu'ils soient marchands ou non marchands, qu'ils relèvent d'usage de la ressource ou l'eau présente dans les écosystèmes, sont alors intégrés et modélisés pour tenter de déterminer la valeur totale de l'eau²⁶⁶.

• *Enjeu géopolitique*

La position hydrographique de la R.D.C. est à la fois un problème et une opportunité stratégique pour elle-même et pour les pays de la région. Un problème compte tenu des inégalités hydriques dans la zone, ce qui appelle une gestion optimale des intérêts d'autres pays en carence de la ressource en eau. La République démocratique du Congo qui est au carrefour de la diplomatie de l'eau en Afrique est aujourd'hui, plus que hier, sous la menace dont l'objet est le partage de la ressource en eau, surtout avec le projet « *Transqua* » du transfert des eaux du fleuve Congo vers le bassin du Tchad. Une opportunité dans la mesure qu'elle peut être un levier de développement pour les communautés locales. Les peuples ont monté leurs programmes de développement autour de la présence ou de la pénurie d'eau, le cas notamment du fleuve Nil, du Jourdain, de l'Euphrate et du Tigre, mais qui se sont soldés en conflit ou litige de partage de la ressource. Le fait du partage frontalier de la ressource et la recherche de l'appropriation privative de l'eau poussent les Etats à faire valoir leur souveraineté face aux Etats voisins. Ceci fait redouter de possibles affrontements interétatiques ou communautaires.

Cette expression de la souveraineté sur la ressource en eau n'a pas, ces jours, entraîné une utilisation de la force pour faire valoir le droit exclusif sur la ressource par les Etats. Les Etats forts ou faibles qui partagent la ressource recourent généralement au principe de coopération pour la cogestion ou envisager les règlements de conflit nés de l'utilisation de la ressource. En déconstruisant la trajectoire de la gestion de l'eau dans les relations interafricaines, il y a lieu de noter que le premier volet, celui de la concertation, relève d'une logique essentiellement diplomatique, qui vise à trouver les arrangements possibles entre Etats dans le cadre d'un partage équitable de la ressource²⁶⁷. Ainsi, comme le souligne notamment la

²⁶⁶ Alexandre TAITHE, *L'eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Paris, Unicom, 2008, p. 77.

²⁶⁷ NGOIE TSHIBAMBE (dir.), *Op. cit.*, p. 101.

Convention sur la gestion durable du Lac Tanganyika et la Charte des eaux du fleuve Sénégal :

« Si un différend intervient entre des Etats contractants touchant l'interprétation ou à l'occasion de la mise en œuvre de la présente Convention, les Etats concernés doivent le notifier au Secrétariat et chercher une solution par voie de négociation (...)»²⁶⁸.

Tout différend qui pourrait surgir entre les Parties signataires, relativement à l'interprétation ou à l'application de la présente Charte, ses avenants, ou annexes, sera résolu par la conciliation et la médiation. A défaut d'accord, les Etats contractants devront saisir la Commission de Conciliation et Arbitrage de l'Union Africain. En dernier recours, la Cour internationale de Justice est saisie (...)»²⁶⁹.

L'enjeu de gestion souveraine de la ressource en eau et la sollicitation hors des frontières deviennent des faits dangereux dans un contexte politique multidimensionnel lorsqu'elles sont associées à d'autres problèmes identitaires, ethniques, religieux, socio-culturels ou politiques et qu'elles constituent un facteur de tensions supplémentaires²⁷⁰.

- *Enjeu socio-culturel*

Le droit à l'eau dans l'aube des objectifs du développement durable permet aux communautés de formuler les revendications sociales légitimes pour satisfaire les différents besoins liés à l'utilisation et à la gestion de la ressource. L'eau fait partie des éléments de cohésion sociale et identitaire de communautés partageant la même ressource en eau. Cependant, la pénurie de la ressource renforce les disparités dans la communauté. Intégrant l'aspect de l'eau dans les programmes de développement des communautés, les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable²⁷¹.

L'eau participe d'une manière ou d'une autre à la paix et à la promotion de l'harmonie sociale, objectifs qui renvoient directement à l'idée de justice sociale. La qualité de vie ou le bien être en société est aussi rattachée à l'accès à l'eau. Les politiques de l'eau ne doivent non seulement couvrir les besoins en eau de populations, mais aussi notamment :

²⁶⁸ Article 29 de la Convention sur la gestion durable du Lac Tanganyika, Dar-es- Salaam, 2013.

²⁶⁹ Article 30 de la Charte des eaux du Fleuve Sénégal, Dakar, mai, 2002.

²⁷⁰ Suzanne DIONET-GRIVET, *Géopolitique de l'eau*, Paris, ellipses, 2014, p. 462.

²⁷¹ Principe 22 de la Déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement, juin 1992.

« Satisfaire ou concilier les exigences de l'agriculture, de l'élevage, de la pêche et de l'aquaculture, de l'extraction des substances minérales, de l'industrie, de la production d'énergie, des transports, du tourisme, des loisirs ainsi que de toute autre activité humaine légalement exercée ; Faire face aux nécessités de la santé, de la salubrité publique, de la sécurité civile et aux problèmes posés par le changement climatique²⁷². »

L'enjeu socioculturel de l'eau par rapport aux communautés se résume dans le fait qu'autour de la ressource les peuples vivent en parfaite harmonie avec la nature ou encore qui partagent des pouvoirs quasi mystiques et surnaturels en vue de préserver la nature. C'est la reconnaissance d'une certaine homogénéité de la population qui impose le maintien et le respect de la hiérarchie, de l'appartenance locale et de l'identité culturelle (les communautés des deux rives du fleuve Congo se considèrent comme une seule communauté). L'eau devient à un moment donné, le centre de l'organisation sociale. L'eau dans les cultures est la mère de la vie et de la terre. Le ferment de survie nécessaire à l'humanité comme l'avait reconnu le Marchal Mobutu Sese Seko, alors Président de la République Démocratique du Congo (République du Zaïre), dans un de ses discours mythiques (*...Tout comme le soleil se lève avec éclat chaque matin et se couche le soir aux horizons du grand et majestueux fleuve zaïre, fier d'avoir apporté à l'humanité le ferment de survie nécessaire...*). C'est le lieu des génies, des esprits et des hommes. C'est le passage, la porte vers l'au-delà.

• *Enjeu écologique ou environnemental*

L'eau comme élément de l'écosystème pose les problèmes d'excès, de pénurie et de mauvaise qualité due aux pollutions. Ces contraintes se rapportent aux enjeux environnementaux de la ressource en eau soit par les phénomènes naturels soit par les activités anthropiques. L'utilisation de la ressource en eau devra répondre à l'ordre public environnemental. La prise en compte des valeurs environnementales dans la dimension sociétale à la fois transcendante et intemporelle qui répond à une exigence morale et éthique de la justice environnementale²⁷³. Ainsi, les Etats gèrent leurs ressources en eau de manière à maintenir la quantité et la qualité de ces ressources aux plus hauts niveaux possibles. A cette fin, ils prennent des mesures destinées à :

- *Maintenir les processus hydro-écologiques essentiels et à protéger la santé humaine contre les polluants et les maladies d'origines hydriques ;*

²⁷² Article 13 de la loi relative à l'eau.

²⁷³ A. MICHELOT(dir.), Op. cit., p.105.

- *Prévenir les dommages qui pourraient avoir des effets nocifs sur la santé humaine ou les ressources naturelles dans un autre Etat du fait de rejets de polluants ;*
- *Empêcher le prélèvement excessif de ces ressources, au bénéfice des communautés et Etats situés en aval*²⁷⁴.

Ces mesures, en ce qui concerne les pollutions, visent particulièrement la protection des eaux et la lutte contre toute pollution par déversements, écoulements, rejets, dépôts directs ou indirects de matières de toute nature et plus généralement par tout fait susceptible de provoquer ou accroître la dégradation des eaux en modifiant leurs caractéristiques physiques, biologiques ou bactériologiques, qu'il s'agisse des eaux superficielles, souterraines ou des eaux de la mère dans la limite des eaux territoriales.

Elles concernent également les situations d'inondations et de sécheresse. Les inondations comme risques naturels imprévus ou exceptionnels affectant les ressources en eau. Les inondations constituent un enjeu majeur qui perturbe l'équilibre, particulièrement la potabilité de la ressource en eau et ses effets sur les écosystèmes. Également, le rôle clef que les écosystèmes jouent dans la préservation de l'eau, que ce soit en quantité ou en qualité qu'il faut mettre en valeur de façon durable. C'est aussi les mesures en rapport avec l'absence prolongée ou le défi marqué des précipitations. La problématique du changement climatique s'y invite de plus en plus dans la gestion écologique de la ressource en eau.

Conclusion

Les inégalités de la répartition naturelle des ressources naturelles et celles en eau constituent une force pour l'humanité à renforcer la solidarité et la rationalité dans la gestion intégrée de la ressource en eau au niveau mondial. Les peuples aspirent au bien-être ! Les ressources en eau qui déterminent leur identité, leur appartenance doivent participer à l'atteinte de cette aspiration dans la démarche de l'équilibre. Il y a donc nécessité de concilier les valeurs sociales, environnementales et économiques de l'eau découlant de la complexité des perceptions de la ressource et des enjeux de son partage sur le terrain. Cette nécessité de conciliation permettra un développement harmonieux des communautés car, le développement n'existe que si la personne qui en est à la fois l'instrument et le bénéficiaire, en est également la justification et le but. Le développement doit être intégré et harmonisé. Il doit favoriser le plein développement de l'être humain au niveau spirituel, moral et matériel, garantissant ainsi la dignité de la personne dans la société.

²⁷⁴ Article VII de la Convention Africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, Maputo, juillet 2003.

Bibliographie

1. Charte de l'Organisation des Nations Unies.
Convention Africaine sur la conservation de la nature et les ressources naturelles, Maputo, 2003.
2. Convention sur la gestion durable du Lac Tanganyika, Dar-es-Salaam, 2003.
3. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio, 1992.
4. Constitution de la République Démocratique du Congo de 2006.
Loi n°15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau.
5. Michelot, Agnès (s/d), *Equité et environnement*, Bruxelles, Larcier, 2012.
6. TAITHE, Alexandre, *L'eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités*, Paris, Unicomm, 2008.
7. FRÉROT, Antoine, *L'eau, pour une culture de la responsabilité*, Paris, Frontières, 2009.
8. TERRE, François, SIMLER Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013.
9. NGOIE TSHIBAMBE (dir.), *Identités, ressources naturelles et conflits en RDC, défis méthodologiques et voies de sortie ?*, Paris, L'Harmattan, 2013.
10. LAMBERT-ABIB, Marie-Laure, *Le commerce des espèces sauvages : entre droit international et gestion locale*, Paris, L'Harmattan, 2000.
11. PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2016.
12. MULLER, Pierre, *Les politiques publiques*, coll. « Que sais-je », Paris, PUF, 2015.
13. DIONET-GRIVET, Suzanne, *Géopolitique de l'eau*, 2^{ème} édition, Paris, ellipses, 2014.
14. LACOSTE, Yves, *L'eau dans le monde, les batailles pour la vie*, Paris, Larousse, 2010.

