

KAS

12. Jahrgang
2025

African Law Study Library Librairie Africaine d'Etudes Juridiques

Herausgegeben von

Konrad-Adenauer-
Stiftung e.V.

Aus dem Inhalt:

Mit Beiträgen von/Avec la participation de/With contributions by

Rossi Pumbulu Kipasa

Degaule Mayungu Matondo

Papy Manzanza Kazeka

Rodrigue Mafungu Mayele

Dieu-Merci Ngusu Masuta

Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi / Gloria Lubaki Sita

Dan Idima Nkanda

3 2025

12. Jahrgang

Seite 271 – 404

ISSN 2363-6262

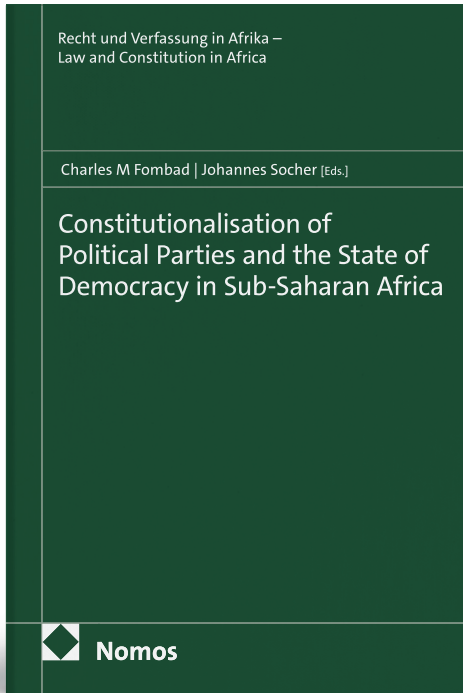


Nomos



KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

Exploring Diverse Experiences



Constitutionalisation of Political Parties and the State of Democracy in Sub-Saharan Africa

Edited by

Prof. Charles M Fombad, PhD.
and Dr. Johannes Socher

2025, 574 pp., pb., € 119.00

ISBN 978-3-7560-3353-9

E-Book 978-3-7489-6316-5

(*Recht und Verfassung in Afrika –
Law and Constitution in Africa, Vol. 48*)

This volume from the Institute for International and Comparative Law in Africa at the University of Pretoria explores how political party regulation affects constitutionalism and democracy in Sub-Saharan Africa, drawing on international norms and case studies from 12 countries.

Available digitally at [inlibra.com](https://www.inlibra.com)

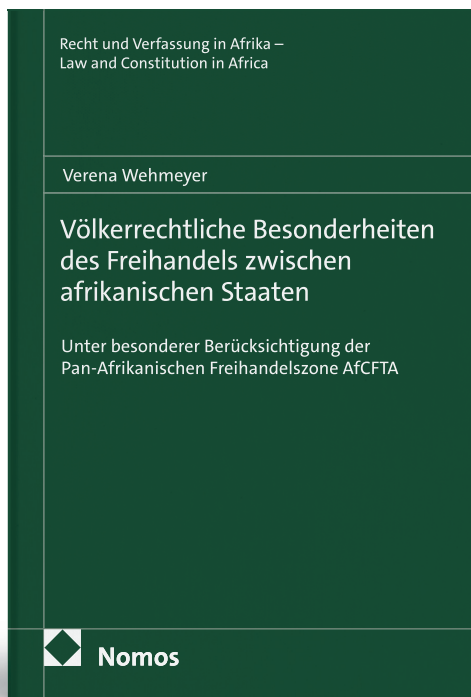
Available in bookstores or via [nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de) | Customer Service +49 7221 2104-222 | service@nomos.de

Returns are at the risk and expense of the addressee.



Nomos

Pan-African Free Trade. A Current Overview



Völkerrechtliche Besonderheiten des Freihandels zwischen afrikanischen Staaten

Unter besonderer Berücksichtigung der Pan-Afrikanischen Freihandelszone AfCFTA

By Mag.a Dr. Verena Wehmeyer,
LL.B.oec. M.A.I.S.

2025, 418 pp., pb., € 139.00

ISBN 978-3-7560-3463-5

E-Book 978-3-7489-6498-8

(*Recht und Verfassung in Afrika – Law and Constitution in Africa*, Vol. 49)

The present dissertation provides an overview of the regional agreements and the legal characteristics of intra-African economic integration. It analyses the AfCFTA with regard to trade in goods and serves as a reference work on African trade law.

Available digitally at [inlibra.com](https://www.inlibra.com)

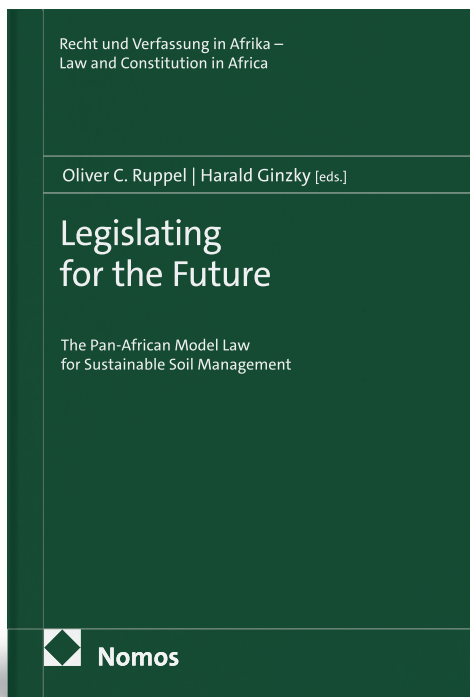
Available in bookstores or via [nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de) | Customer Service +49 7221 2104-222 | service@nomos.de

Returns are at the risk and expense of the addressee.



Nomos

Sustainability Needs Legal Protection



Legislating for the Future

The Pan-African Model Law
for Sustainable Soil Management
Edited by Prof. Dr. Oliver C. Ruppel,
LL.M. and Dr. Harald Ginzky
2026, approx. 250 pp., pb.,
approx. € 84.00
ISBN 978-3-7560-3274-7
E-Book 978-3-7489-6660-9
(*Recht und Verfassung in Afrika –
Law and Constitution in Africa, Vol. 50*)
Available approx. April 2026

This publication is based on a project funded by the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ) on a 'Model Law for Sustainable Soil Management in Africa'. The model law is intended to contribute to more comprehensive soil protection on the African continent.

Available digitally at [inlibra.com](https://www.inlibra.com)

Available in bookstores or via [nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de) | Customer Service +49 7221 2104-222 | service@nomos.de
Returns are at the risk and expense of the addressee.



Nomos

African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques

Herausgegeben von

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

Schriftleitung: RA Prof. Dr. Hartmut Hamann, hamann@hamann-legal.de

Inhalt

Avant-Propos	272
Foreword	274
<i>Rossi Pumbulu Kipasa</i>	
Nouvelles formes de conflictualité armée et transformation du droit international humanitaire : entre obsolescence normative et urgence réformatrice	276
<i>Degaule Mayungu Matondo</i>	
De la neutralisation des FDLR à l'Est de la RDC au regard de l'accord de paix du 27 juin 2025 : défis et perspectives.	295
<i>Papy Manzanza Kazeka</i>	
La réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies : entre nécessité et réalités	310
<i>Rodrigue Mafungu Mayele</i>	
Seuil légal de représentativité en droit électoral congolais : garantie ou exclusion à la répartition des sièges	325
<i>Dieu-Merci Ngusu Masuta</i>	
Mutations et reconfiguration jurisprudentielles de la notion d'« actes qualifiés » pour le contrôle de constitutionnalité en droit congolais : les enseignements de l'arrêt R. Const. 1800 du 22 juillet 2022	337
<i>Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi / Gloria Lubaki Sita</i>	
Pas de rupture avec le passé – Commentaire de l'article 80 du code congolais du travail	354
<i>Dan Idima Nkanda</i>	
Le principe de légalité des délits et des peines en matière disciplinaire en droit du travail congolais	388

Avant-Propos

Malgré les différents engagements pris par les Etats à la suite de nombreux conflits armés auxquels l'humanité a été confrontée au cours de l'histoire, plusieurs régions du monde continuent de vivre des atrocités indicibles. Ces conflits armés constituent non seulement une menace permanente contre la paix, mais ils empêchent aussi le développement économique et social auquel aspirent les populations et impactent également le fonctionnement des institutions politiques dans bon nombre de pays directement ou indirectement affectés.

En effet, l'actualité internationale révèle chaque jour de nouvelles dimensions des conflits armés, marquées par l'utilisation de nouvelles technologies et par la diversification des acteurs. Analysant ces différentes mutations des conflits armés contemporains, *Rossi Pumbulu Kipasa* plaide pour une réforme urgente du droit international humanitaire dont les normes en vigueur semblent inadaptées aux complexités de nouvelles formes de conflictualité. Il rappelle que la dignité de la personne humaine doit être garantie en toutes circonstances, y compris et particulièrement en temps de guerre.

A titre d'exemple, *Degaule Mayungu Matondo* évoque les conflits armés qui sévissent à l'Est de la République Démocratique du Congo (RDC) depuis des décennies et qui ont atteint une autre dimension en raison de leur caractère asymétrique. Il scrute les différents accords de paix signés entre la RDC et le Rwanda, notamment le plus récent, signé le 27 juin 2025 sous la médiation américaine et visant la neutralisation des Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (FDLR) et la levée des mesures défensives du Rwanda. Pour l'auteur, l'objectif visé par les parties à cet accord constitue un grand défi compte tenu de la nature complexe des FDLR et de leurs différentes ramifications.

Vus du point de vue international, *Papy Manzanza Kazeka* aborde la thématique des conflits armés sous le prisme de la mission principale confiée au Conseil de sécurité des Nations unies, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et critique son inefficacité face aux nouveaux défis du monde actuel. Il plaide pour une réforme sincère et courageuse de cet organe afin de le rendre plus représentatif, donc plus légitime, et plus efficace dans l'accomplissement de sa mission, même si l'issue d'un tel processus reste incertaine en raison de l'usage souvent abusif du droit de veto reconnu à chacun des cinq membres permanents.

Par ailleurs, sans méconnaître le rôle qu'est censée jouer la communauté internationale dans la prévention des conflits armés et la résolution des crises déjà déclenchées, il y a lieu de tourner aussi le regard au niveau interne pour analyser les facteurs endogènes de l'instabilité politique et sécuritaire dans laquelle sont plongés certains pays. S'agissant particulièrement de la RDC, la crise de légitimité des institutions a souvent été citée parmi les facteurs qui pousseraient certains citoyens à recourir à la force pour faire entendre leurs desiderata et espérer participer ainsi à la gestion du pays. Pourtant, la Constitution congolaise ne prévoit que les élections comme seul mode démocratique d'accès au pouvoir. Il s'avère cependant que le mode de scrutin proportionnel mis en place depuis

le premier cycle électoral en 2006 présentait beaucoup de lacunes dont le risque d'émiettement des suffrages, la sous-représentativité au sein des assemblées délibérantes ainsi que le risque d'instabilité gouvernementale due à l'inflation des partis politiques et des candidatures. Pour y remédier le législateur congolais adopta en 2017 le système de scrutin proportionnel avec l'instauration du seuil légal de représentativité pour les élections législatives nationales et provinciales, système que *Rodrigue Mafungu Mayele* analyse dans son article. Malgré sa contribution espérée à la stabilité des assemblées délibérantes, cette réforme soulève aussi des inquiétudes auprès des électeurs qui assistent impuissants à l'exclusion de certains candidats, pourtant massivement élus, au profit des candidats ayant obtenu moins de voix dans leurs circonscriptions respectives, mais dont les partis ou regroupements politiques ont atteint le seuil au niveau national.

Quoi que s'apparentant à une injustice, le système de seuil d'éligibilité a été jugé conforme par la Cour constitutionnelle. Si la compétence de cet organe chargé du contrôle de constitutionnalité ne pose pas de problème pour cette question précise, des doutes persistent à propos de sa tendance à interpréter souvent la Constitution au gré des vagues. C'est ainsi que, examinant l'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la RDC, *Dieu-Merci Ngusu Masuta* rappelle que le contrôle de constitutionnalité, tel qu'institué en droit congolais, se caractérise par une portée normative rigoureusement délimitée. Cette configuration donnerait naissance à la notion d'actes qualifiés pour le contrôle de constitutionnalité. Or, la tendance de la cour constitutionnelle est d'étendre sa compétence même à des actes qui ne relèveraient pas normalement du contrôle de constitutionnalité, telles que les décisions de justice des autres juridictions suprêmes, comme ce fut le cas dans son arrêt R.const. 1800 du 22 juillet 2022.

Sur un autre registre, mais restant dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, en l'occurrence les droits des travailleurs, *Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi* et *Gloria Lubaki Sita* examinent la portée de l'article 80 du Code du travail congolais et son impact sur le droit au travail garanti à l'article 36 de la Constitution. Abondant dans le même sens, *Dan Idima Nkanda* analyse l'étendue du pouvoir réglementaire de l'employeur en matière disciplinaire à l'aune du principe de la légalité des délits et des peines. Plaidant pour une application non équivoque de ce principe du droit pénal en matière disciplinaire du travail, il espère par là pouvoir renforcer les droits des travailleurs contre le risque d'abus de la part des employeurs.

Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi

Yves-Junior Manzanza Lumingu

Hartmut Hamann

Foreword

Despite the various commitments made by States in the wake of numerous armed conflicts that humanity has faced throughout history, several regions of the world continue to experience unspeakable atrocities. These armed conflicts not only pose a permanent threat to peace, but also hinder economic and social development, to which populations aspire, and also affect the functioning of political institutions in many countries that are directly or indirectly affected.

Indeed, international headlines are constantly revealing new dimensions of armed conflict, marked by the use of new technologies and a diversification of actors. Analysing these various changes in contemporary armed conflicts, *Rossi Pumbulu Kipasa* calls for urgent reform of international humanitarian law, whose current standards seem ill-suited to the complexities of new forms of conflict. He points out that human dignity must be guaranteed in all circumstances, including and especially in times of war.

For instance, *Degaule Mayungu Matondo* refers to the armed conflicts that have been raging in the Eastern Democratic Republic of Congo (DRC) for decades and which have taken on a new dimension due to their asymmetrical nature. He examines the various peace agreements signed between the DRC and Rwanda, notably the most recent one, signed on 27 June 2025 under US mediation, which aims to neutralize the Democratic Forces for the Liberation of Rwanda (FDLR) and lift Rwanda's defensive measures. For the author, the objective sought by the parties to this agreement is a major challenge given the complex nature of the FDLR and its various ramifications.

From an international perspective, *Papy Manzanza Kazeka* addresses the issue of armed conflict from the point of view of the UN Security Council's primary mission, namely the maintenance of international peace and security, and criticizes its ineffectiveness in the face of the new challenges of today's world. He calls for sincere and courageous reform of this body to make it more representative, and therefore more legitimate and effective in fulfilling its mission, despite the fact that the outcome of such a process remains uncertain due to the frequent abuse of the veto power granted to each of the five permanent members.

Furthermore, without disregarding the role that the international community is supposed to play in preventing armed conflicts and resolving crises that have already broken out, it is also necessary to look internally to analyse the endogenous factors behind the political and security instability engulfing certain countries. In the case of the DRC in particular, institutional legitimacy has often been cited as one of the factors that would push certain citizens to resort to force to make their wishes heard and thus hope to participate in the management of the affairs of their country. However, the Congolese Constitution provides for elections as the only democratic means of acceding to power. However, it turned out that the proportional representation system introduced in the first electoral cycle in 2006 had many shortcomings, including the risk of vote fragmentation, under-representation in legislative assemblies, and the risk of governmental instability due to the prolifer-

ation of political parties and candidates. To address these issues, in 2017 the Congolese legislature adopted a proportional voting system with the introduction of a legal threshold for representation in national and provincial legislative elections, a system that *Rodrigue Mafungu Mayele* analyses in his article. Despite its hoped-for contribution to the stability of legislative assemblies, this reform also raises concerns among voters who are powerless in the face of the exclusion of certain candidates, despite having been overwhelmingly elected, in favour of candidates who obtained fewer votes in their respective constituencies, but whose parties or political groupings reached the threshold at the national level.

Although it may seem unfair, the eligibility threshold system has been deemed constitutional by the Constitutional Court. While the jurisdiction of this body responsible for reviewing constitutionality does not pose a problem in this specific case, doubts remain about its tendency to interpret the Constitution in a vague manner. Thus, examining the evolution of the case law of the DRC's Constitutional Court, *Dieu-Merci Ngusu Masuta* points out that constitutional review, as established in Congolese law, is characterized by a strictly defined normative scope. This configuration gives rise to the notion of acts eligible for constitutional review. However, the Constitutional Court tends to extend its jurisdiction even to acts that would not normally be subject to constitutional review, such as court decisions of other supreme courts, as was the case in its ruling R.const. 1800 of 22 July 2022.

On another note, but still within the framework of fundamental rights protection, in this case workers' rights, *Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi* and *Gloria Lubaki Sita* study the scope of Article 80 of the Congolese Labour Law and its impact on the right to work guaranteed by Article 36 of the Constitution. In the same vein, *Dan Idima Nkanda* analyses the extent of the employer's regulatory power in disciplinary matters in relation to the principle of the legality of offences and penalties. Advocating for the unequivocal application of this principle in criminal law in matters of labour discipline, he hopes to strengthen workers' rights against the risk of abuse by employers.

Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi

Yves-Junior Manzanza Lumingu

Hartmut Hamann

Nouvelles formes de conflictualité armée et transformation du droit international humanitaire : entre obsolescence normative et urgence réformatrice

Par Rossi Pumbulu Kipasa*

Résumé

Les conflits armés contemporains évoluent rapidement sous l'effet des avancées technologiques et la diversification des acteurs militaires. Drones, cyberattaques, armes automatiques et présence croissante des groupes armés non-étatiques redéfinissent les moyens et méthodes de guerre. Ces mutations remettent en question la capacité du Droit International Humanitaire (DIH), hérité des conventions de Genève, à encadrer efficacement les nouvelles formes de violence.

Face à cette évolution, le DIH révèle ses limites : difficultés à distinguer combattants et civils, inadaptation des normes à l'espace cybernétique, fragmentation des responsabilités juridiques et faiblesse des mécanismes de sanction. Les conflits hybrides ou transnationaux complexifient l'application du droit, compromettant la protection des populations et le respect des principes humanitaires fondamentaux.

Cette situation appelle une réforme urgente du DIH. Il s'agit de réviser les règles de distinction, de proportionnalité de précaution, d'intégrer des standards éthiques à l'usage des technologies émergentes, et de renforcer les dispositifs de surveillance et de poursuite de violation.

La réforme du DIH ne se résume pas à une mise à jour technologique : elle interroge la volonté politique des puissances militaires, la légitimité des institutions internationales, et le rôle stratégique des universitaires, juristes, ONG dans la redéfinition du droit des conflits. En définitive, une refondation du DIH s'impose pour faire face aux nouvelles menaces, garantir la dignité humaine en temps de guerre et préserver l'esprit de solidarité universelle qui anime le droit humanitaire depuis ses origines.

INTRODUCTION

L'interdiction du recours à la guerre est, comme le soutient Dupuy, « une norme existentielle et conditionnelle de l'ordre juridique international et ne saurait tomber dans la désuétude tant du moins que ses violateurs affirment toujours respecter son principe »¹. L'obliga-

* Diplômé d'études approfondies en droit à l'université catholique du Congo (Kinshasa, RD Congo) et doctorant en droit à la même université; Chef de travaux à l'université de Kikwit (RD Congo).

1 Chef de Travaux et Directeur de cabinet du Recteur de l'Université de Kikwit, doctorant à l'Université Catholique du Congo et Avocat au Barreau près la cour d'appel du Kwilu.

tion pour les Etats de s'abstenir au recours à la force et à la menace armée est consacrée par l'article 2 § 4 de la Charte des Nations unies. « Cette disposition, dont le caractère impératif n'est plus aujourd'hui réellement contesté, fournit, pour la doctrine dominante, et avec les exceptions qui l'accompagnent, le cadre nécessaire et suffisant au régime juridique applicable à l'emploi de la force dans les relations internationales »².

Celui-ci n'est possible que dans les hypothèses limitativement prévues par la Charte, et à l'interrogation récurrente sur le caractère dépassé de l'article 2 § 4, « il peut être répondu par le constat qu'il offre des solutions juridiques à l'ensemble des hypothèses d'emploi ou de menace d'emploi de la force qui entrent dans son champ d'application, commandé par l'inter étatisme »³.

Il s'avère impérieux de signaler que le recours à la force armée qui constitue actuellement une grave violation du droit international, n'en a pas toujours été ainsi depuis la nuit des temps. En effet, auparavant, le recours à la guerre était un moyen légitime pour mettre en œuvre la politique nationale des États. C'est ainsi que « le droit international a non seulement admis le recours à la force par ses sujets, les États, mais il leur reconnaissait également un droit subjectif de recourir à la guerre 'jus ad bellum', c'est-à-dire le droit de mettre fin à l'état de paix avec ses voisins chaque fois qu'il le souhaitait et de livrer une guerre sous n'importe quel prétexte, voire même sans prétexte »⁴.

Comme on peut s'en percevoir, aussi ancienne que l'humanité elle-même, des civilisations et religions entières et parallèlement, ont tenté de limiter les effets dévastateurs de la guerre en imposant aux guerriers des accords locaux ou temporaires passés avec l'adversaire, des codes d'honneur et des pratiques coutumières.

Fort malheureusement, « l'importance croissante des armes de conscription massives et la production industrialisée d'armes puissantes, dans le courant du XIXe siècle, avec des conséquences tragiques sur les champs de bataille, ont fait perdre à toutes ces formes traditionnelles de réglementation de la guerre une grande partie de leur efficacité »⁵.

Il y a lieu de constater, toutefois, que les caractéristiques nouvelles ou aggravées de la violence contemporaine posent d'énormes défis en termes de protection des civils et d'application du DIH. Il semble que les conflits armés soient devenus plus complexes et les accords de paix permanents plus difficiles à conclure.

2 *Pierre-Marie Dupuy*, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, tome 295, 2002, p. 297; *Olivier Corten*, *Le droit contre la guerre : l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris 2020, p. 33.

3 *Louis Balmond*, « la contribution des règles d'engagement au droit du recours à la force, in : Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales, *Martinus Nijhoff Publishers* (éd.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Boston, 2014, pp 275–298.

4 *Rafâa Ben Achour*, « Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force », in : *Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani* (éd.), *VI^{ème} rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis*, Paris 2004, p.13.

5 *Nils Melzer*, « *Droit International Humanitaire : introduction détaillée* », Genève 2018, p. 24.

Les progrès scientifiques et techniques des dernières décennies ont permis l'expérimentation et l'apparition de moyens et méthodes de guerre inédite. Des techniques de plus en plus sophistiquées sont utilisées par ceux qui les possèdent pour faire la guerre. La supériorité technologique à elle seule permet désormais des guerres où une armée n'a pas besoin de jamais mettre le pied sur un sol étranger pour battre son adversaire. L'usage des armes à impulsion, des drones, des robots, des armes spatiales, de l'intelligence artificielle, des cyberattaques, des armes automatiques, l'infiltration des conflits hybrides (asymétrie des forces, acteurs non étatiques, militarisation de l'espace et du cyberspace) sont autant d'exemples de ces récents développements.

La disponibilité incontrôlée de grandes quantités et de vastes catégories d'armes a également connu une augmentation spectaculaire. Jointes à la tendance confirmée à l'instrumentalisation des activités humanitaires à des fins militaires ou politiques, ces caractéristiques rendent la protection de civiles victimes des conflits armés particulièrement difficile dans de tels contextes. L'impact de la guerre asymétrique sur l'application du DIH commence à peine à être étudié.

Par ailleurs, l'instrumentalisation des différences ethniques et religieuses semble être devenue aussi une caractéristique permanente de nombreux conflits. De nouveaux acteurs capables de s'engager dans la violence ont fait leur apparition. La nature fragmentée des conflits dans les États faibles ou déstructurés donne lieu à une multiplication d'acteurs armés. Le chevauchement entre les objectifs politiques et privés contribue à brouiller la distinction entre conflits armés et activités criminelles. Les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis ont, dans certains milieux, affecté la perception de ce qui constitue une guerre au sens juridique du terme.

Comme on peut bien s'en percevoir, les conflits armés modernes rentrent souvent difficilement dans classification traditionnelle CAI-CANI envisagée par le droit international humanitaire (DIH). Leur qualification prête à controverse.

D'où l'intérêt de la mise en œuvre des règles et mesures tendant à sauvegarder les personnes qui ne peuvent pas ou plus participer aux conflits armés par les États dans le souci de se forcer d'en limiter les effets destructeurs.

Puisque le droit international humanitaire a vocation à s'appliquer universellement dans les conflits armés, est-ce que son adaptabilité lui permet de répondre aux défis posés par les réalités des conflits armés contemporains de répondre de manière adéquate aux besoins de la société internationale? Les limitations du DIH ne confirment-elles pas la thèse du caractère illusoire de ce droit? Ces questionnements nous conduisent à aborder, dans la présente étude, la mutation des conflits armés (A) et arguments en faveur de la réforme du DIH face à l'évolution des moyens et méthodes de guerre (B).

A. La mutation des conflits armés (évolution des méthodes et moyens de guerre)

Il sied de signaler que la doctrine dominante en Droit humanitaire est unanime sur le fait que les conflits ont évolué ainsi que les moyens et méthodes de les mener alors que ses

acteurs se sont multipliés. Ce constat a été aussi soutenu par le CICR qui, « trente ans après la présentation du rapport du CICR amenant aux négociations des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949, en 2003, a présenté un nouveau rapport sur les défis posés par les conflits armés contemporains lors de la 28ème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge »⁶.

Signalons ici que lors de la présentation de ce rapport, le contexte international est tourné sur la lutte contre le terrorisme transnational en pleine recrudescence. Le rapport présente une liste non-exhaustive de défis dont ceux des évolutions dans la physionomie des conflits et la multiplication d'acteurs ainsi que les progrès technologiques dans les moyens et méthodes de guerre.

Notre étude revient sur chacun de ces aspects pour élucider le caractère évolutif des faits sur le terrain des hostilités et l'impératif de réformer ou mieux d'adapter les règles du Droit International Humanitaire.

1. De nouveaux conflits

« Malgré l'interdiction générale de la force armée régit par le jus ad bellum (droit applicable pendant la guerre), les conflits armés persistent mais ne se ressemblent pas, évoluant sans cesse »⁷. « Plusieurs situations, regroupées sous le nom de différentes catégories non juridiques, mènent à une qualification controversée : l'intervention étrangère, dans un conflit armé interne, directe ou indirecte, amenant à un 'conflit par proxy', les 'conflits déstructurés' qualifiés par la multiplication des groupes aux organisations différentes et de natures différentes, allant du groupe insurrectionnel au groupe transnational, qui s'affrontent entre eux ou le cas d'un conflit armé non-international se déroulant sur le territoire de plusieurs États, c'est-à-dire un conflit transnational »⁸.

1. Des conflits mixtes et déstructurés

a) Des conflits mixtes

« Dans le cas d'interventions étrangères d'un ou plusieurs États dans un conflit armé interne, la question se pose de la qualification juridique de cette situation d'un conflit mixte et de la pertinence de l'application d'un régime mixte, puisque malgré l'harmonisation des règles des CAI et des CANI, cette distinction persiste »⁹. Pour autant, est-il souhaitable

6 CICR, « Le Droit International Humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », rapport de la 34ème Conférence internationale 2024, 73p.

7 Daniel Thürer, « International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol. 338, 2011, p. 199.

8 Sylvain Vitte, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law : legal concepts and actual situations », Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 91, no. 873, 2009, p. 83.

9 Eric David, « Principes de droit des conflits armés », Bruxelles 2002, p. 105.

d'envisager une réforme du humanitaire régissant spécialement les cas de conflits armés internes avec interventions étrangères? Est-il également souhaitable de supprimer les distinctions pour n'appliquer qu'un seul régime à tous les conflits armés?

b) Des conflits déstructurés

« Les conflits déstructurés sont caractérisés par la multiplication des groupes armés s'affrontant aussi bien entre eux qu'avec l'État concerné »¹⁰, « ces groupes, au niveau d'organisation divers, n'exerçant qu'un contrôle sporadique de territoires »¹¹. Or, le droit des conflits armés non internationaux présente une dichotomie entre les conflits de haute intensité et de basse intensité. Pour certains, « cette distinction est artificielle et complexifie la situation, avec des régimes variables entre acteurs et entre leurs affrontements, alors que la différence entre les deux régimes est moindre »¹². Pour autant, cette distinction cherche à refléter les réalités de chacun pour s'y adapter.

2. Du terrorisme et des conflits transnationaux

a) Le terrorisme

« Ceux qui ont commis les crimes inexcusables du 11 septembre 2001 les ont certainement considérés comme faisant partie de leur 'guerre' »¹³. « Le Président des États-Unis les a également immédiatement désignés comme des actes de guerre. La réaction américaine, souvent qualifiée de 'guerre contre le terrorisme', n'a pas seulement pris la forme de poursuites pénales nationales et internationales, mais également, depuis le 6 octobre 2001, celle d'une guerre en Afghanistan. Dans son discours sur l'état de l'Union du 29 janvier 2002, le Président a utilisé le mot guerre à douze reprises, et a laissé entrevoir qu'après la victoire en Afghanistan, la «guerre» allait continuer contre des États comme l'Iran, l'Iraq et la Corée du Nord »¹⁴.

« Si on a beaucoup parlé de 'guerre', on n'a, en revanche, pas beaucoup entendu parler de droit, et encore moins de droit international suite à ces événements. Pourtant, la guerre est un phénomène régi par le droit international, et ce à deux titres : les règles du jus ad bellum déterminant les situations dans lesquelles il est licite de recourir à la guerre et celles du jus in bello, réglementant la conduite d'une «guerre». Il est donc justifié

10 *Georges Abi-Saab*, « Les Protocoles additionnels, 25 ans après », in J.F. Flauss (éd.) *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles 2003, p. 31.

11 *Djamchid Momtaz*, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 292, 2001, p.50.

12 *J. D'Aspremont et J. De Hemptinne*, « Droit international humanitaire », Paris 2012, p. 70.

13 *Marco Sassòli*, « La «guerre contre le terrorisme», le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre, » *The Canadian Yearbook of international law*, vol. 39, 2001, p.47.

14 *George Bush*, "President Delivers State of the Union Address", disponible sur <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzf5a.htm>, date d'accès : 30 juillet 2025.

de vérifier si ce droit international humanitaire s'applique aux attaques contre New York et Washington et à leurs suites et comment il les qualifie. Ceci est d'autant plus indiqué que l'applicabilité et l'application de ce droit dans la « guerre contre le terrorisme » sont controversées, particulièrement en ce qui a trait au statut des personnes arrêtées par les États-Unis en Afghanistan et transférées sur leur base militaire de Guantánamo (Cuba) »¹⁵.

« Certains ont soutenu que le droit international humanitaire était dépassé (outdated) dans cette 'guerre contre le terrorisme' et qu'il méritait d'être révisé. Une éminente internationaliste fait valoir que les Conventions de Genève n'ont pas été négociées pour s'appliquer à de tels conflits. Plus nuancés, des membres du gouvernement canadien ont affirmé, devant la Chambre des communes, que « ces conventions ont été écrites à une époque antérieure et qu'elles ne s'appliquaient pas si facilement aux conditions actuelles »¹⁶.

Même des dirigeants du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), qui est pourtant le gardien des Conventions de Genève, avancent que celles-ci « ne sont pas des tables de la loi faites pour l'éternité. [...] Avec Al-Qaeda, nous sommes en train d'entrer dans une zone grise du droit international humanitaire. Le droit devra s'ajuster à cette évolution de la nature de la guerre »¹⁷.

Nous sommes donc confrontés à un problème d'interprétation du droit existant (de *lege lata*) et à la question de savoir si ce droit doit être modifié et dans quel sens il doit l'être (question relevant de *lege ferenda*).

b) Des conflits transnationaux

L'autre mutation importante, envisagée ici, est celle des conflits transnationaux dans le cadre de la guerre globale contre le terrorisme, se déroulant sur le territoire de plusieurs États, comprenant des groupes non-étatiques. Premièrement, s'agit-il d'une guerre et donc, possiblement, d'un conflit armé entraînant l'application du droit humanitaire?

« Certains ne circonscrivent pas cette problématique à la seule lutte contre le terrorisme mais également à la guerre contre la drogue »¹⁸.

Qui plus est, est-ce que ces groupes atteignent le seuil d'organisation nécessaire? Quelle est l'étendue des règles applicables? « Si le droit humanitaire peut éventuellement

15 *Sassòli*, note 13, p.48.

16 Art Eggleton, ministre de la défense, et Bill Graham, ministre des affaires étrangères, « Ottawa proposes detainee deal » disponible sur, <http://www.nationalpost.com>, consulté le 22 juillet 2025.

17 *Pierre Hazan*, « Le droit humanitaire doit s'adapter », *Journal Libération*, disponible dans <http://ww.ww.libération.fr>, consulté le 17 juillet 2025.

18 *D. M. Luna*, « Narco-Trafficking : What Is the Nexus With the War on Terror? », U.S. Department of State Archive, 8 octobre 2008.

s'appliquer à certaines situations, n'est-ce pas pour autant un 'faux remède' »¹⁹ face à la pratique des États et, dès lors, être un cadre inadéquat?

II. De nouveaux acteurs et nouveaux moyens

Alors que les guerres étaient l'apanage des Puissances, à savoir les États, les acteurs de violence intervenant dans les conflits armés se sont multipliés. Dès lors, les conflits sont composés d'acteurs à la nature diverse qui complexifient leur schéma de lecture.

Si le droit humanitaire s'est déjà adapté, s'étendant aux groupes insurgés ou à ceux de libération nationale, il se retrouve confronté à ceux n'ayant pas été pris en compte par ses conventions. Toutefois, cela ne veut pas dire que le droit des conflits armés ne leur est pas adaptable, au contraire, en ce que celui-ci est pragmatique et à vocation à s'appliquer à toutes parties au conflit.

1. Des nouveaux acteurs

a) Des organisations internationales

Le premier type d'acteurs envisagé, ici, est celui composé par les organisations internationales. En effet, la création d'organisations à vocation politique et capables d'user de la violence met en cause le champ d'application rationae personae primaire du jus in bello, d'autant plus que ces organisations obéissent à des règles spécifiques. Toutefois, en tant que sujet de droit, elles ne peuvent se soustraire à son emprise et le droit international humanitaire leur est adaptable en fonction des réalités de leurs interventions.

