

# LA CLAUSE DE STABILISATION DANS LE CODE MINIER REVISE : PORTEE D'UNE DELIMITATION « PRO RATA TEMPORIS » SOUS LES ARTICLES 276 ET 342 BIS

■ Christian KABANGE NKONGOLO

Professeur Associé à la Faculté de Droit/Université de Kinshasa

## I. INTRODUCTION

La cohabitation entre Etat hôte et investisseurs étrangers n'est pas toujours des plus belles. Au-delà des règles de courtoisie et des apparences sympathiques auxquelles les parties s'obligent, il existe une méfiance permanente dictée par la nature des intérêts poursuivis et dont les divergences qui en découlent conduisent parfois à des prises de positions diamétralement opposées.<sup>1</sup> Le droit qui régit l'investissement minier en République démocratique du Congo (RDC) n'est pas en reste face à cette réalité. Après la révision des contrats miniers entre 2007 et 2012 qui mit aux prises les investisseurs miniers à l'Etat congolais, pareil antagonisme s'est manifesté à nouveau plus récemment au moment de la révision du code minier de 2002 (CM).

Une question qui inlassablement a divisé les opérateurs miniers et le gouvernement congolais<sup>2</sup> est celle en rapport avec la clause de stabilisation consacrée dans le CM. Sur pied de l'article 276 dans sa version non révisée, de l'avis des miniers, les régimes fiscal, douanier et de change d'avant la révision devaient demeurer non seulement acquis mais aussi inviolables pour une période de dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la modification législative de 2018. Le gouvernement qui ne l'entendait pas de cette oreille, a prôné une application immédiate des nouvelles dispositions.<sup>3</sup> Il s'agit donc pour le gouvernement de soumettre tous les projets miniers, ceux en cours au moment de la promulgation et ceux à venir, au régime des nouvelles dispositions.

---

<sup>1</sup> Cet antagonisme s'est particulièrement manifesté dans l'évolution historique du droit international. En effet, la crainte suscitée par la latitude qui a été reconnue aux Etats nouveaux au moment de la décolonisation de faire usage de leurs prérogatives souveraines dans les relations d'affaires qui se tissent sur leurs territoires a donné lieu en contrepartie à l'émergence des règles de droit international essentiellement orientées vers la protection des investissements étrangers.

<sup>2</sup> Autant pendant les négociations tripartites qu'après la promulgation, ce sont principalement les grandes compagnies minières qui ont porté les revendications des investisseurs (On les appelle le G7: (Randgold Resources, Glencore, Ivanhoe Mines, Gold Mountain International, MMG Limited, AngloGold Ashanti, Crystal River Global and China Molybdenum Co.). Tout récemment, bon nombre d'entre elles ont mis en place un organe le *Mining Promotion Initiative* pour poursuivre les discussions avec le gouvernement en rapport avec l'application du CM.

<sup>3</sup> KABANGE N. C-J, "Législation minière en Afrique: continuation ou adaptation? Regard sur le Code minier congolais", *Revue de Droit Africain* n° 82 (2017), pp. 87-111.

Cette divergence majeure pose l'épineuse problématique de l'efficacité d'une clause de stabilisation à garantir les droits des investisseurs face aux prérogatives souveraines de l'Etat en matière législative. En d'autres termes, jusqu'où une clause de stabilisation peut sécuriser l'investisseur face à l'aléa d'un changement de législation qui découle de l'exercice par l'Etat de ses prérogatives souveraines.

Deux hypothèses s'affrontent ici :

- la première repose sur la théorie des droits acquis qui constitue le socle du *statu quo* et considère que la clause de stabilisation de dix ans consacrée dans l'ancienne formule de l'article 276 devrait l'emporter sur le principe d'une application immédiate exprimé dans l'article 342 du CM tel que révisé.<sup>4</sup> Cette hypothèse postule que si la théorie des droits acquis peut valablement ressortir la plénitude de ses effets juridiques en dépit de l'exercice par l'Etat de sa souveraineté législative, il devrait s'ensuivre que les droits reconnus aux investisseurs avant la modification du CM restent en vigueur ;
- la seconde hypothèse par contre, repose sur la théorie de la souveraineté permanente de l'Etat sur les ressources naturelles et considère le principe d'une application immédiate comme devant l'emporter sur les droits acquis. Elle postule ainsi que si l'Etat peut souverainement décider d'appliquer immédiatement la loi modifiée à tous les opérateurs miniers sans exception, les droits acquis leur reconnus en vertu des anciennes dispositions devraient être considérés comme étant implicitement supprimés.<sup>5</sup>

Pour procéder à bon escient, une bonne réflexion se doit avant tout d'analyser le contour de la théorie des droits acquis, la situer dans le contexte de l'article 276 tout en tenant compte de son interaction avec la théorie de la souveraineté. Ceci simplement parce que la portée des droits qui seraient acquis en vertu de l'article 276 ne peut s'apprécier sans percevoir et comprendre le contour de la volonté souveraine du législateur exprimée dans cette disposition ainsi que celui de la finalité poursuivie par ce dernier avant qu'après la modification.<sup>6</sup> L'exercice est très délicat, car il met en compétition à la fois le besoin de sécurisation des droits privés et la poursuite de l'intérêt général. Comme l'exprime si bien Lalive, le problème de politique législative est celui de l'opportunité du choix à opérer entre tendances et intérêts contradictoires.<sup>7</sup> Par moments, le législateur fait appel à la notion

---

<sup>4</sup> Article 342 bis (al.1) dispose que "les dispositions de la présente loi sont d'application immédiate à l'ensemble des titulaires des droits miniers valides à la date de son entrée en vigueur".

<sup>5</sup> Cependant, dans ce dernier cas, on doit impérativement s'interroger sur le fait que pareille suppression puisse intervenir avec ou sans dommages-intérêts ou compensation.

<sup>6</sup> Zygmunt I., "De quelques aspects de l'interprétation des lois..." in, *Revue internationale de droit comparé* vol. 13 N°4, Octobre-décembre 1961, p.755

<sup>7</sup> Lalive P., "Respect international des droits acquis" (Association des hautes études internationales, Paris 1968), p.11.

d'ordre public ou s'appuie sur des considérations d'intérêt général jugées supérieures, pour supprimer des droits ou des situations individuelles existantes ; tantôt faisant appel à des considérations d'équité, plutôt que d'exiger la suppression ou la modification des droits ou intérêts des particuliers, il opte pour leur maintien en s'abstenant de donner un effet rétroactif à la loi nouvelle.

La dialectique s'articule donc ici premièrement autour de la question suivante : Quelle est la portée de l'article 276 du CM ?

Ensuite, il convient d'observer que la divergence de vues entre l'Etat et les opérateurs miniers révèle en fait l'existence de la problématique d'une l'application des lois dans le temps, difficulté qui de manière pragmatique aurait dû être réglée par le recours à la technique de dispositions transitoires. Le dilemme aurait paru moins compliqué si seuls les régimes fiscal, douanier et de change avaient été modifiés. Mais ici, on est en présence d'une clause de stabilisation qui elle-même a subi une modification ou mieux, a été supprimée. L'article 276 (alinéa 2) a été modifié de sorte qu'une nouvelle clause de stabilisation dont la durée moins longue (cinq ans) a la prétention de s'appliquer aux projets déjà valides au moment de la promulgation de de la Loi n°18/001 du 09 mars 2018, modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant CM.

