

DÉCRYPTAGE JURIDIQUE

www.unicongo.cg



NEWSLETTER JURIDIQUE

Chers Adhérents Unicongo,

Nous sommes ravis de vous présenter le premier numéro de la Newsletter Juridique qui vise à vous tenir informés des **développements juridiques importants** dans notre pays. Cette newsletter paraîtra **tous les deux mois** et sera divisée en **deux parties distinctes**.

Dans la première partie, nous aborderons des sujets juridiques généraux, accompagnés d'informations et de conseils pratiques pour vous aider à mieux appréhender le paysage juridique en constante évolution. Dans cette première partie, nous avons choisi de vous présenter les **Traités bilatéraux d'investissement « TBI »** et pour ce premier numéro la **hiérarchie des normes**.

La deuxième partie sera quant à elle dédiée à la publication de **décisions de justice pertinentes**, afin de vous informer des **tendances et des interprétations de la jurisprudence**.

Nous espérons que cette Newsletter vous sera **utile et édifiante**, et nous nous engageons à continuer à fournir des **ressources de qualité** pour aider nos membres.

Bonne lecture !

Partie 1

■ LA HIÉRARCHIE DES NORMES ET LE CLIMAT DES AFFAIRES AU CONGO

La hiérarchie des normes est un classement hiérarchisé de l'ensemble des normes qui composent le système juridique d'un Etat, pour en garantir la cohérence et la rigueur. Elle est fondée sur le principe qu'une norme doit respecter celle du niveau supérieur et la mettre en œuvre en la détaillant.

Au sommet de la hiérarchie de normes, il y a la Constitution, qui institue et organise les différents pouvoirs et organes composant l'Etat, Elle est la norme la plus élevée de l'Etat, à laquelle doivent se conformer toutes les autres normes inférieures.

Précision :

La Constitution de la République du Congo du 15 octobre 2015 cite, à son article 125, toutes des matières qui relèvent exclusivement de la loi, telles que la détermination des crimes, des délits et des contraventions, ainsi que des peines qui leur sont applicables, **l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature** et les règles applicables dans les nationalisations et privatisations des entreprises.

Le deuxième niveau fondamental est celui des traités multilatéraux à caractère supranational, à savoir l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), et la CEMAC (Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale). Les Actes découlant de ces traités (actes uniformes, règlements) sont d'application directe dans l'ensemble des Etats-membres de ces traités.

À ce titre, on peut dire que ces Actes s'intègrent dans le dispositif législatif de chacun desdits Etats, et rendent caduque toute disposition nationale contraire.

Remarque : L'impact de cette intégration reste sujet à interprétation, car la généralité du champ d'application de ces actes ne permet pas de tenir compte des spécificités économiques locales (exemples : les secteurs minier et pétrolier). Ainsi, on pourrait considérer que l'intégration de ces actes dans la loi nationale devrait respecter le principe juridique suivant lequel une loi spéciale (nationale spécifique à un secteur) peut déroger à une loi générale (l'acte découlant du traité). À défaut, il faudrait attendre la création d'un Acte particulier pour le secteur minier ou pour le secteur pétrolier, pour développer de telles activités dans un cadre juridique adapté. On note d'ailleurs que l'OHADA a tenu compte de ce sujet en prévoyant (article 916 ancien de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales) que « le présent Acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ».[1]

Viennent ensuite les traités bilatéraux, conventions et accords internationaux ratifiés par le Gouvernement congolais, qui ont une autorité supérieure à celle des lois et ordonnances en vigueur[2].

Le bloc des textes législatifs qui suit dans la hiérarchie des normes, est constitué des lois et des ordonnances.

Remarque : Les ordonnances sont des textes normatifs pris par le Gouvernement, pour des matières qui relèvent en principe de la loi, sur autorisation parlementaire [3].

Les textes réglementaires émanant du pouvoir exécutif constituent le niveau hiérarchique inférieur aux lois et ordonnances est composé de décrets gouvernementaux et d'arrêtés ministériels. Ces textes ont pour vocation de compléter les textes à valeur législative. Il s'agit donc, soit d'instruments dérivés, auxquels cas, ils ne peuvent venir en contradiction avec les textes de valeur hiérarchique supérieure (Traités et lois) directement ou par voie d'interprétation[4], soit régissant des matières spécifiquement attribuées au pouvoir exécutif.