*

* *

LE JUGE DE L'ARTICLE 49 DE L'AUPSRVE : PORTEE, ETENDUE ET COMPETENCE EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Par :

NKULU MUKUBU LUNDA Johnny
Avocat au Barreau du Haut-Katanga
Assistant à l'Université de Lubumbashi
Doctorant en Droit

RESUMÉ

La juridiction présidentielle ou JEX organisée par l'article 49 de l'acte Uniforme OHADA portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution s'est, du fait de la pratique prétorienne, révélé être une véritable juridiction à part entière de par sa portée et son contenu, l'on sait déceler en l'étudiant ses différentes déclinaisons qui, bien appréhendées, aideront tant les justiciables, les plaideurs que les magistrats de s'y référer en toute conscience et confiance.

Mots-clés : Juridiction présidentielle, exécutoire sur minutes, urgence, difficultés d'exécution, mesure conservatoire, mesures d'exécution.

ABSTRACT

The presidential jurisdiction or JEX organized by Article 49 of the OHADA Uniform Act on simplified recovery procedures and enforcement procedures has, because of praetorian practice, proved to be a real jurisdiction in its own right by its scope and content, we know how to detect by studying its different variations which, well understood, will help both litigants, The litigants that the magistrates to refer to it in all conscience and confidence.

Keywords: *Presidential jurisdiction, enforceable on minutes, urgency, difficulties of enforcement, precautionary measure, enforcement measures.*

Introduction

Il est de principe pour tout plaideur qu'un créancier n'aurait aucun intérêt à obtenir un jugement à l'encontre de son débiteur, s'il ne peut exécuter les condamnations et y contraindre éventuellement son débiteur récalcitrant²⁷⁵. En effet, obtenir un titre exécutoire à l'encontre de son débiteur, malgré les vicissitudes qui peuvent surgir dans la procédure (contestations injustifiées, suspicions légitime dans le but d'alourdir la procédure, remises interminables, exceptions soulevées à titre purement dilatoire, etc.) a toujours semblé n'être que la pointe de l'iceberg lorsque l'on doit envisager l'exécution dudit titre à l'égard d'un débiteur de mauvaise foi. Parfois, même après que le titre exécutoire soit coulé en force de chose jugée ou devenu incontestable, le créancier devra faire face à la mauvaise foi manifeste de son débiteur en saisissant à nouveau les juridictions afin d'obtenir l'exécution forcée. Ceci, faute d'exécution volontaire du débiteur. Et donc, il doit également revenir devant un juge pour obtenir d'autres titres exécutoires en cas de difficultés d'exécution ou de contestations.

Dans ce processus harassant d'exécution forcée, le créancier, titulaire du titre exécutoire, est appelé à côtoyer les juridictions sur les difficultés naissant à la suite de l'exécution. Dans certaines sphères, il doit saisir le juge dit des référés pour les cas urgents et, sous d'autres, le juge dit d'exécution. C'est dans cette optique que l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, OHADA en sigle, a instauré, au travers son Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution (AUPSRVE), une juridiction spéciale, appelée à siéger en matière d'urgence, toutes les fois qu'il surgit des difficultés d'exécution, c'est le juge de l'article 49.

Souvent confondu avec le juge des référés ou avec le juge saisi à bref délai dans les cas qui requièrent célérité, cette nouvelle juridiction, appelée à trancher les litiges naissant de l'exécution des décisions, est connue en République Démocratique du Congo sous plusieurs vocables, en l'occurrence, **le juge de l'urgence** ou la **juridiction présidentielle**, et même parfois **le juge de l'article 49**²⁷⁶. Toutes ces appellations tirent leur base du fait qu'en RDC, cette notion n'a vu le jour que par l'avènement du droit Communautaire OHADA, dont l'article 49 de l'AUPSRVE.

En effet, cette disposition pose comme principe que :

²⁷⁵ Juris-classeur, cité par Kengo Wa Dondo dans sa mercuriale sur l'exécution des jugements prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la cour suprême de justice du 10 décembre 1977 et publié en 1978, p. 22.

²⁷⁶ Nous adopterons cette dernière appellation pour la présente étude.

« La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui. Sa décision est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de son prononcé. Le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du président de la juridiction compétente »²⁷⁷.

Les caractères innovant et spécifique de cette juridiction l'ont érigée en juridiction par excellence dans la poursuite des mesures d'exécution forcée en RDC. Toutefois, cette juridiction est également devenue la source de plusieurs abus au point qu'elle passe pour un raccourci procédural ou pour une loterie en faveur de ceux qui ne souhaitent pas respecter la procédure. Nombreuses sont les procédures cavalières qui y sont menées dont les auteurs, mus par une volonté non moins cynique, y trouvent une opportunité de contourner les règles procédurales.

Toutes ces réalités ne peuvent que nous motiver à nous interroger sur la portée et l'étendue réelle de cette nouvelle juridiction en RDC afin d'en déceler les contours pour essayer tant soit peu de stopper les déviationnismes auxquels elle donne lieu actuellement et de répondre aux différentes controverses qu'elle soulève.

I. Portée du juge de l'article 49

L'étude de cette juridiction nous impose d'en préciser premièrement la compréhension la plus communément acceptée par la doctrine en termes de définition (notions) pour nous permettre de la distinguer des autres institutions qui s'y rapprochent par leur organisation et composition (Notions voisines).

A. Notions

Il a été admis que la juridiction instituée par l'article 49 apparaît comme une juridiction autonome au sein d'une juridiction ordinaire, dont les compétences sont exercées par un seul magistrat, à savoir le Président de la juridiction ou le magistrat délégué par lui²⁷⁸.

Cette définition lapidaire souffre du fait de n'avoir pas délimité les compétences réelles de cette juridiction. C'est ainsi que, pour notre part, il s'agit d'une juridiction spéciale créée au sein d'une juridiction de droit commun sous

²⁷⁷ Article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution du 10 juillet 1998

²⁷⁸ Exposé de Me Jacques MUKONGA dans la rubrique « question du prétoire » lors du 17^{ème} café juridique organisé par le Barreau de Lubumbashi en date du 27 juillet 2018.

l'autorité du président de juridiction et appelée à statuer en urgence sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire. Elle constitue de ce fait une procédure innovante en droit congolais, qui ignorait, avant l'adhésion à l'OHADA, une juridiction aux compétences semblables ceci, contrairement aux autres Etats membres de la communauté qui ont hérité d'une tradition juridico-législative française, en calquant leur droit judiciaire sur le model l'ancien code de procédure civile français,

C'est ainsi que l'accueil de cette procédure dans sa sphère judiciaire a été source de moult confusions et interprétations à telle enseigne qu'on se demande s'il agit d'une juridiction de référé telle qu'organisée en matière administrative, d'une juridiction gracieuse ou même d'une juridiction statuant à bref délai. Autant d'interrogations qui sollicitent une différenciation adéquate et préalable.

B. Notions voisines

Il est vrai qu'un certain nombre de procédures prêtent à confusion avec la procédure prévue par l'article 49 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE. Il s'agit le plus souvent de la procédure de référé, de la procédure en matière gracieuse et du juge d'exécution.

Avant toute réflexion y relative, nous pouvons arguer que la procédure prévue par l'article 49 se diffère sensiblement de ces procédures et ne doit aucunement y être assimilée tant sur le plan national que sur le plan communautaire.

1. Le juge de l'article 49 n'est pas un juge de référé

Dans les traditions juridiques qui l'instituent, il est considéré que le référé est une procédure ayant pour objet de faire statuer aussi rapidement que possible dans les affaires urgentes et dans les cas où les titres et les jugements soulèvent des difficultés relativement à leur exécution mais uniquement d'une manière provisoire, le principal demeurant toujours réservé²⁷⁹.

Il sied de noter qu'en RDC il n'existe pas à ce jour une juridiction des référés devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Néanmoins cette procédure existe devant les juridictions de l'ordre administratif lorsque l'on se réfère à la loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administrative. En effet, l'on comprend de la lecture de ce texte que le référé est en droit procédural administratif, une procédure à juge unique

²⁷⁹ César-BRU, Charles, Jean-Pierre SEIGNOLLE, Pierre HEBRAUD, ODOUL, GUILLEMETTE, *la juridiction du président du Tribunal*, Tome 2, *Des référés*, 5^{ième} éd. Par ODUL (G), librairie de la Cour de cassation, Paris, 1961. Pp. 11-12 cité par Joseph DJOGBENOU, *exécution forcée droit OHADA*, éd. CREDIJ, Cotonou, 2011, p. 117.

se déroulant en chambre du conseil afin de statuer, par voie d'ordonnance, dans un délai de 8 jours, sur une mesure provisoire lorsqu'il existe un doute sérieux quant à la légalité d'un acte administratif et qu'il y a urgence²⁸⁰.

En dépit des apparences se rapportant aux prérogatives présidentielles, le juge de l'article 49 n'est pas le juge de référé tel que sus-défini et même tel que consacré par certaines législations comme le code de procédure civile béninois en ses article 806 et suivants²⁸¹. En effet, au regard des législations qui l'instaurent et sur des plans fondamentaux, la juridiction présidentielle de l'article 49 se détache de manière caractérisée et significative de celle des référés en deux points fondamentaux, en l'occurrence :

- Le juge des référés est un juge de l'urgence

Tout d'abord le juge des référés tire sa compétence de l'urgence qui entoure la matière ou du caractère urgent de la matière lui soumise. On dit qu'il est saisi en vertu de l'urgence ; alors que le juge de l'article 49 statue en matière d'urgence ou par une procédure urgente.

Il est vrai que l'identité la notion d'urgence a fondé plusieurs juristes et même plusieurs décisions de la CCJA à confondre ces deux offices et il est d'autant plus flagrant que la formulation de l'article 49 al. 1 in fine « ... *le président de la juridiction statuant en matière d'urgence...* » porte en elle-même les germes d'une interprétation équivoque et d'une confusion sémantique qu'on peut regretter²⁸².

Néanmoins, l'appréhension exacte qu'il faut avoir de la notion d'urgence au regard de l'article 49 est différente de celle du juge des référés. En effet, le juge des référés est compétent dans tous les cas d'urgence. En d'autres termes, le juge des référés doit vérifier le caractère urgent du cas qui lui est soumis pour déclarer l'action recevable.

C'est en ce sens que l'article 287 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre administratif dispose en son 1^{ier} alinéa que : « *outre les mentions prévues par l'article 135 de la présente loi organique, la requête aux fins des mesures en référé contient la justification de l'urgence des mesures sollicitées* » (C'est nous qui avons souligné).