« Les mandats des organisations internationales, comme celles des forces déployées par l'ONU ou encore par l'UE et l'UA, se sont élargis et diversifiés, les opérations de maintien de la paix et d'administration des territoires s'étant multipliées »²⁰. « Qui plus est, la distinction entre les opérations de maintien de la paix et celles d'imposition de la paix s'estompe, ces premières ont fréquemment recours à la force armée »²¹. « Est-ce que le droit humanitaire s'applique aux organisations internationales et quand, le cas échéant, comment? Les règles du jus in bello ont été édifiées pour les États, dès lors elles doivent être matériellement applicables à ces organisations »²².

D'après l'avis des Réparations de la CIJ de 1949, « l'ONU, et plus généralement les organisations internationales, sont des sujets dérivés du droit international qui disposent

19 Yves Sandoz, « Terrorisme et droit international humanitaire : certitudes et questions dans la pertinence du Droit international humanitaire pour les acteurs non-étatiques Revue internationale de la Croix-Rouge et Collège d'Europe, no. 27, 2003, p. 69.

20 Aspremont et Hemptinne, note 12, p. 155.

21 Anne Ryniker, « Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies. Quelques commentaires à propos de la Circulaire du Secrétaire général des Nations Unies », Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 81, no. 836, 1999, p. 795.

22 Aspremont et Hemptinne, note 12, p. 158.

d'une personnalité juridique distincte des États qui la composent²³. Or, l'ONU n'est pas partie aux instruments du droit humanitaire. Toutefois, celui-ci lui est applicable en ce que la CIJ, dans son avis consultatif de 1980 sur l'Accord entre l'OMS et l'Égypte, est venue confirmer le fait que le droit international coutumier se doit d'être respecté par les organisations internationales »²⁴.

« Pour autant, la coutume n'est pas toujours matériellement applicable à ces nouveaux acteurs qui ne bénéficient pas, sous réserve, des attributs de puissance publique nécessaires à la réalisation de certaines obligations coutumières »²⁵ motivant R. Kolb à réaliser « une taxinomie sur les règles applicables sans modification, avec modification et inapplicables en l'état aux organisations internationales »²⁶.

Avant cet avis, la question de l'application du droit humanitaire s'était posée dès la première opération de maintien de la paix des Nations Unies avec la FUNU en Égypte en 1956. Par un engagement unilatéral, le Secrétaire général avait répondu que les forces se devaient de respecter 'l'esprit et les principes' des conventions applicables. « Cette pratique s'est renouvelée lors de la mise en place d'autres opérations de ce type »²⁷. Or, « un acte juridique unilatéral constitue une source de droit dans l'ordre juridique international »²⁸, liant donc son auteur.

Toutefois, « ces engagements ad hoc n'indiquaient pas si les forces en présence devaient respecter le droit conventionnel ou le droit coutumier. La signature de clauses spécifiques, à l'exemple de celle insérée dans l'accord du 23 mai 1991 avec l'Irak, vient préciser que les troupes engagées doivent respecter « l'esprit et les principes » des quatre Conventions de Genève, leurs Protocoles additionnels de 1977 ainsi que de la Convention de l'UNESCO du 14 mai 1954 sur les biens culturels »²⁹. Par conséquent, « cette précision ne permet pas de savoir dans quelles modalités celui-ci s'applique matériellement à celles-ci »³⁰.

Finalement, la circulaire du Secrétaire général du 6 août 1999 précise alors que « les forces des Nations Unies participant à un conflit doivent respecter les « principes et les règles fondamentaux » du droit humanitaire »³¹. Si la circulaire ne précise pas si le droit à respecter est conventionnel ou coutumier, elle énonce certaines obligations et son champ

23 CIJ, Réparation des dommages subis aux services des Nations Unies, avis consultatif, 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 178.

24 CIJ, Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte, avis consultatif, 20 décembre 1980, Rec. 1980, § 37.

25 *Aspremont et Hemptinne*, note 12, p. 165.

26 Robert Kolb, « Droit humanitaire et opérations de paix internationales », Helbing & Lichtenhahn, 2ème éd., 2006, p. 84.

27 *Aspremont et Hemptinne*, note 12, p. 159.

28 CIJ, Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt du 20 décembre 1974, Rec. 1974, § 43.

29 Résolution 46/185 de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 23 mai 1991.

30 *Aspremont et Hemptinne*, note 12, p. 158.

31 Secrétaire général des Nations Unies, Circulaire ST/SGB/1999/13 adoptée le 6 août 1999.

d'applicabilité est conditionné à la participation des forces aux hostilités, par l'utilisation de moyens coercitifs et non par son mandat. Elle permet donc d'indiquer quand est-ce que les forces sont concernées par le droit humanitaire ainsi que donner une liste d'obligations permettant d'entrevoir l'étendue des règles qui leur sont applicables.

Ainsi, au vu de l'article 1 de la circulaire, « les forces des opérations sont considérées comme des combattants quand elles participent aux hostilités et civils à défaut de cette situation, ce qui pour le CICR est une règle coutumière »³² confirmée indirectement par les Statuts de la CPI et du TSSL puisque ces juridictions sont compétentes à l'égard des crimes commis contre le personnel des forces de maintien de la paix lorsqu'elles jouissent du statut de civils.

En effet, « les forces des opérations de maintien de la paix bénéficient d'une protection particulière par la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1994 lorsqu'elles interviennent en soutien d'une opération mais n'en bénéficient pas lorsqu'elles interviennent de manière coercitive décidée dans le cadre du Chapitre VII »³³. Toutefois, elle n'exclut pas l'application simultanée du droit humanitaire dans son article 20 en ce que ces forces doivent bénéficier de la protection offerte par celui-ci : celle des civils. Par conséquent, ces forces voient leur statut différer en fonction de leurs actions.

b) Des acteurs privés

Le second type concerne les acteurs privés engagés par un État. « De tout temps, les conflits armés engagent une série d'acteurs remplissant de multiples tâches de soutien aux forces armées des parties. Le droit humanitaire s'est adapté en les qualifiant de civils car ils accompagnent les forces d'un État mais ne participent pas aux hostilités, à leur côté »³⁴. Toutefois, « les acteurs privés se sont multipliés face à l'ouverture d'un large marché intervenant aussi bien pendant les conflits qu'après »³⁵.

A la lumière de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les conflits armés ne sont plus seulement interétatiques mais comprennent une multitude d'acteurs aux natures diverses : organisations internationales, organisations paraétatiques, groupes rebelles, milices locales sous la direction de chefs de guerre, organisations paramilitaires, réseaux criminels et terroristes, pour donner une liste non-exhaustive.

32 J.M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, « Droit international humanitaire coutumier », Bruxelles 2006, p. 151.

33 Convention des Nations Unies du 9 décembre 1994 sur la sécurisation du personnel des Nations Unies, articles 1 et 2.

34 Convention IV de La Haye, Article 13; Convention de Genève III de 1949, Article 4(a)(1),(2), (3) et 6); Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, Article 50.

35 D. Stewart, « When does International Humanitarian Law apply to Multinational Forces? », Conflits Armés, Parties aux Conflits Armés et DIH : les Catégories Juridiques face aux Réalités Contemporaines, CICR et Collège d'Europe, 2010, p. 104.

La demande croissante en services militaires a contribué à offrir un large marché pour les entreprises privées dont le but est le profit. Les missions de ces sociétés varient du soutien logistique jusqu'à la sécurisation de prisonniers ou de zones avec l'utilisation de la force coercitive. Ce dernier type de missions les fait entrer dans les conflits armés en tant qu'acteurs et parties. Dès lors, est-ce que le jus in bello est applicable à de tels acteurs et dans quelles situations? Le droit international humanitaire a vocation à s'appliquer universellement dans les conflits. Quel statut doit les administrer? L'un des principes cardinaux du jus in bello est celui de la distinction entre les combattants et les civils et hors de combat. Qui plus est, quelles règles de responsabilité leur appliquer ainsi qu'aux États les contractant?

Comme il a été relevé ci-haut, la demande croissante en services militaires a contribué à offrir un large marché pour les entreprises privées dont le but est le profit. Ces compagnies achètent du matériel militaire et emploient des individus. « Le Washington Post décompte plus de 100,000 contractuels de ces sociétés en Irak en 2006 »³⁶. Pour l'ONG américaine Human Rights First, « en 2008 ils se comptent à 200,000 »³⁷. Or, ces sociétés interviennent dans les conflits armés. Pour autant, il faut distinguer les différents types de contractuels. « Ce sont ceux ayant à disposition une arme ou, qui, dans leurs activités usent de la force qui vont mettre au défi le droit humanitaire en s'impliquant dans la conduite des hostilités. Par exemple, la société privée Military Professional Resources Inc. a assisté le gouvernement croate permettant à celui-ci de s'emparer des territoires de la République serbe de Krajina, prise entraînant des nettoyages ethniques. Si la société nie son implication directe dans l'opération, cette dernière n'aurait pas pu avoir lieu sans l'assistance de la société privée »³⁸. Qui plus est, « les contractuels peuvent être à charge de s'occuper des combattants capturés. Or, les prisonniers de guerre de la prison d'Abu Ghraib en Irak ont été torturés, pour autant aucun contractuel des sociétés privées n'a été tenu pour responsable »³⁹.

La privatisation de la guerre met le droit humanitaire face au défi de qualifier ces nouveaux acteurs. Les contractuels, sans être assimilables à des forces armées régulières, ne sont pas pour autant des civils car ils peuvent user de la coercition, soit par les armes soit par les techniques d'interrogation. Toutefois, le droit humanitaire leur est adaptable, par le principe de distinction notamment, afin de leur donner un statut et d'envisager les obligations des États, premiers tributaires du respect du droit humanitaire.

En effet, au titre de l'article 1 et 3 de la Convention IV de La Haye, le droit humanitaire s'applique aux personnes faisant partie des forces armées d'un État qui s'entend également comme comprenant les milices ou les corps de volontaires. L'article 43 du Protocole

36 R. Merle, « Census Counts 100,000 Contractors in Iraq », Washington Post, 5 décembre 2006.

37 Human Rights First, « Blueprint for the Next President Provides Step-by-Step Guide to End Private Contractor Impunity », 17 novembre 2008.

38 Thürer, note 7, p. 206.

39 Thürer, note 7 p. 226.

additionnel I définit les forces armées comme des unités organisées sous le commandement d'une Partie qui est responsable de sa conduite. Dès lors, pour considérer que les contractants sont des combattants, il est nécessaire de les assimiler à des forces armées ou à des milices si ce n'est à des corps volontaires. Or, les contractants s'engagent librement à se rendre sur les théâtres des hostilités et en connaissance de cause à devoir exercer la coercition durant leurs activités. Pour autant, afin d'être assimilable à des forces armées, il est nécessaire de s'intéresser à leur degré d'organisation.

« Dans le cas où les contractants sont incorporés dans les forces régulières de manière officielle ou de facto, l'État qui les emploie est responsable de leur comportement au titre des Articles de la CDI sur la responsabilité étatique. Or, un État qui emploie du personnel de sociétés privées a toujours des obligations vis-à-vis de ce personnel et ce, même, lorsque ce dernier n'est pas assimilable à un organe de fait. En effet, dans l'affaire du Génocide bosnien, si la CIJ n'arrive pas à la conclusion que la Serbie a engagé sa responsabilité en l'absence d'un lien suffisant avec les groupes en cause, ce n'est pas pour autant qu'elle a respecté ses obligations, au contraire elle a violé celle de prévenir le comportement en question »⁴⁰.

La privatisation de la guerre n'entraîne pas une remise en cause du droit humanitaire. Celui-ci est adaptable aux acteurs privés, ayant déjà dans ses instruments conventionnels des moyens pour encadrer ces réalités. En effet, le *jus in bello* vient encadrer le comportement des contractants et vient, également, imposer des obligations aux États vis-à-vis du personnel engagé. Le principal problème relève plutôt du droit de la responsabilité étatique. Dans un objectif de meilleure lisibilité et de prévention, le CICR et le gouvernement suisse ont lancé l'initiative d'un code de bonnes pratiques à destination des États et des sociétés privées qui a abouti en 2008 : le Document de Montreux.

Le droit humanitaire fonde ses obligations sur les États. Ils sont les premiers tributaires de son respect. Cette logique s'applique pour les acteurs qu'ils engagent sur les théâtres des conflits armés mais également des armes et méthodes qu'ils utilisent. Or, le potentiel destructeur des armements ne fait que progresser et le droit reste en constant retard alors que la mutation des conflits et ces nouveaux acteurs engendrent un changement dans les méthodes de combat. Toutefois, le *jus in bello*, à vocation universelle, dispose de moyens d'adaptabilité face à ces changements continus pour les encadrer de manière adéquate.

2. Des nouveaux moyens

L'évolution des acteurs et des conflits armés entraîne un changement des méthodes et moyens de guerre, également lié aux évolutions technologiques. « Si l'asymétrie n'est pas un phénomène nouveau, la technologie l'accroît et renforce les disparités de pouvoir, de

40 CIJ, « Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) », arrêt, 26 février 2007, Rec. 2007, p. 226.

moyens, de méthodes et d'organisation »⁴¹ et entraîne la question de sa licéité face au droit humanitaire.

a) La guerre asymétrique et l'usage des drones

L'impact de la guerre asymétrique sur l'application du DIH commence à peine à être étudié. Les conflits armés contemporains sont définis par l'asymétrie. Si elle n'est pas un phénomène nouveau, la technologie l'accentue et renforce les disparités de pouvoir, de moyens, de méthodes et d'organisation. L'asymétrie défie les États et les met en difficulté pour la réponse à apporter aux ennemis faibles. « Alors que le droit humanitaire met en balance les intérêts militaires et la protection des populations civiles, où le principe de réciprocité entre belligérants est crucial »⁴², l'évolution technologique et l'asymétrie le mettent au défi d'autant plus qu'elle offre des situations dans lesquelles les forces irrégulières sont souvent obligées de pouvoir se fondre dans la population civile pour espérer gagner la lutte qu'elles mènent.

« Les drones armés sont devenus des armes incontournables dans la lutte contre le terrorisme, ils engendrent des effets sur les conceptions stratégiques, psychologiques pour utilisateurs et victimes et remettent en question les catégories juridiques appelées à les encadrer »⁴³.

En effet, en plus de la qualification d'un conflit, quelles sont les règles régissant la conduite de ces utilisateurs à distance de drones? Qui plus est, comment les principes du droit humanitaire s'adaptent t'ils à la pratique du Targeted Killing? Si l'évolution technologique semble être positive pour le respect de certains principes, l'utilisation de ces nouveaux moyens est-elle tout le temps possible? Cette question est d'autant plus pertinente que les parties adverses y répondent par d'autres moyens asymétriques, par exemple, en se mêlant aux populations civiles.

b) Du recours à l'intelligence artificielle et aux cyberattaques

« L'avancée du développement de l'intelligence artificielle et l'inversement de la dépendance machine-homme ainsi que l'automatisation des systèmes létaux posent un problème légal de taille au droit humanitaire qui cherche à réduire les souffrances et promouvoir l'humanisation de la guerre »⁴⁴.

41 T. Pfanner, « Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87, no. 857, 2005, pp. 149–151.

42 W.M. Reisman, « Aftershocks : Reflections on the implications of September 11 », *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 6, 2003, p. 97.

43 R. Lucas, « Les drones armés au regard du droit international », Paris 2016, p. 5.

44 D. Saxon, « International Humanitarian Law and the Changing Technology of War », Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, p. 2.

Les questions relatives à la cybersécurité sont devenues importantes pour tous les acteurs étatiques. Un exemple en est donné par des rapports, début 2011, indiquant que « la Chine avait infiltré le système de communication du Foreign and Commonwealth Office, ou qu'un double frauduleux du site officiel du ministère des Affaires étrangères français diffusait de faux communiqués officiels. De la même manière, en 2015, le ministère des Affaires étrangères danois a subi une cyberattaque (qui aurait été réalisée par un gouvernement du Moyen-Orient) via l'installation d'un programme malveillant sur un ordinateur d'une ambassade. À cet égard, les accusations d'interférences russes dans la campagne présidentielle américaine n'ont fait qu'augmenter les préoccupations pour la cybersécurité »⁴⁵.

Face à ce problème, non-exhaustif, est-ce que le droit international humanitaire peut s'adapter pour encadrer ces armements sans pour autant contredire ses principes? La question se retourne : est-ce véritablement au droit humanitaire de s'adapter aux évolutions technologiques, d'autant plus que les États, lors de l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, moyen ou méthode, ont « l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances »⁴⁶?

B. Arguments en faveur de la réforme du DIH face à l'évolution des moyens et méthodes de guerre

En tant que « mode de régulation juridique interétatique, reposant sur des traités, des coutumes, des principes généraux de droit, au contenu indéterminé, établissant les droits et les obligations de ses destinataires »⁴⁷ qui sont « non seulement des États ou autres organismes analogues, doués de semblables droits et devoirs mais aussi des individus »⁴⁸, le droit international public doit répondre aux besoins changeants de la société internationale. Il s'agit, comme le remarque A. Pellet, « d'un sujet d'une actualité éternelle : comment le droit international répond au besoin de droit et comment il adapte les règles existantes devenues obsolètes ou inadaptées »⁴⁹?