Les actes réglementaires des entités publiques autres que l'État : notamment les conseils départementaux et municipaux, qui sont pris sous forme de délibérations. Ainsi, sur le plan parafiscal, les taxes, redevances et les diverses impositions recouvrées par les départements et les mairies, en application des dispositions de l'article 22 de la loi

n°30-2003 du 20 octobre 2003, portant fixation du régime financier des collectivités locales, font l'objet de délibérations des conseils départementaux ou municipaux. Cependant, ces actes ne sont pas toujours exécutoires avant validation par d'autres organismes étatiques. Et par ailleurs, on a constaté de nombreux dépassements de pouvoirs, particulièrement en matière fiscale ; en effet, on rappelle que l'article 125 de la Constitution réserve au pouvoir législatif "l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature".

Les textes administratifs : les administrations publiques prennent des circulaires et des notes de service.

La circulaire est un texte adressé par une autorité administrative aux services placés sous son autorité hiérarchique, ou aux administrés concernés qui peuvent être des entreprises privées, pour les informer d'une nouvelle disposition législative ou réglementaire, ou pour leur préciser la manière d'appliquer certaines dispositions législatives ou réglementaires. La circulaire ne peut créer des dispositions nouvelles ou modifier des dispositions législatives ou réglementaires existantes, elle ne peut de ce fait se substituer aux textes législatifs ou réglementaires ou les anticiper.

La note de service est un document hiérarchique, adressé par une autorité administrative supérieure aux autorités ou services subordonnés. À la différence de la circulaire, la note de service est par principe interne à l'administration, car elle porte notamment sur des dispositions relatives à l'organisation, aux procédures et prescriptions à observer dans l'administration.

Le respect de la hiérarchie des normes juridiques est un fondement de l'État de droit, et constitue l'un des facteurs qui contribuent au bon climat des affaires.

■ TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT « TBI »

La République du Congo a signé plusieurs accords bilatéraux à dénomination diverse, entre autres figurent les « Traités Bilatéraux d'Investissement », en abrégé « TBI ».

Les TBI sont des traités bilatéraux prévoyant des règles relatives à la protection par un État des investissements effectués par des personnes physiques ou morales ressortissantes de l'autre État signataire.

[3] Article 158 : Le Gouvernement peut, pour exécuter son programme, demander au Parlement de voter une loi l'autorisant à prendre, par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

[4] On citera à cet égard l'Article 586 de la Réglementation Douanière CEMAC : « Enfin, il est de principe, confirmé par la jurisprudence, que la loi douanière, comme les autres lois fiscales, est de droit étroit : elle doit donc être appliquée à la lettre sans qu'il soit permis, sous prétexte d'interprétation et pour des considérations d'analogie, d'en restreindre la portée ».

Les TBI ont essentiellement pour effet de créer des normes juridiques, d'engendrer des droits et obligations concernant un ou plusieurs domaines.

Comme tout accord international, le TBI lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi^[1]. Les Nations Unies s'inscrivent dans le même sens lorsqu'ils retiennent dans la Résolution 1803 (XVII) des Nations Unies en son paragraphe (8) que « Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi »^[2].

Dans le cadre de cet article, nous analysons de manière générale l'objet des TBI (1), les principales dispositions (2) qui les composent, avant de lister de manière non exhaustive les TBI signés par le Congo (3).

1. L'objet des TBI :

L'objet des TBI est de protéger les investissements des ressortissants (personnes physiques ou morales) d'un Etat signataire effectué dans l'autre Etat partie.

On cite à cet égard l'exposé des motifs figurant en préambule des TBI Anglais et USA / Congo : les TBI stimulent la mobilisation à long terme de capitaux privés au profit du développement économique et social des pays partenaires.

Ceux-ci prônent un traitement juste, équitable, propice à l'investissement. Ainsi, chaque partie contractante s'engage à traiter de manière favorable les investisseurs ressortissants de l'autre Partie et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux. Dans ce sens, les TBI sont donc des facteurs fondamentaux de sécurité juridique.

Le terme **"investissement"** désigne généralement tout bien ou droit de toute nature découlant d'un investissement réalisé par un opérateur économique de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante, et comprend en particulier, mais ne se limite pas exclusivement, aux :

- Biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels qu'hypothèques, privilèges, gages, usufruits et autres droits analogues ;
- Actions, parts sociales et autres formes de participation en fonds propres dans des sociétés ;
- Obligations, créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ;

- Droits de propriété intellectuelle tels que les droits d'auteur et autres droits connexes, brevets, licences, dessins ou modèles, marques de commerce, procédés techniques, know-how, clientèle et fonds de commerce ;

- Droit conféré par les lois et les règlements de la Partie contractante sur le territoire de laquelle s'effectue l'investissement, y compris les droits de prospection, d'extraction et d'exploitation des ressources naturelles.