Ceci n'est pas le cas avec le juge de l'article 49, qui lui n'est pas saisi du fait du caractère urgent de l'affaire mais qui **statue** dans une procédure d'urgence, peu importe le caractère de l'affaire lui soumise.

²⁸⁰ Lire à ce sujet les articles 278 à 320 de la loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.

²⁸¹ Loi n°2008-07 portant code de procédure civile, commerciale et sociale et administrative du Benin adopté le 16 octobre 2008 et promulgué le 28 février 2011.

²⁸² Joseph DJOGBENOU, *op. cit.*, p. 121.

Et donc, l'urgence désigne dans le texte communautaire la forme de traitement des litiges et ne constitue guère, comme en droit processuel commun, un critère de recevabilité de la demande en référé.²⁸³

- Le juge des référés est un juge du provisoire

A ce propos, même si le juge des référés est, sous d'autres cieux, compétent en matière de difficultés liées à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, c'est pour y statuer « provisoirement ». Il ne saurait donc être saisi du principal.

Et d'ailleurs, en droit administratif congolais, il nous revient de l'article 278 alinéa 2^{ème} de la loi organique que : « *le juge des référés rend des mesures provisoires. Il ne statue pas sur la demande principale* ».

Ceci n'est pas le cas du juge de l'article 49 qui connaît du fond du litige relatif aux difficultés d'exécution en statuant sur le principal, alors que pour le juge de référé le principal est toujours retenu.

2. Le juge de l'article 49 n'est pas le juge qui statue à bref délais

A ce sujet, il nous revient de l'acte uniforme de l'OHADA sur le droit commercial général, en son 6^{ième} livre, Titre 1^{er} traitant du bail à usage professionnel, qu'en cas de litige lié à l'exécution du contrat de bail, la compétence est donnée à un juge particulier désigné sous le vocable « *juridiction compétente statuant à bref délai* »²⁸⁴.

''Le juge statuant à bref délai'' apparaît plus comme un juge devant connaître, par une procédure accélérée, des différentes difficultés pouvant surgir dans le quotidien des professionnels liés par un contrat de bail à usage professionnel. Cette rapidité est due au fait que l'accomplissement des activités professionnelles (commerciales) requière célérité²⁸⁵. En affaire, comme on le dit, le temps c'est de l'argent. De même les contestations qui en résultent ne doivent pas souffrir de la lenteur qui caractérise le déroulement normal des procédures judiciaires, d'où l'institution d'un juge qui devra statuer à bref délai.

Ce juge correspond sous d'autres sphères au juge des référés compte tenu de l'urgence. C'est ainsi qu'il est de jurisprudence que c'est le juge des référés qui est

²⁸³ *Ibidem*

²⁸⁴ Lire en ce sens les articles 106, 107, 117, 120, 122, 132, etc. de l'Acte uniforme OHADA sur le droit commercial général tel que révisé en date du 15 décembre 2010

²⁸⁵ KALUNGA TSHIKALA Victor, *droit des affaires volume 1 : droit commercial général, de l'héritage colonial aux acquis de l'OHADA*, éd. Cresa, Lubumbashi, 2013, p.31.

compétent pour ordonner l'expulsion dès lors qu'un terrain doit être libéré pour y édifier un édifice religieux²⁸⁶.

Sa nature fait qu'il n'est compétent que pour certaines matières portant sur les litiges nés de l'exécution d'un bail professionnel, ce qui le différencie sensiblement du juge de l'article 49. C'est pour cette raison qu'il a été décidé que le juge de l'urgence, qui est le juge d'exécution, est incompétent à connaître d'une demande en expulsion ou de paiement d'arriérés de loyers, qui ne constituent ni une demande relative à une mesure d'exécution forcée, ni une saisie conservatoire au sens de l'article 49 de l'AUPSRVE²⁸⁷.

Enfin, il sied de noter que, la référence aux référés en RDC étant uniquement administrative et non judiciaire comme dans le cas sous examen, la procédure à bref délai se déroule le plus souvent devant une juridiction ordinaire normalement composée, qui statue sans déssemparer, c'est-à-dire à la première audience, sans remise ni communication des pièces entre parties. Ceci la différencie déjà du juge de l'article 49 qui est un juge unique.

3. *Le juge de l'article 49 alinéa 1^{er} n'est pas juge des requêtes*

A ce sujet, l'acte uniforme sur les voies d'exécution fait référence, dans certaines de ses dispositions, d'un juge saisi par requête en vue d'ordonner certaines mesures. C'est l'occurrence de l'article 54 de l'acte uniforme qui dispose que : « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, **par requête**, solliciter de **la juridiction compétente** du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement* ».

Cette juridiction est également à différencier de celle désignée par l'article 49 du fait qu'il s'agit là non d'une juridiction contentieuse mais plutôt d'une juridiction gracieuse du fait que le juge ne départage pas un conflit entre deux parties mais prend une mesure à la demande d'une partie.

Dans ce cas, il ordonne, décide, autorise sans qu'une autre partie ne soit appelée à contredire. En matière de juridiction gracieuse, il n'y a ni litige, ni

²⁸⁶ C.A. Niamey, Ch. Civ., n°54, 4-6-2003 : S. B. c./ El Hadji H.M., Ohadata J-03-264 repris par le code pratique Francis Lefebvre, OHADA : traité, Actes uniformes et règlements annotés, éd. Francis Lefebvre, Paris, 2013, p.331

²⁸⁷ TPI Douala Ndoloki, Ord. N°147/074-05, 27-1-2005 : Sté ANFI c./ W. M., Ohadata j-05-145, repris par le code pratique Francis Lefebvre, *Op. Cit.*, p.293

adversaire. Le juge peut agir chaque fois que la loi lui donne le pouvoir de vérifier la régularité, la sincérité ou le contrôle d'un acte²⁸⁸.

Ce juge prévu à l'art 54 comme celui de l'article 49 se prononcent par ordonnance. Cependant, contrairement au juge de l'article 49, le juge des requêtes est saisi par requête et ses ordonnances ne sont pas susceptibles d'appel mais peuvent seulement être attaquées en nullité si elles sont irrégulières.

Il est donc erroné d'avoir à assimiler le juge des requêtes au juge de l'article 49, c'est pourquoi il a été jugé que l'ordonnance rendue par le juge des requêtes en violation de l'article 49 suscitée doit être annulée ; statuant à nouveau, il y a lieu de déclarer le juge des requêtes incompétent et renvoyer les parties à mieux se pourvoir²⁸⁹.

II. Étendue de la juridiction présidentielle

La doctrine affirme que de par les ressources juridiques qu'il déploie, le législateur communautaire élève, dans les matières attribuées, le juge de l'article 49 en juridiction autonome.

Cette autonomie fonctionnelle tire sa source, dans le fait, qu'au travers des règles ainsi établies, le président agit d'une part comme juge de fond, ses pouvoirs ayant été étendu et, de seconde part, de manière exclusive sur le fond attribué²⁹⁰.

A. Le juge de l'article 49 : une juridiction particulière

A ce sujet, le juge de l'article 49, quoique tenue par le président de la juridiction ordinaire ou son magistrat délégué, s'écarte du Tribunal au sein duquel elle est installée tant par sa procédure que par ses spécificités pratiques.

Sur le plan organisationnel et fonctionnel, les juridictions ordinaires de l'ordre judiciaire Congolais obéissent à des règles consacrées par la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire. En l'occurrence, toute juridiction doit siéger en formation collégiale (sauf lorsqu'il s'agit d'une matière civile devant un Tribunal de paix), avec l'assistance d'un greffier et le concours du ministère public²⁹¹.

Ceci n'est pas le cas lorsque l'on est devant le juge de l'article 49 qui siège à juge unique qui doit être : le président de la juridiction lui-même, ou un magistrat

²⁸⁸ Lire à ce sujet MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *procédure civile*, éd. Batena-Ntambua Kinshasa, 1999 p.28

²⁸⁹ C.A. Littoral (Cameroun), n°062/CC, 5-5-2008 : B née K.S. c./M.J.A., Ohadata J-09-122

²⁹⁰ Joseph DJOGBENOU, *op. cit.*, p.129

²⁹¹ Lire en ce sens les articles 12 et 13 de la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire

délégué par lui, avec l'assistance d'un greffier **et sans le concours d'un ministère public.**

Par ailleurs, outre le fait que les audiences ont lieu dans le bureau du président²⁹² qui, certaines fois, siège sans habit professionnel, la communication des pièces entre parties n'est pas de mise et l'affaire est plaidée dès la première audience. La décision, rendue dans les plus brefs délais sous forme d'une ordonnance, est susceptible d'appel dans un délai de 15 jours à compter de son prononcé.

Il sied de remarquer que cette procédure est profondément dérogoire à celle ordinaire, dans la mesure où en matières civile, commerciale ou social, la communication des pièces et moyens est une règle sacrosainte du prétoire au point que même les règles déontologique des Avocats l'érige en principe²⁹³. Bien plus, le prononcé n'intervient que dans un délai de 30 jours maximums²⁹⁴ et le délai d'appel ne commence à courir qu'après signification de la décision aux parties.

Par ailleurs, pour ce qui est des spécificités pratiques, il faut préciser que cette juridiction, qui ne siège qu'en matière civile, jouit d'un rôle différent des autres affaires, c'est ainsi que l'on parle de Rôle d'urgence (RU), rôle en matière d'urgence (RMU) ou encore Matière d'urgence (MU). Néanmoins, au degrés d'appel ce rôle prend une autre appellation qui est celle de RMUA, RUA, MUA²⁹⁵, avec pour particularité que bien que l'affaire se tranche avec la même célérité, la procédure se déroule dans la salle ordinaire des audiences, devant une composition collégiale de trois juges qui siègent avec l'assistance d'un greffier et le concours du ministère public.

Mais l'une des spécificités qui fait couler encre et salive au sujet de cette procédure, et qui mérite ici d'être analysée, c'est le caractère non suspensif du délai d'appel et de l'exercice de cette voie de recours, sauf décision contraire spécialement motivée du président de la juridiction compétente issu de l'article 49 alinéa 3^{ème}. C'est de ce principe qu'est née l'expression « *ordonnance exécutoire sur minute nonobstant tout recours* ».

²⁹² D'où l'expression « chambre présidentielle »

²⁹³ Lire en ce sens les article 27 à 29 de l'arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets et l'article 64 de la décision n° CNO/8/87 du 19 août 1987 règlement intérieur cadre des Barreaux de la RDC tel que modifié à ce jour.