Les parties contractantes accédant de la déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 s'étaient déjà convenues de se réserver de s'entendre ultérieurement, toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée à l'avenir en vue des perfectionnements que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes, afin de maintenir les principes posés et surtout de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité.

45 *Brian Hocking*, « De la communication à la diplomatie publique et digitale », in Thierry Balzacq, Frédéric Charillon, Frédéric Ramel (éd.), *Manuel de diplomatie*, Paris 2018, p. 132.

46 Article 36 du Protocole additionnel II de 1977 aux Conventions de Genève de 1949.

47 Serge Sur, « La créativité du droit international », *Recueil des cours de l'Académie du Droit International*, vol. 363, Haye 2013, p. 75.

48 *H. Accioly*, « Traité de droit international public », Paris 1940, p. 2.

49 *Alain Pellet*, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *Recueil des cours de l'Académie du Droit International*, vol. 329, Haye 2007, p. 17.

Dans cette même optique, le PA I reconnaît explicitement les limites du DIH de s'appliquer aux nouvelles armes et à tous les nouveaux moyens et méthodes de guerre : « dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante⁵⁰ ».

Une obligation a même été faite, de par l'article 82 du PA I, aux conseillers juridiques d'être disponibles en tout temps pour conseiller les commandants militaires en matière de DIH.

Dans la pratique, le droit international humanitaire s'adapte en suivant la théorie traditionnelle des sources du droit international public, c'est-à-dire, par le moyen conventionnel, par la coutume et les principes généraux de droit, mais aussi, par l'application judiciaire de ses principes.

1. Les moyens de réforme

1. Par voie conventionnelle et des principes généraux de droit

a) Par voie conventionnelle

Face à des multiples réactions aux horreurs des différentes guerres, des conventions du droit humanitaire s'adaptent. Ainsi, à la suite de la Première guerre mondiale, la Convention de Genève a été révisée en 1929. Il en est de même de l'adoption des quatre conventions de 1949 qui répond à la Seconde guerre et des Protocoles additionnels qui sont des réponses aux guerres de libération nationale et à la multiplication des guerres civiles, ou conflits armés non internationaux. Comme on peut bien le voir, l'adoption de traités codificateurs est le premier moyen d'adaptation du droit humanitaire mais cela est appelé à répondre à la logique volontariste du système international.

b) Des principes généraux de droit

Il sied de redire que le droit humanitaire est lié aux événements, qui s'adapte en réaction de ceux-ci, il est pour ainsi dire un droit vivant; son adaptabilité nouveaux moyens et méthodes de guerre et à de nouvelles situations n'étant pas limitée à la volonté des États de les encadrer spécifiquement. En effet, comme le remarque MEURANT, « il bénéficie de la souplesse de ses principes cardinaux : ses principes ne sont pas juste lyriques mais sont supérieurs au droit écrit »⁵¹. « Ils permettent de l'adapter aux nouveaux événements et aux

50 Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, Article 36.

51 J. Meurant, « Inter Arma Caritas : Evolution and Nature of International Humanitarian Law », *Journal of Peace Research*, vol. 24, no. 3, 1987, p. 239.

nouveaux moyens et méthodes de guerre servent souvent de guides à son application. Au nombre desdits principes, on peut retenir ceux de la protection des populations civiles »⁵² et l'encadrement de la conduite des hostilités par le principe de distinction, de la proportionnalité, de la nécessité, ainsi que de la protection et de la prise en compte de considérations élémentaires d'humanité issues de la Clause dite Martens.

2. Par voie coutumière et jurisprudentielle

a) La coutume

La valeur coutumière de ces principes garantit l'application du droit humanitaire à de nouvelles situations et formes de violences dans le souci de son adaptabilité à celles-ci. En effet, « le caractère coutumier d'une norme influe sur l'existence et la portée des obligations du débiteur de celle-ci, obligeant, d'autant plus, tous les sujets de droit international sauf cas d'objecteur persistant en tant que commandement du droit international⁵³.

En outre, « le caractère coutumier d'une règle est d'autant plus crucial qu'elle influe sur l'étendue de la compétence des juridictions internationales. Or, à propos du développement du droit, l'application judiciaire est souvent considérée comme plus importante que le corpus écrit en ce qu'elle lui donne ses applications pratiques, ce pourquoi A. Pellet les soutient qu'ils sont les « adapteurs » du droit international les plus efficaces⁵⁴.

b) Par la Jurisprudence

La jurisprudence et des avis de la Cour internationale de justice sont d'un apport bénéfique en droit international humanitaire. « Les décisions de la CIJ sont considérées comme la formulation du contenu du droit international en vigueur permettent d'explicitier le droit humanitaire, son articulation au sein du droit international, la portée de certaines de ses obligations dans le système, ses interactions avec d'autres branches du droit mais également les moyens de l'adapter à de nouvelles situations, notamment par l'interprétation et l'analogie, en citant la Clause de Martens »⁵⁵. Ces mécanismes sont souvent utilisés par les juridictions pénales internationales pour répondre aux lacunes et au manque de définitions précises des normes du droit humanitaire.

52 CII, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », avis consultatif, 9 juillet 2004, Rec. 2004, § 162.

53 P. Guggenheim, « Contribution à l'Histoire des Sources du Droit des Gens », RCADI, vol. 94, 1958, p. 46.

54 Pellet, note 50, p. 21.

55 CII, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec. 1996, § 87.

II. Enjeux politiques et juridiques de la réforme

1. La résistance des grandes puissances à l'encadrement juridique de leurs capacités

« Les Etats étant à l'origine du droit international humanitaire se doivent non seulement de le protéger, mais aussi de le promouvoir »⁵⁶. Comme le soutient la Cour Internationale de Justice, « une telle obligation ne découle pas des conventions elles-mêmes mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète »⁵⁷. Et dans la plupart des cas, la violation des règles du DIH est l'œuvre des Etats puissants.

Il sied ici de reprendre les propos du britannique Churchill qui aurait confié à Paul Reynaud, le 16 mai 1946 ce qui suit : « Nous affamerons l'Allemagne, nous démolirons ses villes. Nous brûlerons ses récoltes et ses forêts.⁵⁸ »

Dans son occupation de l'Irak (2003), les USA sont arrivés au point d'arrêter, de détenir, d'assassiner le chef de l'Etat du pays agressé, le 30 décembre 2006. Et que dire de la Russie qui s'est permis d'envahir l'Ukraine, un Etat souverain au cœur de l'Europe?

Dans un tel contexte, les Etats puissants qui sont à l'origine des armes puissantes de dernière génération et qui alimentent la quasi-totalité des conflits armés à travers le monde, ne sont pas disposés à militer pour la mise sur pied des règles plus adaptées à la mutation des conflits.

2. Rôle des ONG et des universitaires dans le plaidoyer normatif pour la réforme du DIH

a) Rôle des ONG dans le plaidoyer du DIH

- Surveillance et dénonciation : des nombreuses ONG se consacrent à protéger les règles du DIH et à dénoncer ses violateurs. Ces ONG jouent un rôle important dans la documentation de ces violations et alertent la communauté internationale. Elles surveillent les actions des parties impliquées au conflit et les poussent à agir selon les principes fondateurs du droit humanitaire;
- Mobilisation de l'opinion publique : acteurs importants de la société internationale, les ONG sensibilisent les citoyens et les médias pour faire pression sur les Etats et les institutions internationales;
- Participation aux négociations et innovation normative : spécialisées sur des questions humanitaires, certaines ONG sont consultées lors de conférences diplomatiques ou de révision de traités en apportant une expertise de terrain. Elles proposent des réformes concrètes.

⁵⁶ Article 1 commun aux 4 Conventions de Genève de 1949.

⁵⁷ CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua C Etats Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, p. 114.

⁵⁸ R. Garaudy, « Les mythes fondateurs de la politique israélienne », samzdat, 1996, p. 99.

b) Rôle des universitaires dans le plaidoyer du DIH

- Production des savoirs critiques : en doctrinaires avérés, les chercheurs analysent les lacunes du DIH et proposent des pistes de reformes fondées sur des études empiriques et théoriques.
- Formation des acteurs : les universitaires forment des juristes, diplomates, militaires et humanitaires aux principes du DIH.
- Participation aux débats normatifs : ils interviennent dans des colloques, publications et consultations internationales pour influencer l'évolution du droit.

Conclusion

De ce qui précède, il y a lieu de retenir qu'au fil du temps, le droit international humanitaire a largement contribué à sauver de multiples vies, à protéger l'intégrité, la santé et la dignité humaines et à faire prendre conscience des principes fondamentaux sur lesquels repose la société internationale.

Le présent travail a tenté de mettre en lumière certains défis à ce droit posés par les conflits armés modernes. De manière globale, le tableau général qui se présente est celui d'un dispositif juridique solidement établi et mûr dont les aphorismes continueront à servir leur but initial, qui est celui d'atténuer les souffrances causées par la guerre en régulant la conduite des hostilités, pour peu qu'ils soient appliqués de bonne foi et avec la volonté politique requise.

Chantier bâti et conçu pour trouver un équilibre entre nécessité militaire et l'humanité, deux considérations diamétralement opposées, les principes et règles de base du droit international humanitaire continuent, de manière globale, à répondre adéquatement à l'environnement actuel des conflits. Le DIH a fait la preuve de sa flexibilité dans le passé et continuera à évoluer en tenant compte des nouvelles réalités de la guerre.

Corpus juridique au cœur d'une actualité renouvelée, le droit international humanitaire s'adapte aux évolutions sur la scène internationale. Toutefois, un questionnement sur la faculté, pour le DIH, de s'adapter aux besoins de la société internationale afin de refléter ses réalités, prend une certaine importance d'autant plus que cette discipline est érigée sur le non-respect de la règle de l'interdiction de l'usage de la force armée.

Considéré par certains comme un droit dépassé par les événements, le DIH est pourtant un droit de la réaction construit face aux horreurs de la guerre; il est en réalité un « compromis raisonnable entre les expériences réalisées et les perspectives d'avenir prudemment appréciées »⁵⁹. Dernier rempart face à la barbarie, cette discipline a pour vocation d'assurer cette ultime protection à toutes personnes concernées par les souffrances des guerres.

Seulement, ce droit doit continuer à s'adapter aux évolutions des conflits armés et de leurs composants. Il doit rester constant dans le but d'apporter une certaine clarté

59 J. Pictet, « La formation du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 846, 2002, p. 331.

aux situations car l'adaptabilité du DIH lui permet d'encadrer les évolutions des conflits contemporains, aussi bien dans leur physionomie que pour ses acteurs et les moyens et méthodes employés.

« Si la théorie des sources du droit, comme moyens d'adaptation paraît lente face aux évolutions vertigineuses dans la société internationale, le droit international et, a fortiori, le droit humanitaire connaît l'intervention d'adapteurs efficaces et rapides, comme les juges et organisations internationaux, face aux blocages »⁶⁰. Le rôle que devra jouer la jurisprudence apparaît incontournable car considérée par S. Darcy comme le « zénith du développement judiciaire du droit international humanitaire »⁶¹.

Il en ressort que si le DIH dispose de certaines facultés d'adaptations aux changements, il reste inadéquat à venir régir un nouveau pan de défis. En plus du terrorisme déjà évoqué, il y a lieu de mentionner le cyberspace et sa virtualité. S'il n'existe pas de vide juridique dans ce nouveau domaine, pour autant, l'analogie ne rend pas adéquate les différentes branches du droit international à refléter les réalités du cyberspace, notamment le droit humanitaire qui se contredit par cette méthode d'interprétation en ce qu'il ne permet pas d'encadrer des opérations qui affectent grandement les populations civiles. Pour autant, la pratique démontre un usage prudent des cyberopérations dans leur potentiel dommageable.

« Face au défi de son respect et de sa bonne application, se heurtent la non-connaissance des règles et les lacunes des mécanismes chargés de le faire respecter. Sur ce-dernier point, il n'est pas nécessaire d'en créer de nouveaux, hypothèse qui fragmenterait son application, mais d'adapter non pas ses règles mais ses mécanismes »⁶².

En d'autres termes, tout le paradoxe du droit humanitaire réside au niveau de ses mécanismes de respect jugés lacunaires et laissés à la volonté des États quoi qu'une partie de sa répression a dû attendre l'émergence de la justice pénale internationale pour prendre corps.

Toutefois, à la suite de la Cour Internationale de Justice, nous estimons que « le droit des conflits armés s'applique à toutes les formes de guerre et à toutes les armes, celles du passé, comme celles du présent et de l'avenir »⁶³. Les États étant à l'origine de cette discipline se doivent non seulement de le protéger, mais aussi de le promouvoir. Comme le soutient la Cour Internationale de Justice, « une telle obligation ne découle pas des conventions elles-mêmes mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète »⁶⁴.

Ils se doivent normalement repenser les sortes des mesures à prendre afin de disposer réellement des normes respectueuses des droits humains en période des conflits armés.

60 PELLET, note 50, p. 21.

61 S. Darcy, Judges, "Law and War : The Judicial Development of International Humanitarian Law", Cambridge, 2014, p. 55.

62 CICR, note 6, p. 74.

63 CIJ, note 55, p. 96.

64 CIJ, note 57. P. 114.

Ces normes doivent également tenir compte de la nouvelle donne des conflits, dits non conventionnels, qui mettent en mal l'application des normes existantes.

De la neutralisation des FDLR à l'Est de la RDC au regard de l'accord de paix du 27 juin 2025 : défis et perspectives.

Degaule Mayungu Matondo*

Résumé

La RDC et le Rwanda entretiennent des relations tendues depuis presque trois décennies qui ont provoqué des accusations mutuelles à la suite des actions des groupes armés dans l'Est de la RDC. Au regard de l'accord de paix signé entre les deux pays le 27 juin 2025, les parties conviennent de mettre en œuvre le Plan harmonisé de neutralisation des Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (FDLR) et de désengagement des forces/levée des mesures défensives du Rwanda (CONOPS) du 31 octobre 2024. Différentes stratégies de désarmement, de rapatriement et de réintégration des membres des FDLR ont été mises en œuvre avec des résultats mitigés, les efforts pour résoudre les conflits armés et stabiliser la région sont entravés par la complexité des enjeux liés aux FDLR. La communauté internationale continue de rechercher des solutions pour désarmer les FDLR et stabiliser la région car les FDLR sont bien plus qu'un simple groupe armé; elles représentent un enjeu complexe qui touche à la stabilité régionale, aux droits humains et aux relations bilatérales entre les pays des Grands Lacs.

Cette situation nécessite une approche internationale coordonnée et constitue un grand défi à relever pour le gouvernement car par la nature complexe de ce groupe armé (FDLR), une stratégie efficace doit combiner des actions militaires, des efforts de diplomatie, des programmes de désarmement, démobilisation et réinsertion (DDR) et des initiatives pour lutter contre l'impunité. Cette diversité rend difficile l'application d'une stratégie unique.

Mots clés : RD Congo, Rwanda, conflits armés, FDLR, Accord de paix

Introduction

Les FDLR sont considérées comme une menace pour la stabilité de la région des Grands Lacs, en particulier pour le Rwanda et la RDC. Le groupe est accusé de violations graves des droits humains, notamment de meurtres, de viols et de déplacements forcés, particulièrement contre les femmes et les enfants. Les FDLR sont au cœur des tensions entre le Rwanda et la RDC, chaque pays accusant l'autre de les soutenir ou de les tolérer. Les Nations Unies ont suivi de près les activités de ce groupe armé et ont imposé des sanctions à certains de leurs membres.

* Docteur en Relations Internationales (Université de Kinshasa, UNIKIN), Spécialiste des questions géopolitiques et géostratégiques, Professeur Associé à l'Université de Kikwit et à l'Université Catholique du Congo.

Les FDLR entretiennent des liens avec d'autres groupes armés actifs en RDC, ce qui complique davantage la situation sécuritaire. Par conséquent, leur présence contribue à l'instabilité persistante dans l'est de la RDC, avec des conséquences humanitaires désastreuses.

Le plan harmonisé pour la neutralisation de ce groupe et le désengagement des Forces/ Levée des Mesures Défensives du Rwanda (Plan Harmonisé) a fait objet de la réunion du 12 octobre 2024 et a chargé la Facilitation de préparer un Concept d'opérations (CONOPS) sur la neutralisation des FDLR et la revue des mesures défensives du Rwanda, en tenant compte des préoccupations soulevées par toutes les parties. Le CONOPS devait être examiné par les experts du renseignement lors de leur réunion du 30–31 octobre 2024, avant une autre Réunion Ministérielle pour examiner le rapport des experts. Le plan proposé décrit une séquence d'activités à entreprendre par les Forces armées de la RDC (FARDC) et Rwanda Defence Force (RDF) respectivement pour la neutralisation des FDLR et la revue des mesures défensives du Rwanda. Il met l'accent sur une coordination étroite entre les deux armées nationales respectives avec le soutien du Mécanisme de vérification ad hoc dirigé par l'Angola pour mener à bien la mission.¹

A cet effet, l'Union Africaine a mandaté le Président de la République d'Angola, Son Excellence Joao Manuel Gonçalves Lourenço, le Champion de l'UA pour la paix et la réconciliation en Afrique, pour faciliter le dialogue entre la RDC et le Rwanda, jouant un rôle important dans la désescalade des tensions à l'est de la RDC. Dans ce contexte, une série de réunions ministérielles réunissant les ministres des Affaires étrangères de la RDC et du Rwanda sous la facilitation de leur homologue angolais se sont déroulées à Luanda depuis le 21 mars 2024. La dernière et cinquième réunion a eu lieu le 12 octobre 2024, pour examiner le plan harmonisé de neutralisation des FDLR et désengagement des Forces et la revue des mesures défensives du Rwanda adoptées par les experts du renseignement des trois pays à Rubavu, les 29 et 30 août 2024.