- Le terme "investisseur" désigne une personne physique ou morale ayant la nationalité d'une des Parties contractantes et qui effectue un investissement sur le territoire de l'autre Partie contractante.

2. Les principales dispositions des TBI :

La sécurité juridique des investissements est garantie à travers plusieurs clauses ; parmi celles-ci, on peut citer :

a. La clause de non-discrimination :

Par laquelle les parties s'obligent à octroyer aux investisseurs de l'autre Etat se trouvant sur son territoire les mêmes avantages que ceux reconnus aux nationaux ou aux ressortissants des Etats tiers exerçant les activités économiques similaires et dans les mêmes conditions.

Cette clause prône un traitement égalitaire. Cela suppose, par exemple, qu'on puisse soumettre les ressortissants de l'autre Etat signataire au même formalisme de transfert des fonds prévu par le droit des changes de la CEMAC, malgré la consécration de la liberté de transfert des produits des investissements consacrée dans les TBI.

b. La clause de la nation la plus favorisée :

À travers cette clause, la partie qui reçoit les investissements d'un ressortissant de l'autre Etat signataire garantit d'office à ce dernier l'application des dispositions non moins favorables ou avantageuses que celles accordées aux nationaux ou aux ressortissants des Etats tiers ayant des activités similaires et à circonstance égale, sous réserve éventuellement d'une limitation expresse prévue dans l'Accord^[3].

[1] Art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

[2] Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »

Attention toutefois : dans certains TBI, il existe une limitation de cette clause en cas d'appartenance de l'État à une union douanière régionale ou à une zone de libre-échange.

Ainsi, et par exemple, on pourrait répercuter les avantages découlant de l'OHADA **tels que l'absence de limitation de la durée d'une succursale ou l'absence de l'obligation de souscrire une ATE**[4].

c. La clause relative à l'interdiction d'expropriation des investissements :

Les parties s'obligent de ne pas exproprier ou nationaliser directement ou indirectement les investissements d'un ressortissant de l'autre Etat sur son territoire, sauf en cas d'utilité publique, conformément aux procédures légales et à conditions que ces mesures ne soient pas discriminatoires.

Ainsi, l'obligation de cession d'une participation dans le cadre des régimes particuliers (par exemple dans le cadre la loi sur la sous-traitance pétrolière) n'apparaît pas applicable en l'état aux ressortissants d'un Etat signataire d'un TBI avec le Congo.

En tout cas, toute expropriation ou nationalisation des investissements doit donner lieu à une indemnisation juste et effective.

d. La clause de transfert de fonds :

Par cette clause, les parties accordent aux investisseurs de l'autre Etat signataire l'autorisation et la liberté de transférer les fonds liés à leurs investissements.

Ces transferts peuvent être effectués en devises, c'est-à-dire en monnaie librement convertible au taux de change prévalant à la date de transfert sur le territoire de la Partie contractante dans laquelle l'investissement est effectué[5].

Or, la République du Congo est signataire du traité de la CEMAC, et est membre de l'Union Monétaire d'Afrique Centrale, en abrégé « UMAC ». Dans cette zone, le transfert des fonds à destination ou en provenance de l'étranger est régi par le règlement n°0218/CEMAC/UMAC/CM portant réglementation des changes dans la CEMAC. Ce texte représente à notre avis le droit commun en la matière.

Ensuite, le fait pour le TBI de prévoir les dispositions touchant à ce domaine aboutit à analyser son impact sur ledit domaine au regard du droit communautaire.

À ce titre, il convient d'envisager les deux cas suivants :

1°) Sur les formalités liées opérations de transfert de fonds :

La liberté de transfert de fonds ainsi consacrée dans le TBI est un principe également prôné par le droit des changes de la CEMAC à condition d'observer le formalisme particulier prévu pour chaque opération.

Néanmoins, la liberté résultant du TBI ne devrait pas, à notre avis, remettre en cause le formalisme par le droit des changes de la CEMAC. Certains TBI abondent d'ailleurs dans le même sens[6].

Ainsi, par exemple, le transfert des produits de l'investissement doit suivre le formalisme conformément à la réglementation des changes, et dont la lettre circulaire n°002/GR/2022 relative à la documentation à fournir par la clientèle en fonction de la nature des opérations le rappelle.