Il se pose alors la question :

- laquelle des deux clauses de stabilisation devrait gouverner les projets miniers en cours au moment de la modification ?

Comme on le verra, les réponses à toutes les préoccupations soulevées ici peuvent varier selon que l'on aborde le problème du point de vue de l'ordre juridique interne ou de celui international. Ce qui naturellement rend l'intérêt de la présente réflexion plus qu'évident, dans la mesure où les questions essentielles qu'elle traite (survivance ou non des droits acquis et efficacité de la clause légale) permettent d'avoir une vue claire des retombées juridiques que peut avoir une modification législative substantielle dans les rapports entre l'Etat hôte et l'investisseur étranger aussi bien en droit interne qu'en droit international.<sup>8</sup> Mais avant d'entamer toute discussion sur le fond de ces questions, il a semblé nécessaire de préciser au préalable la notion au cœur de cette étude, à savoir celle de clause de stabilisation. Pour ce qui est de la méthode, l'ensemble de la recherche a été soumise aux méthodes exégétique et téléologique, car elles semblent mieux appropriées pour dégager la portée exacte des dispositions légales impliquées dans ce débat.

---

<sup>8</sup> La course au développement impose parfois à l'Etat de prendre des mesures draconiennes et impopulaires, alors qu'en même temps, elle exige d'injecter plus de capitaux sur le marché national par la promotion des investissements privés.

## II. NOTION DE « CLAUSE DE STABILISATION »

L'Etat hôte étant un sujet de droit hors du commun de par les prérogatives souveraines dont il jouit, l'investisseur étranger est généralement confronté à deux types de risque sur le plan juridique: l'aléa de puissance publique et l'aléa législatif.<sup>9</sup> L'aléa de puissance publique implique la modification des termes du contrat à la suite des mesures prises par l'administration publique dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique (fait du prince, modification des contrats à la suite des clauses exorbitantes du droit commun, pouvoir de sanction unilatéral). La recherche d'un moyen en vue de parer à ce premier aléa a conduit au développement de la clause dite d'intangibilité, qui se définit comme une clause insérée au contrat, stipulant de manière générale que "les droits et obligations des parties ne pourront être modifiés sans leur consentement mutuel".<sup>10</sup> L'aléa législatif quant à lui, affecte les conditions d'exécution du contrat à la suite d'une modification ultérieure de la loi sous laquelle il avait été conclu. Etant restreint à la seule modification législative, le contre-pied à cet aléa a donné naissance à la clause de stabilisation qui au sens stricte du terme<sup>11</sup> s'entend d'une clause dont l'objet est de geler la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve au moment de la conclusion du contrat.<sup>12</sup>

Dans la doctrine, certains auteurs ont considéré qu'il n'y avait pas de différence entre ces deux types de clauses au motif pris qu'elles aboutissent au même résultat.<sup>13</sup> Cependant, même dans l'hypothèse où elles partageraient le même objectif, elles diffèrent essentiellement de par leur objet et la nature de l'acte visé.<sup>14</sup> Alors que la stabilité a pour objet "le gel de la loi applicable", l'intangibilité elle vise l'immunité des clauses contractuelles. La stabilité vise donc à neutraliser la loi dont la nature juridique est bien distincte du contrat, elle affecte une compétence générale de l'Etat et par conséquent, a un effet extrinsèque. Par contre, l'intangibilité est intrinsèque du fait qu'elle ne concerne qu'un pouvoir qui lui, ne se déploie que dans la sphère du contrat,

<sup>9</sup> Cette distinction a été illustrée dans les travaux de Weils P.

<sup>10</sup> Weil P. "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique" in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp.307--308.

<sup>11</sup> Dans une étude menée en 2008 par la Société Financière Internationale et le Professeur John Ruggie, les clauses de l'équilibre financier ont été incluses dans la catégorie des clauses de stabilisation. Cependant, cette classification nous semble peu exacte si l'on part de l'idée qu'elle vise une adaptation du contrat aux conditions nouvelles qui affectent l'équilibre financier. Vii. Dans ce cas, les clauses d'équité développées en droit minier congolais devraient elles aussi y être incluses.

<sup>12</sup> Weil P., *Op. cit.*, pp.307-308.

<sup>13</sup> Kahn Ph., "Contrats d'État et nationalisation", *Clunet*, 1982, p. 849 ; Gaillard E. , "Arbitrage commercial international : droit applicable au fond du litige", in *Ed. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1996, fasc. 586-9-1, p. 6.

<sup>14</sup> Elbehery I., *Théories des contrats administratifs et des marchés publics internationaux* (Sciences de l'Homme et Société. Université Nice Sophia Antipolis, 2004), p.146.

couvrant uniquement l'étendue des prestations contractuelles (financière, économique...)<sup>15</sup>

Aussi, il convient de souligner que la clause de stabilisation peut avoir une étendue et une durée qui varient selon les cas. Elle peut être de portée générale ou ne concerner que quelques matières spécifiques telles que la fiscalité, le change etc. Sa durée peut être indéfinie et s'étendre sur toute la durée d'exécution du contrat ou alors, elle peut être limitée dans le temps.

Au-delà de tout cet effort conceptuel qui vise à rapprocher ou distinguer ces deux types de clauses, la question la plus importante est celle de la valeur juridique qu'on y attache, celle de leur efficacité juridique réelle. Dans le cadre qui nous occupe ici, à savoir celui d'un aléa législatif, il est évident qu'il est moins difficile pour l'Etat de se défaire d'un engagement souscrit dans un acte unilatéral (*lex*) que celui offert dans un échange de volonté (*contractus*). Pour ce qui est des aléas de puissance publique, il est toutefois intéressant de souligner en passant que la clause d'intangibilité, autant que pour la clause de stabilisation, n'échappe pas au débat sur la possibilité ou non de restreindre les prérogatives souveraines de l'Etat à la suite d'une disposition contractuelle. Plus particulièrement, le débat ici s'est orienté vers l'admissibilité de la théorie des contrats administratifs développée en droit français. En effet, cette théorie qui distingue les contrats administratifs des contrats de droit civil de par leur finalité (la poursuite d'un service public) et la présence des clauses exorbitantes du droit commun, reconnaît à l'Etat le pouvoir de modifier ou même de résilier de manière unilatérale le contrat toutes les fois que l'intérêt général l'exige.<sup>16</sup> Cette théorie a été sévèrement critiquée par Lalive, qui considère qu'elle n'est connue que de quelques Etats (à l'exemple de la France et l'Egypte) et ignorée de beaucoup d'autres au point qu'il paraît tout à fait impossible de la considérer comme faisant partie des "principes généraux" du droit international<sup>17</sup>. Cette critique trouve son fondement dans la jurisprudence internationale. Dans la sentence *Texaco Overseas Petroleum Company c. The Government of the Libyan Arab Republic (Texaco)*, il a été affirmé qu'il n'existe aucun principe de droit international qui consacre la notion de contrat administratif<sup>18</sup>. Il s'agissait de déterminer si on était en face d'une concession au sens du droit administratif sur base des principes communs au droit libyen et au droit international. La conclusion fut sans appel de la part de l'arbitre unique, Dupuy, qui considéra que même au regard du droit libyen, la concession ne constituait pas un contrat administratif.<sup>19</sup> Il est important de

---

<sup>15</sup> Elbeherly I., *op. cit.*, p.146.