²⁹⁴ Article 43 alinéa 2 la loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire

²⁹⁵ Il sied de dire que depuis janvier 2018 à la cour d'appel de Lubumbashi toutes les causes en appel ne sont plus sous enregistrées dans un registre RUA ou RMUA mais sous RCA (Rôle Civil en Appel)

Face à ce caractère non suspensif, une parade ne devait qu'être trouvée c'est ainsi que certains plaideurs ont utilisés les défenses à exécution comme un antidote aux effets parfois brutaux des décisions exécutoires sur minute. Une querelle est donc née entre ceux qui soutenaient la légalité et la légitimité de cette pratique et ceux qui la dénonçaient.

A ce sujet, la CCJA avait tranché dans un arrêt qu' : « *en posant le principe du caractère non suspensif du délai d'appel et de l'exercice de ce recours sous réserve d'une décision contraire du juge saisi qui pourrait lui-même en suspendre l'exécution, l'article 49 alinéa 3 de l'AUPSRVE n'interdit en rien l'exercice d'une procédure de défense à exécution qui serait prévue par la loi nationale...*²⁹⁶ ».

Cet arrêt de principe de la haute CCJA s'avère pourtant inapproprié au droit procédural congolais, en ce sens qu'en droit interne, en l'occurrence lorsque l'on scrute les articles 21 et 76 du décret du 7 mars 1960 portant code de procédure civile congolais, tel que révisé à ce jour, l'on note que les défenses à exécuter ne sont ouverts que contre un jugement qui a ordonné une exécution provisoire, sans caution, alors qu'elle ne le devrait pas, suite au défaut : d'un **titre authentique**, d'une **promesse reconnue** ou d'une **condamnation précédente par jugement dont il n'y ait pas appel**.

Or l'exécution sur minute issue de l'application de l'article 49 sous étude ne nécessite pas ces trois conditions pour être ordonnée par la juridiction présidentielle. Il est même judicieux de dire qu'elle n'a pas besoin d'être ordonnée mais elle est intrinsèque à la décision rendue. C'est plutôt le caractère suspensif de l'appel qui nécessite mention expresse.

Par conséquent c'est à tort qu'une partie viendrait à saisir la juridiction d'appel en défense à exécuter puisque le juge de l'article 49 n'est pas appelé à motiver le caractère non suspensif de l'appel qui est lié à son ordonnance exécutoire sur minute, ni même à se référer aux conditions de l'article 21 du code de procédure civile congolais qui parle de l'exécution provisoire.

Toutes ces particularités sont à la fois preuve des vertus qui mettent en lumière cette procédure mais aussi sources de confusion et de mauvaise interprétation sur les compétences de cette juridiction.

B. Une juridiction aux compétences spécifiques

A ce sujet, le juge de l'article 49 de l'AUPSRVE ne doit pas être considéré comme une juridiction monstre appelée à faciliter toutes les procédures difficiles et

²⁹⁶ CCJA 3° ch., n°064/2012, 7-6-2012 264 repris par le code pratique Francis Lefebvre, *Op. Cit.*, p.692

élastiques et à distribuer des décisions à tout requérant, qu'importe la matière. C'est ainsi qu'on a vu des juridictions présidentielles statuer en matière de régularité de constitution des sociétés, en matière commerciale et même parfois en matières sociales. Tout ceci impose une analyse quant à la portée exacte du juge de l'article 49.

1. Portée exacte du juge de l'article 49

A cet effet, si le législateur communautaire a, dans cet article, fait précéder le substantif « litige » ou « demande » de l'adjectif indéfini « tout », c'est pour bien signifier l'emprise entière du président de la juridiction compétente sur le contentieux. « Tout » exprime, en effet, l'intégralité, la totalité, le caractère absolu et, dès lors, on peut comprendre que la compétence du juge de l'article 49 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE est exclusive sur ces « litiges » ou « demandes »²⁹⁷.

D'ailleurs, il semble bien à propos de préciser que la procédure organisée par l'article 49 de l'AUPSRVE n'est pas exclusive à l'exécution forcée des décisions en matière commerciale. En effet, bien qu'organisée au sein de l'OHADA, le recouvrement des créances et les voies d'exécution sont des matières propres au droit processuel et par conséquent elles s'appliquent dans toutes les affaires qu'importe la matière.

C'est ainsi qu'il ne faudrait pas s'étonner que les juridictions judiciaires, autres que le Tribunal de commerce, puissent organiser des juridictions présidentielles afin de statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire. En d'autres termes, c'est aux dispositions de l'article 49 de l'AUPSRVE qu'il faudra se référer pour toutes ces matières. C'est ici le sens de l'expression « *tout litige* ».

Néanmoins, l'erreur que l'on pourrait commettre à la suite d'une telle affirmation, c'est celle de croire que le juge qu'elle institue déploierait son emprise sur l'entier contentieux de l'exécution forcée, c'est-à-dire aussi bien sur les saisies de nature mobilière que sur l'exécution portant sur les immeubles ou les impenses²⁹⁸, certains l'on même étendue sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances.

En effet, il faut exclure les contentieux de la saisie immobilière et de la saisie des impenses du champ de compétence du juge institué par l'article 49. En outre il faut dire que ce juge n'exerce sa compétence que sur **les obstacles de fond et de**

²⁹⁷ Joseph DJOGBENOU, *op. Cit.*, p.132

²⁹⁸ Lire en ce sens Joseph DJOGBENOU, *op. Cit.*, p. 134

forme élevés contre l'exécution forcée ou la saisie conservatoire²⁹⁹. (Nous avons mis en gras).

De ceci, il en résulte que le juge de l'article 49 est incompétent pour connaître d'une demande principale en dommage et intérêt, ou encore d'une action portant sur la validité des droits ou obligations contenus dans le titre exécutoire³⁰⁰. Il est aussi incompétent pour ce qui est de la régularité du titre exécutoire, de l'action reconventionnelle, de l'opposition à l'injonction de payer ou de délivrer.

2. Atténuation de l'article 172 de l'acte uniforme

A cet effet, l'article 172 semble nous proposer un cas de figure différent de celui de l'article 49 en son dernier alinéa. En fait, alors que ce dernier texte pose le principe du caractère non suspensif du délai d'appel ainsi que de l'exercice de cette voie de recours qui commence à courir dès le prononcé de la décision, l'article 172 du même acte uniforme traitant sur le titre IV, lié à la saisie attribution des créances, en son 3^{ème} Chapitre portant sur les contestations, prend le contrepied de ce principe.

En effet, cette disposition nous renseigne que : « *la décision de la juridiction tranchant la contestation est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification*³⁰¹ ».

Le délai pour faire appel ainsi que la déclaration d'appel sont suspensifs d'exécution sauf décision contraire spécialement motivée par la juridiction compétente. »

Ce texte, qui est à la base de plusieurs débats au prétoire, ne concerne que certains cas ou certaines contestations relatives à la saisie attribution des créances. C'est pourquoi il faudrait noter que ce texte ne s'applique pas à tous les incidents résultant d'une saisie, mais traite spécifiquement de l'appel exercé contre la décision de la juridiction tranchant une contestation entre le débiteur saisi et le créancier saisissant, laquelle s'entend des seuls incidents relatifs à la saisie³⁰².

C'est en ce sens qu'il a été jugé que les modalités de l'appel ne s'appliquent, en cas d'exercice de cette voie de recours, qu'aux décisions rendues en matière de contestation de saisie-attribution opposant le créancier au débiteur.³⁰³ Laissant ainsi

²⁹⁹ *Idem*, pp. 135-136

³⁰⁰ *Idem*, p. 137

³⁰¹ On ne parle plus du prononcé comme à l'article 49 mais de la notification

³⁰² CCJA, n°4/2002, 10-1-2002 : BOA c./ BHCI, penant n°843, avril-juin 2003, p. 236, Ohadata J-02-26

³⁰³ CCJA, Arrêt n°37/2007 du 22 novembre 2007, recueil CCJA, n°10, juil-déc 2007, pp. 56-60, cité par Joseph DJOGBENOU, *op. Cit.*, p.223

les contestations impliquant directement le tiers saisi aux modalités d'appel de l'article 49³⁰⁴.

Et donc, les effets de l'appel tels qu'exposés par l'article 49 al. 3^{ième} ne se justifient que lorsque le tiers saisi est directement impliqué par la décision. La contestation dont parle l'article 172, est celle qui ne peut être élevée par le tiers saisi, qui du reste n'est que simplement « appelé » et non « partie principale » à l'instance.

En effet, les dispositions des articles 169 à 172 de l'AUPSRVE ne régissent que les relations entre le créancier saisissant et le débiteur saisi, à l'exclusion du tiers saisi qui, lui, est soumis aux dispositions communes à toutes les mesures d'exécution forcée ou à toutes saisies conservatoires. Il en résulte que l'appel du tiers saisi est régi par l'article 49³⁰⁵.

Cette position peut se justifier par le fait que toutes les contestations qui impliquent directement le tiers saisi a pour objectif principal d'avoir à le condamner au paiement des sommes dues, suite aux obstacles qu'il peut élever par mauvaise foi ou suite à son refus caractérisé de s'exécuter. La décision contre lui ne devrait donc pas bénéficier de l'effet suspensif de l'appel tel que prévu par l'article 172 alinéa 2^{ème} du fait de sa mauvaise foi caractérisée.

C'est ainsi que, les contestations entre créancier et débiteur, qui souvent portent sur la validité de la saisie, sur l'irrégularité des exploits, sur l'insaisissabilité des fonds ou encore sur la mainlevée de la saisie, n'appelle pas condamnation pécuniaire quelconque pour nécessiter célérité dans l'exécution, ce qui justifie le caractère suspensif en cas d'appel dans cette occurrence. Néanmoins, bien que dans l'occurrence de l'article 172, l'appel a un effet suspensif, cette procédure se déroule toujours devant le juge de l'article 49 alinéa 1^{er} et non devant la juridiction ordinaire.

C'est en ce sens qu'il a été tranché que : « l'article 49 ayant donné compétence au président de la juridiction statuant en matière d'urgence pour connaître de tout litige ou de toute autre demande relative à une mesure d'exécution forcée, le premier président de la cour d'appel saisi d'une demande de mainlevée d'une saisie attribution doit se déclarer incompétent et renvoyer les parties devant la juridiction de première instance³⁰⁶.

³⁰⁴ Tel est le cas des contestations prévues aux articles 154 et 168 de l'acte uniforme.

³⁰⁵ Cour d'appel d'Abidjan, chambre civile et commerciale n°477, 6-4-2004 : BICICI c./ T. B., Ohadata J-05-266

³⁰⁶ CCJA, arrêt n°008/2002 du 21 mars 2002, la société Palmafrigue c./ Etienne Konan Bally Kolajakou, juriscope.org

Conclusion

Somma toute, le droit communautaire OHADA a eu son lot d'innovations à même de métamorphoser le droit des affaires en RDC. Mais son influence a été également plus ressentie dans le droit organisationnel avec la création d'une nouvelle juridiction au travers l'article 49 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution.

Cette juridiction bouleverse non seulement les règles d'organisation, de compétence et de fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire mais aussi elle vient améliorer les possibilités offertes aux créanciers dans l'exécution forcée des titres qu'ils détiennent à l'égard de leurs débiteurs.