2°) Sur le transfert des fonds en devise :

Observations préliminaires :

- La réglementation des changes de la CEMAC exige à tout propriétaire des devises étrangères, sans distinction de qualité, de les céder ou rétrocéder à la Banque

Centrale via les établissements de crédits ou les intermédiaires agréés. Les articles 36 à 40 en organisent les modalités de cessions et de rétrocessions des devises.

- La même réglementation conditionne l'ouverture des comptes en devises par une autorisation préalable de la Banque Centrale.

Le TBI consacre la liberté de transfert des fonds en devise ; ce qui suppose au préalable que l'investisseur soit titulaire d'un compte devise résident.

En principe, les obligations ci-dessus ne devraient pas s'appliquer en présence du TBI car prévoyant déjà la possibilité de transférer les fonds en devise. Toutefois, de l'analyse des TBI à notre disposition, il en ressort que certains n'excluent pas expressément l'application du droit interne en la manière[7], alors que d'autres sont silencieux, même s'ils exigent toutefois que le transfert soit effectué sans retard indu au taux de change[8].

[3] Cas du TBI signé entre :
• Congo USA : v. art. 2 alinéa 1^{er} et 3
• Congo-Chine : art. 3.4.
• Congo-Allemagne : art. 2 alinéa. 2
• Congo-Tunisie Art. 3.3
• Congo-Corée : Art.3.3

[4] Il s'agit de l'Autorisation Temporaire d'Exercer. Ce document, délivré par le Ministère du Commerce, est requis pour toute personne physique ou morale désirent exercer les activités génératrices revenues au Congo pour une durée n'excédant pas douze (12) mois, renouvellement inclus.

Les TBI qui reconnaissent aux Parties le droit de maintenir leurs lois et règlements applicable aux transferts des fonds rendent expressément applicable aux investisseurs les dispositions du droit des changes de la CEMAC mais de manière non discriminatoire.

Ainsi, le transfert ne sera possible que dans la mesure où l'investisseur est titulaire d'un compte en devise dument autorisé par la Banque Centrale.

e. La clause de règlement de conflit :

Celle-ci prévoit deux méthodes en matière de règlement des différends relatifs, d'une part à l'investissement, et d'autre, à l'interprétation du TBI.

- Dans le premier cas : les Parties privilégient un règlement amiable, au moyen de la consultation et de la négociation. Ce type de conflit est celui qui oppose une Partie contractante à l'investisseur ressortissant de l'autre Partie.

En cas d'échec de la procédure amiable, les TBI leur offrent un accès à l'arbitrage international, c'est-à-dire, au droit de porter une réclamation contre l'État hôte de leur investissement pour n'avoir pas respecté ses obligations internationales.

Ce mécanisme d'arbitrage international ne peut être déclenché que par l'investisseur et constitue une particularité des TBI. Il confère des prérogatives extraordinaires à l'investisseur pour faire valoir leurs droits devant un tribunal arbitral international.

- Dans le second cas : les Parties privilégient un règlement par voie diplomatique du différend survenant entre eux, relatif à l'interprétation du TBI.

En cas d'échec de la procédure de règlement amiable, les parties peuvent recourir à l'arbitrage international.

3. Liste des TBI signés par la République du Congo :

À ce jour, la République du Congo a signé plusieurs TBI, parmi lesquels :

1°) Le traité signé le 12 février 1990 à Washington entre la République populaire du Congo et les **Etats Unis d'Amérique** concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement.

2°) Le traité signé le 13 septembre 1965 à Brazzaville entre la République du Congo et la **République fédérale d'Allemagne**, relatif à l'encouragement et à la protection mutuelle des investissements de capitaux.

3°) L'accord sur la promotion et la protection des investissements entre le Gouvernement de la République du Congo et le Gouvernement de la **République de Corée** en date du signé le 8 novembre de l'an 2006.

4°) L'accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique entre la **Confédération Suisse** et la République du Congo-Brazzaville, signé en date du 18 octobre 1962 à Berne.

5°) L'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République du Congo et le Gouvernement de la **République Tunisienne**, signé le 4 octobre 2005.

6°) L'accord entre le Gouvernement de la République populaire du Congo et le Gouvernement du **Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord** pour la promotion et la protection des investissements, fait à Londres, le 25 mai 1989.