<sup>16</sup> Mais non sans respecter l'équilibre financier.

<sup>17</sup> Lalive P., "L'Etat en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères", in *New directions in International Law*, Vol1, (UNIDROIT, Dobbs, NY, 1977), p.358.

<sup>18</sup> *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company*, Award of 23 August 1958 (1963) 27 ILR 117, paras.54-57.

<sup>19</sup> *Idem*,

souligner ici que la concession au sens du droit administratif a pour finalité un service public et par conséquent, elle se démarque des concessions minières et pétrolières qui elles, ont pour objet l'exploitation des ressources naturelles.<sup>20</sup> En réalité, la théorie des contrats administratifs est limitée par la double considération de l'ordre juridique auquel se rattache le contrat et du droit qui lui est applicable. N'ayant pas de reconnaissance en droit international, cette théorie est renfermée dans les seules limites du droit national et de l'ordre juridique interne des Etats qui la pratiquent. Par conséquent, elle ne saurait jouer à l'égard de la clause d'intangibilité que pour autant que les contrats administratifs qui impliquent ces Etats n'ont pas été internationalisés.<sup>21</sup> En dépit de toute la difficulté qu'il y a à établir le fondement juridique<sup>22</sup> de la technique d'internationalisation du contrat d'Etat, ce procédé est admis autant dans la pratique des parties que dans la jurisprudence arbitrale internationale (voir *Texaco*).<sup>23</sup> Cette internationalisation est généralement la conséquence logique d'une expression implicite (clause d'arbitrage international) ou explicite (choix du droit applicable) de l'autonomie de la volonté des parties.

<sup>20</sup> Ce n'est pas pour autant qu'elles sont assimilables à des simples contrats de droit civil. Conformément, à l'article 3 de l'Acte Uniforme sur le Commerce Général, l'exploitation industrielle des mines est considérée comme un acte de commerce. On peut donc affirmer que les concessions minières connaissent l'application du droit commercial pour ce qui est des aspects qui relèvent du droit OHADA. Aussi, le code minier étant une législation spéciale, il est indéniable que les concessions minières obéissent à un régime juridique spécial.

<sup>21</sup> L'internationalisation résulte soit de la clause compromissoire qui désigne une procédure d'arbitrage international ou soit d'une clause du choix de la loi applicable qui désigne le droit international.

<sup>22</sup> Deux objections rendent cette solution mitigée. 1. Le fait que l'individu n'est pas un sujet de droit international au sens classique. 2. Le fait que le contrat d'Etat ne saurait relever du droit international public étant entendu qu'il n'a pas la même nature qu'un traité. Cohen-Jonathan G. "L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen; décision au fond du 19 janvier 1977" in *Annuaire Français de Droit international* (1977), pp 452-479, p. 457. Remettant en cause tout absolutisme dans la position de la Cour Permanente de Justice exprimée dans les arrêts relatifs aux emprunts serbes et brésiliens selon laquelle "tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale", l'arbitre unique dans *Texaco*, va affirmer qu'une telle hypothèse peut même être écartée de manière à soumettre le contrat, suivant une lecture plus large de l'arrêt, aux règles communes à plusieurs Etats, aux conventions internationales ou à la coutume. para. 27, p.354. Pour démontrer toute la difficulté d'un tel procédé, Verdoss va plus loin jusqu'à avancer l'idée de soumettre le contrat à un troisième ordre juridique (Verdoss tel que cité par Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p.456). Cette dernière opinion paraît bien dépourvue de tout fondement rationnel. A notre sens, l'internationalisation des contrats pourrait trouver son fondement dans la coutume internationale, étant entendu que pratiquement tous les Etats consentent à cette pratique. La répétition de cette pratique rencontre déjà l'élément matériel requis dans le processus de création d'une coutume, reste à en déterminer l'élément psychologique. Cette approche est aussi celle soutenue par un autre auteur, Dominicé, qui affirme qu'"en vertu d'une règle du droit international coutumier générée par l'abondante pratique des contrats d'Etat et la jurisprudence, les investisseurs peuvent conclure des contrats d'investissement ancrés dans le droit international public". Dominicé C. "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" dans *L'ordre juridique international entre tradition et rénovation*, PUF, Paris, 1997, pp. 57-79.

<sup>23</sup> *Texaco*, (*op. cit.*) : « [...] Déclarer qu'un contrat entre un Etat et une personne privée se situe dans l'ordre juridique international signifie qu'aux fins de l'interprétation et de l'exécution du contrat, il convient de reconnaître au contractant privé des capacités internationales spécifiques. Mais, à la différence de l'Etat, la personne privée n'a qu'une capacité limitée et sa qualité de sujet de droit international ne lui permet que de faire valoir, dans le champ du droit international, les droits qu'elle tient du contrat ». *JDI*, 1977, p. 361, para. 47.

### III. PORTEE DE L'ARTICLE 276 ET THEORIE DES DROITS ACQUIS

Un projet minier se distingue de plusieurs opérations du commerce international par le caractère spécifique de son cycle de vie.<sup>24</sup> Plus qu'une simple opération ponctuelle, l'investissement minier est censé s'exécuter sur une période plus ou moins longue. Ce qui le rend vulnérable à l'influence des facteurs politiques, juridiques ou économiques qui n'existaient pas à la genèse de sa réalisation. D'où le réflexe des bailleurs de fonds<sup>25</sup> qui, avant de financer tout projet minier, analysent toujours les paramètres de stabilité sur le long terme. Une stabilité plus ou moins relative des régimes fiscal, douanier et de changer est donc un élément important dans la décision d'investir. Elle permet à ceux qui vont injecter les capitaux de faire des projections sur une possible rentabilité du projet à moyen ou long terme. En réalité, l'investisseur craint ce que l'on peut qualifier d' "effet otage": c'est-à-dire investir des coûts importants devenus irrécupérables au point qu'on ne peut plus facilement se désengager au cas où l'Etat hôte décidait de changer les règles du jeu.<sup>26</sup> Dans les relations d'affaires, l'Etat dispose d'une arme dont les personnes privées ne jouissent pas et qui lui permet d'atteindre ses finalités quelques fois de manière unilatérale. Il s'agit du pouvoir de modification des lois. Comme le souligne Howse, le cas le plus fréquent c'est celui de la modification du régime fiscal ayant pour conséquence d'augmenter la charge fiscale de l'investisseur.<sup>27</sup> C'est ainsi que d'un point de vue juridique, l'investisseur tend à se prémunir contre les risques liés au changement de législation en cours d'exécution du projet en s'appuyant sur une clause de stabilisation incluse dans le contrat qui le lie à l'Etat hôte ou dans une disposition du droit interne de cet Etat.<sup>28</sup>

Dans le cas qui nous occupe, la clause de stabilisation a été principalement consacrée dans les dispositions de la loi, même si comme on le sait, certaines sociétés minières disposaient de cette garantie dans les termes de leurs concessions. Ainsi, on va devoir distinguer la portée de la disposition qui consacre la clause de stabilisation, à savoir l'article 276 avant et après la modification du CM. Comme on l'a déjà souligné, l'objectif est d'appréhender le contour de la volonté souveraine du législateur exprimée dans cette disposition ainsi que de la finalité poursuivie par ce dernier autant avant

---

<sup>24</sup> Même s'il est vrai que certaines de ces opérations telles que la vente internationale et le transport international interviennent dans le cycle de la commercialisation des minerais.