La spécialité, la rapidité ainsi que les particularités de cette juridiction font d'elle une voie par excellence en cas de difficultés d'exécution, mais aussi une source de véhémentes confusions et mésinterprétations amenant certains plaideurs à y voir un raccourci procédural pour toute procédure cavalière.

Ceci a justifié la volonté qui nous a habité afin d'en circonscrire la portée sur le plan juridique et l'étendue de cette juridiction ; ce qui a nécessité une différenciation des autres juridictions telles que le référé, la juridiction statuant à bref délai et le juge des requêtes.

À l'issue de tout ceci, l'on peut retenir que la juridiction instituée par de l'article 49 est une juridiction spéciale, autonome et particulière, soumise à une procédure dérogatoire au droit commun et appelée à solutionner en urgence les obstacles de forme et de fond qui peuvent être opposés à une procédure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire. Lorsque traitant des difficultés entre créancier saisissant et débiteur saisi à l'occasion d'une saisie attribution des créances, les décisions qu'elle rend souffrent alors de l'effet suspensif de l'appel dont le délai court à partir de la signification de la décision.

Il appartient dès lors aux plaideurs de s'en approprier la maîtrise afin de révéler les multiples bévues auxquelles on assiste du fait de cette juridiction. Ce n'est que dans cette occurrence que l'on pourra totalement jouir des avantages qu'offre cette nouvelle juridiction désormais congolaise.

Bibliographie

I. Texte de Lois

1. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, AUPSRVE en sigle, du 10 juillet 1998
2. Acte uniforme sur le droit commercial général, AUDCG en sigle, tel que révisé en date du 15 décembre 2010
3. Loi n°2008-07 portant code de procédure civile, commerciale et sociale et administrative du Benin adopté le 16 octobre 2008 et promulgué le 28 février 2011
4. Loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif
5. Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire
6. Arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets

II. Ouvrages

7. Code pratique Francis Lefebvre, OHADA : traité, Actes uniformes et règlements annotés, éd. Francis Lefebvre, Paris, 2013
8. DJOGBENOU, J., *Exécution forcée droit OHADA*, Cotonou, éd. CREDIJ, 2011
9. KALUNGA TSHIKALA, V., *Droit des affaires volume 1 : droit commercial général, de l'héritage colonial aux acquis de l'OHADA*, Lubumbashi, éd. Cresa, 2013
10. MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *procédure civile*, Kinshasa, éd. Batena-Ntambua, 1999

III. Autres documents

11. Décision n° CNO/8/87 du 19 août 1987 règlement intérieur cadre des barreaux de la RDC tel que modifié à ce jour
12. Mercuriale sur l'exécution des jugements prononcé par KENGO WA DONDO lors de l'audience solennelle de rentrée de la cour suprême de justice du 10 décembre 1977 et publié en 1978
13. Exposé de Me Jacques MUKONGA dans la rubrique « question du prétoire » lors du 17^{ème} café juridique organisé par le Barreau de Lubumbashi en date du 27 juillet 2018
14. <http://.www.Juriscope.org>

POLITIQUE FISCALE ET DOCTRINE ADMINISTRATIVE EN RDC : L'INTERPRETATION D'UN MORATOIRE SUR LES CONTROLES AUPRES DES OPERATEURS ECONOMIQUES ET LES RISQUES POUR LA SECURITE JURIDIQUE DES AFFAIRES

Par :

Dr. Trésor-Gauthier M. KALONJI, Ph.D.

*Professeur à l'Université Pédagogique Nationale (UPN) et à l'Ecole Nationale
des Finances (ENF)*

Senior Tax & Compliance Advisor (DALDEWOLF RDC)

Résumé

En date du 14 décembre 2022, le Premier Ministre a signé un Moratoire de suspension des contrôles auprès des opérateurs économiques, en vue de permettre à ces derniers de se consacrer à l'approvisionnement du pays, en produits de grande consommation à des prix accessibles à la population en particulier. Quelques jours plus tard, soit le 28 du même mois, le Ministre des Finances a envoyé une lettre aux régies financières, leur instruisant de poursuivre normalement leurs missions de contrôle, car n'étant pas concernées par la suspension des contrôles contenue dans le Moratoire précité, arguant à cet effet que seules les missions de contrôle diligentées par le Ministre de l'Economie Nationale auprès des opérateurs économiques étaient suspendues. Réagissant à ce postulat, en date du 29 décembre 2022, la Fédération des Entreprises du Congo (FEC) a balayé d'un revers de main l'interprétation du Ministre des Finances, et demandé *in fine* à ses membres d'y réserver une fin de non-recevoir. Ce genre de « bras de fer » entre le Ministère des Finances et la FEC est de nature à déstabiliser l'environnement des affaires ; cela rend opportune, dans l'avenir, une concertation entre le Gouvernement et le patronat national sur la portée et l'étendue de tels moratoires.

Mots-clés : Interprétation juridique - Contrôle fiscal - Contrôle économique - Climat des affaires - Politique fiscale.

Abstract

On 14 December 2022, the Prime Minister signed a Moratorium suspending controls on economic operators, in order to allow them to devote themselves to supplying the country with consumer products at prices accessible to the population in particular. A few days later, on the 28th of the same month, the Minister of Finance sent a letter to the financial authorities, instructing them to continue their control missions normally, because they were not concerned by the suspension of controls contained in the aforementioned Moratorium, arguing to this effect that only the control missions carried out by the Minister of the National Economy with economic operators were suspended. Reacting to this postulate, on December 29, 2022, the Federation of Enterprises of Congo (FEC) brushed aside the interpretation of the Minister of Finance, and ultimately asked its members to reserve an end of inadmissibility. This kind of "tug-of-war" between the Ministry of Finance and the FEC is likely to destabilize the business environment; this makes it appropriate in the future to consult between the Government and national employers on the scope and extent of such moratoriums.

Keywords: Legal interpretation ; Tax audit; Economic control; Business climate; Tax policy.

Introduction

Il est généralement admis que les lois relatives aux finances publiques – et singulièrement celles en rapport avec la fiscalité – sont assez techniques, subtiles et « d’une austérité décourageante »³⁰⁷ qui nécessite souvent l’interprétation d’un spécialiste.

Le verbe « interpréter » est l’action d’expliquer, de commenter, de donner un sens à un énoncé (écrit, loi, acte, etc.) dont le contenu est obscur ou ambigu³⁰⁸. Interpréter un texte c’est découvrir son sens caché ou déposé. C’est également choisir, entre plusieurs significations qui lui sont données, celle qui se rapproche plus de la volonté de son auteur³⁰⁹. Un texte n’a de sens que par et dans l’interprétation. De ce point de vue, l’interprétation de la loi est un processus par lequel sont déterminés le sens et la portée des règles énoncées dans le texte de ladite loi. Elle consiste, de la part de l’interprète, à établir le contenu de la règle dont le texte fournit le support matériel ainsi qu’à fixer le domaine d’application notamment temporelle, territoriale et personnelle de cette règle³¹⁰. Somme toute, l’interprétation a pour but d’obtenir le sens du texte ou de délivrer son secret³¹¹.

Le système fiscal congolais recèle d’innombrables normes au contenu moins clair et dont la compréhension échappe parfois même à des spécialistes du droit. La plupart des règles congolaises relatives à l’impôt contiennent au moins un aspect brumeux, nécessitant un éclaircissement qui transcende la seule apparence littérale des mots. C’est le cas, en fin décembre 2022, avec le moratoire de suspension périodique des contrôles auprès des opérateurs économiques décidé par le Premier Ministre, avec un impact sur la politique fiscale. Dans la perspective d’interpréter ce moratoire pour sa mise en œuvre, le Ministre des Finances a émis une position non acceptée par la Fédération des Entreprises du Congo (FEC), laquelle n’a pas hésité de lever ses boucliers et inciter ses membres à la « désobéissance » !

Le caractère ambigu du moratoire du Premier Ministre, l’interprétation contestable de ce moratoire par le Ministre des Finances et l’appel à la désobéissance formulé par le responsable de la FEC, sont potentiellement des ingrédients de nature à insécuriser l’environnement des affaires.

³⁰⁷ O. GADHOUM, *La doctrine administrative fiscale en Tunisie*, Paris, L’Harmattan, 2007, p. 23.

³⁰⁸ D. DE VRIES REILINGH, *Manuel de droit fiscal international. Introduction aux Conventions de double imposition (CDI) sur la base du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l’OCDE*, Berne, Weblaw, 2014, p. 51.

³⁰⁹ D. KALUBA DIBWA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo*, Louvain-la-Neuve/Kinshasa, Éditions Academia-L’Harmattan et Eucalyptus, 2013, p. 426.

³¹⁰ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, Montréal, éditions Thémis, 2009, p. 4.

³¹¹ D. KALUBA DIBWA, Op. cit., p. 426.

Ainsi, le présent papier revient sur cette situation en vue d'apporter aux lecteurs quelques éléments de clarification. Dans un premier temps, il sera nécessaire de dire un mot rapide sur la portée de l'interprétation des normes fiscales (*Section 1 ci-après*), et ensuite de passer en revue la problématique d'interprétation par le Ministre des Finances de la décision du Premier Ministre portant suspension des missions de contrôle fiscal (*Section 2 ci-dessous*).

I. Interprétation des lois – un *must* en matière fiscale

En matière fiscale, l'interprétation des normes est nécessaire, car elle rend intelligible l'esprit qui découle de la lettre (*section I.1*). Elle est l'apanage du juge et du fisc, les seuls acteurs qui peuvent révéler de manière officielle le sens ainsi que la portée d'un texte à caractère fiscal (*section II.2*).

I.1. Justification de l'interprétation

Il s'avère que les normes fiscales sollicitent souvent – à l'instar d'autres normes juridiques – une interprétation pour leur meilleure compréhension, car elles sont – selon l'expression de DEDEURWAERDER³¹² – « arides, occultes, obscures, ésotériques, hermétiques, absconses, impénétrables, opaques, rébarbatives, etc. ».

Ces normes fiscales peuvent comporter des erreurs, des lacunes, des contradictions ou des ambiguïtés qui nécessiteraient une clarification, soit à partir des éléments grammaticaux qui composent leurs textes (interprétation « littérale »)³¹³, notamment lorsque les concepts ont été puisés dans un jargon propre au seul sérail des initiés à la matière fiscale, soit en scrutant la volonté réelle des rédacteurs (auteurs) desdits textes, singulièrement en restituant ceux-ci dans leur contexte historique ou systémique, révélateur du but ultime de la norme (interprétation « téléologique », « contextuelle » et « historique »).