Il sera ainsi question dans cet article de réfléchir sur les défis à relever en vue de proposer des perspectives pour la neutralisation des FDLR à l'est de la RDC. Pour ce faire, cet article abordera les trois points suivants : l'aperçu sur les FDLR, le processus de leur neutralisation et les défis à relever.

A. Bref aperçu sur les FDLR

Ayant quitté le Rwanda depuis 1994, ces rebelles hutus rwandais, que les diplomates rangent indistinctement sous l'étiquette d'Interahamwe ou d'ex-FAR, voire sous celle de génocidaires, se sont d'abord organisés en un mouvement nommé ALIR (Alliance pour la libération du Rwanda), qualifiée d'organisation terroriste par le Département d'État américain, allié du Rwanda, et qui visait à lutter par les armes pour rentrer dans leur pays. Leurs tentatives ayant échoué, ils se sont implantés avec leurs dépendants ou intégrés souvent par mariage mais, toujours par la force des armes dans les terroirs du Nord et du

1 Accord de paix entre la RDC et le Rwanda du 27 juin 2025.

Sud-Kivu en adoptant une nouvelle appellation, celle des Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (FDLR).

On ne dispose que d'approximations contradictoires sur le nombre de combattants des FDLR dans les deux Kivu. En 2024–2025, le gouvernement congolais les estime à 130 000 ⁽⁶⁷⁾. Même s'il existe des factions dissidentes au sein de ce groupe armé (RUD-URUNA, CMC-FOCA, Rasta), il paraît évident que les combattants FDLR sont militairement et politiquement bien organisés, ce qui peut être attribué à la vigueur du contrôle social et de l'obéissance au chef qui ont toujours été marquants au Rwanda, et qui sont d'autant plus prégnants que les rebelles rwandais se trouvant en terre étrangère.

Sur le plan politique, une direction, officiellement installée dans le Masisi, regroupe six leaders dont trois résident en Europe et que l'on considère généralement comme écoutés et suivis sur le terrain, bien que les combattants FDLR soient autosuffisants en termes de ressources financières. Depuis 2003, dans la foulée de négociations facilitées par la Communauté Sant'Egidio, une fraction de cette direction a souhaité adopter un ton modéré en s'engageant « à lutter contre toute idéologie de la haine ethnique ».² La « direction militaire » (FOCA), par contre, a davantage trempé dans le génocide. Elle exerce son autorité sur deux divisions militaires disposant d'un armement plus sophistiqué que celui qu'ils avaient amené du Rwanda et d'une base dans chacune des provinces du Kivu, comprenant un « commandant suprême », Sylvestre Mudacumura,³ un adjoint, un chef d'état-major, six lieutenant-colonel chargés de la logistique, de l'administration, de l'entraînement,⁴ etc...

B. Du processus de neutralisation

1. L'accord de PRETORIA du 30 juillet 2002

Porté sur la question de paix et de neutralisation des forces dites génocidaires issues du Rwanda, en date du 30 juillet 2002, les Présidents de la RDC, Joseph KABILA KABANGE et du Rwanda, Paul KAGAME, ont signé à Pretoria un protocole d'accord de paix sur le retrait des troupes rwandaises du territoire congolais et le désarmement des forces négatives des ex-FAR et des milices Interahamwe en RDC. Cet accord postule que la réussite du programme DDRR est le socle de la RDC dans ce sens que ce programme piloté par la MONUC devrait permettre, sur la base d'une approche volontaire de démobiliser toutes les forces génocidaires et de les rapatrier au Rwanda.

Le programme décidé dans les termes de l'accord de Lusaka, traduit l'engagement de la communauté internationale à assurer à travers des appuis financiers et techniques en faveur

2 Il s'agit entre autres de stocks d'armes qui ont été vidées à au moins deux reprises à Nyanzale et Katala au Nord-Kivu et qui étaient souvent le produit d'achats non déclarés des FARDC.

3 Un personnage peu discret et qui n'aime pas l'exposition médiatique à l'inverse de son homologue du CNDP, le général Laurent Nkunda.

4 *Pole Institute*, La conférence de Goma et la question des FDLR au Nord et au Sud-Kivu. État des lieux, Kinshasa, 11 mars 2008, p.15.

de deux gouvernements, les conditions possibles de restaurer la paix. Dans le concret, il s'avère difficile de forcer l'efficacité d'un tel programme sur la base du volontariat. La question essentielle réside dans le fait que les militaires hutus étant convaincus que leur retour peut occasionner des risques d'insécurité pour eux-mêmes non pas uniquement à cause de ce qu'ils ont fait, mais aussi et surtout de ce qu'ils sont, le volontariat devient une appréciation reconnue aux FRDL de rentrer au Rwanda ou de rester en RDC. Ils seront à l'abri de l'insécurité, il ne dit pas non plus qu'en rentrant au Rwanda, ils seront en sécurité. Tout se fonde sur des garanties ou des promesses qui s'effritent dans un climat de suspicion.

En application de cet accord, en octobre et en novembre 2002 des dizaines de Hutu ont quitté le territoire congolais à l'initiative de la République Démocratique du Congo et de la communauté internationale.

Par ailleurs, dans la même ligne de conduite le gouvernement congolais a présenté le 30 octobre 2007, le plan d'action pour régler le problème des ex-FARS. La réponse a été contre la proposition de la part du gouvernement Rwandais.

II. Opération militaire conjointe rwando-congolaise

Baptisée aussi « opération Kimia 1 », cette opération avait pour but de mettre en œuvre l'accord de Nairobi pour désarmer par la force les FDLR à l'Est de la République Démocratique du Congo. Plus de deux mille soldats rwandais et les agents de renseignement de Kigali pour délocaliser les FDLR avaient atterri sur le sol congolais et la détermination de Kinshasa semblait plus grande que l'habitude pour poursuivre les FDLR.

Mais cette opération militaire conjointe n'a pas pu réussir à briser les FDLR dont l'appareil de commandement est resté intact. La délégation du Conseil de Sécurité de l'ONU a effectué une visite en République Démocratique du Congo dans l'objectif justement d'évaluer le succès de l'activité conjointe, précisant dans ce rapport que les FDLR continuent effectivement de contrôler plusieurs sites miniers de cassitérites dans le sud Kivu, lesquels n'avaient pas été identifiés par le groupe d'expert en 2008⁵. Et ces rebelles ont mis la main sur une importante mine située à l'ouest de Lubero d'où ils avouent avoir été chassés lors de l'opération conjointe. C'est ce qui justifie la thèse selon laquelle les pillages des ressources les plus importantes par les FDLR renforcent et financent leur économie et leur armement.

Les combattants FDLR persistent et signent qu'ils sont disposés à rentrer au Rwanda à condition qu'ils y jouent un rôle politique. Ils expliquent que le problème à la base de leur présence en RDC est politique et qu'il ne peut être résolu qu'à travers un dialogue franc et direct entre les différents acteurs rwandais⁶.

5 Rapport de Nations Unies sur l'activité conjointe rwando-congolaise 2008, p. 2.

6 Idem.

III. L'opération « UMOJA WETU »

Le 7 novembre 2008, les présidents Joseph Kabila (RDC) et Paul Kagame (Rwanda) participent côte à côte à un sommet régional exceptionnel à Nairobi, pour discuter des mesures nécessaires et mettre fin à l'instabilité permanente au Kivu. Un mois plus tard, afin de prévenir l'internationalisation et la régionalisation dangereuse d'une nouvelle crise opposant le CNDP aux autorités de Kinshasa depuis la fin du mois d'août 2008, le Rwanda et la RDC prirent la population congolaise et les observateurs étrangers par surprise. Le 5 décembre 2008, le ministre congolais des Affaires étrangères Alexis Thambwe Mwamba et son homologue rwandais Rosemary Museminali annoncent dans un même communiqué le lancement imminent d'une opération militaire conjointe « Umoja Wetu » contre les FDLR et l'ouverture de négociations directes entre le CNDP et le gouvernement de Kinshasa.⁷

IV. Accord secret entre KABILA et KAGAME

Un cycle ininterrompu de rencontres bilatérales entre représentants des gouvernements congolais et rwandais a été lancé à partir de la fin du mois d'octobre 2008, pour trouver un règlement bilatéral à la crise. Un accord secret fut finalisé durant le mois de novembre 2008 entre les deux chefs d'Etat pour simultanément déposer Laurent Nkunda et désarmer les FDLR.⁸ Ce retournement d'alliance spectaculaire correspondait à une double prise de conscience: le président Paul Kagame mesurait le coût politique croissant associé au soutien à Laurent Nkunda; le président Kabila comprenait que répondre au souci rwandais concernant les FDLR lui offrait en retour une opportunité unique de se libérer du problème CNDP, alors qu'il était confronté à l'écroulement quasi total de son armée au Nord Kivu. En effet, Laurent Nkunda était devenu une gêne pour les deux présidents. L'animosité entre le chef du CNDP et Kabila n'avait fait que grandir de manière évidente depuis 2004, lorsque Nkunda s'était rebellé contre Kinshasa et avait conquis la ville de Bukavu. Depuis l'été 2008, Kagame constatait que Nkunda quittait progressivement son rôle de protecteur

7 La décision a été prise durant ce sommet que le Représentant spécial du Secrétaire générale Olusegun Obasanjo (ancien président du Nigéria) et le Représentant spécial de l'Union africaine Benjamin Mkapa (ancien président de la Tanzanie) prendraient la tête d'une médiation de haut niveau entre le gouvernement de la RDC et le CNDP.

8 Le ministre des Affaires étrangères congolais Alexis Thambwe Mwamba se rendit à Kigali le 28 octobre 2008, le ministre des Affaires étrangères rwandais Rosemary Museminali vint à Kinshasa le 30 octobre 2008, et M. Thambwe retourna à Kigali le 14 novembre 2008. Le 5 décembre 2008, les deux ministres des Affaires étrangères signaient à Goma le plan conjoint prévoyant une opération militaire contre les FDLR. Le 30 décembre 2008, le ministre congolais de la Défense Charles Mwando et son homologue rwandais Marcellin Gapsinzi se rencontraient à Gisenyi au Rwanda pour discuter de la participation rwandaise. Enfin, le 8 janvier 2009, le chef d'état-major des forces armées rwandaises, James Kabarebe, rencontrait le président Joseph Kabila et le chef d'état-major des forces armées congolaises, le général Didier Etumba, à Kinshasa pour présenter le plan de l'opération anti-FDLR et revoir les actions entreprises par les deux gouvernements pour remplacer Laurent Nkunda par une autre personnalité du CNDP, Bosco Ntaganda.

de la minorité congolaise tutsi du Kivu pour investir le champ de la politique nationale du Congo.⁹

Kabila et Kagame parvinrent à s'entendre sur un compromis prévoyant la participation des Forces de défense rwandaises (Rwandan Defence Forces, RDF) à une action militaire contre les FDLR en échange d'une initiative commune pour isoler Laurent Nkunda et offrir un nouveau rôle politique au CNDP dans la moitié sud du Nord Kivu. Le 16 janvier 2009, le sort de Nkunda bascula lorsque son rival au sein du CNDP, Bosco Ntaganda, parvint à obtenir le ralliement à son autorité de l'ensemble des cadres militaires du mouvement. Lors d'une conférence de presse tenue à Goma le même jour, Ntaganda s'engageait à transformer le CNDP en un mouvement politique et à intégrer ses combattants dans l'armée nationale congolaise.¹⁰

1. Déroulement de l'opération

Avant l'action de la coalition FARDC-RDF au Nord Kivu, la MONUC estimait que les FDLR disposaient d'une force d'environ 3 000 hommes armés dans cette province répartis en quatre bataillons et une brigade de réserve. Durant le mois de décembre 2008, la section Désarmement, démobilisation, rapatriement, réintégration et réinsertion (DDRRR) de la MONUC recueillait des informations indiquant que les FDLR intensifiaient leur recrutement et accéléraient leur entraînement. Des combattants rebelles hutu rwandais menaient simultanément des reconnaissances dans les forêts du Kivu pour préparer leur repli dans des zones difficilement accessibles à l'approche des forces de la coalition. Le 5 janvier 2009, dans son centre de commandement de Kibua au Nord Kivu, l'état-major général du mouvement se réunit pour concevoir une réponse stratégique à « Umoja Wetu ». L'option retenue consistait à éparpiller les combattants en petits groupes autonomes dans le but d'éviter un engagement frontal avec la force FARDC-RDF. Le 16 et 17 janvier 2009, le CNDP et la milice hutu des Patriotes résistants congolais (PARECO) avaient accepté l'intégration de leurs combattants au sein des unités FARDC. Avec le ralliement du CNDP à Kinshasa, les FDLR devenaient de facto le seul groupe armé du Kivu à refuser de se soumettre à l'autorité de l'Etat congolais. Isolé et cible commune du Rwanda et de la RDC,

9 *Rapport Crisis Group, Congo : cinq priorités pour une stratégie durable de construction de la paix*, op. cit., pp. 8-9. En Octobre 2005, Laurent Nkunda appelait le peuple congolais à une « libération nationale » et à un soulèvement général contre le pouvoir de Kinshasa. Il devenait en une phrase l'opposant politique numéro un du président Kabila en RDC. Dans la plateforme de revendications remise aux médiateurs de la communauté internationale Olusegun Obasanjo et Benjamin Mkapa, le chef du CNDP exigeait notamment la renégociation de l'accord de partenariat économique de 9 milliards de dollars conclu entre Pékin et Kinshasa en 2007. Un envoyé spécial chinois, M. Guojin Liu, se rendit à Kigali le 5 décembre 2008 pour rencontrer le président Paul Kagame et discuter des difficultés posées par Laurent Nkunda.

10 Depuis plusieurs semaines, le général congolais John Numbi et le général rwandais James Kabarebe collaboraient confidentiellement avec Bosco Ntaganda pour mettre en œuvre une stratégie d'isolation de Laurent Nkunda.

le commandement des FDLR prenait conscience que le mouvement ne pourrait pas gagner militairement ce conflit.¹¹

2. Bilan

Le 25 février 2009, lors de la cérémonie symbolique réunissant la population de Goma et des centaines de soldats des armées nationales du Rwanda et de la RDC, l'état-major de la coalition et les ministres des Affaires étrangères et de la Défense des deux pays rendaient compte des résultats officiels de l'offensive anti-FDLR. Le général John Numbi, commandant des opérations conjointes à cette époque, annonçait qu'« Umoja Wetu » avait atteint 85 pour cent de ses objectifs. Il précisa que la mission de la coalition n'était pas la destruction des FDLR, mais la réduction de ses capacités opérationnelles pour obtenir sa capitulation et le rapatriement au Rwanda de ses combattants. La phase I de l'opération anti-FDLR étant terminée, les FARDC appuyées par la MONUC devaient alors étendre les actions militaires au Sud Kivu.

Il résulte de ce qui précède qu'en dépit du succès politique engrangé, l'opération laissa un goût d'inachevé marqué par l'échec du désarmement. Sur le plan politique, des gains tactiques ont été réalisés par la coalition en février 2009. En effet, les FDLR ont temporairement abandonné des bases symboliques et ont évacué l'intérieur des villages. Le groupe rebelle a perdu son accès aux marchés, aux axes de communication et à certaines zones minières. Dispersées en petits groupes et contraintes de fuir la coalition, les unités FDLR ont temporairement perdu en cohésion et en capacité de commandement. A travers cette opération, le Rwanda a réussi à sécuriser pendant une période de quelques semaines la partie du Nord Kivu la plus proche de sa frontière et à préparer dans les collines du territoire de Masisi précédemment contrôlées par le CNDP un espace favorable au retour d'une partie des 55 000 réfugiés tutsi congolais vivant au Rwanda. Moins de dix jours après la conclusion de l'offensive, la communauté internationale imposait symboliquement de nouvelles sanctions individuelles à cinq hauts responsables politiques et militaires des FDLR, dont Callixte Mbarushimana et le général Sylvestre Mudacumura.¹²

Cependant, ces gains politiques ne se sont pas traduits par un affaiblissement permanent des FDLR au Kivu. En survivant à cette offensive, les chefs politiques et militaires ont démontré à nouveau leur résistance et la solidité de leur opposition à la démobilisation des combattants. Fin février 2009, le haut commandement du groupe organisa des célébrations

11 Entretien de Crisis Group, officier rwandais, Rwanda, 23 février 2009.

12 Le 3 mars 2009, la Belgique, les Etats-Unis, la France et la Grande-Bretagne soumièrent au Conseil de sécurité de l'ONU une liste de quatre responsables des FDLR afin qu'ils soient placés sur la liste des personnes visées par les interdictions de voyager et le gel des avoirs prévues par la résolution 1857 (2008). Ces dirigeants des FDLR étaient Callixte Mbarushimana, Stanislas Nzeyimana, Pacifique Ntawunguka et Leopold Mujyambere. Washington rédigeait le même jour un ordre exécutif qui ajoutait le commandant militaire des FDLR/FOCA, le général Sylvestre Mudacumura, à ce groupe pour leur infliger des sanctions sur le territoire américain.