<sup>25</sup> S'entend ici des institutions financières qui prêtent les fonds à la société minière ou alors prennent des actions au sein de celle-ci en échange d'un financement.

<sup>26</sup> Lire à ce sujet, Howse R., "Le gel de la politique gouvernementale: les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", in *investmenttreatynews* n°3, vol. 1 (Avril 2011), p.3.

<sup>27</sup> *Idem*, p.3.

<sup>28</sup> C'est une technique juridique convoitée de part et d'autre, et pourtant son application donne lieu bien souvent à un bras de fer entre l'Etat et l'investisseur. En fait, pour l'Etat, la clause de stabilisation sert d'appât en vue de rassurer l'investisseur et d'accroître le volume des investissements; mais il n'hésite pas à y revenir avec le temps suite à des considérations qu'il présente presque toujours comme des contraintes d'intérêt général.

qu'après sa modification. Ceci permettra d'en tirer les conséquences du point de vue juridique.

**a) Avant la révision**

Avant la révision, l'article 276 (2) disposait :

*« L'Etat garantit que les dispositions du présent Code ne peuvent être modifiées que si, et seulement si, le présent Code fait lui-même l'objet d'une modification législative adoptée par le Parlement.*

*Les droits attachés ou découlant d'un permis de recherches ou droit minier d'exploitation octroyé et valide à la date de la promulgation d'une telle modification législative ainsi que les droits attachés ou découlant du droit minier d'exploitation octroyé postérieurement en vertu d'un tel permis de recherches incluant, entre autres, les régimes fiscal, douanier et de change du présent Code, demeurent acquis et intangibles pendant une période de dix ans à compter de la date de :*

- a) l'entrée en vigueur de la modification législative pour les droits miniers d'exploitation valides existant à cette date ;*
- b) l'octroi du droit minier d'exploitation octroyé postérieurement en vertu d'un Permis de Recherches valide existant à la date de l'entrée en vigueur de la modification législative. »*

En faisant usage de la méthode exégétique, on se rend compte que la volonté du législateur, en consacrant cette clause de stabilisation dans le CM de 2002, était avant tout de rompre avec le code de 1981 qui favorisait une disparité de situation (dans la durée et dans les termes) à la suite du régime conventionnel. Ainsi dans l'exposé des motifs, on y lit :

*“A la différence de l'ancien, le présent Code assure la stabilité du régime fiscal et douanier...La fiscalité étant pour les entreprises minières un des facteurs déterminants de la décision d'investir leurs capitaux dans un pays donné, le présent Code introduit une innovation en mettant en place un régime fiscal et douanier unique applicable à tous les opérateurs du secteur minier industriel et à tous les exploitants miniers à petite échelle, sans aucune exception résultant de la nature ou durée du titre minier.”*

Ici, le régime général ou commun tenait au fait que dans l'entendement du législateur, les différences qui pouvaient résulter de la nature ou de la durée du projet minier ne devaient plus influencer sur l'étendue et la nature de la stabilité offerte, au point d'en produire une disparité tous azimuts.

Ensuite, cette volonté du législateur corrobore avec la finalité poursuivie, celle de rendre le code incitatif, et permet par conséquent de réconcilier l'exégèse avec la méthode téléologique. Il fallait rendre le CM plus attractif de manière à relancer l'investissement minier. Seize ans plus tard, cet objectif a été atteint, tel que le démontre bien l'exposé des motifs de la loi, qui constate que l'application du CM de juillet 2002 au 31 décembre 2016 a été à la base de

l'augmentation sensible du nombre des sociétés minières et des droits miniers et des carrières ainsi que de l'accroissement de la production minière en République Démocratique du Congo.<sup>29</sup>

Dans ce sens, il va sans dire que la volonté du législateur était celle d'offrir aux investisseurs les meilleures garanties au nombre desquels figurait une stabilité uniforme autant dans ses termes que dans sa durée, dans l'objectif ultime d'accroître le volume des investissements miniers et d'en tirer les meilleurs dividendes. Concrètement, l'engagement pris par le législateur était d'étendre la stabilité des investissements sur une période de dix ans à partir de la date à laquelle le CM serait modifié.

Cette démarche qui visait à promouvoir l'investissement minier a eu pour conséquence que ceux qui ont investi sous le régime de cette loi (CM) ont acquis des droits ou avantages qui étaient censés produire leurs effets à partir du 9 mars 2018, date de sa modification. Si l'on s'arrête là, il est clair que les régimes fiscal, douanier et de change devraient continuer à s'appliquer au groupe d'investisseurs titulaires des permis valides au jour de la modification de 2018. Malencontreusement, pareille lecture sera remise en cause non pas simplement par la modification de ces régimes, mais bien plus par le fait que simultanément la clause de stabilisation de dix ans a elle-même été supprimée au cours de cette entreprise modificatrice.

D'où la préoccupation ici de savoir si l'Etat peut appliquer à cette catégorie d'opérateurs miniers les nouveaux régimes fiscal, douanier et de change au mépris de la garantie qui leur était initialement accordée avant la modification de l'article 276 partant simplement du fait, qu'il a scié la branche de l'arbre sur laquelle reposaient ces garanties. Cette préoccupation ne saurait trouver de réponse sans au préalable comprendre les raisons profondes qui ont amené l'Etat à supprimer cette clause. Pour ce faire, tenant compte des conséquences que diverses interprétations pourraient engendrer sur le plan de la sécurité juridique, il y a impérativement lieu de discerner la *ratio legis*, l'esprit du texte nouveau. Ce qui conduit incidemment à analyser l'article 276 révisé, sa raison d'être et ses effets sur les droits que garantissait la clause de stabilisation supprimée.

#### ***b) Après la révision***

L'alinéa 2 de l'article 276 qui contient les termes de sa modification dispose :

*"L'Etat assure au titulaire des droits octroyés sous l'empire de la présente loi, la garantie de stabilité du régime fiscal, douanier et de change qui demeure acquise et intangible jusqu'à la fin d'une période de cinq ans, à compter de la date de :*

---

<sup>29</sup> Voir préambule, CM révisé (9 mars 2018).

*a. l'entrée en vigueur du présent Code pour les droits miniers d'exploitation valides existant à cette date ; b. l'octroi du droit minier d'exploitation acquis postérieurement en vertu d'un Permis de recherches valide existant à la date de l'entrée en vigueur de la présente loi. »*

Pour arriver à déceler la portée de cette disposition, il faut arriver à déterminer à partir de quel moment la clause de stabilisation qu'elle consacre entend ressortir ses effets. En premier lieu, on note que sa formulation pose certaines difficultés. D'abord, en parlant des titulaires des droits octroyés sous l'empire de la présente loi, on peut penser qu'il s'agit de ceux-là seuls qui obtiendront des droits miniers sous l'égide de la loi modifiée. Auquel cas, les droits acquis sous l'empire de l'ancienne formule de l'article 276 ne seraient pas inquiétés. Or pareille lecture ne corrobore pas avec le point de départ de cette garantie de stabilité consacré au point (a) de l'article 276 révisé. Le législateur y fait expressément référence à une application immédiate à des droits miniers d'exploitation qui sont censés être valides à la date de l'entrée en vigueur du CM. Il est vrai que l'allusion faite à l'entrée en vigueur du CM peut aussi prêter à confusion, car, étant en face d'une simple modification et non d'une abrogation totale, d'aucuns pourraient croire qu'il s'agit d'une rétroactivité au 11 juillet 2002.