I.2. Acteurs de l'interprétation de la loi fiscale - le rôle des autorités fiscales

Nonobstant l'existence d'une littérature abondante en matière juridique, le rôle d'interpréter une norme juridique est *stricto sensu* le seul apanage des organes chargés d'en assurer l'application ainsi que le respect, c'est-à-dire d'une part le juge dont les décisions constituent la jurisprudence et, d'autre part, les autorités fiscales dont les actes constituent la doctrine administrative, très abondante dans le domaine

³¹² G. DEDEURWAERDER, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal*, Paris, éditions Dalloz, 2010, p. 132.

³¹³ Sur la portée et l'étendue de l'interprétation littérale ou grammaticale, lire singulièrement : NYABIRUNGU MWENA SONGA, "De l'interprétation en droit", in : *Interprétation, Cassation et Annulation en droit congolais*, Parquet Général de la République (éd.), Kinshasa, 2013, p. 49 et s ; J. GUEZ, *L'interprétation en droit fiscal*, Paris, LGDJ, 2007, p. 209.

fiscal³¹⁴. Autrement dit, les interprétations juridictionnelle et administrative constituent la seule interprétation authentique, en tant qu'émanation des organes chargés d'appliquer le droit³¹⁵. Néanmoins, il convient de relever qu'au-delà de cette configuration « binaire » aux apparences rigides, les deux types d'interprétation sont complémentaires et interdépendantes en matière fiscale, et permettent d'appréhender « le phénomène de l'interprétation dans sa globalité »³¹⁶.

L'interprétation juridique étant ainsi une attribution notamment de l'administration fiscale, c'est d'ailleurs celle-ci qui est chargée d'appliquer et de faire respecter au quotidien les lois fiscales. D'ailleurs, contrairement au droit privé ou pénal où le juge est pratiquement le seul à faire respecter la loi, en droit fiscal la tâche prépondérante revient plutôt à l'Administration³¹⁷.

Le résultat de la *praxis* interprétative des normes fiscales accomplie par le fisc constitue ce qu'on qualifie de « **doctrine administrative** »³¹⁸. En effet, cette dernière est définie comme étant l'ensemble des interprétations des textes formulées officiellement par les autorités fiscales, au travers de différents supports tels que les instructions fiscales, les réponses ministérielles, les commentaires administratifs, à destination des agents fiscaux et des contribuables³¹⁹. Elle précise la volonté du législateur, assure une application correcte et uniforme de la norme fiscale sur tout le territoire national, et garantit la sécurité du droit, respectivement sa prévisibilité³²⁰.

La doctrine administrative permet de rendre la loi plus intelligible en passant de la généralité de la règle au cas concret devant rentrer dans le schéma conçu par le législateur³²¹. De ce fait, son existence est souhaitable dans la mesure où il est rare que le législateur prévoie dans les moindres détails les modalités d'application de la norme qu'il a édictée. Elle produit aussi des effets juridiques qui peuvent, le cas échéant, être opposables au fisc par un contribuable, en s'appuyant sur une

³¹⁴ A l'appui de cette configuration binaire (Juge et Administration) et exclusive de l'art interprétatif, Nyabirungu Mwene Songa Relève qu'à première vue, on peut croire que tout le monde peut interpréter la loi, étant donné que tout le monde est censé se soumettre à la loi sur base de la présomption de sa connaissance. Il serait plutôt imprudent qu'une matière aussi précieuse que la loi soit laissée à l'appréciation de tout le monde, au risque de nous retrouver devant autant d'avis et d'interprétations qu'il y a d'habitants dans chaque État ; ce qui conduirait forcément à une situation de non-droit. Cfr NYABIRUNGU MWENA SONGA, *Op.cit.*, p. 24.

³¹⁵ [DEDEURWAERDER](#) (G), *Op.cit.*, p. 13.

³¹⁶ J. GUEZ, *Op.cit.*, p.11

³¹⁷ L. CORNU, *Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique : les limites imposées par les principes généraux du droit*, Genève, Schulthess, 2014, p. 56.

³¹⁸ A ne pas confondre avec la « doctrine » tout simplement qui est l'ensemble des écrits scientifiques consacrés au domaine juridique, comprenant les traités, précis, mémentos, manuels, monographies, articles, etc.

³¹⁹ Dans ce sens, voir J. GUEZ, *Op. cit.*, p. 213.

³²⁰ L. CORNU, *Op. cit.*, p.171

³²¹ O. GADHOUM, *Op. cit.*, p.19

interprétation générale des textes ou sur une interprétation relative à un cas particulier soumis aux autorités fiscales.

Au reste, en tant qu'interprète des lois fiscales, l'administration est dotée d'une certaine liberté d'appréciation indispensable à leur mise en œuvre³²². Toutefois, cette libre appréciation est encadrée – à l'instar de celle du juge – par la primauté du droit³²³. De ce fait, le fisc est tenu d'obéir, non seulement à la Constitution, mais aussi à toute règle votée par le pouvoir délibérant ou adoptée par l'organe réglementaire dûment habilité³²⁴.

II. Problématique de l'interprétation par le Ministre des Finances de la décision du Premier Ministre portant suspension des missions de contrôle fiscal

La doctrine administrative en RDC, au niveau du pouvoir central, est l'œuvre de trois régies financières placées sous l'autorité du Ministre des finances. C'est ce dernier membre du gouvernement qui assure l'homogénéité et la cohérence de ladite doctrine (*section II.1*). C'est dans le *continuum* d'une telle attribution, que le Ministre des finances avait essayé d'interpréter une lettre ambiguë du Premier Ministre, à savoir celle consacrant une suspension des contrôles auprès des opérateurs économiques pendant la période des festivités de fin d'année 2022 (*section II.2*). L'interprétation opérée à cette occasion par le Ministre des Finances (*section II.3*) n'avait point rencontré l'assentiment des opérateurs économiques réunis au sein de la Fédération des Entreprises du Congo. Ainsi, un appel à la désobéissance s'en est suivi, à la demande du Président de cette organisation patronale (*section II.4*).

II.1. Remarques préliminaires

Le juge et les autorités fiscales sont les acteurs majeurs et exclusifs de l'interprétation des lois fiscales (celles qui s'appliquent aux impôts, droits, taxes et redevances), car à eux seuls il est reconnu l'autorité régaliennne d'interpréter lesdites lois de manière *erga omnes*.

Pour ce qui est singulièrement de la doctrine administrative congolaise (interprétation par les autorités fiscales), elle est l'œuvre de plusieurs administrations, au niveau central spécialement il s'agit de la Direction générale des impôts (DGI), la Direction générale des douanes et accises (DGDA) et la Direction générale des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations (DGRAD). Les responsables de ces administrations produisent de la doctrine

³²² L. CORNU, *Op. cit.*, p.172

³²³ T. OBRIST, *Le concept de réalisation systémique en droit fiscal suisse : changement de système fiscal et impôt sur le revenu et le bénéfice*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 122.

³²⁴ O. GADHOUM, *Op. cit.*, p.17.

administrative au travers de leurs actes ou décisions administratifs³²⁵ à destination interne (notes ou correspondances internes) ou à destination du grand public (communiqués officiels destinés aux contribuables/redevables) ou encore à destination des particuliers (rescrit, ruling ou décisions fiscale anticipée³²⁶).

Ces trois administrations ou régies financières sont placées sous l'autorité du Ministre des finances, à qui revient la gestion de la politique fiscale du pays³²⁷. Par conséquent, c'est ce membre du gouvernement qui assure l'unicité de la doctrine administrative, en vue d'éviter singulièrement l'existence d'une multiple interprétation de la loi fiscale. En pratique, il procède par un arrêté, une décision, une circulaire ministérielle, ou une simple correspondance, et ses actes peuvent concerner – à l'instar de ceux des responsables des régies financières – les services internes, le grand public ou des particuliers.

Les responsables des régies financières peuvent à leur tour déterminer les modalités pratiques d'application d'un acte administratif du Ministre des Finances ou d'en interpréter le sens, sans pour autant contredire ou dévoyer le sens intrinsèque de l'acte.

En cas de divergence sur le sens à accorder à une norme fiscale, laquelle divergence découlerait des interprétations formulées respectivement par le Ministre des Finances et le Directeur général de la DGI, DGDA ou DGRAD, c'est le point de vue du Ministre qui prime. Cela va de soi et procède d'une logique générale du droit administratif, à savoir le « principe hiérarchique » qui fonde l'allégeance personnelle ainsi que la subordination impersonnelle d'une autorité inférieure vis-à-vis d'une autre supérieure³²⁸. Ce principe fonde les responsables (autorités supérieures) à

³²⁵ L'acte administratif est l'acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative qui modifie ou refuse de modifier les droits ou les obligations des administrés indépendamment de leur consentement. Dans cette veine, une décision ou un acte unilatéral est un acte administratif émanant de l'Administration, doté de la force exécutoire et s'imposant aux personnes privées, sans que leur consentement soit nécessaire. Il est soit réglementaire (c'est-à-dire impersonnel et général), soit individuel (désignant un ou plusieurs destinataires). Pour plus de détails, voir T.-G. KALONJI et J. MUMBALA, « La judiciarisation du conflit électoral à la Fédération des entreprises du Congo : faits et arguments de droit », in : *Document de travail* n° 1/2021, Mars 2021, Institut Makutano (éd.), p. 4.

³²⁶ Il convient de préciser que les décisions fiscales anticipées ne sont pas des « décisions », moins encore des « actes administratifs » ou « contrats administratifs », au sens du droit administratif. Ce ne sont que des « actes matériels de l'administration » ou simplement des « actes de l'administration » qui ne créent pas de droit, ni d'obligation pour le contribuable. Ils ne sont donc pas comme tels rescindables, attaquables et n'ouvrent pas non plus les voies de droit devant le Juge. Dans ce sens, lire F. BELLANGER, *Les principes constitutionnels et de procédure applicables en droit fiscal*, in : *Les procédures en droit fiscal*, OREF (éd.), Berne, éditions Haupt, 2015, p. 84.

³²⁷ En effet, conformément à l'article premier, lettre B, point 17 de l'Ordonnance n° 22/003 du 7 janvier 2022 fixant les attributions des Ministères, le Ministère des Finances est en charge notamment de la politique monétaire, douanière, fiscale, parafiscale, comptable et des assurances de l'Etat.

³²⁸ D. LOCHAK, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », in : *Bulletin de l'IIAP*, 1976, 37, pp. 119-203, spécialement p. 135 et s.

transmettre des orientations et des instructions techniques à leurs subordonnés, en vue de maintenir la discipline intérieure et le fonctionnement normal et régulier de leurs services³²⁹.

Au regard de ce qui précède, la question qu'il faille se poser est de savoir si, dans le cadre de sa mission de maintien de la cohérence de la doctrine administrative, le Ministre des finances peut au besoin interpréter ou clarifier le contenu et/ou la portée d'une lettre du Premier Ministre ayant un impact sur la politique fiscale ; et si c'est bien le cas, dans quelle mesure cette éventualité est-elle possible.