7°) L'accord de coopération entre le gouvernement de la République du Congo et le gouvernement de la **République Populaire de Chine** sur la promotion et la protection des investissements du 20 mars 2000.

Partie 2

■ PUBLICATION DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN GUISE DE JUSTIFICATION

La publication des décisions de justice est utile à la transparence dans la gouvernance.

La transparence est la pierre angulaire de l'état moderne.

L'une des modalités de la mise en pratique de cette transparence est la publication des décisions de justice.

Dans ce sens, dans le mémorandum politique, économique et financier 2022-2024 annexé à la lettre d'intention qu'il a adressé le 10 janvier 2022 au Fonds Monétaire International, le Gouvernement congolais s'engage à publier « toutes les décisions de la Cour Suprême » (page 70, 3^e paragraphe).

Cet engagement sonne comme un écho aux écrits suivants de Monsieur le Premier Président de la cour Suprême qui fixe une des attributions de la Cour Suprême en ces termes :

[5] Cas du TBI signé entre :
• Congo-USA : v. Art. 4 para. 2.
• Congo-Chine : art 6.3
• Congo-Suisse : art. 6.

[6] Cas du TBI :
• Congo-USA : art. 4 dernier paragraphe.

[7] Cas du TBI :
• Congo-USA : art. 4 para. 4.
• Congo-Chine : art. 6.1

[8] Cas du TBI :
• Congo-Tunisise
• Congo-Suisse

"Diffuser et publier systématiquement les arrêts de cassation ou de rejet est l'une des tâches essentielles de toute juridiction de cassation".

La tentation étant grande pour Unicongo (qui rassemble une partie non moins importante de la communauté des justiciables) de s'engager dans le sillon de la transparence tracée par les plus hautes autorités administratives et judiciaires de notre pays. Cédant à cette "saine" et "sainte" tentation, Unicongo a décidé d'offrir à ses adhérents cet espace auquel ils trouvent tous les mois les décisions les plus significatives, chacune dans son genre, rendues par les Cours et Tribunaux congolais.

Bonne lecture !

Première décision

L'intérêt de cette décision est qu'en matière foncière, une famille ne peut se déclarer naturellement propriétaire d'un ensemble des terrains par le seul motif qu'elle le tient de ses ancêtres.

Cette question est récurrente, pas seulement dans les milieux ruraux, mais également dans les milieux urbains puisque, par le passé, certaines familles ont revendiqué devant les Tribunaux la propriété des terrains qui avait déjà fait l'objet des nantissements des mairies.

Par cet arrêt, la Cour Suprême tranche définitivement (Est-ce de manière irréversible ?). Cette question, en décidant qu'en l'absence d'une reconnaissance formelle par l'Etat des droits fonciers allégués, les terres litigieuses demeurent dans les domaines fonciers de l'Etat.

Deuxième décision

Cet arrêt social de la Cour Suprême tranche deux questions à savoir :

- Elle réaffirme la définition du travailleur au sens de l'article 1er du Code du Travail.

C'est la définition classique qui est reprise ;

- Les suites d'un licenciement déclaré abusif par le Tribunal sur la base de l'article 42 du Code du Travail.

L'attention est particulièrement attirée par ce 1^{er} point qui passe souvent inaperçu aussi bien aux yeux des employeurs que de certaines juridictions du travail.

En effet, l'article 42 alinéa 1 du Code du Travail dispose :

"Toute rupture abusive du contrat de travail donne lieu à la réintégration".

Et, la condamnation de l'employeur au paiement des dommages et intérêts ne peut résulter que du refus de celui-ci de réintégrer le travailleur licencié. C'est ce que retient la Cour Suprême dans l'attendue suivant de l'arrêt concerné qui dispose :

« Attendu que le Juge d'appel, après avoir déclaré abusif et irrégulière la rupture du contrat, a ordonné la réintégration des travailleurs et, à défaut, condamné l'employeur au paiement des dommages et intérêts »

« Attendu qu'en statuant ainsi en l'absence de tout refus rapporté de l'employeur de réintégrer les travailleurs licenciés, le Juge d'appel a méconnu l'exigence des textes visés, au moyen... »

Pour en savoir plus et explorer davantage de ressources pertinentes, n'hésitez pas à consulter les liens utiles ci-dessous :

- <https://www.unicongo.cg/wp-content/uploads/2023/09/20230404154416.pdf>
- <https://www.unicongo.cg/wp-content/uploads/2023/09/20230404154827.pdf>