Cependant, pareil entendement serait absurde dans la mesure où la période de cinq ans envisagée dans cette disposition serait alors largement dépassée si législateur avait envisagé de la faire courir à partir de 2002. Il ne peut donc s'agir que des droits miniers d'exploitation valides à la date de l'entrée en vigueur du CM révisé (9 mars 2018). Cet entendement se confirme lorsqu'on recherche la *ratio legis* de cette disposition dans l'exposé des motifs. Le législateur y affirme sans ambages que l'une des faiblesses du CM ayant justifié sa révision était l'impact que la clause de stabilité des droits acquis sur une période des dix ans avait régulièrement sur le rendement des régimes fiscal et douanier. Très clairement, le législateur congolais fait allusion à l'impact négatif de la clause de stabilisation sur la fiscalité, car l'Etat congolais, à l'instar de plusieurs autres Etats africains, considère avoir recueilli des minces revenus en pleine période de hausse des cours (2002-2010).<sup>30</sup> Avant la chute des cours des matières premières, les statistiques de la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique ont démontré que les revenus des compagnies minières avaient augmenté de 32% et leurs résultats nets de 156% en 2010; alors que dans le même temps, les taxes versées aux Etats africains n'avaient augmenté que de 6%. Dans ce contexte, il apparaît donc très clairement que la clause de stabilisation décennale ne pouvait plus

---

<sup>30</sup> Voir CEA, Rapport sur l'Afrique 2011. En marge des révisions des contrats miniers, une tendance nouvelle en matière de réformes s'est tout logiquement dessinée depuis la fin de la décennie 2000 qui semblent vouloir répondre dans le cadre beaucoup plus général de la loi (code minier) aux inquiétudes des Etats Africains en ce qui concerne le partage plus équitable des recettes générées par le secteur minier ainsi que la prise en compte des obligations des opérateurs miniers en rapport avec le développement socio-économique des communautés locales riveraines.

s'accommoder avec la nécessité ressentie par l'Etat congolais de rendre son régime fiscal plus flexible de manière à s'ajuster aux fluctuations du marché international. C'est cela qui justifie à côté des modifications fiscales (notamment l'introduction d'un impôt sur les sociétés : superdividendes), l'adoption d'une clause de stabilisation de durée relativement plus courte (cinq ans) et dont l'application immédiate s'impose même aux titulaires des droits miniers d'exploitations valides au moment de son entrée en vigueur. Cette application immédiate est en outre renforcée par une lecture croisée de l'article 276 alinéa 2 avec les dispositions l'article 342 bis alinéa 1er rédigé en ces termes:

*« Les dispositions de la présente loi sont d'application immédiate à l'ensemble des titulaires des droits miniers valides à la date de son entrée en vigueur.*

*En cas de modification législative dans les cinq ans à dater de l'entrée en vigueur du présent Code, les titulaires des droits miniers visés à l'alinéa précédent bénéficient de la garantie de stabilité du régime fiscal, douanier et de change du présent Code ».*

Cette consécration d'une application immédiate de la clause de stabilisation n'est pas sans conséquences fâcheuses sur la sécurité juridique qui apparaît comme une fonction naturelle de la loi. L'absence d'une disposition transitoire dans la loi modifiée démontre que dans l'entendement du législateur congolais, autant la substance que la durée de la clause de stabilisation décennale pouvaient disparaître de l'ordre juridique national sans régler le sort des droits acquis en vertu de celle-ci. Ce qui implicitement crée une insécurité juridique quant à ces droits. La seule hypothèse qui s'offre alors est celle de la possibilité d'un effet rétroactif par ricochet ; effet qui appelle alors une discussion sur l'implication de la théorie des droits acquis en rapport avec la théorie de la souveraineté de l'Etat sur ses ressources naturelles. Cependant, avant d'y arriver, il convient de souligner la difficulté qu'une lecture isolée de l'article 342 bis peut soulever pour ce qui est des titulaires des droits miniers valides à la date de son entrée en vigueur. En effet, cette disposition, en prévoyant que les titulaires des droits miniers valides à la date de l'entrée en vigueur du CM bénéficieront de la garantie de stabilité dès lors seulement qu'il y a modification législative, pourrait laisser croire qu'il y a là un préalable qui s'apparente aux notions de conditions suspensive et potestative<sup>31</sup> connues en droit des obligations et que dès lors, la garantie de stabilité de cinq ans

---

<sup>31</sup> La condition suspensive est celle qui, si elle se réalise, rend le contrat (ou la disposition contractuelle) pour lequel elle a été conclue, caduc. Cependant, elle ne peut parfaitement s'appliquer à ce cas de figure dans la mesure où sa validité ne peut dépendre de la seule personne qui s'oblige, en l'occurrence ici l'Etat. Dans un tel cas, on parlera plutôt d'une condition potestative pour laquelle, cependant, le droit des obligations consacre essentiellement la "nullité". La condition potestative est une cause de nullité en droit des obligations toutes les fois que la naissance ou l'exécution de l'obligation dépend de la seule volonté de celui qui s'oblige et non pas de celui envers qui l'obligation est contractée. Bien qu'ayant des similitudes avec la condition posée par l'article 342 bis alinéa 2 du CM, il faut bien admettre que cette dernière condition à une nature légale et non contractuelle, ce qui la démarque suffisamment de l'approche consacrée en droit des obligations et la rend apte à ressortir ses effets juridiques.

commencerait à courir seulement au moment de cette modification. Cependant, comme souligné précédemment, pareille lecture ne s'accorde pas avec le point de départ consacré par l'article 276 révisé qui est celui de la date d'entrée en vigueur du CM pour cette catégorie d'opérateurs miniers. Il y a donc lieu de privilégier une lecture croisée de ces articles et de conclure à un effet de soustraction<sup>32</sup> partant de la date à laquelle la garantie court et celle à laquelle, la modification intervient, la clause de stabilisation ne pouvant aller au-delà du 9 mars 2023 pour ces opérateurs là.

#### IV. LA THEORIE DES DROITS ACQUIS FACE A LA SOUVERAINETE LEGISLATIVE

L'entrée en vigueur des dispositions légales nouvelles pose presque toujours la problématique des situations juridiques qu'elle saisit. Si de principe la loi ne dispose que pour les situations avenir, le sort des situations passées et celles en cours de constitution n'est pas toujours réglé à l'avance. Ceci s'explique par le fait qu'une situation juridique se déploie toujours dans le temps. On distingue entre les moments de sa naissance, de sa durée dans le temps et de son extinction. Cette distinction est essentielle dans la mesure où il y a risque d'un conflit de lois toutes les fois que la situation juridique née sous l'empire de l'ancienne loi produit encore ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il faut alors déterminer dans la ligne du temps, ce qui est régi par la loi nouvelle et ce qui demeure sous le régime de l'ancienne loi. La doctrine et la jurisprudence en droit comparé ont permis de dégager deux solutions, celle de l'application immédiate et celle de la rétroactivité de la loi. Dans le premier cas, le principe de l'application immédiate postule que la nouvelle loi régit les situations juridiques en cours de constitution, celles qui se constitueront dans le futur ainsi que les effets futurs des situations juridiques constituées antérieurement à son entrée en vigueur.<sup>33</sup> On considère alors que la loi nouvelle n'est pas rétroactive étant entendu que les effets passés demeurent sous le règne de l'ancienne loi.<sup>34</sup> Dans le second cas, la loi nouvelle régit non seulement les situations juridiques en cours de constitution et celles futures, elle saisit aussi les situations juridiques nées avant son entrée en vigueur. On considère alors que la loi nouvelle est rétroactive.

