

LA REVISION PAR L'ETAT DES CONTRATS CONCLUS AVEC LES PERSONNES PRIVEES : CAS DES CONTRATS MINIERES EN RD CONGO

Christian-junior Kabange Nkongolo
PhD Candidate/University of South Africa
Assistant à la Faculté de droit/Université Kinshasa
Avocat près la Cour d'Appel
International consultant on Foreign investment law

1. Introduction

Le principe sacro-saint en droit des contrats, qui se traduit par l'adage *pacta sunt servanda*, demeure que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». ¹ Si en général ce principe ne pose pas de problème lorsque les deux parties sont des personnes privées, cela n'est pas le cas lorsqu'on a en face de soi comme cocontractant l'Etat. Les difficultés rencontrées dans l'exécution des contrats d'Etat ² proviennent essentiellement du fait que même en s'engageant dans le commerce, l'Etat ne perd pas *de facto* les prérogatives liées à sa souveraineté. ³ En tant qu'entité souveraine, l'Etat peut être emmené à poser des actes incompatibles avec ses engagements souscrits dans un contrat. Ces actes se traduisent généralement par des mesures prises au nom de l' « intérêt général », telles que par exemple les modifications législatives, la dépréciation monétaire, l'expropriation pour cause d'utilité publique etc.

Avec la montée fulgurante des investissements étrangers, perçus de nos jours comme une donnée indispensable pour le développement économique, cet état de choses soulève bien des questions sous l'angle juridique. En tant qu'entité souveraine, l'Etat a-t-il le droit de modifier unilatéralement les termes d'un contrat auxquels il a librement consentis? Quelle responsabilité pourrait-il encourir à l'égard de l'investisseur étranger? Le droit des investissements étrangers ayant des racines aussi bien en droit interne qu'en droit international, les réponses à ces questions semblent varier selon que l'on se trouve dans l'ordre juridique national ou international.

¹ Cette règle est consacrée à l'article 33 du Code Civil Congolais, livre III.

² Contrat dans lequel une des parties se trouve être l'Etat ou une de ses agences ou entreprises. (Voir M Sornaraj *International Commercial Arbitration : The problem of state contracts* (Longman 1990), p.49.

³ Comme le souligne si bien Sornarajh *op.cit.*, p. 49, alors que les particuliers sont motivés par les profits qui proviendraient de l'exercice du commerce, l'Etat quant à lui a une motivation bien différente, savoir le bien-être de sa population.

Les contrats d'investissements étrangers, surtout lorsqu'ils touchent à l'exploitation des ressources naturelles, sont très vulnérables. Ceci s'explique généralement par le fait qu'ils sont appelés à s'exécuter sur une période plus ou moins longue et que par conséquent, ils sont susceptibles de subir une influence provenant des facteurs politiques ou économiques qui n'existaient pas au moment de la conclusion du contrat.

D'un point de vue terminologique, le concept de révision souvent utilisé pour identifier toute modification contractuelle ne fait pas encore l'unanimité.⁴ Comme on peut aisément le constater, cette notion coexiste souvent avec des notions similaires comme celles de « modification, variation, adaptation, renégociation... ».⁵

Dans le contexte de la décision du gouvernement de la RD Congo prise en février 2007 de réexaminer une soixantaine des contrats miniers, il est plutôt fait usage du terme révisitation. Selon le Ministre des mines, cette dernière expression diffère de la révision en ce qu'elle constitue une relecture des contrats pour les corriger.⁶ Cependant, il est difficilement imaginable que l'on arrive à corriger un contrat sans le modifier. Cette définition ne semble donc pas se démarquer du sens traditionnellement accordé au concept de révision, comme celui d'un processus qui aboutit indubitablement à la modification des dispositions contractuelles.⁷

En réalité l'approche gouvernementale semble beaucoup plus reposer sur une distinction entre la révisitation et la renégociation. Etant définie par le Ministre comme une simple relecture, la

⁴ Dans le projet des Nations Unies sur un Code de Conduite pour les Sociétés Transnationales (UN ECOSOC 1979), les termes révision et renégociation sont utilisés indistinctement pour désigner la modification des termes d'un contrat. (Voir article 5) Lire aussi dans ce sens P Berger « Renegotiation and Adaptation of international investment contracts : The role of contract drafters and arbitrators » *Vanderbilt Journal of Transnational Law* vol 30.1347 (2003), pp. 1347-1377 ; A Brogi « La théorie de l'imprévision dans les contrats internationaux » (Article publié sur le blog de l'Université Paris 10) <http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/dici/index.php/post/2007/05/22/LA-THEORIE-DE-LIMPREVISION-DANS-LES-CONTRATS-INTERNATIONAUX-Par-Alice-BROGI#> (Consulté 15/3/2010).