à Bunyakiri et à Hombo au Sud Kivu pour fêter le départ des troupes RDF et la « victoire des FDLR ». ¹³ En effet, après 35 jours d'une offensive menée exclusivement au Nord Kivu, ses pertes sont en réalité relativement limitées. L'estimation officielle du nombre de combattants rebelles neutralisés, blessés ou capturés est mise en cause par les officiers de la MONUC. Les casques bleus et observateurs militaires des Nations unies n'ont pu confirmer les pertes signalées à la presse par les FARDC durant l'opération. ¹⁴ La progression de différentes colonnes RDF au Nord Kivu a été rapide et donna lieu à peu d'affrontements directs. Les rebelles se réfugiaient dans les collines à l'approche de soldats rwandais qui ne s'arrêtaient pas plus de deux jours dans le même village. Les pertes enregistrées par les FDLR et la coalition ont probablement été inférieures à quelques dizaines de tués et blessés. ¹⁵ Les civils rwandais du Kivu ont été nombreux à rentrer dans leur pays d'origine pour fuir les affrontements. UNHCR transporta près de 4 000 civils à travers la frontière durant les deux premiers mois de 2009. Cependant, le nombre de combattants qui déserta les FDLR pour se rendre à la MONUC durant l'opération « Umoja Wetu » est relativement faible. Sur les 512 combattants rapatriés au Rwanda par la section DDRRR du 1^{er} janvier au 26 février 2009, plus d'une centaine étaient des membres rwandais du CNDP refusant l'intégration dans les FARDC. ¹⁶

V. L'opération Sukola 2 contre les FDLR

L'opération Sukola 2 contre les rebelles hutus rwandais a été lancée en février 2016 au Nord-Kivu. Elle comprenait des forces de couverture avec 12 régiments d'infanterie. Comme forces de réaction rapide déployés sur le terrain, il y a eu les unités de la 31^e brigade commandos/URR du général de brigade Kalonda avec le 321^e bataillon Commando stationné à Mobambiro près de Goma et le 322^e bataillon commando stationné au camp de Rumangabo en territoire de Rutshuru déployés en opérations contre les FDLR sur l'axe Vitshumbi – Tongo. Le 391^e régiment commando/formé par Africom menait les opérations contre les FDLR et les milices de Cheka dans le territoire de Walikale. Les forces de réaction rapide étaient assez bien équipées, à peu près comme la Garde républicaine. Les unités de la Garde républicaine qui étaient stationnées à Goma (camp Mobambiro, domaine présidentielle de Karibu et dans le domaine de Katala en territoire de Rutshuru) servaient de forces de défense principale car lourdement équipées. ¹⁷

13 Entretien de Crisis Group, un cadre DDRRR de la MONUC, Bukavu, 3 mars 2009.

14 Entretien de Crisis Group, des officiers de la MONUC, Goma, 26 février 2009.

15 Observations et entretiens de Crisis Group, zone Masisi Nyabiondo-Kashebere, 18–22 février 2009; entretien de Crisis Group, officiers d'état-major MONUC, Goma, 26 février et 7 mars 2009.

16 Entretien de Crisis Group, cadres et des sensibilisateurs DDRRR de la MONUC, Nyabiondo, 20 et 21 février 2009, Les communiqués de presse de la MONUC commentant l'impact de l'opération « Umoja Wetu » sur le désarmement des FDLR, Goma, 28 février 2009.

17 Rapport : "WHO ARE THE KILLERS OF BENI?", <http://congoresearchgroup.org/new-report-who-are-the-killers-of-beni/>.

Il y eut également un déploiement supplémentaire en appui aux unités de la GR au Nord-Kivu du 15^{ème} régiment de la 10^{ème} brigade spéciale d'infanterie GR stationnée habituellement à Kinshasa (camp CETA). Cette unité était dirigée par le colonel Yves Kibawa. Le détachement de la force aérienne/FARDC en appui aux opérations Sokola 1 et 2 était essentiellement stationné à la partie militaire de l'aéroport de Goma avec une équipe avancée à l'aéroport de Beni/Mavivi.¹⁸

Malgré cet impressionnant déploiement, l'opération eut un résultat quelque peu mitigé ou presque défaillant. Plusieurs éléments peuvent expliquer cette défaillance des FARDC, notamment de soupçons de complicité interne et de la passivité des troupes au combat, le problème de ravitaillement en carburant qui était soit insuffisant ou cannibalisé dans certains cas, des insuffisances en matériels de radio transmission, les frustrations de certains officiers relevés de leurs fonctions.¹⁹ A Beni par exemple, plusieurs analyses et rapports de divers experts, voire de la mission parlementaire menée en octobre 2014 et même des témoignages que nous avons recueillis directement des sources militaires opérationnelles déployées à Beni, parlent de complicités internes au sein des FARDC, de leur passivité et d'une désorganisation du commandement et des troupes dans ce secteur opérationnel. On évoque aussi des mobiles politiques locaux et nationaux et géopolitiques régionaux latents derrière la violence qui sévit à Beni depuis le 2 octobre 2014, quelques mois après le décès inopiné du Général Lucien Bahuma, l'ancien commandant de la région militaire du Nord-Kivu et en même temps commandant de l'opération Sukola 1 qu'il a menée avec succès.

C. Des défis à relever et perspectives

Pour neutraliser les FDLR dans l'est de la RDC plusieurs défis majeurs doivent être relevés, dont leur identification, la mise en place d'une coordination efficace entre les FARDC et les RDF tout en protégeant les populations civiles et en valorisant le retour des personnes déplacées. La lutte contre les FDLR passe également par le démantèlement de leurs réseaux de financement et de recrutement pour réduire leur influence sur les populations locales.

I. De l'identification des FDLR

La production par le Rwanda d'une liste de génocidaires des FDLR réfugiés dans l'Est du Congo est essentielle pour leur isolement et la distinction entre les combattants impliqués dans le génocide de 1994 et ceux qui ne le sont pas. Un certain nombre de combattants FDLR ont été intégrés à l'armée congolaise : leur connaissance du terrain et leur discipline contrastent en effet avec une armée nationale indisciplinée, vivant de pillages et qui n'a connu que des défaites majeures dans ses contacts avec le CNDP de Laurent Nkunda. Il

18 Rapport, note 6.

19 Rapport de la commission parlementaire de 2016 sur l'opération Sukola 2.

arrive aussi que les combattants du FDLR passent des accords conjoncturels avec certaines bandes Maï-Maï, mais celles-ci ne sont en aucune mesure capables de constituer une menace sérieuse pour les FDLR.

Enfin, on note que le contact avec les populations et les administrations locales sous leur contrôle effectif est ambigu. Une enquête de terrain menée par « le Life and Peace Institute » au sud du Nord-Kivu où les FDLR faisaient la loi à la fin 2006 a pu constater que populations et autorités « n'ont pu faire autrement que de trouver un accord avec les FDLR afin que celles-ci acceptent de sécuriser les populations. Ici la présence des FDLR répond à un besoin sécuritaire de populations désireuses de limiter la marge de manœuvre des militaires FARDC non brassés et indisciplinés. Si les populations continuent à percevoir la présence de ces militaires étrangers comme une menace de première importance et les considèrent comme les premiers responsables des nombreuses violences dont elles sont victimes, elles se voient contraintes de cohabiter avec elles. Et cette cohabitation, que l'on voudrait dans l'idéal la plus minime possible, en arrive inévitablement à se traduire par une certaine intégration des Hutu rwandais dans le tissu social congolais. Ainsi remarque-t-on au moins deux conséquences. Premièrement, des cas de mariages contractés entre Hutu rwandais et Congolais ont été rapportés. Deuxièmement, des enseignants et des enfants rwandais ont pu être intégrés dans les structures scolaires locales afin que l'éducation des enfants des FDLR et de leurs dépendants soit assurée.²⁰

Cette insertion dans le tissu socio-économique du Nord-Kivu est l'un des aspects les plus remarquables des FDLR. Etrangers dans la région, ils ont réussi par exemple dans le territoire de Walikale à s'insérer dans de multiples activités économiques durables et qui n'ont rien à voir avec de la prédation. Depuis 1996, ils sont devenus commerçants de bétail, tenanciers de restaurants, exploitants de cassitérite et d'or, pousseurs de vélo, menuisiers, transporteurs ou loueurs de véhicules, etc. Le décompte effectué par une recherche de terrain indique que ces FDLR exercent leurs activités dans plus d'une vingtaine de localités du territoire.²¹

Au Sud-Kivu, la situation se présente sous un jour différent, mais tout aussi paradoxal. En territoire de Bunyakiri (nord du Sud-Kivu), les FDLR qui avaient été durement attaqués par une brigade des FARDC ont, en guise de représailles, pris les civils pour cible, et commis des exactions sans précédent. De nombreux déplacés se sont vus contraints de quitter les zones retranchées qu'ils habitaient et ont afflué vers les centres commerciaux. La présence d'un camp de militaires pakistanais de la MONUC n'a rien changé à cette situation.²² Deux années après, les populations de Bunyakiri avaient toujours ces exactions en mémoire. Au cours d'une nouvelle mission parrainée par le Life and Peace Institute,

20 Rapport de mission, Life and Peace Institute, «Analyse des dynamiques locales de cohabitation avec les groupes armés FDLR à Bunyakiri, Hombo Nord, Hombo Sud et Chambucha, octobre-décembre 2006, p. 5, 11.

21 *PASCAL RUDAHIGWA*, « Les FDLR dans le territoire de walikale », Pole Institue, Kinshasa, vol 5, N°3, mars 2008, pp. 17-18.-25.

22 Idem.

ces populations demandaient une « solution politique » pour le problème des FDLR, c'est-à-dire un dialogue inter-rwandais. Prises en otage par la rébellion rwandaise, elles (avaient) en effet fini par adopter elles-mêmes certains éléments du discours et des arguments des FDLR.²³

II. Du contrôle des territoires occupés par le M23

Le bien-fondé de la signature du dernier accord de paix repose sur son impact sur le terrain. A ce sujet, la mère des batailles concerne de la neutralisation des FDLR, dont la zone d'influence (le Rutshuru et le Masisi) se trouve actuellement contrôlée par le M23. Certains se sont même réfugiés au Burundi. Concernant le calendrier, le mécanisme conjoint de coordination de la sécurité devrait être mis en place vers fin juillet 2025, et la neutralisation des FDLR devrait s'étaler sur 4 mois, en plusieurs phases. Le contenu du deal économique « *minerais contre sécurité* » n'est pas encore connu. Il devrait faire l'objet d'un nouvel accord et être discuté en septembre. Dès lors, il est clair que pour un règlement rapide et définitif du conflit à l'Est du Congo, il faudra encore patienter et éviter les multiples chausse-trappes qui jalonnent le long chemin de la paix à l'Est du Congo.

III. De la protection des civiles et retours de déplacés

Les populations civiles sont souvent prises au piège des conflits. Il est impératif de mettre en place des mécanismes pour les protéger et éviter les pertes civiles. Mais aussi créer des conditions pour un retour sécurisé et volontaire des personnes déplacées dans leurs foyers est essentiel pour la stabilité de la région. Et ce par un dialogue inter rwandais en vue de mettre fin au conflit ethnique et prévenir un nouveau génocide. Les FDLR opèrent dans des zones rurales et isolées, rendant difficile la protection des populations civiles par les forces de sécurité congolaises et la MONUSCO. Il est crucial d'établir des zones protégées à proximité des territoires contrôlés par les FDLR et de maintenir le contrôle des routes principales de jour comme de nuit pour limiter les repréailles des rebelles.

IV. La lutte contre les sources de financement et de recrutement

Selon le Groupe d'experts des Nations unies, « les FDLR tirent des bénéfices se chiffrant en millions de dollars par an du commerce de minéraux dans l'est de la République démocratique du Congo, en particulier la cassitérite, l'or, le coltan et le wolframite. Le commerce des minéraux revêt une très grande importance pour les FDLR, dont les commandants détachent des unités chargées de taxer et contrôler les échanges dans le cadre d'un système

23 PADEBU et LIFE AND PENCE INSTITUTE, « Mise à jour sur la situation sécuritaire de Runyas, Rapport réalisé par le Programme d'action pour le développement des bases unies (PADEBU), septembre 2008, p. 5.

dit de “logistique non conventionnelle”. Des ex-combattants ont informé le Groupe que les fonds perçus par les FDLR remontaient vers le sommet de la hiérarchie du mouvement». ²⁴

Au Sud-Kivu, où les FDLR contrôlent la majorité des sites miniers, ²⁵ de très nombreuses taxes sont perçues dans les « carrés miniers » : des vignettes, un « jeton ration », des cartes de creuseurs, des droits d'accès dans les carrés, des taxes (la résidence, des taxes de civilité, des taxes de lotissement, des taxes d'achat sortie sur le coltan ou la cassitérite, sans compter la taxe de 10 USD « pour la libération du Rwanda imposée à tout Congolais de 17 ans » en territoire de Mwenga. ²⁶ Ce sont aussi les FDLR qui assurent le commerce des minerais et du bois vers le Burundi via des pirogues motorisées. Mais le plus souvent, des comptoirs miniers exportateurs d'or, de cassitérite de coltan tan et de wolframite sont impliqués dans le préfinancement de ce trafic à partir de Bukavu ou d'Uvira. ²⁷

Au Nord-Kivu, où les combattants des FDLR sont en nombre important dans les territoires dits du Petit Nord (Walikale, Masisi et Rutshuru), mais vivent le plus souvent dans des forêts, les chercheurs d'IPIS affirment que les ressources qu'ils peuvent tirer des activités minières demeurent une motivation importante pour les FDLR. Plusieurs gisements de cassitérite et de coltan se trouvent dans les régions sous leur contrôle. Ils n'occupent pourtant pas le site minier important et n'ont jamais essayé d'en conquérir ». ²⁸ Des négociants collaborant avec deux comptoirs d'achat achètent des quantités importantes de cassitérite sur le marché de Musenge, « qui est contrôlé conjointement par la 85^{ème} brigade des FARDC et les FDLR ». ²⁹ En outre, toujours selon le Groupe d'experts, les FDLR sont impliquées aussi dans l'exploitation de quantités importantes d'or dans plus de 100 mines de petite taille où «les FDLR faisaient régner la terreur»: cet or était vendu à plusieurs commerçants Nande, détenant un monopole sur l'exportation de l'or, et exporté par avion de Butembo à Dubaï par le biais d'un riche homme d'affaires indien. ³⁰

Selon les chercheurs d'IPIS, les FDLR sont aussi très actives dans le commerce du chanvre dans la zone frontalière de Lubero, Walikale et Rutshuru où la quasi-totalité de la production est contrôlée par eux, la vente s'effectuant ici aussi en connivence avec les officiers d'une brigade des FARDC et leurs épouses. « La drogue est chargée sur des camions cachée sous une couche de sacs de manioc. Les camions quittent les villes de Kayna, Kanyabaonga ou Kirumba. Une partie du chanvre est consommée sur place. La demande est importante à Goma. Le chanvre non consommé localement est “exporté” vers

24 Rapport final du Groupe d'experts, 12 décembre 2008, § 73.

25 Idem.

26 Ibidem.

27 MIHALI NYAMATOMWA, « Vécu des populations sous le contrôle des FDLR (Axe Kamituga) », dans *Pole Institute*, « La conférence de Goma et la question des FDLR au Nord et au Sud-Kivu. Eut des lieux », *op cit.*, pp. 38–39.

28 Idem.

29 Ibidem.

30 Rapport, note 26, § 94.

le Rwanda et l'Ouganda. Il passe la frontière à Kasindi et Bunagana vers l'Ouganda et à Goma et Bunagana vers le Rwanda. Ce trafic génère de gros profits. Un sac de 60 kg de chanvre récolté coûte 30 USD dans les villages où les plants sont cultivés. À Kayna et Kanyabayonga, il est revendu au prix de 60 ou 70 USD. À Goma, le chanvre est traité et coupé³¹. A Gisenyi (Rwanda), un kilo du produit mal coûté 90 à 100 USD³². En bref, les FDLR sont les «protectrices» de toute une économie locale qui se déploie au Kivu. C'est ce qu'exprimera assez justement et ingénument un porte-parole de l'armée congolaise au moment de lancer l'offensive contre eux en juin 2009. « Nous savons que vous vous cachez dans les grandes villes et dans certaines localités (...). Vous avez des pharmacies, des magasins, des sociétés de transport, vous entretenez des relations avec quelques commerçants ou hommes d'affaires inciviques »⁽³¹⁾ En d'autres termes, ceci signifie que les FDLR et leurs dépendants se sont bel et bien insérés dans les sociétés locales où ils sont présents depuis plus d'une décennie.