---

<sup>32</sup> Par exemple, si la modification du CM intervenait en 2021 sur une matière couverte par la clause de stabilisation, la lecture croisée de ces deux dispositions porte à croire que pour cette catégorie d'opérateurs miniers, il ne restera que deux années à jouir de la stabilité, les trois premières années ayant déjà été consommées.

<sup>33</sup> Ce principe n'est pas absolu. En matière contractuelle, les effets futurs d'un contrat conclu par le passé restent soumis à l'ancienne loi, sauf s'il s'agit d'une matière d'ordre public ou alors, que le législateur ait expressément disposé autrement.

<sup>34</sup> P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, Paris, 1929, réédité sous le titre *Le droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1960, Sirey, Paris, 1960.

Si l'énoncé de ces solutions paraît bien aisé, leur mise en application ne l'est pas toujours. La rétroactivité apparaît généralement comme une exception dans la mesure où, elle remet en cause les impératifs de sécurité juridique au nombre desquels on trouve la prévisibilité.<sup>35</sup> Cette dernière implique une certaine forme de stabilité de la norme et de l'ordre juridique de manière à permettre aux sujets de droit d'opérer une prédiction des conséquences juridiques attachées à leurs actes. Partant de là, la théorie des droits acquis est généralement mise en avant pour parer aux effets indésirables d'une loi rétroactive. Elle suggère que la loi nouvelle ne doit pas porter atteinte aux droits acquis en vertu de la loi ancienne. Pour le besoin de l'exercice de ces droits, on considère que le régime juridique consacré par la loi ancienne survi à leur égard. Cependant, il est généralement fait une distinction entre droits acquis et des simples expectatives qui elles ne sont que des simples attentes fondées sur des promesses, des probabilités et par conséquent, ne jouissent pas de cette protection.

Dans le cadre de la révision de l'article 276 du CM, pour arriver à déterminer le sort des droits acquis, il faut au préalable établir s'il s'agit uniquement d'un cas d'application immédiate ou si la modification a un effet rétroactif. Ce qui exige avant tout d'identifier ces droits acquis, puis déterminer le moment de leur création ainsi que celui où ils sont censés ressortir leurs effets dans le temps.

Si l'on s'en tient à la clause de stabilisation décennale, il apparaît que les droits acquis par les opérateurs miniers sont ceux qui consistent à voir les régimes fiscal, douanier et de change auxquels ils étaient soumis, inchangés pendant dix ans à compter de la date de la modification du CM. Cette clause étant consacrée dans le CM (article 276) non révisé, il est donc indéniable que ces droits ont été acquis à la date de son entrée en vigueur le 11 juillet 2002. Cependant quant à ressortir leurs effets juridiques dans le temps, il faut observer que le législateur dans sa formulation a fait une projection dans le temps. En d'autres mots, il distingue deux moments, celui de la formation de ces droits qui a été concomitant à l'entrée en vigueur du CM et celui où ils sont censés ressortir leurs effets juridiques, différé à une date ultérieure, savoir celle de la modification du CM. Ce qui logiquement aurait dû commencer à courir à la date du 9 mars 2018. Partant de cette observation, on en déduit que les nouvelles dispositions de l'article 276 qui entendent soumettre tous les titulaires des permis d'exploitation au régime de la clause de cinq ans à l'instant même de la modification du CM n'ont certes pas un effet rétroactif sur les droits acquis, mais violent tout simplement leur mise en application du simple fait de leur simultanéité avec le moment où ces droits acquis devaient ressortir leurs

---

<sup>35</sup> En plus de la prévisibilité, on peut citer les exigences d'accessibilité, d'intelligibilité et de clarté. Voir les développements en droit comparé dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français.

effets juridiques. Cette expérience congolaise d'une cristallisation concomitante dans le temps, prouve à suffisance que même une loi d'application immédiate peut mettre à mal les droits acquis. Ceci tout simplement parce que, bien qu'elle ne remette pas directement en cause une situation juridique née par le passé, elle paralyse ou modifie ses effets juridiques qui avaient été différés ultérieurement. D'où, on peut légitimement s'interroger sur la possibilité pour la théorie des droits acquis de surmonter l'effet immédiat de la loi dans ce cas.

Comme souligner précédemment, l'approche varie selon que l'on aborde le problème dans l'ordre juridique interne ou celui international. Néanmoins, avant d'apprivoiser les solutions envisageables dans l'un ou l'autre de ces ordres, il faut garder à l'esprit que le nœud du problème demeure la possibilité ou non de contenir l'exercice par l'Etat de sa souveraineté législative.

Dans l'ordre juridique interne des Etats, on observe que la protection des droits acquis est généralement très limitée. En droit congolais, il a été observé que "la jurisprudence constante de l'ancienne Cour Suprême de Justice, aujourd'hui éclatée en plusieurs juridictions spécialisées, retient comme principe que les droits acquis par les individus, consacrés dans des actes administratifs sont intangibles. L'acte administratif individuel créant des droits ne peut être rapporté que s'il est entaché d'illégalité et son retrait soit prononcé dans le délai du recours en annulation<sup>36</sup>. Cependant, ici il s'agit non pas de retoucher un simple acte administratif, mais plutôt de modification législative. La tendance semble moins favorable dans ce cas. Au-delà des divergences doctrinales,<sup>37</sup> l'une des raisons essentielles est que l'on considère généralement que l'Etat ne peut limiter sa souveraineté par des engagements souscrits avec des particuliers et que par conséquent, une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger".<sup>37</sup> Il y a là une prévalence de la mutabilité législative<sup>38</sup> sur la protection des droits acquis. Cependant, admettre la généralisation d'une telle approche serait suicidaire pour la sécurité juridique et partant pour la consolidation d'un Etat de droit. Partant de la nature du droit acquis, il est possible de concevoir l'hypothèse d'une limitation aux prérogatives législatives de l'Etat. Il s'agit par exemple des droits acquis qui jouissent d'une protection constitutionnelle.<sup>39</sup> Ainsi, il est admis que l'Etat ne peut pas modifier sa loi avec pour effet de

---

<sup>36</sup> Dans ce sens, l'arrêt RA 149 du 27/11/1987, l'arrêt RA 258 du 26/11/1993 et l'Arrêt 340 du 19/02/1998, *Juricongo, Jurisprudence de la Cour suprême de justice, Tome II, contentieux administratif*, Kinshasa 2011, p. 88.

<sup>37</sup> Weil P., pp.323-325.

<sup>38</sup> Principe qui veut que le législateur adapte les lois dans le temps toutes les fois que les changements sociaux et l'intérêt général le commandent.