⁵ Voir l'analyse faite par le comité *Oboulo* dans « La révision du contrat et des obligations contractuelles » <http://www.oboulo.com/revision-contrat-obligations-contractuelles-6298.html> (consulté 17/3/2010).

⁶ Exposé du Ministre des Mines Martin Kabwelulu au Forum de l'IPAD (7/10/2009) http://www.berger-media.info/articleView.php?category_id=25&article_id=492 (consulté 17/3/2010)

⁷ Voir dans ce sens G Cornu *Vocabulaire juridique* (Paris PUF, 8^e ed., 2000), p. 780.

révisitation s'identifie au processus par lequel le gouvernement a reconsidéré chaque contrat pour voir s'il est valide, alors que la renégociation n'est qu'une des options à côté de la résiliation pour tout contrat que le gouvernement a jugé invalide.⁸ En d'autres mots, si le gouvernement congolais avait trouvé que quelques contrats miniers étaient valides,⁹ il y aurait eu en ce qui les concerne une révisitation, mais sans que cela n'eut donné lieu à une renégociation. Dans ce sens, il va s'en dire que la révisitation précède une éventuelle renégociation et ne diffère de la révision que dans les cas où elle n'aboutit pas à une modification du contrat.

Dans le cadre de la présente analyse, on s'en tiendra à la définition selon laquelle la révision est la modification d'un acte juridique en vue de son adaptation aux circonstances nouvelles.¹⁰

Quels sont alors les différents fondements juridiques sur base desquels l'Etat peut initier la révision des contrats qu'il a conclus?

2. Les fondements juridiques d'une révision contractuelle

Le déséquilibre entre les prestations contractuelles des parties peut être une des causes militent en faveur d'une révision du contrat. Cela est souvent dû aux changements qui s'opèrent sur la conjoncture économique. Cependant, le simple fait que le contrat soit devenu improfitable pour l'une des parties n'est pas un motif contraignant.¹¹ La raison se trouve être dans le fait que la notion de risque est intimement liée à celle du commerce. S'engager dans les affaires, c'est accepter le risque de l'entreprise. Seulement, qu'en est-il du motif avancé par l'Etat selon lequel le contrat aurait été

⁸ La méthodologie adoptée par la commission gouvernementale chargée de la révisitation des contrats miniers a consisté à faire une réévaluation de chaque contrat et à le classer selon le cas, dans les catégories : (A) contrats à maintenir en l'état ; (B) contrats à renégocier ; (C) contrats à résilier. Voir le rapport de la commission gouvernementale chargée de la révisitation des contrats (Ministère des Mines Novembre 2007), p. 4.

⁹ Ce qui n'a pas été le cas.

¹⁰ Voir G Cornu *op.cit.*, p. 780.

¹¹ A Brogi *op.cit.*

mal négocié et donc, attribuerait des avantages excessifs à l'investisseur étranger?¹² Cette question débouche naturellement à des cas où le contrat serait léonin ou frappé de lésion.

Devant la juridiction nationale, un contrat léonin ou frappé de lésion n'échappera pas à la sanction du juge.¹³ Cependant, la plupart des contrats portant sur un investissement étranger tendent à se prémunir contre le risque d'arbitraire qui pourrait découler des décisions rendues par les juridictions de l'Etat hôte et internationalisent les différends par l'insertion d'une clause d'arbitrage.¹⁴ D'où la question : la lésion ou le caractère léonin sont-ils admis par les juridictions arbitrales internationales comme un motif valable pour réviser le contrat? Cette question est assez subtile car la pratique des juridictions arbitrales internationales ne semble pas uniforme. De manière générale, en l'absence d'une clause de renégociation, la Chambre du Commerce International (CCI) a souvent rejeté la révision des obligations contractuelles.¹⁵ Mais quelques fois, dans certaines de ses décisions, elle a soutenu une telle révision même en l'absence d'une clause de renégociation, en se fondant sur le principe de la bonne foi.¹⁶ Dans le cadre du Centre International pour le Règlement des Différends liés à l'Investissement (CIRDI), il a été observé que ce dernier n'est pas compétent pour réajuster les prestations des parties, car une telle entreprise ne constitue pas une dispute légale au sens de l'article 25 (1) de la Convention de Washington de 1965.¹⁷ Cependant, partant du fait que les contrats

¹² Cas de la révisitation des contrats miniers évoquée ci-dessus en RD Congo. Voir aussi les cas du Liberia (2005) et de la Guinée (2008).

¹³ Rescision ou annulation.