C'est bien cette intégration ambiguë qui est notée et détaillée dans une étude de terrain effectuée en avril 2009 en territoire de Kalehe où les FOLK sont nombreux. « Les FDLR ont recours à des commerçants congolais comme relais d'approvisionnement ou d'écoulement de certaines marchandises à partir ou vers les grands centres urbains auxquels elles n'ont pas directement accès. Dans les marchés sous contrôle des groupes armés, on peut voir des combattants faire leurs achats chez divers marchands, tout comme des Congolais achètent de manière très naturelle des effets vendus par des combattants FDLR, tels que des têtes de bétail par exemple.³³

Dans les marchés sous leur contrôle, ce sont les seules FDLR qui fournissent les bouchers locaux en vaches ou en chèvres pour que ces derniers égorgent et revendent la viande au détail. Sur le marché d'Ekingi, le président du comité des commerçants de viande boucanée de Kambegete n'a d'autre choix que de se fournir auprès des FDLR pour ravitailler le marché de Kambegete situé dans la zone FARDC. Ainsi peut-on constater l'omniprésence des hommes armés dans la vie de tous les jours d'une large partie la population du territoire de Kalehe : que ce soit lors du paiement ou des achats au marché, lors du passage aux barrières dressées par les groupes armés ou d'une discussion autour d'une bière dans un bar de fortune, lors d'une simple promenade ou de la messe du dimanche, les contacts avec les hommes en armes sont inscrits dans le quotidien des populations. Celles-ci ont dès lors développé une expérience et une connaissance profondes de cette cohabitation difficile et délicate avec cette multitude de groupes armés. »³⁴

31 Idem.

32 *Agence France Presse*, 7 juillet 2009.

33 *Note 35*.

34 Idem.

V. La coordination et coopération militaire

Il est crucial d'améliorer la coordination entre les forces congolaises et rwandaises pour une action militaire efficace contre les FDLR, en tenant compte des préoccupations de chaque partie. Mais aussi élargir cette opération dans le cadre de la SADC ou EAC en vue d'obtenir l'appui régional. Un programme de désarmement et démobilisation réformé est nécessaire, incluant des campagnes de sensibilisation et des options de rapatriement ou de relocalisation pour les combattants des FDLR. Par sa nature complexe, ce groupe des FDLR ne sont pas un groupe monolithique. Ils sont composés de divers éléments, notamment des anciens militaires rwandais, des miliciens hutus, et des civils. Certains sont impliqués dans des crimes graves, tandis que d'autres cherchent simplement à survivre dans un environnement hostile. Cette diversité rend difficile l'application d'une stratégie unique. Les tensions entre la RDC et le Rwanda, ainsi que l'instabilité dans la région des Grands Lacs, compliquent la situation. Une coopération régionale renforcée est nécessaire pour lutter efficacement contre les FDLR.

VI. La dimension judiciaire

La poursuite des responsables des crimes graves commis par les FDLR est un élément important pour assurer la justice et la réconciliation. Des enquêtes et des poursuites doivent être menées de manière indépendante et impartiale. Les Nations Unies ont suivi de près les activités des FDLR et ont imposé des sanctions à certains de leurs membres malheureusement sans aucun impact. Le principal défi de la justice face au FDLR, en République démocratique du Congo (RDC), réside dans la difficulté à traduire en justice les membres de ce groupe armé rwandais, auteurs de crimes graves, tout en assurant la sécurité des populations civiles et en favorisant la réconciliation dans la région : l'impunité et le manque de coopération. Ceci présente plusieurs difficultés : La difficulté à appréhender les auteurs car les FDLR opèrent dans des zones souvent difficiles d'accès et leur structure est complexe, ce qui rend leur arrestation et leur traduction en justice difficiles. L'absence de témoignages du fait que les victimes et témoins de crimes commis par les FDLR peuvent hésiter à témoigner par peur de représailles constitue une véritable entrave pour des enquêtes crédibles et efficaces.³⁵

Il est essentiel de renforcer les capacités des institutions judiciaires congolaises pour leur permettre de mener des enquêtes et des procès efficaces mais surtout la coopération régionale et internationale : La justice ne peut être rendue efficacement sans une coopération étroite avec les autorités rwandaises et la communauté internationale, notamment les organisations de défense des droits humains et la MONUSCO.

En conclusion, la justice face aux FDLR est un défi complexe qui nécessite une approche globale et intégrée, combinant la poursuite des auteurs de crimes, la réparation

35 MAYUNGU MATONDO D., « Géopolitique rwandaise et ougandaise à l'est de la RDC » RIDSP, vol.4, N°8, aout 2024, pp. 635–655.

des victimes, et la promotion de la paix et de la réconciliation dans la région des Grands Lacs.

Conclusion

La neutralisation des FDLR nécessite de relever plusieurs défis sur le plan interne et externe; si non elle demeurera une stratégie qui donnera au contour de processus de paix un caractère cérémonial.

Ceci nécessite une approche globale qui tiendra compte de la complexité du groupe, de la nécessité de protéger les populations civiles, de la coopération régionale et de la dimension judiciaire : Une stratégie efficace doit combiner des actions militaires, des efforts de diplomatie, des programmes de DDR et des initiatives pour lutter contre l'impunité, la logique de paix par le renforcement de capacité sécuritaire et la restauration de l'Etat, la mise en place d'une commission spéciale du HCH en collaboration avec le Rwanda, la logique de la paix civile renforcera l'esprit du dialogue national au Rwanda et en Ouganda comme il s'est tenu les concertations nationales en RDC dans l'esprit de résoudre l'antagonisme culturel et ethnique entre les hutu et Tutsi, soubassement de l'insécurité à l'Est de la République Démocratique du Congo. Ceci renforcera le lien entre les communautés ennemies et donnera un nouvel ordre des relations entre les civils non seulement du Rwanda et d'Ouganda mais aussi de la sous-région.

Un programme sérieux de désarmement, démobilisation et réintégration (DDR) est nécessaire pour permettre aux membres des FDLR de laisser les armes et de retourner dans la société. Ce programme doit offrir des options de rapatriement au Rwanda, de relocalisation dans d'autres régions de la RDC ou de réinstallation dans des pays tiers.

La réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies : entre nécessité et réalités

Par Papy Manzanza Kazeka*

Resumé

La réforme du Conseil de sécurité des Nations unies est un sujet à la fois passionnant et complexe. Le sujet est passionnant en ce qu'il soulève de nombreux débats. Sa complexité, quant à elle, tient au fait que sa pertinence est reconnue, mais que sa mise en œuvre se heurte à de multiples obstacles. Issu des gravats de la seconde guerre mondiale, le Conseil de sécurité est souvent qualifié d'anachronique face aux nouveaux défis du monde actuel. Les cinq membres permanents (les Etats-Unis d'Amérique, la Chine, la France, le Royaume-Uni et la Russie) détiennent le droit de veto, un privilège jadis indispensable pour la création des Nations Unies, mais devenu au fil des décennies l'une des causes majeures de ses dysfonctionnements. Une nouvelle composition plus adaptée et un processus décisionnel plus démocratique et plus souple sont aujourd'hui vivement réclamés. L'objectif est de disposer d'un Conseil plus représentatif, donc plus légitime, et plus efficace dans l'accomplissement de sa mission : le maintien de la paix et de la sécurité internationales. En dépit de diverses propositions formulées depuis plusieurs décennies, aucun consensus ne se dégage sur la réforme. Si l'unanimité semble acquise sur l'élargissement du Conseil, la question de la catégorie des nouveaux membres permanents ainsi que le droit de veto divise encore. Par ailleurs, un doute persiste quant à l'efficacité d'un Conseil élargi, compte tenu de l'usage abusif du veto observé depuis des années et de la complexité de certains conflits. La réforme du Conseil de sécurité reste un chantier laborieux dont l'issue suscite davantage de scepticisme que d'optimisme.

* Licence (Bac+5) en Relations Internationales, Université de Kinshasa (RD Congo); Master en Sciences politiques, Université de Würzburg (Allemagne) et Master en droit européen, Université de Würzburg; Chef de travaux à l'Université de Kikwit (RD Congo).

Introduction

Depuis plusieurs décennies, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU)¹ fait l'objet de critiques virulentes. Ces critiques se concentrent principalement sur sa composition² actuelle ainsi que sur le droit de veto³ exercé par les cinq membres permanents (P5).

Issu des cendres de la Seconde Guerre mondiale, le Conseil s'est vu confier une mission fondamentale : le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Toutefois, au fil des années, l'accomplissement de cette mission a rencontré de nombreuses difficultés.

En effet, le monde a connu de multiples conflits, alors même que le Conseil est souvent apparu impuissant, voire incapable, à intervenir efficacement pour les prévenir ou les résoudre. Cette incapacité est fréquemment attribuée, à juste titre ou non, à la composition actuelle du Conseil et au droit de veto des membres permanents, que certains jugent aujourd'hui à la fois anti-démocratiques et anachroniques au regard des évolutions géopolitiques ainsi que des nouvelles menaces internationales. Face à ces critiques, une réforme⁴ du Conseil de sécurité est largement réclamée afin d'améliorer sa représentativité et le rendre plus efficace.

La réforme du Conseil de sécurité (CS) constitue une question à la fois passionnante et complexe, faisant l'objet de nombreuses réflexions, notamment dans le domaine scientifique. Elle est passionnante en ce qu'elle concerne l'organe décisionnel le plus puissant au monde, dont la mission demeure cruciale malgré certaines failles observées au fil de l'histoire. Sa complexité, quant à elle, réside dans le fait que cette problématique traverse les décennies sans qu'aucune solution consensuelle ne soit adoptée.

La question de la réforme réapparaît régulièrement, avec une urgence croissante, alors même que les esprits s'impatientent face à ce qui est perçu par certains comme la paralysie du Conseil. Pour ces derniers, la réforme ne relève plus d'une simple nécessité, mais d'une véritable urgence.

- 1 Tout au long de cette réflexion, les expressions CSNU ou Conseil de sécurité (CS) ou carrément Conseil seront utilisés pour ne désigner qu'une seule et même structure.
- 2 Le CS est composé de deux catégories des membres, en l'occurrence les cinq membres permanents qu'on désignera aussi par P5 qui sont les Etats Unis d'Amérique (USA), la Russie, la Chine, le Royaume-Uni et la France ainsi que dix membres non permanents votés pour un mandat de deux ans et dont la répartition est régionale : 3 sièges pour l'Afrique, 2 sièges pour l'Asie-Pacifique, 2 sièges pour l'Amérique latine et Caraïbes, 1 siège pour l'Europe orientale et 2 sièges pour l'Europe occidentale et les autres Etats.
- 3 Le droit de veto est un droit de vote particulier reconnu aux P5 et leur permettant de faire obstruction à une résolution. Ils se sont vus attribuer ce statut privilégié lors de la rédaction même de la Charte des Nations Unies, car les participants voulaient que ces cinq pays continuent à jouer un rôle clef dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales.
- 4 La réforme du CS concerne en première ligne la catégorie des membres permanents qui sont sous les projecteurs de critiques, étant donné le privilège qu'ils détiennent. En évoquant la question de la réforme, l'accent sera donc placé sur cette catégorie, car la catégorie de membres non permanents n'a jamais posé de problème et son élargissement s'est déjà opéré dans le passé.

En effet, si un consensus relatif semble se dégager autour du besoin de la réforme, les obstacles à sa mise en œuvre demeurent considérables. Cette situation impose une grande prudence, dans la mesure où un échec pourrait avoir des conséquences néfastes, voire irréparables, pour la paix et la sécurité internationales.

Si la nécessité d'une réforme est largement reconnue, il convient également de prendre en considération les nombreux facteurs qui freinent sa réalisation. C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente réflexion qui s'interroge sur la nécessité même d'une réforme du CSNU malgré les nombreuses critiques. Plus précisément, cette étude vise à déterminer s'il est pertinent de rendre le Conseil plus représentatif afin d'accroître sa légitimité, et de revoir ses procédures décisionnelles pour améliorer son efficacité. En d'autres termes, une meilleure représentativité conduirait-elle ipso facto à une efficacité accrue du Conseil dans l'accomplissement de sa mission fondamentale ? Pour répondre à cette interrogation, cette réflexion s'articulera en trois temps : un premier volet traitera de la question de la réforme en général ; un deuxième examinera la problématique de la représentativité et du droit de veto ; enfin, une dernière partie analysera les causes de l'inefficacité du Conseil de sécurité.

A. La question de la réforme du Conseil de sécurité

Avant d'aborder la problématique de la réforme, il convient de présenter brièvement le Conseil de sécurité afin de mieux comprendre les multiples critiques.

I. Brève présentation du Conseil de sécurité

Le Conseil de sécurité (CS) est l'un des six organes⁵ principaux des Nations Unies dont la mission fondamentale est le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il est, à côté de l'Assemblée générale, l'organe le plus important des Nations Unies et a été conçu afin de répondre de façon rapide et efficace aux menaces contre la paix et la sécurité internationales. Pour ce, ses membres ont des représentants permanents au siège de l'Organisation à New-York.⁶ Karin Landgren, ancienne secrétaire générale adjointe des Nations Unies et directrice du report du CS, qualifie sa création comme un acte radical, car « pour la première fois, les nations ont renoncé à un élément de leur souveraineté pour être contraintes par les décisions du Conseil de sécurité, et ont également conféré au Conseil une autorité globale pour l'emploi de la force. »⁷ À ce titre, le CS est le garant de la paix

5 Les autres organes des Nations Unies sont : l'Assemblée générale, le Conseil économique et social, le Conseil de tutelle, la Cour internationale de Justice et le secrétariat.

6 Cf. Peter J. Optiz, *Die Vereinten Nationen. Geschichte, Struktur, Perspektiven*, München, 2007, p. 23.

7 *Security Council report*, « Manuel du Conseil de sécurité de l'ONU : Guide de l'utilisateur aux pratiques et aux procédures », p. 9, 2021. <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/the-un-security-council-handbook-french-by-scr.pdf>. Consulté le 31.7.2025.

mondiale. Cette importance est telle que l'objectif du Conseil figure au premier alinéa de l'article 1er du chapitre I de la Charte des Nations Unies.

Le CS est composé de quinze membres : cinq permanents (les « P5 ») et dix non permanents élus pour un mandat de deux ans. Sa composition et son mode de vote sont régis par le chapitre V de la Charte⁸. Il incombe au Conseil la responsabilité majeure d'entreprendre des actions, qu'elles soient pacifiques ou militaires, en cas de conflit. L'article 39 de la Charte stipule : « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

Toutefois, bien que la Charte définisse clairement les objectifs et pouvoirs du CS, celui-ci a été marqué par plusieurs dysfonctionnements au cours de son histoire et continue de l'être aujourd'hui. À de nombreuses reprises, il s'est retrouvé dans l'incapacité de remplir efficacement sa mission, soit par l'adoption de résolutions inadéquates, soit par l'absence de résolution en raison de blocages politiques, avec des conséquences souvent graves. Ainsi, la réforme de cet organe décisionnel de premier plan est non seulement souhaitée, mais également exigée.

II. La réforme du Conseil de sécurité

La réforme du Conseil de sécurité est une problématique à la fois ancienne et actuelle. Dès sa création, des divergences sur la composition du Conseil ont été manifestes et ont accompagné son évolution. Par exemple, lors de la conférence de San Francisco en 1945 qui a conduit à la création de l'Organisation des Nations unies (ONU), les États membres fondateurs ne s'accordaient pas sur la composition du Conseil, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de la France comme membre permanent⁹. Comme le souligne Joëlle Kuntz¹⁰, « Roosevelt maintenait que la sécurité mondiale devait être confiée aux seules quatre puissances alliées contre l'Axe : les États-Unis, la Grande-Bretagne, l'Union soviétique et la République de Chine », ce qui impliquait l'exclusion de la France, alors profondément affaiblie par la guerre.

Vingt ans après sa création, le Conseil de sécurité a connu une première réforme importante. Face à la vague de décolonisation des années 1950 et 1960 qui a entraîné une

8 Articles 23 et 27 de la Charte des Nations unies.

9 Cf. *Olivier Fleurence*, *La réforme du Conseil de Sécurité. L'état du débat depuis la fin de la guerre froide*, Bruxelles, 2000, p. 16–17.

10 *Joëlle Kuntz*, « Il était une fois. Pas d'ONU sans droit de veto! », In : *Le Temps*, 2004. https://www.letemps.ch/opinions/etait-une-donu-droit-veto?srsId=AfmBOo2r-713bFSyGGnVSfV_27nXCz onR7zqrMvpoNtCs9k2_sfr12U. Consulté le 21.7.2025.

augmentation significative du nombre d'États membres de l'ONU¹¹, le Conseil a été élargi en 1965, passant de onze à quinze membres par l'ajout uniquement de quatre sièges non permanents.¹²

La réforme du Conseil de sécurité revêt cependant un caractère actuel, car elle continue d'être un sujet de débats intenses à la recherche d'une solution consensuelle. Outre les médias et les travaux scientifiques, cela s'observe aussi lors des différentes Assemblées générales des Nations Unies où les pays du sud global ne cessent de réclamer leur place de membre permanent dans ce cercle puissant très restreint. L'état actuel de ce débat sera examiné dans les sections suivantes.

1. Les débats sur la réforme

Les premières revendications en faveur d'une réforme du Conseil de sécurité (CS) sont apparues au début des années 1960, lorsque les pays du Sud ont réclamé une composition plus équitable du Conseil¹³. Renforcés par les deux premières vagues de décolonisation¹⁴, ces États ont vu leur nombre augmenter au sein de l'ONU, ce qui leur a permis de constituer une force significative à l'Assemblée générale. C'est ainsi que le CS a connu son premier élargissement en 1965, qui s'est traduit par l'ajout de quatre membres non permanents. Si cet élargissement constituait une avancée majeure dans l'histoire des Nations Unies, la question de la réforme, restait toutefois ouverte et complexe, et suscitait encore de nombreux débats. L'objectif demeure notamment l'ajout de nouveaux membres permanents.