II.2. Origine du problème – le caractère ambigu de la lettre du Premier Ministre

En date du 14 décembre 2022, le Premier Ministre – Chef du Gouvernement a, par sa lettre référencée CAB/PM/DIRCAB/CLIMAF/MAA/2022/2563 portant l'objet « *Suspension sollicitée des missions de contrôle intempestif* », informé tous les membres du Gouvernement de sa décision portant « *moratoire sur tous les contrôles économiques, fiscaux de routine* » et ce, « *pour la période allant du 14 décembre 2022 au 14 février 2023* ».

A ce stade, deux considérations méritent d'être relevées :

(i) Le Premier Ministre a saisi les membres du Gouvernement par une simple correspondance administrative, non assortie d'une quelconque annexe. Sans trop réfléchir sur le procédé utilisé par le Premier Ministre, il y a néanmoins lieu de relever une ambiguïté dans son objet. En effet, le moratoire porte sur les « *contrôles économiques* » et le rédacteur ajoute en apposition l'adjectif « *fiscaux de routine* », comme pour dire – selon les règles élémentaires de la langue française – que ces « *contrôles économiques* » sont autrement qualifiés de « *fiscaux de routine* ». Ceci est un amalgame dangereux, dans la mesure où, d'une part, les contrôles économiques en RDC ont pour finalité l'encadrement des activités économiques et relève donc de la politique économique. Il s'agit d'une compétence du Ministère de l'économie³³⁰. Quant aux contrôles fiscaux de routine, ils visent à vérifier et contrevérifier les actes notamment déclaratifs posés par les contribuables et redevables, et relèvent de ce fait de la politique fiscale, un apanage du Ministère des finances³³¹. Il ressort de ce qui précède que la rédaction de la lettre précitée a pêché dans la forme, quand bien même il est possible de croire qu'elle cible aussi bien les

³²⁹ MM. ZAOUAQ, « La hiérarchie administrative et le fonctionnement de l'administration : avantages et limites », in : *Bulletin de l'Observatoire Marocain de l'Administration Publique*, 2018, La Hiérarchie Administrative, 13, p. 3-4.

³³⁰ Voir article 1^{er}, lettre B, point 21 de l'Ordonnance n° 22/003 du 7 janvier 2022 fixant les attributions des Ministères.

³³¹ Voir article 1^{er}, lettre B, point 17 de la même Ordonnance n° 22/003.

contrôles économiques que ceux fiscaux. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas la virgule d'apposition qui devrait être utilisée, mais bien une conjonction de coordination (et, ainsi que, etc.).

(ii) Les contrôles économiques et/ou fiscaux sont des compétences/attributions consacrées par des lois de la République et dont les modalités d'application sont précisées par des actes réglementaires. En tant que tels, ces contrôles ne peuvent être suspendus que par un acte de même rang, à la limite par un acte réglementaire de l'autorité compétente. Une simple correspondance adressée par le Premier Ministre aux membres du Gouvernement revêt-elle la force juridique nécessaire pour la suspension desdits contrôles ? Certes, la pratique de suspension des contrôles économiques et fiscaux en fin d'année s'est déjà enracinée en RDC, donnant même l'impression d'un acquis, il y a néanmoins lieu de se questionner sur sa légalité, surtout que l'acte du premier Ministre n'évoque point son fondement juridique. Cela dépasse le cadre d'analyse de la présente réflexion...

Par ailleurs, la correspondance précitée du Premier Ministre justifie le moratoire de suspension desdits contrôles notamment au besoin pour les opérateurs économiques « *de se consacrer à l'approvisionnement du pays, en produits de grande consommation à des prix accessibles à la population en particulier* ». L'on a du mal à faire un lien direct – ou plus ou moins indirect – entre la suspension des contrôles et l'approvisionnement en produits de grande consommation à des prix accessibles à la population. Est-ce les contrôles économiques et/ou fiscaux de routine qui empêcheraient les opérateurs économiques de procéder à un tel approvisionnement ? Cela serait possible si le Chef du Gouvernement avait plutôt suspendu la perception de certains impôts comme les droits de douane et la TVA sur des produits dont l'approvisionnement est attendu. Dès lors, le Premier Ministre voulait-il, sans le dire clairement, que certains prélèvements fiscaux soient suspendus ? Autant de questions qui confirment le caractère ambigu de la correspondance sous examen.

Enfin, la missive du Chef du Gouvernement intègre une exception, en précisant qu'au cas où un « *indice sérieux de fraude* » nécessite un contrôle, une dérogation au moratoire pourrait être accordée. Juridiquement, le concept de « fraude » est considéré comme la ruse, la tromperie, le mensonge, la mauvaise foi, le dol aggravé dans les rapports contractuels. Ce n'est rien d'autre que la dissimulation plus ou moins ingénieuse de la vérité et un mensonge qui trahit la réalité³³². En droit congolais, la notion de fraude en matière de contrôles

³³² E. VERNIER, *Fraude fiscale et paradis fiscaux : décrypter les pratiques pour mieux les combattre*, Paris, Dunod, 2014, p. 20.

économiques ou fiscaux est cristallisée notamment par les phénomènes de « fraude au prix » et de « fraude fiscale ». La première est une infraction à la réglementation des prix³³³, tandis que la seconde [une infraction] à la loi fiscale³³⁴. Ainsi, en conditionnant l'octroi d'une exception au moratoire à l'existence d'un soupçon de fraude, la correspondance sous analyse traduit l'idée d'une intransigeance du Gouvernement congolais face aux actes d'infractions à la réglementation des prix ou à la loi fiscale, lesquels sont à la base du coulage des recettes fiscales.

II.3. Nœud du problème - Interprétation du moratoire par le Ministre des Finances

En date du 28 décembre 2022, par sa lettre référencée 2674/CAB/MIN/FINANCES/ECO/NSW/2022 ayant pour objet « *Mission de contrôle* », adressée aux Directeurs Généraux des régies financières (DGDA, DGI et DGRAD), le Ministre des Finances a instruit ces derniers de poursuivre normalement leurs missions de contrôle, car n'étant pas concernées par la suspension.

A l'appui de cette instruction, le Ministre prétend avoir obtenu des « clarifications » auprès du Premier Ministre, qui lui a rassuré que « *seules les missions de contrôle diligentées par le Ministre de l'Economie Nationale auprès des opérateurs économiques sont suspendues* ».

A ce propos, deux considérations peuvent être relevées :

- D'abord, la collaboration entre le Premier Ministre et les Membres de son Gouvernement se fait généralement par écrit. Et *a fortiori* pour un telle exception au moratoire prérappelé, une correspondance écrite devait être échangée entre le Ministre des Finances et le Premier Ministre. Une telle exception ne devrait pas être donnée oralement par le Premier Ministre au Ministre des Finances ;

- Dans l'hypothèse où le moratoire n'aurait concerné que la suspension des missions de contrôle diligentées par le Ministre de l'économie nationale, pourquoi donc le Premier Ministre pouvait-il adresser sa lettre directement à tous les membres du Gouvernement, et non uniquement au Ministre de l'Economie, lequel serait le seul destinataire concerné ? Et d'ailleurs, pourquoi le ferait-il alors que ce Ministre avait déjà, par sa lettre référencée N°2029/CAB/MIN/ECONAT/NKK/NKK/2022 du 25 novembre 2022, instruit le Secrétaire Général à l'Economie Nationale de suspendre toutes les missions de contrôle économique de l'exercice 2020 et

³³³ Voir notamment les articles 60 et suivants de la Loi n°18/020 du 09 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence.

³³⁴ Voir articles 101 et suivants de la loi n°004/2003 du 13 mars 2003 portant réforme des procédures fiscales (telle que modifiée et complétée à ce jour).

d'annuler les ordres de mission y relatifs ? Autant de questions qui remettent en cause l'interprétation du Ministre des Finances.

Par ailleurs, il convient de se référer à l'usage en la matière, aux fins de juger de la valeur de l'interprétation sus formulée par le Ministre des Finances. En effet, à titre illustratif, par une lettre du 04 octobre 2017, le Premier Ministre informait les membres du Gouvernement de sa décision de suspendre tous les contrôles auprès des opérateurs économiques, pour une période de quatre (4) mois, soit à partir du 05 octobre de la même année. L'exception était faite de « *vérifications fiscales au premier degré diligentées par la direction générale des impôts* »³³⁵. Dans la même veine, par sa lettre référencée CAB/PM/CMEH/GBB/2018/3397 du 07 novembre 2018, le Premier Ministre avait informé les membres du Gouvernement de la décision de « *suspension de toutes les missions des contrôles fiscaux, parafiscaux et économiques* » pour une période de quatre (4) mois. Néanmoins, cette correspondance a prévu une exception pour « *des missions des vérifications fiscales au premier degré ainsi que de tous les cas des fraudes avérées* » qui seraient portés à la connaissance du Gouvernement.

Comme on peut le constater, dans les deux cas, le moratoire décidé en fin d'année concernait aussi bien les contrôles économiques que les contrôles fiscaux et parafiscaux.

II.4. Réaction musclée de la FEC – Appel à la résistance à un « ordre manifestement illégal »

Dans sa lettre référencée DJSF/DJ/KT/YMo/F.1661/2022 du 29 décembre 2022, le Président de la Fédération des Entreprises du Congo (FEC) a accusé réception de la copie lui réservée de la correspondance précitée du Ministre des Finances du 28 décembre 2022. D'entrée de jeu, il a révélé son étonnement au regard de l'interprétation opérée par le Ministre des Finances et formulé quelques observations.

En « tirant le drap de son côté », la FEC a prétendu que « *le Premier Ministre a été on ne peut plus clair lorsqu'il écrit, nous citons : sur tous les contrôles économiques et fiscaux de routine. Fin de citation* » (sic). Cette stipulation de la FEC est erronée, dans la mesure où la lettre du Premier Ministre précitée du 14 décembre 2022 n'a pas fait allusion aux « contrôles économiques et fiscaux de routine », mais plutôt aux « contrôles économiques, fiscaux de routine ». La nuance est tellement importante que si la formule sus brandie par le FEC avait été celle du Premier Ministre, le débat serait clos. Ce n'est pourtant pas le cas, et le choix de

³³⁵ Voir le contenu de cette lettre en ligne : [https://zoom-eco.net/economie/rdc-tshibala-suspend-les-missions-de-controle-tracassier-des-societes-privées/\(consulté le 12 juin 2023\)](https://zoom-eco.net/economie/rdc-tshibala-suspend-les-missions-de-controle-tracassier-des-societes-privées/(consulté le 12 juin 2023)).

l'apposition utilisée par le Premier Ministre pour qualifier la nature des contrôles envisagés, apporte toute la confusion, telle que déjà démontré précédemment (voir section 2.2).