¹⁴ Un des buts de l'arbitrage international est d'éviter les juridictions de l'Etat hôte. Non seulement, l'investisseur étranger craint le manque d'objectivité, mais aussi le risque de se voir appliquer une législation en deçà des standards internationaux. (Voir C Schreuer « The coexistence of local and international remedies » in *Investment Treaty Law current issues vol.1* (eds) F Ortino, A Sheppard and H Warner (2006), p.158). La question demeure si toute dispute qui proviendrait d'un contrat d'Etat assorti d'une clause d'arbitrage devrait être trainée devant la juridiction arbitrale internationale. Il semble qu'un tel absolutisme serait dépourvu de sens tant il apparait clairement que certains aspects de la justice demeurent une prérogative souveraine de l'Etat hôte. C'est le cas des poursuites des infractions pénales qui naissent à la suite du contrat. Il est clair que le droit de punir demeure une prérogative exclusive des Etats, qui exceptionnellement peuvent, par abandon partiel de souveraineté, en confier la mission à des tribunaux internationaux, mais non à une juridiction arbitrale.

¹⁵ Voir affaire CCI 2708-1977 (Clunet 1976), CCI 2216-1974 (Clunet 1975). (CCI 4761-1987, sentence rendue en 1987, JDI, 1987, p. 1012, obs. S. Jarvin ; CCI, 5953-1989, cci2291-1975).

¹⁶ (CCI 4761-1987, sentence rendue en 1987, JDI, 1987, p. 1012, obs. S. Jarvin ; CCI, 5953-1989, CCI 2291-1975).

¹⁷ Voir Georges Delaume "ICSID Arbitration, Practical considerations", 1 *J.Int'L ARB.*, p.117, Marcantonio, "ICSID as a Forum for the Renegotiation and Adaptation of Contracts", in *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (Norbert

d'investissements étrangers représentent souvent les intérêts de toute une nation ou même des communautés locales et qu'ils sont parfois conclus par des personnes non-élues (et parfois enclines à la corruption dans les pays du tiers monde), il est souhaitable que les juridictions arbitrales acceptent de sanctionner les contrats pour lesquels l'écart entre les prestations des parties serait extrêmement flagrant. D'un point de vue éthique, il serait malsain pour un juge ou un arbitre d'avaliser un contrat aux prestations léonines. C'est ainsi par exemple que, les principes UNIDROIT soumettent la validité des contrats du commerce international à une répartition équilibrée des avantages accordés à chacune des parties.¹⁸ Néanmoins, il semble difficile à une juridiction arbitrale de réajuster le déséquilibre entre les prestations des parties, si ce déséquilibre n'est pas issu des circonstances traditionnellement admises telles que l'imprévision ou la force majeure. Autrement dit, lorsque les conditions initiales du contrat n'ont pas changé, il n'y a en principe aucune justification à la revendication de l'Etat de procéder à la révision du contrat.¹⁹ L'Etat est par principe présumé disposer de toute la compétence requise pour la conclusion de ce genre de contrat, qu'il est généralement difficile de concevoir que l'Etat ait été dupé par l'investisseur étranger. Cependant, dans beaucoup d'Etats sous-développés on a souvent un scénario tel que le gouvernement, suite à certaines contraintes politiques, négocie et conclut des contrats en position de faiblesse face à des multinationales aux tentacules énormes et dont les intérêts font intervenir les différents géants mondiaux du commerce international.²⁰ Bien que la marge de manœuvre soit réduite dans le cas des

Horn ed. 1985), p. 237. Voir aussi le Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes, (1966 I.L.M), p. 524. Cependant, le CIRDI a reconnu le principe de la bonne foi en rapport avec l'exécution du contrat (Voir *Amco v Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/8, Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, 1 ICSID REPORTS pp. 407/8, Resubmitted Case: Award of June 5, 1990, 1 ICSID REPORTS p. 606; *Klöckner v Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment of May 3, 1985, 2 ICSID REPORTS pp. 140/1; *SPP v Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction of November 27, 1985, 3 ICSID REPORTS pp. 123).

¹⁸ Voir article 3.10-1a des principes UNIDROIT.

¹⁹ Le principe de l'intangibilité du contrat traduit par l'adage *pacta sunt servanda* est généralement remis en cause sur base du principe *rebus sic stantibus* qui soutient que les obligations contractuelles continuent à ressortir leurs effets juridiques à condition que les circonstances qui prévalaient lors de la conclusion du contrat n'aient pas changé. L'Etat peut toujours dans ce cas exercer sa souveraineté et changer unilatéralement les conditions ou les termes du contrat, ou même le résilier pour cause d'intérêt général, mais cela donnera probablement lieu à une indemnisation pour l'investisseur étranger.