<sup>39</sup> Le principe est posé à l'article 60 de la Constitution de la RDC qui dispose « Le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales consacrés dans la Constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne ».

remettre en cause des libertés fondamentales.<sup>40</sup> Cependant, cette observation vaut *mutatis mutandis a contrario*. La théorie des droits acquis ne peut pas non plus prévenir l'application des modifications législatives toutes les fois qu'elles visent la protection d'un droit fondamental (ex. droits de l'homme, droit de l'environnement)<sup>41</sup>. Le contrôle de la constitutionnalité des lois peut donc permettre au juge constitutionnel de faire échec aux effets néfastes que pourrait avoir une loi nouvelle sur les droits acquis, à condition que ces derniers jouissent d'une protection constitutionnelle. Le juge constitutionnel se voit donc dans l'obligation de répondre constamment à la question de savoir jusqu'à quel point la suppression des droits acquis est justifiée et à partir de quand elle doit être considérée contraire à la Constitution<sup>42</sup>. Peut-on alors envisager une protection constitutionnelle dans le cadre de l'article 276 du CM?

A cet égard, Mukendi observe que:

*"la garantie légale de stabilité a ... été prise en charge, consacrée et protégée par la Constitution actuellement en vigueur. Celle-ci garantit la stabilité des projets miniers par la sécurisation des investissements privés des nationaux et des étrangers, notamment ceux du secteur minier, en ce qu'elle dispose en son article 34 que: 'L'Etat encourage et veille à la sécurité des investissements privés, nationaux et étrangers'. La constitution n'a pas restreint la portée des termes 'sécurité des investissements'. Les termes 'sécurité des investissements' doivent être entendus dans le sens le plus large possible impliquant la sécurité matérielle ou physique et surtout la sécurité juridique des investissements. Ainsi, la sécurité des investissements passe par la garantie légale de stabilité qui est une sorte de sécurité juridique dont les investisseurs ont grandement besoin dans un secteur aussi important et stratégique pour la relance de l'économie nationale."*<sup>43</sup>

Cette observation est juste pour autant qu'elle révèle l'existence sans ambages d'une obligation constitutionnelle qui pèse sur l'Etat, celle de veiller à la sécurité des investissements. Seulement, l'essence même de cette obligation est tellement large comme le souligne si bien cet auteur, qu'on en déduit qu'il serait difficile d'en dessiner les contours sur le plan juridique. Ainsi, formulée dans des termes très généraux, cette obligation de sécurité des investissements,

<sup>40</sup> L'article 61 de la Constitution de la RDC dispose qu' "En aucun cas, et même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence aura été proclamé conformément aux articles 85 et 86 de la présente Constitution, il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux énumérés ci-après : 1. le droit à la vie ; 2. l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; 3. l'interdiction de l'esclavage et de la servitude ; 4. le principe de la légalité des infractions et des peines ; 5. les droits de la défense et le droit de recours ; 6. l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes ; 7. la liberté de pensée, de conscience et de religion.

<sup>41</sup> Voir aussi dans ce sens Kabange N.C-J 'La révision par L'Etat des contrats signés avec les personnes privées: Cas des contrats miniers en Rd Congo' *Cahiers Africains des droits de l'Homme... (Cridahe)* (Novembre, 2010) p. 7.

<sup>42</sup> Tuleja P. et Wojtycek K. "La protection des droits acquis élément constitutif de l'État de droit? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise" *Revue internationale de droit comparé Année 1995* 47-3 pp. 737-762, p.740.

<sup>43</sup> Mukendi W.E. "Incidences de la modification de la garantie légale de stabilité sur les projets miniers existants en RDC" *JuriAfrique*, 5 avril 2018. Source: <https://juriafrique.com/blog/2018/04/05/incidences-de-la-modification-de-la-garantie-legale-de-stabilite-sur-les-projets-miniers-existants-en-rdc/> (consulté le 1/12/2018).

même lorsqu'elle aurait une certaine portée juridique, ne peut contenir les velléités législatives de l'Etat que pour autant qu'elle est centrée sur un droit acquis constitutionnellement protégé. En dehors de cette hypothèse, le principe de la mutabilité législative l'emportera toujours. Or, dans l'espèce la garantie des régimes fiscal, douanier et de change n'apparaît pas comme des droits acquis à valeur constitutionnelle. Les dispositions de l'article 34 de la constitution ne sauraient donc en assurer la protection.

Néanmoins, doit-on pour autant conclure qu'aussi bien la présence que l'absence d'une clause de stabilité ont toutes le même effet, celui de ne rien garantir à la protection des droits acquis ? Pareille suggestion ne serait pas correcte dans la mesure où, une concession qui serait couverte par une telle clause devrait ressortir des effets qui la démarquent de celle qui n'en jouit pas. C'est ainsi que la violation de pareille clause qui entraîne incidemment celle des droits acquis qu'elle a engendrés pourrait conduire à une indemnisation. Ce sera le cas s'il est établi que les changements dans la législation ont l'effet indirect d'une expropriation.<sup>44</sup> Cependant comme le souligne Brownlie, les mesures prises par l'Etat hôte en rapport avec la taxation, la limitation des quotas ou la dévaluation ne devraient pas constituer une "expropriation".<sup>45</sup> Cette solution est alors elle aussi limitée.

La théorie des droits acquis semble avoir reçu un écho beaucoup plus favorable dans l'ordre juridique international autant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Ainsi, dans la sentence arbitrale *Saudi Arabia c/. Arabian American Oil Company (Armarco)*, il a été soutenu ce qui suit :

*"précisément parce que l'Etat est souverain dans les limites de ses frontières, il possède juridiquement la faculté de conférer des droits qu'il s'interdit lui-même de retirer avant la fin de la concession, sous réserve des clauses de révocation contenues dans le contrat de concession. Rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession des droits irrétractables".*<sup>46</sup>

Cette approche se situe sur la même ligne de mire que celle qui s'est dégagée quelques décennies plus tôt dans les célèbres affaires de *Chorzow* (1926) et *Goldenberg* (1928) dans lesquelles le respect des droits acquis a été présenté comme un principe général du droit des gens.<sup>47</sup> Dans la sentence *Aramco*, il a en outre été souligné que si l'Etat venait à déroger aux droits acquis dans le cadre d'une concession, à la suite des effets rétroactifs d'une loi

<sup>44</sup> L'article 34 (al. 2) de la Constitution peut dans ce cas, servir de base pour une indemnisation juste et préalable. Dans ce cas, c'est à l'investisseur que revient la charge d'en démontrer le préjudice sur ses droits patrimoniaux devant le juge.

<sup>45</sup> Brownlie I., *Public International Law*, Oxford University Press, 6th Edition, 2003, p. 509.

<sup>46</sup> *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)* » (23 août 1958), *ILR*, v. 27 (1963), p. 117, p.315.

<sup>47</sup> Voir Les Affaires: *Chorzow* (Series A, 7, pp. 21,22 et 42 et A 9, p.27); *Goldenberg* (Allemagne contre Roumanie) 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales, Vol. II United Nations (2006), pp. 901-910.

postérieure, il ne pourrait le faire sans engager sa responsabilité.<sup>48</sup> Dans la pratique, il est difficile qu'une juridiction, quand bien même elle serait internationale, puisse empêcher l'Etat de disposer librement de ses prérogatives régaliennes et adopter des nouvelles mesures adoptées dans sa loi. Ces juridictions interviennent généralement dans un contexte où l'Etat a déjà fait fi de la clause de stabilité. Ceci a pour conséquence de réduire l'équation essentiellement à la question des mesures pour lesquelles une compensation est due ou non lorsque l'Etat fait usage de sa souveraineté nonobstant l'existence d'une clause de stabilisation et la suppression des droits acquis.