Par ailleurs, la FEC rappelle avec pertinence le principe du parallélisme de forme – cristallisé en droit administratif – selon lequel « *une décision administrative prise sous une certaine forme ne peut être retirée, abrogée, annulée ou modifiée qu'en respectant les mêmes formes* ». Cet argument paraît certes éloquent pour exiger que seule l'autorité ayant signé la correspondance relative au moratoire puisse l'interpréter, éventuellement par une autre correspondance ; néanmoins, il nous semble exagéré de la part de la FEC d'exiger qu' « *une modification de la portée de cette suspension ne peut être que l'œuvre d'une autre résolution du Conseil des Ministre, convoquée et présidée par le Président de la République conformément à l'article 79 de la Constitution [...]* ». A notre avis, la FEC devrait plutôt saisir officiellement le Premier Ministre pour obtenir une interprétation authentique de sa propre correspondance, sans qu'il ne soit besoin de mobiliser tout un Conseil des Ministres.

Une telle démarche aura l'avantage de mettre un terme aux débats, car, même en cas d'interprétations divergentes entre le Premier Ministre et le Ministre des Finances, ce dernier devrait s'incliner, non seulement parce que le Premier Ministre, auteur de la lettre, est censé en maîtriser les sens et portée, mais aussi dans le cadre du principe hiérarchique déjà évoqué, le Ministre des Finances (autorité inférieure) doit de l'allégeance personnelle ainsi que de la subordination impersonnelle au Premier Ministre (autorité supérieure). C'est aussi le point de vue d'un professeur de droit et Avocat de son état qui, cogitant sur cette saga, estime qu'« *une simple lettre du Ministre des Finances, comme c'est le cas est non avenue en droit car énerve le principe du pouvoir hiérarchique qui participe de la cohérence de l'action publique mais également de la hiérarchie des textes, ce d'autant plus qu'une autorité inférieure [Ministre sectoriel] ne peut interpréter la décision d'une autorité supérieure [Premier ministre] sans en avoir mandat. Quelle est la force probante de cette lettre du Ministre des Finances interprétant, la décision du Premier Ministre ?* »³³⁶.

En péroration de sa lettre, le Président de la FEC a invité tous les membres de la FEC « *à s'en tenir à la décision du Gouvernement de la République. Nul n'est tenu d'exécuter un ordre manifestement illégal* ». Cet appel à la résistance à un

³³⁶ J. YAV KASTHUNG (J), « A propos de la Suspension temporaire des missions de contrôle auprès des entreprises en RDC : Entre cacophonie, incidence sur le climat des affaires et "sachet" de la ménagère ! », publié en ligne le 29 décembre 2022 : <https://www.legavox.fr/blog/yav-associates/propos-suspension-temporaire-missions-controle-33489.htm> (consulté le 12 juin 2023).

« ordre manifestement illégal » est certes légitime, mais il ne reviendrait pas à la FEC de se rendre justice en une telle circonstance, au risque de créer une situation fâcheuse entre les régies financières, dépositaires de l'autorité de l'Etat, et les opérateurs économiques. Au cas où l'interprétation du Ministre des Finances s'avérait « abusive », les actes sous-jacents qui seront posés par les régies financières pourraient être dénoncés en justice pour « abus de pouvoir ».

Que conclure ?

On retiendra que la saga interprétative autour du Moratoire de suspension des contrôles auprès des opérateurs économiques décidé par le Premier Ministre en date du 14 décembre 2022, est de nature à placer les opérateurs économiques dans une situation d'incertitude juridique. Pour mieux dire, à cette occasion, la doctrine administrative s'est avérée constitutive d'une menace pour la sécurité juridique des affaires.

Il aurait donc été cohérent, pour une meilleure coordination de l'action gouvernementale, mais aussi pour une sécurisation de l'environnement des affaires, qu'un tel moratoire eusse été mieux précisé dans son contenu ou, à la limite, explicité par son auteur même. Une telle occurrence n'aurait laissé point d'opportunité à une interprétation opérée par le Ministre des Finances dans sa lettre du 28 décembre 2022, laquelle a occasionné une levée de boucliers du côté de la FEC.

Aussi s'avère-t-il qu'une rencontre entre le Gouvernement et le Patronat serait opportune, toutes les fois qu'un tel moratoire serait décidé, afin d'en préciser la portée et l'étendue.

*

* *

Présentation de la Revue et normes de publication

La Revue *Reflexions Juridiques Africaines*, en sigle « *RJA* », éditée par les *Éditions Hubert Kalukanda* a le réel plaisir d'annoncer à la communauté scientifique, académique et professionnelle l'appel à contributions pour son premier Numéro du Volume 1 de l'année 2023.

La RJA est une revue scientifique, version papier et électronique, axée sur la diffusion de la recherche en droit et en interdisciplinarité. Elle est un espace de publication bilingue (français et anglais) à la fois rigoureux et accessible, offrant aux chercheurs et penseurs du droit et de l'interdisciplinarité une visibilité essentielle à leur développement personnel, professionnel et académique. Elle offre à ses auteur(es) un excellent rayonnement puisque son contenu est diffusé et distribué en format papier et en format électronique sur son site internet et autres plateformes.

La qualité de ses publications est due à la rigueur dans les évaluations par les professeurs, les experts et les chercheurs de haute qualité scientifique tant nationaux qu'internationaux, des textes qui lui sont soumis. La vision est d'être un espace de publication fiable et régulière pour le rayonnement de ses auteur.es qui sont des chercheur.es de différentes universités nationales, africaines et internationales. La Revue espère ainsi inspirer des vocations, mais aussi à sensibiliser les chercheurs (du circuit universitaires ou non) de la République Démocratique du Congo (RDC) et du monde entier à l'importance de la doctrine, pierre angulaire et source fondamentale en droit, ainsi qu'à la manière dont elle se construit. La doctrine et la jurisprudence étant des sources évolutives et dynamiques de droit.

Contributions attendues

Le présent appel vise à obtenir des propositions d'articles, des recensions et de commentaires de décisions judiciaires qui apportent une contribution majeure de style universitaire sur le droit et sur des thèmes d'autres disciplines ayant de rapports étroits avec le droit.

La Revue accepte également les études des cas sur des questions d'actualité nationale et internationale traitées ou développées dans le contexte juridique, des actes des conférences et ceux des journées scientifiques (en forme d'articles).

En ce qui concerne la méthodologie et conformément à son objet, les contributions adoptant une approche multidisciplinaire et empirique sont fortement encouragées. Pour son prochain numéro, les réflexions liées à la « *réforme du code foncier congolais* », ainsi qu'à la « *guerre à l'Est de la RDC et en Ukraine* » dans l'évolution du droit international constituent également un atout et un besoin intrinsèque. Quelles sont les lignes directrices et les normes de rédaction des textes soumis à la publication.

Normes de soumission

Les normes de soumission et de présentation matérielle des manuscrits doivent respecter les lignes directrices ci-après :

- 1. Format :** La Revue n'accepte aucun manuscrit soumis dans un format autre que MS Word.
- 2. Limite.** La Revue invite les auteur(es) à limiter la longueur de leurs textes à environ 25 pages maximum, incluant les notes en bas de pages. Les textes dont la longueur dépasse excessivement cette limite pourraient ne pas être considérés pour publication.
- 3. Mise en page.** La mise en page des manuscrits doit être au format A4 et à interligne 1.5, taille 12, police Time New Roman.
- 4. Notes en bas de pages et références.** En vue d'uniformiser, de standardiser la présentation des contributions et d'en faciliter l'édition, toutes les références sont situées en bas de page. Il n'est pas nécessaire d'inscrire la bibliographie *in fine* si le texte risque de dépasser la limite de pagination ci-dessus fixée. De même, les

modes de styles, de rédaction et de références doivent être conformes aux règles développées dans le « *Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit* », ouvrage paru aux Éditions Universitaires Européennes, en janvier 2018. Les membres du Comité de rédaction s'occupent de l'uniformisation de la présentation des notes de bas de page au cas où l'auteur.e n'est pas parvenu.e à se conformer aux règles de présentation matérielle, de style de citations et de rédactions décrites dans le Guide précité.

5. Prénoms, noms et fonctions de l'auteur(e). Les auteur(es) indiquent en bas de page leurs fonctions, leurs diplômes ou tout autre renseignement pertinent dont ils veulent faire apparaître en utilisant l'astérisque après leurs identités.

6. Résumé, mots-clés et sommaire. Les manuscrits doivent être accompagnés d'un résumé, en français et anglais, d'un seul paragraphe ne dépassant pas 250 mots (10 lignes au maximum), taille 11 et d'un minimum de 5 mots-clés dans chaque langue. Un sommaire en forme d'un plan cartésien, constitué des divisions et subdivisions du texte, doit y être joint avant l'introduction de l'article. La Revue suit l'ordre de subdivision du texte à soumettre en forme d'escalier comme ci-après :

1. Intitulé1 (Grands points, en majuscules)
 - A. Intitulé2 (Sous-points, en minuscules)
 1. Intitulé3 (Sous petits-points, en minuscules)
 - a. Intitulé4 (petites divisions, en minuscules)
 - i. Intitulé5 (sous-petites subdivisions, en minuscules).

7. Processus d'évaluation et d'édition du manuscrit

Une fois réceptionné, le texte est traité en pré-évaluation par le Comité de rédaction avant d'être transmis aveuglement, ensemble avec les fiches d'évaluation, aux trois experts (pairs évaluateurs) anonymes pour leurs avis et considérations sur l'opportunité et l'acceptation du sujet, c'est-à-dire que le texte est soumis aux évaluateurs sans identité de l'auteur(e) mais avec un code d'identification. Les évaluations sont remises à la Revue dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'évaluateur. Le texte n'est publié que si l'ensemble de trois évaluations rend le texte publiable à 70 % au moins. S'il y a des remarques majeures, le texte est retourné à l'auteur avec les avis et considérations. L'auteur.e peut retravailler son sujet en fonction des remarques y afférentes, s'il le désire.

8. Responsabilité

La Revue ou les Editions Hubert Kalukanda décline toute responsabilité sur les différents points de vue émis par les auteur.es et sur les fraudes et autres actes d'improbité que ces derniers commettraient dans le cadre des textes transmis, notamment le plagiat, l'autoplagiat, le cyberplagiat et autres fautes interdites par la déontologie de la recherche scientifique.

9. Soumission

L'auteur.e souhaitant soumettre un texte, en français ou en anglais, doit le faire parvenir au Comité de rédaction de la Revue, uniquement par courriel à l'adresse ci-après : rja@edition-hubert-kalukanda.com

Les dates limites de soumission et de publication par année sont :

- au plus tard le 30 avril, pour la parution du premier semestre (publication d'avant le 30 juin)

- au plus tard le 30 septembre, pour la parution du second semestre (publication d'avant le 31 décembre) de chaque année.

Pour tous autres renseignements, prière contacter la Revue soit par adresse e-mail ci-dessus, soit au numéro de téléphone : +243 995593572.