²⁰ Cas des contrats conclus en période ou au sortir d'une guerre. Au Libéria par exemple, le contrat révisé récemment avec la société Mittal Steel Company N.V.s avait été négocié et signé par le gouvernement intérimaire en 2003 juste après la signature de l'accord de paix qui avait conduit l'ex Président C. Taylor en exil. Les investissements étrangers sont nécessaires pour le développement

contrats léonins ou frappés de lésion, le principe de la bonne foi peut toujours emmener une juridiction telle que la CCI à réajuster les prestations des parties.

a. Imprévision : l'imprévision est la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, qui rendent l'exécution de celui-ci beaucoup plus difficile ou plus onéreuse (Par ex. Variation du cours des matières premières indépendamment de la volonté des parties ; Voir l'arrêt du Conseil d'Etat Français du 30/3/1961 dans l'affaire Compagnie General d'éclairage de Bordeaux). Dans ce cas, l'Etat va indemniser le cocontractant de manière à lui permettre de poursuivre l'exécution du contrat. Il s'agit d'une indemnisation partielle.

b. Force majeure : La force majeure est traditionnellement définie comme un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à celui qui l'invoque, qui empêche le débiteur d'exécuter son obligation. Il ne suffit pas que l'exécution ait été rendue plus difficile ou plus onéreuse (élément de différence avec l'imprévision). Il faut que l'obstacle qui empêche l'exécution du contrat soit (temporairement ou définitivement) insurmontable (Par ex. éruption volcanique, tremblement de terre etc.). Ainsi, la force majeure conduit à la suspension et selon le cas, à la résiliation du contrat sans que les parties ne soient redevables de dommages et intérêts.²¹

c. Fait du prince : Le fait du prince est une mesure prise par l'administration de l'Etat hôte, qui affecte négativement l'équilibre du contrat auquel elle-même est partie. Il doit s'agir d'une mesure prise par l'administration contractante dans le cadre de ses prérogatives extracontractuelles, telles que par exemple les mesures de police administrative.²² Le fait du prince concerne de manière générale les contrats passés avec l'administration publique (Par ex. la concession).²³ Dans l'exercice de ses prérogatives, l'Etat peut être amené à créer des nouvelles taxes ou à augmenter le taux de

économique, mais ils comportent aussi le risque de rendre l'économie totalement dépendante des acteurs extérieurs que sont les multinationales dans le cas où l'Etat hôte en perd le contrôle.

²¹ M Cartier-Marraud et O Akyurek « Crise économique et révision des contrats : une approche pratique des règles applicables » La Gazette du Palais Dimanche 14 au Mardi 16 juin 2009 (129^{ème} année numéros 165 à 167), p. 3. Il est fréquent que les contrats conclus avec l'Etat comportent une clause de force majeure ou une clause de hardship prévoyant la suspension ou la résiliation du contrat au cas où l'exécution du contrat serait devenue impossible.

²² Voir CI Kabange Ntabala *Droit administratif* Tome I (2ed. 2007), p. 67.

²³ Vor Lexinter.net www.lexinter.net Définition du Fait du prince (Consulté le 15/3/2010).

prélèvement des taxes déjà existantes. Un tel fait serait une bonne illustration du fait du prince s'il affecte l'équilibre du contrat conclu avec ledit Etat. Le principe général demeure que le fait du prince donne au cocontractant le droit à une indemnité intégrale.

3. Conséquences juridiques

Tous les facteurs précités, d'une manière ou d'une autre, affectent l'équilibre du contrat et permettent aussi bien à l'Etat qu'à l'investisseur étranger d'y trouver un fondement juridique pour initier la révision du contrat avec l'autre partie. En outre, lorsque l'une des parties n'a pas exécuté ses obligations, l'autre peut soulever l'*exceptio non adimplenti contractus*. Cependant cette dernière solution est souvent rare dans la pratique pour la simple raison que l'investisseur étranger se trouve souvent dans une situation où il a déjà investi d'énormes capitaux. Souvent l'Etat hôte profite du fait que l'investissement a déjà connu un commencement d'exécution, pour revoir les conditions initiales du contrat, sachant que l'investisseur étranger ne prendra pas le risque de perdre ce qu'il a déjà réalisé. C'est ainsi que dans la pratique, les parties vont souvent envisager la possibilité de poursuivre l'exécution du contrat moyennant une révision. Très souvent, cette initiative découle de l'existence d'une clause de renégociation dans le contrat. En l'absence d'une telle clause, il est généralement difficile d'obtenir la renégociation du contrat avec l'autre partie, sauf emploi par l'Etat de ses prérogatives souveraines. Dans certain cas, l'investisseur étranger recourt même à la clause de stabilisation pour prévenir toute modification ultérieure du contrat par l'Etat.

En dehors des fondements précités, tenant compte du fait que les contrats qui portent sur l'exploitation des ressources naturelles ont une incidence directe sur le développement durable, il semble exact de soutenir que ces types de contrat soient aussi susceptibles d'être revus et même sanctionnés lorsqu'ils ne répondent pas ou plus aux exigences des droits fondamentaux, tels que par exemple le respect des droits socio-économiques, des droits de l'environnement etc.²⁴

²⁴ C'est dommage que la révision des contrats miniers en RD Congo n'a pas approfondi ces aspects, se contentant d'un simple déclaration de la part de l'opérateur minier.