Il apparaît donc plus qu'évident qu'une clause de stabilisation de nature légale ne peut empêcher l'Etat d'exercer sa souveraineté législative et que la violation des droits acquis serait simplement de nature à donner naissance à une compensation si les conditions d'un préjudice réel en étaient établies. A quelques exceptions près<sup>49</sup>, la théorie de la souveraineté est bien plus puissante que celle des droits acquis. Aussi convient-il d'insister sur le fait que les modifications qui portent sur certains droits fondamentaux, notamment les lois sur les droits de l'Homme ou le droit de l'Environnement, ne pourraient générer une quelconque responsabilité pour l'Etat contractant.<sup>50</sup>

## V. CONCLUSION

La garantie de stabilité légale protège l'investisseur contre les risques de modification des lois, sans pour autant garantir les effets néfastes qui découleraient de sa propre suppression. Ainsi donc, lorsqu'elle est modifiée ou supprimée de manière unilatérale, il n'y a rien que l'investisseur puisse faire pour contrecarrer l'initiative de l'Etat. Il ne peut que se rabattre sur la possibilité d'obtenir une compensation si les conditions en étaient réunies. Dans la configuration actuelle du CM, il semble que cette compensation soit beaucoup plus plausible pour ceux des opérateurs miniers qui, en plus de la garantie légale, disposaient en outre d'une clause de stabilisation<sup>51</sup> incluse dans leurs contrats miniers (*Pacta sunt servanda*). Dans tous les cas, l'article 276 tel que révisé l'emporte bien sur sa formule ancienne au nom du principe de l'application immédiate consacré par l'article 342bis du CM. Le fait de réduire de moitié la durée de la clause de stabilisation laisse penser qu'il s'agit pour le législateur congolais d'observer l'évolution et la courbe que prendra le marché

---

<sup>48</sup> *Aramco, Op. cit.*, p. 168.

<sup>49</sup> Voir ce qui a été dit des droits fondamentaux.

<sup>50</sup> Černič va jusqu'à proposer que les obligations de l'investisseur relatives aux droits de l'Homme soient incluses dans les contrats liant celui-ci à l'Etat. Černič JL. "Corporate Human Rights Obligations under Stabilization<sup>[F]</sup> Clauses" *German LJ* Vol.11, (2010), pp. 210-229.

<sup>51</sup> Cette clause contractuelle peut simplement être une réplique des termes de la loi dans certains cas.

international ou mieux, le cours des ressources minières sur les prochaines années. Quoi qu'il en soit, il faudra impérativement pour le gouvernement congolais à la fois maintenir un dialogue permanent avec tous les partenaires du secteur minier, tout en veillant à la mise en application des dispositions du CM telles que révisées, mais aussi en tenant compte des mouvements ou fluctuations qui se produiront sur le marché et qui permettront de faire des prédictions à moyen et à long termes. Ceci aura l'avantage d'éclairer la voie future dans laquelle toute réforme sur la clause de stabilisation devra s'engager, clause qui du reste demeure un gage incontournable de la sécurité juridique à laquelle s'attache tout investissement minier.

## BIBLIOGRAPHIE

### A. DOCUMENTS OFFICIELS

#### 1. Constitution

- Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, *JORDC*, 47<sup>ème</sup> année, 18 février 2006.

#### 2. Textes légaux

- Loi n°18/001 du 09 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 Juillet 2002 portant Code minier, in *JORDC*, n°spécial du 29 2002. 28 mars 2018.
- Loi n° 007/2002 du 11 Juillet 2002 portant code minier, in *JORDC*, n°spécial du 15 juillet 2002.

### B. OUVRAGES

1. BROWNLIE I., *Public International Law*, New York, Oxford University Press, 6th edition, 2003.
2. ROUBIER P., *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, Paris, 1929, réédité sous le titre *Le droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1960.

### C. THESE

1. ELBEHERRY I., *Théories des contrats administratifs et des marchés publics internationaux*, Sciences de l'Homme et Société, Université Nice Sophia Antipolis, 2004.

### D. ARTICLES SCIENTIFIQUES

1. CERNIC JL, "Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses", *German LJ*, Vol. 11, 2010, pp. 210-229.
2. COHEN-JONATHAN G., « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen; décision au fond du 19 janvier 1977 », in *Annuaire Français de Droit international* (1977), pp 452-479.
3. DOMINICE C., "La personnalité juridique dans le système du droit des gens", dans *L'ordre juridique international entre tradition et rénovation*, Paris, PUF, 1997, pp. 57-79.
4. GAILLARD E., "Arbitrage Commercial international : Droit applicable au fond du litige", in *Ed. Juris-Classeur, Dr. Int.*, 1996, fasc., 586-9-1.
5. HOWSE R., "Le gel de la politique gouvernementale: les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement" in *Investmenttreatynews* n°3, vol. 1 (Avril 2011) pp.3-5.
6. KABANGE N.C-J "Législation minière en Afrique : continuation ou adaptation ? Regard sur le Code minier congolais" *Revue de Droit Africain* n°82, 2017, pp. 87-111.

7. KABANGE N.C-J, "La révision par L'Etat des contrats signés avec les personnes privées : Cas des contrats miniers en Rd Congo", *Revue du CRIDHAC*, 2010, pp. 12-26.
8. Kahn Ph., "Contrats d'État et nationalisation", *Clunet*, 1982, pp. 844-868.
9. LALIVE P., "L'Etat en tant que partie à des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangères" in *New directions in International Law*, Vol. 1, UNIDROIT, Dobbs, NY, 1977, pp.317-373.
10. LALIVE P., "Respect international des droits acquis" (Association des hautes études internationales, Paris 1968), pp. 2-54.
11. TULEJA P. et WOJTYCEK K. "La protection des droits acquis élément constitutif de l'État de droit? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise" *Revue internationale de droit comparé* 47-3, 1995, pp. 737-762.
12. WEIL P. "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp.307-308.
13. ZYGMUNT I. "De quelques aspects de l'interprétation des lois...", in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 13 N°4, Octobre-décembre 1961, pp. 755-771.

#### E. JURISPRUDENCE

- *Affaire Chorzow* Series A, 7, pp. 21,22 et 42 et A 9, p.27.
- *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)* 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales, Vol. II United Nations (2006).
- *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)* » (23 août 1958), *ILR*, c. 27 (1963), p. 117.
- Arrêt RA 149 du 27/11/1987
- Arrêt RA 258 du 26/11/1993
- Arrêt 340 du 19/02/1998 in *Juricongo, Jurisprudence de la Cour suprême de justice, Tome II, contentieux administratif*, Kinshasa 2011.
- *Texaco/Calasiatic c. Gouvernement libyen* JDI, 1977.

#### F. INTERNET

- MUKENDI W.E. "Incidences de la modification de la garantie légale de stabilité sur les projets miniers existants en RDC" *JuriAfrique*, 5 avril 2018. Source:<https://juriafrique.com/blog/2018/04/05/incidences-de-la-modification-de-la-garantie-legale-de-stabilite-sur-les-projets-miniers-existants-en-rdc/> (consulté le 1/12/2018).

#### G. AUTRE DOCUMENT

- CEA, *Rapport sur l'Afrique*, 2011.