3.1 Révision à la suite d'une clause de renégociation

La plupart des contrats d'Etat conclus avec des investisseurs étrangers comportent une clause de renégociation. Par exemple, le célèbre contrat conclu entre le Koweït et la société American Independent Oil Company prévoyait en son article 9 la possibilité pour les parties de se concerter en vue de rétablir l'équilibre du contrat, au cas où il venait à être rompu à la suite d'un changement des circonstances initiales.²⁵ Les articles 18, 19.2 et 20.1 de la convention signée en 2008 entre l'Etat congolais et un groupe d'investisseurs chinois prévoient des concertations pour résoudre des difficultés liées à l'exécution du contrat, dont notamment celles occasionnées par la force majeure.²⁶ Contrairement à la clause de stabilisation, qui elle vise à maintenir le contrat sous la situation légale qui prévalait lors de sa conclusion et qui donc, entre en conflit avec la souveraineté législative de l'Etat hôte, la clause de renégociation évite cet aléa en offrant aux parties une protection qui repose sur la flexibilité du contrat. Cependant, il convient de noter avec la Cour de Cassation française que l'obligation de négocier est de résultat alors que celle de parvenir à une solution n'est, en revanche, qu'une simple obligation de moyen.²⁷ Ce qui signifie simplement qu'en incorporant une clause de renégociation, l'Etat et son cocontractant ont l'obligation de négocier, mais pas nécessairement d'aboutir à une solution.

3.2 Révision en l'absence de clause de renégociation

En l'absence d'une clause de renégociation, l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles n'est pas facile à entreprendre. Le contrat étant un acte consensuel, la partie qui voudrait obtenir sa révision devra compter sur la bonne foi de l'autre partie. Elle pourrait aussi, dans le cas où il en existe, s'appuyer sur d'autres clauses telles que celles qui prévoient la force majeure ou le hardship. Mais dans tous les cas, elle ne peut pas imposer une révision à l'autre partie sans son consentement,

²⁵ Voir *Kuwait v AMINOIL*. Décision arbitrale finale rendue le 24/3/1982, 21 ILM. Voir en outre, le contrat sur la production pétrolière conclu entre le Ghana et Shell en 1974 (article 47).

²⁶ Convention de collaboration entre la République Démocratique du Congo et le groupement d'entreprises chinoises: China Railway group Ltd, Sinohydro Corporation relative au développement d'un projet minier et d'un projet d'infrastructures en République Démocratique du Congo (24/4/2008).

²⁷ C.Cass Pourvoi Numéro 04-13.214.

sauf exercice par l'Etat de sa souveraineté pour changer unilatéralement les conditions du contrat. Ainsi pour prévenir ce genre de modifications unilatérales, les investisseurs étrangers recourent souvent à des techniques telles que l'inclusion dans le contrat d'Etat d'une clause de stabilisation.

La clause de stabilisation est celle par laquelle l'Etat hôte consent à ne pas user de sa souveraineté législative pour changer les termes du contrat à la suite d'une loi adoptée ultérieurement.²⁸ Il s'agit d'une tentative de maintenir le contrat sous la loi en vigueur au moment de sa conclusion.

La doctrine demeure divisée sur l'admissibilité d'une telle clause. Des auteurs tels que Maniruzzaman, Sornarajah, Brownlie rejettent sa validité, considérant que l'Etat ne saurait circonscire sa souveraineté à la suite d'un engagement contractuelle tel qu'il le fait lorsqu'il souscrit à un traité international.²⁹ La différence proviendrait du fait que dans le cadre du traité, les obligations de l'Etat demeurent, même en cas d'une modification de sa législation nationale.³⁰ A l'opposé, Booyesen, Comeaux et Kinsella considèrent qu'une telle clause est belle et bien valide sous l'angle du droit international et que son non-respect par l'Etat hôte entraîne une violation de la règle *pacta sunt servanda*.³¹ Ce point de vue semble plus proche de la réalité, car il jouit du support d'un certain nombre de décisions arbitrales où l'investisseur étranger s'est vu octroyer une indemnité à la suite de la décision de l'Etat hôte d'exproprier ou nationaliser. Dans *TOPOC v Libye*,³² la juridiction arbitrale observa qu'en souscrivant à des obligations contractuelles avec le plaignant, l'Etat libyen n'avait pas aliéné, mais plutôt exercé sa souveraineté. Dans l'affaire *LIAMCO v Libye*,³³ la juridiction arbitrale reconnut la validité de la clause de stabilisation et octroya des indemnités à l'investisseur.

En réalité, en consentant à une clause de stabilisation, l'Etat ne limite pas sa souveraineté, mais il accorde simplement un régime d'exception à l'investisseur étranger. Bien que sa validité demeure un

²⁸ Booyesen *International Trade Law* (Interlegal 2003), p. 501.

²⁹ Maniruzzaman "International development law as applicable to Economic Development Agreement: As prognostic view" 20 *Wisconsin International Law Journal* (2000-2001), pp. 1, 6-7; Brownlie *Principles of public international law* (1990), p. 551 Sornarajah "Power and Justice in Foreign Investment Arbitration", vol 14 *Journal of International Law ARB.*, pp. 103, 119.

³⁰ Cette règle émane du principe de droit international selon lequel les traités ont une force supérieure aux lois.

³¹ Comeaux et Kinsella *Protecting Foreign Investment under International law* (1997), p 139, Booyesen *op.cit.*, p. 502.

³² *TOPOCO v Libye* 1979 (53) ILR, pp. 389, 482.

³³ *LIAMCO v Libye* 1980 (62) ILR, p. 160.

sujet de divergence entre les auteurs, la clause de stabilisation reste dans la pratique des juridictions arbitrales internationales une des bases sur lesquelles l'investisseur étranger pourrait se voir octroyer une indemnisation.³⁴ Quant aux juridictions de l'Etat hôte, la tendance est de considérer qu'une telle clause est contraire à l'ordre public et donc invalide quand elle concerne des dispositions impératives.³⁵

4. Cas particulier de la révision des contrats miniers en RD Congo

Dans le contexte de la révision des contrats miniers initiée en 2007, le gouvernement de la RD Congo a justifié son initiative en se fondant sur le fait que ces contrats avaient été négociés au détriment des intérêts de la nation et que bon nombre d'entre eux constituaient des contrats léonins.³⁶ En réalité la décision du gouvernement congolais est à situer au cœur du débat qui existe entre le principe de l'intangibilité du contrat et l'exercice par l'Etat de la souveraineté sur les ressources naturelles. Cette dernière notion qui a été formellement consacrée dans la résolution 1803 des Nations Unies (1962), puis consécutivement repris dans les résolutions 3201 et 3281 (1974) reconnaît à l'Etat le plein droit d'exercer son impérium sur ses ressources naturelles. Ceci a été interprété par les Etats sous-développés comme une prérogative leur permettant d'exproprier et même de modifier de manière unilatérale les termes du contrat toutes les fois que l'intérêt général l'exige.³⁷ Spécialement, l'article 5 alinéa 1 du Protocole sur la Lutte contre l'Exploitation Illégale des Ressources Naturelles dans la sous-région des grands-lacs (2006) auquel le RD Congo est partie, stipule que « Tout contrat d'investissement portant sur les ressources naturelles doit respecter

³⁴ Voir aussi *Kuwait v AMINOIL*, op.cit, pp. 990-991. En l'absence d'une clause de stabilisation, une modification législative en principe ne donne pas lieu *de facto* à l'investisseur étranger le droit à une compensation, sauf si celle-ci est constitutive du fait de prince ou aboutit à une expropriation. Voir *Feldman v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, décision du 16 Décembre 2003, où le tribunal arbitral du CIRDI affirma que les gouvernements ont le droit de modifier et de changer leur lois pour les adapter aux changements des circonstances économiques, politiques ou sociales, même lorsque cela affecte les activités commerciales.

³⁵ Voir par exemple *Fellener v Minister of the Interior* 1954 SA 523 (A), p 503; *Norman v Baltimore and O Railroad* 294 US 240 (1935), 55 Ct Reports, p. 427.

³⁶ JN Kubokosa «Légitimité des négociateurs des contrats miniers de la RDC (La Conscience)» <http://www.congoforum.be/fr/economiedetail.asp?subitem=32&id=142855&economie=selected> (Consulté le 15/3/2010)

³⁷ Voir la position des Etats dans les affaires *LIAMCO v Libye* 1980 op.cit ; *TOPOCO v Libye* 1979 op.cit ; *British Petroleum Co. (Libya) Ltd (BP) v Government of the Libyan Arab Republic*, Award of 10 October 1973, 53 ILR (1979) p. 297, Yearbook V (1980) p. 143.

scrupuleusement le principe de souveraineté permanente de chaque État membre sur ses ressources naturelles... ». Plus particulièrement, l'alinéa 3 du même article prévoit que « Les bénéfices dégagés doivent être partagés équitablement entre les investisseurs et l'État membre concerné, en veillant soigneusement à ne pas porter atteinte, pour quelque raison que ce soit, au droit souverain des États membres de disposer de leurs ressources naturelles ». Ainsi comme souligné plus haut, l'État congolais peut exercer sa souveraineté pour modifier de manière unilatérale les termes d'un contrat minier, cependant cela n'exclue pas le droit de l'investisseur étranger à une indemnisation si les conditions en sont réunies.³⁸

Une certaine opinion a affirmé l'illégalité des contrats concernés par la décision gouvernementale au motif pris de la suppression du régime minier conventionnel par la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minier.³⁹ Ce point de vue repose sur l'idée que l'octroi des droits miniers ne saurait se faire sur base d'un contrat entre l'État et l'investisseur minier, dans lequel ce dernier pourrait bénéficier de dispositions dérogeant au régime de droit commun instauré par le code minier. Cette dernière approche relève d'une confusion quant aux différentes situations dans lesquelles un investisseur minier pourrait se trouver. Il est vrai que le cas de figure principalement envisagé par le code minier est celui où l'intéressé ne signe pas au préalable un contrat avec l'État, mais s'en va directement comme monsieur tout le monde solliciter l'octroi d'un permis d'exploitation ou de recherche. Cependant, deux exceptions existent à cette règle. Premièrement, le code minier a prévu à l'article 182 alinéa 1, la faculté pour les bénéficiaires des droits miniers de céder leurs titres à des tiers. Une telle entreprise est belle et bien un acte contractuel. Deuxièmement, avec la montée croissante au niveau mondial des investissements étrangers dans le secteur des mines, l'État congolais n'a pas perdu de vue de prévoir la possibilité d'un partenariat État-personne privées (Voir l'article 8 alinéa 3 du code minier). Dans ce contexte, l'État conclut des conventions ou contrats avec des investisseurs étrangers pour lesquels il s'est engagé lui-même à l'article 273 (a) du

³⁸ Cas où la décision de l'État aurait les effets d'une expropriation ou constituerait un fait du prince (Voir ce qui a été dit plus haut ; voir aussi *TOPOCO v Libya op.cit.* p. 22 and *LIAMCO v Libya op.cit.* p. 186).

³⁹ Journal Officiel n° spécial du 15/7/ 2002. Pour ce point de vue, voir JN Kubokosa, *op.cit.*

code minier, à en respecter les termes.⁴⁰ Bien plus, le législateur congolais va plus loin en prévoyant à l'article 331 alinéa 2, la possibilité pour l'Etat de conclure des conventions de Joint ventures régies par la législation sur les sociétés commerciales. Ces dispositions manifestent clairement l'intention du législateur congolais d'établir un régime d'exception quant à la forme juridique sous laquelle pourrait se réaliser certains investissements miniers conclus avec des partenaires étrangers. Cependant ceci ne supprime pas pour autant l'application du code minier, car même dans cette approche contractuelle, les droits d'exploitation ou de recherche sont toujours subordonnés à la possession d'un permis. Il est donc évident que les investissements miniers peuvent encore avoir la forme conventionnelle ou contractuelle, mais la question demeure si oui ou non les conventions signées avec des partenaires étrangers peuvent se soustraire de l'application d'une disposition impérative du code minier en vertu de l'autonomie de la volonté des parties concernant la loi applicable. Peuvent-ils quant au fond, déroger au régime de droit commun instauré par le code minier ? Cette question est bien plus complexe lorsque l'on considère, suivant l'exposé des motifs, que l'actuel code minier repose sur le principe de l'application intégrale de toutes ses dispositions.⁴¹

Puisqu'il s'agit d'un domaine par excellence où se manifeste la souveraineté de l'Etat sur son sol et son sous-sol, il est difficile de concevoir qu'une autre loi s'applique à des telles conventions. Néanmoins, il existe certaines atténuations à cette approche.

Premièrement, sous l'angle du droit international public, il est fréquent que les Etats adoptent des traités bilatéraux pour protéger les investissements effectués par leurs ressortissants dans le pays de l'autre. Dans ce contexte, il est possible que l'investisseur étranger jouisse de certaines dérogations au régime de droit commun en se basant sur les dispositions d'un tel traité. Dans ce cas, le code minier s'appliquera pour tous les autres aspects non concernés par les dérogations.

Deuxièmement, le contrat minier conclu avec l'investisseur étranger étant un contrat international, l'autonomie de la volonté des parties peut conduire l'Etat et l'investisseur étranger à internationaliser le contrat en ce qui concerne la loi applicable et la juridiction compétente pour connaître d'un litige

⁴⁰ Voir par exemple la convention conclue avec le groupe d'entreprises chinoises, *op.cit.*

⁴¹ Voir Exposé des motifs relatif au chapitre I du titre I, para. 2, p.2.

né du contrat. Cependant, même dans ce cas, le code minier devra connaître une application partielle, car il est difficile de concevoir que dans les domaines des ressources naturelles, l'Etat puisse accepter de soumettre l'ensemble du contrat à une législation autre que la sienne.

Troisièmement, l'exception peut aussi découler d'une clause de stabilisation (Qu'on se rapporte à ce qui a été dit plus haut). C'est ainsi que les contrats miniers conclus sous le régime de la loi de 1981 ne sauraient valablement être résiliés sur base des dispositions de l'actuel code minier au cas où ils contiendraient des clauses de stabilisation, sans que cela ne donne lieu à une indemnisation pour l'investisseur.

En réalité, les effets juridiques des engagements contractuels de l'Etat ont une portée bien différente devant les juridictions internationales que celle dont elles jouissent devant les juridictions nationales. Tout dépend donc du forum où se déroulerait le différend. La juridiction nationale sera plus encline à une application intégrale du code minier, alors que les juridictions internationales pourront atténuer son application sur base des principes de droit international considérés comme des minima.⁴² C'est là que se trouve le danger de voir des sociétés telles que First Quantum Minerals et autres recourir à l'arbitrage international auprès du CIRDI. La réalité est que L'Etat congolais risque de s'exposer à payer des lourds dommages et intérêts s'il est incapable de démontrer qu'il a résilié ces contrats du fait que ces sociétés n'ont pas rempli leurs obligations. Devant le CIRDI, il sera difficile à un Etat, pour les raisons évoquées ci-haut, d'avancer des prétentions fondées sur un simple déséquilibre financier du contrat. La situation serait moins compliquée devant la CCI qui elle, consécutivement aux principes UNIDROIT, consacre l'invalidité du contrat s'il existe un avantage excessif accordé à l'une des parties.

La solution de sagesse serait donc pour l'Etat congolais d'analyser qu'elle est la marge de manœuvre dont il dispose dans chacun des contrats et partant de là, voir comment orienter la renégociation. L'Etat congolais pourrait même s'inspirer de l'approche concertée sur laquelle le gouvernement

⁴² En cas d'internationalisation du contrat, toutes les dispositions du droit interne qui ne répondent pas aux standards internationaux seront écartées par la juridiction arbitrale internationale. Par exemple, l'obligation de compenser en cas d'expropriation ne peut pas être remise en cause même lorsqu'elle ne figure pas dans la législation de l'Etat hôte.

libérien s'est appuyé pour obtenir la révision du contrat minier conclu avec la société Mittal Steel Company N.V. s.⁴³

5. Conclusion

Renégocier un contrat d'Etat de manière à trouver une solution concertée est la meilleure approche en matière de révision contractuelle pour la simple et bonne raison que cela évite aux parties des longs procès. Seulement, il reste que toutes les fois que l'Etat exerce sa souveraineté en révisant ou résiliant de manière unilatérale des contrats d'investissements étrangers, il n'engage pas sa responsabilité internationale au sens du droit international public, il n'encourt qu'une responsabilité civile qui généralement se traduit par l'octroi d'une indemnisation à l'investisseur étranger. Néanmoins, l'Etat devrait éviter de se comporter comme un partenaire commercial arrogant, faisant usage de ses prérogatives de souveraineté pour s'adonner à des modifications unilatérales. Il doit demeurer conscient du fait que de nos jours la croissance des investissements étrangers restent la clef de voûte du développement économique. Il devrait donc accorder toute la sécurité juridique possible aux investisseurs étrangers, tout en veillant à ce que les contrats conclus avec ces derniers maintiennent un équilibre financier durant toute leur période d'exécution, cela au grand bénéfice de la population. Quant à l'investisseur étranger, en concluant un contrat avec l'Etat, il doit être conscient des privilèges dont jouit ce dernier et veiller à ce que les clauses contractuelles soient modelées de manière à lui offrir la plus grande sécurité juridique. Dans ce contexte, l'inclusion d'une clause de renégociation sera toujours un atout majeur aussi bien pour l'investisseur que l'Etat, qui tous les deux représentent des intérêts bien souvent opposés.

⁴³ Voir D Eviatar « A new deal for Liberia » *The American Lawyer* (2007), pp. 1-6. La Présidente Libérienne avait dépêché à New York une délégation gouvernementale, assistée d'experts américains, pour discuter pendant six semaines avec les représentants de Mittal. A l'issue des discussions, les parties se sont convenues que le prix des minerais de fer, les taxes et royalties seront désormais fixés en fonction du marché international et non arbitrairement par Mittal comme cela était le cas auparavant, que le contrôle des ports et celui des chemins de fer doivent revenir entre les mains de l'Etat et que les cinq années d'exemptions et toutes les dérogations aux lois sur l'environnement et les droits de l'Homme accordées à Mittal dans le contrat sont supprimées. Cette révision ne reposait pas sur des rapports de force que le gouvernement Libérien serait allé chercher dans une approche unilatéraliste, mais plutôt sur une volonté de discuter et de négocier afin de faire ressortir un consensus entre les deux parties.