Ces débats se sont intensifiés après la fin de la guerre froide dans les années 1990, pour atteindre un point culminant lors de l'année du millénaire de l'ONU en 2005.¹⁵ L'objectif principal de ces discussions est d'adapter le Conseil de sécurité aux nouvelles réalités du monde contemporain. La structure du Conseil telle qu'établie en 1945 est aujourd'hui jugée obsolète face aux défis du XXI^e siècle : terrorisme international, trafic de drogue, nouveaux conflits armés (notamment en Afrique), violations des droits de l'homme, pandémies, le changement climatique, entre autres.¹⁶ Les défis actuels sont différents de ceux du contexte

11 Cf. *Philippe Vincent*, « Pour une meilleure gouvernance mondiale : la réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies », In : *Pyramides*, 2005. <https://journals.openedition.org/pyramides/365?lang=en>. Consulté le 21.7.2025.

12 Cf. *Pleuger in: Von Schorlemer, Sabine* (Hrsg.), *Globale Probleme und Zukunftsaufgaben der vereinten Nationen*, Baden-Baden, 2006, p. 10.

13 Cf. *Philippe Vincent*, note 11.

14 La première vague de décolonisation eut lieu entre 1945 et 1955 en Asie du sud-ouest et au Proche-Orient où les pays tels que les Philippines (1946), l'Inde et le Pakistan et la Birmanie, l'Indonésie (1949) ont accédé à leur indépendance. Alors que la deuxième vague de décolonisation eut lieu de 1956 à 1966 avec notamment l'indépendance de plusieurs pays africains.

15 Cf. *Sofia Santos*, *Die Reform des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen und ihre Auswirkungen auf die internationale Ordnung*, 2011, Baden-Baden, p. 14.

16 Cf. *Sven Gareis et Johannes Varwick*, *Die Vereinten Nationen. Aufgaben, Instrumente und Reformen*, Bonn, 2007, p. 275.

de la création de l'ONU en 1945 qui visait à prévenir de nouvelles menaces, notamment de la part de l'Allemagne et du Japon.¹⁷ Afin de répondre efficacement à ces enjeux, une réforme du Conseil s'impose non seulement comme nécessaire, mais également comme indispensable afin de renforcer sa légitimité et son efficacité.

2. Les différentes propositions

De nombreuses propositions ont été formulées en vue d'une réforme du Conseil de sécurité. Sven Gareis et Johannes Varwick¹⁸ recensent plus de « 140 propositions plus ou moins constructives concernant la taille, la composition future, les structures décisionnelles et les méthodes de travail du Conseil » émises par les États membres dans les années 90.

De toutes ces propositions, celle présentée en 1997 par Razali Ismail, alors président de la 51^e Assemblée générale, est souvent considérée comme un modèle de référence. Cette proposition visait à élargir le Conseil avec cinq nouveaux membres permanents sans droit de veto et quatre membres non permanents supplémentaires. Parmi les nouveaux membres permanents, trois devaient être issus des pays en développement d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine/Caraïbes, tandis que les deux autres venaient de pays industrialisés. Les quatre nouveaux membres non permanents étaient envisagés pour les régions ci-après : Afrique, Asie, Europe de l'Est et Amérique latine/Caraïbes.¹⁹

Quelques années plus tard, un groupe de travail nommé par le Secrétaire général Kofi Annan a élaboré deux modèles de réforme proposant une augmentation du nombre total de membres à 24, sans octroyer le droit de veto aux nouveaux membres permanents. Le modèle A « prévoyait six nouveaux membres permanents (dont deux pour l'Afrique, deux pour l'Asie, un pour l'Europe et un pour l'Amérique latine) et trois nouveaux membres non permanents. Le modèle B, quant à lui, proposait huit sièges semi-permanents (deux pour chacune des régions : Afrique, Asie, Europe et Amérique latine), avec un mandat renouvelable de quatre ans, ainsi qu'un siège non permanent supplémentaire pour un État africain ».²⁰

Lors de la 59^e Assemblée générale en 2005, ces propositions ont divisé les États membres en trois principaux groupes : le G4, le groupe « Unis pour le consensus » et le groupe des États africains. Chaque groupe a présenté son propre projet de réforme.

Regroupant le Brésil, l'Allemagne, l'Inde et le Japon, le « Groupe des quatre » (G4) revendique un siège permanent pour chaque membre ainsi que deux pour le continent africain. Ces États plaident donc pour un élargissement incluant six nouveaux sièges permanents, à savoir deux pour l'Afrique, deux pour l'Asie (le Japon et l'Inde), un pour l'Amérique latine et les Caraïbes (le Brésil) et un pour l'Europe (l'Allemagne) ainsi que quatre

17 Cf. *Olivier Fleurence*, note 9, p. 18.

18 *Sven Gareis et Johannes Varwick*, note 16, pp. 275–276.

19 Cf. *Sofia Santos*, note 15, p. 104.

20 *Sven Gareis und Johannes Varwick*, note 16, pp. 275–276.

sièges de membres non permanents dont un pour chacune des régions suivantes : Afrique, Asie, Europe de l'Est, Amérique latine et Caraïbes. Les nouveaux membres permanents bénéficieraient des mêmes droits que les membres actuels, le statut de leur droit de veto devant être défini ultérieurement.²¹

Le groupe « Unis pour le consensus », composé notamment de l'Italie, de l'Argentine, du Canada, du Mexique, du Pakistan, de l'Espagne, de la Turquie et de la République de Corée, propose quant à lui d'élargir le Conseil à 25 membres en ajoutant exclusivement des membres non permanents. Selon cette proposition, le Conseil comprendrait les cinq membres permanents actuels et 20 membres non permanents répartis comme suit : six d'Afrique, cinq d'Asie, quatre d'Amérique latine, deux d'Europe de l'Est, et trois d'Europe occidentale ou autres États, avec un mandat de deux ans.²² Ce groupe cherche notamment à contrer les ambitions du G4.

Enfin, le groupe des États membres de l'Union africaine n'est pas resté en retrait sur la question de la réforme du CS. Aussi connu sous l'appellation du « Consensus d'Ezulwini²³ », ce projet prévoit un Conseil élargi à 26 membres, avec six nouveaux membres permanents (deux pour l'Afrique, deux pour l'Asie, un pour l'Amérique latine et un pour l'Europe occidentale) et cinq nouveaux membres non permanents (deux pour l'Afrique, un pour l'Asie, un pour l'Europe de l'Est, un pour l'Amérique latine). Contrairement aux propositions du G4, les États africains exigent que tous les nouveaux membres permanents bénéficient du droit de veto dans l'immédiat.²⁴

Malgré la multiplicité des propositions rendues publiques depuis plusieurs décennies, la réforme du Conseil de sécurité peine toujours à aboutir. Quelles sont les raisons de ce blocage ?

3. Les difficultés de la réforme

La réforme du Conseil de sécurité (CS) est unanimement reconnue comme indispensable. Toutefois, malgré son importance largement admise, elle demeure une entreprise complexe, principalement en raison des conditions politiques et juridiques drastiques dont l'absence d'un consensus autour d'un modèle unique, ainsi que des contraintes inhérentes à la procédure qui doit conduire à sa mise en œuvre.²⁵

21 *Hans Münk*, *Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung: Bilanz und Reformperspektiven*, Bern [u.a.], 2008, p. 83.

22 Cf. *Sofia Santos*, note 15, p. 107.

23 Ezulwini est une ville en Swaziland (Eswatini). La proposition commune de l'UA sur la réforme du CS porte ce nom, car c'est dans cette ville du Swaziland que les experts ont élaboré ce projet qui a ensuite été adopté lors de la 7^{ème} session extraordinaire du conseil exécutif de l'UA en mars 2005 à Addis Abeba en Ethiopie.

24 Cf. *Sven Gareis und Johannes Varwick*, note 16, p. 277.

25 Cf. *William Leday*, « La sécurité collective onusienne: un système en faillite? Entretien avec William Leday ». Entrevue par Antonin Dacos. Diploweb, 20 juin 2021. <https://www.diploweb.com>

Premièrement, l'absence de consensus constitue un obstacle majeur. La multitude de propositions formulées complique en effet toute résolution. De nombreux groupes au sein de l'Assemblée générale (AG) ont présenté leurs propres modèles, comme évoqué précédemment. Ces différents projets n'ont cependant pas trouvé d'accord lors de la 59e session de l'AG en 2005. Si certains proposent des idées convergentes, d'autres s'opposent radicalement, notamment sur la nature des nouveaux membres ainsi que sur l'exercice du droit de veto. Par exemple, le modèle défendu par le G4 partage certaines similitudes avec le Consensus d'Ezulwini, notamment sur la catégorie des membres, mais s'en différencie quant à l'exercice du veto, que le G4 propose de suspendre temporairement²⁶, tandis que le Consensus d'Ezulwini exige son application immédiate pour les nouveaux membres permanents. L'opposition la plus marquée provient du groupe « Unis pour le consensus », qui rejette toute extension des membres permanents et propose uniquement l'ajout de dix membres non permanents, constituant ainsi une divergence fondamentale.²⁷

Deuxièmement, la procédure légale à suivre pour réformer le Conseil de sécurité constitue un défi non moins important. Toute réforme requiert une modification de la Charte des Nations Unies, régie principalement par les articles 108 et 109. L'article 109 traite des questions organisationnelles, tandis que l'article 108 stipule que les amendements à la Charte doivent être adoptés par une majorité des deux tiers des membres de l'AG, puis ratifiés par deux tiers des États membres, incluant impérativement l'approbation de tous les cinq membres permanents (P5). C'est précisément cette dernière disposition qui constitue un verrou majeur, dans la mesure où les positions des P5 divergent. Tandis que le Royaume-Uni et la France se montrent favorables à un élargissement des membres permanents assorti du droit de veto, les États-Unis, la Russie et la Chine y sont opposés. Cette situation laisse présager l'échec de la réforme, rendant la question quasi figée.

Ainsi, malgré l'importance et la récurrence des débats, la réforme du CS reste actuellement dans un état embryonnaire. La question continue néanmoins à resurgir lors des travaux de l'AG ainsi que dans les médias. Dans l'attente d'une réforme effective, il convient à présent d'examiner les raisons profondes qui motivent sa nécessité.

B. La problématique de la représentativité et du droit de veto

Les critiques les plus récurrentes à l'encontre du Conseil de sécurité portent sur deux aspects fondamentaux : sa représentativité et le droit de veto, jugés par beaucoup comme anachroniques. Ces deux questions forment le cœur du débat sur la réforme du CS.

[om/La-securite-collective-onusienne-un-systeme-en-faillite-Entretien-avec-William-Leday.html](https://www.un.org/press/fr/2005/ag10367.doc.htm). Consulté le 25.7.2025.

26 Lors de la présentation de sa proposition en 2005, le G4, bien qu'exigeant le droit de veto aux nouveaux membres permanents, a renvoyé son exercice à 15 ans plus tard.

27 Cf. *Nations unies*, La proposition du G-4 sur un Conseil de sécurité à 25 membres permanents et non permanents contrée par celles de l'Unin Africaine et du groupe „Unis pour le consensus“, 2005. <https://press.un.org/fr/2005/ag10367.doc.htm>. Consulté le 25.7.2025.

I. La représentativité

Composé de cinq membres permanents et de dix membres non permanents, le Conseil de sécurité est au centre des critiques quant à sa composition, perçue comme obsolète et peu démocratique, ne reflétant plus les équilibres actuels du monde²⁸. On déplore notamment l'absence de plusieurs régions — en particulier l'Afrique, l'Amérique latine et une grande partie de l'Asie — ainsi que celle de puissances économiques majeures telles que l'Allemagne et le Japon, qui, selon nombre d'observateurs, mériteraient aujourd'hui une place dans ce cercle très restreint. Certains qualifient alors la catégorie des membres permanents de discriminatoire et exigent son élargissement pour une meilleure représentativité, voire sa suppression pure et simple.

Cette revendication doit cependant être analysée à la lumière de deux points essentiels : le contexte historique de la création des Nations Unies et du Conseil de sécurité, et les difficultés pratiques liées à un élargissement.

1. Contexte historique

La composition actuelle du Conseil de sécurité n'est pas le fruit du hasard, mais résulte du contexte géopolitique de sa création en 1945. Quatre des membres permanents — les États-Unis, la Russie, le Royaume-Uni et la France — occupaient ce statut en tant que vainqueurs de la Seconde Guerre mondiale, tandis que la Chine devait sa place à sa taille démographique déjà très importante à cette époque.

Ce contexte particulier limite considérablement les marges de manœuvre pour un élargissement, malgré les réalités du monde contemporain. Si l'Allemagne et le Japon sont aujourd'hui des candidats incontestables à cause de leur apport financier²⁹, leur statut de vaincus de la guerre les exclut historiquement de la catégorie des membres permanents. Comme le souligne Johann Aeschlimann³⁰, la composition actuelle du CS « résulte d'une situation qui prévalait en 1945, avec l'exclusion des perdants (Allemagne et Japon) ».

Ainsi, malgré les mutations profondes du système international, les conséquences historiques continuent de peser sur la question de la représentativité au Conseil.

28 A sa création en 1945, l'ONU ne comptait que 51 États membres. Avec la vague de décolonisation, elle a atteint 99 membres en 1960, avant d'en avoir 179 en 1991 dû en grande partie à l'effondrement de l'URSS et de la Yougoslavie ayant entraîné des adhésions massives de nouveaux États. L'ONU compte aujourd'hui 193 États membres dont le Soudan du Sud demeure le dernier en 2011.

29 Le Japon et l'Allemagne ont un grand apport dans le fonctionnement des Nations Unies. Ils sont classés 2^e et 4^e contributeurs de cette Organisation en ce qui concerne l'aspect financier. La première place revenant aux États-Unis et la troisième à la Chine en 2022.

30 Johann Aeschlimann, « Pourquoi le Conseil de sécurité de l'ONU échoue à se réformer », In: *Swissinfo*, 2024. <https://www.swissinfo.ch/fr/affaires-etrangeres/pourquoi-le-conseil-de-securite-de-l-onu-echoue-a-se-reformer/78305271>. Consulté le 24.7.2025.

2. L'équilibre régional

Un autre argument en faveur de l'élargissement repose sur la nécessité d'un équilibre régional plus représentatif, susceptible d'accroître la légitimité du Conseil. Si cette légitimité est indéniablement souhaitable, il convient d'être prudent quant à la manière d'y parvenir.

Outre l'Allemagne et le Japon, considérés comme des candidats historiques, les candidats pressentis comme favoris en cas d'un possible élargissement, à savoir le Brésil, l'Inde et l'Afrique du Sud³¹, sont des puissances régionales influentes, ce qui pourrait faciliter un consensus actuellement. Toutefois, le monde étant dynamique et évolutif, d'autres États pourraient émerger à l'avenir et revendiquer légitimement un siège permanent au Conseil. Ainsi, l'aboutissement d'un élargissement aujourd'hui pourrait constituer un précédent aux revendications multiples dans le futur. Il est donc crucial d'adopter une approche mesurée et prudente face à la perspective d'un élargissement.

II. Le droit de veto

Le droit de veto, privilège accordé aux cinq membres permanents, est l'une des critiques les plus virulentes à l'encontre du Conseil de sécurité. Ce droit, inscrit dans la Charte, permet à un membre permanent de bloquer une résolution, même si celle-ci bénéficie d'un large soutien.

Cette prérogative est contestée non seulement en raison de sa limitation à cinq États, mais surtout en raison de son usage parfois abusif qui bloque le Conseil dans sa mission salvatrice de maintien de la paix et de la sécurité internationales. C'est dans ce sens qu'Oxfam³² n'hésite pas à qualifier ce droit de « veto contre l'humanité », dénonçant ses conséquences humanitaires dramatiques et appelant à une réforme urgente.

Depuis la création de l'ONU, tous les P5 ont usé de ce droit, avec des motivations variées. Si certaines utilisations ont été justifiées par des considérations objectives, il est incontestable que les intérêts nationaux ont souvent prévalu. Les États-Unis et la Russie se distinguent par une fréquence d'usage élevée, parfois au détriment de la paix : les États-Unis ont fréquemment opposé leur veto à des résolutions critiquant Israël, tandis que la Russie l'a utilisé récemment pour bloquer des mesures relatives à ses interventions en Syrie et en Ukraine.

Bien que son usage abusif conduise souvent à la paralysie de l'ONU, le veto demeure un élément clé du succès et de la pérennité de cette organisation. Comme le rappelle Anne

31 A ces candidats régionaux, il faudra aussi mentionner l'Allemagne pour la région Europe et le Japon pour l'Asie. Et pour la région Afrique, l'Afrique du sud ne fait malheureusement pas l'unanimité car elle est en concurrence permanent avec le Nigeria et l'Égypte.

32 Oxfam, « Veto contre l'humanité : la paix dans le monde entravée par quelques nations puissantes ou pourquoi la réforme du Conseil de sécurité de l'ONU est nécessaire », In : *reliefweb*, 2024. <https://reliefweb.int/report/world/veto-contre-lhumanite-la-paix-dans-le-monde-entravee-par-quelques-nations-puissantes-ou-pourquoi-la-reforme-du-conseil-de-securite-de-lonu-est-necessaire-resume>. Consulté le 16.7.2025.

Peters³³, citant Niels Blokker, il s'agit « du prix à payer pour la création de l'ONU ». En l'absence de ce droit, l'ONU risquerait de connaître le même sort que la Société des Nations³⁴. Cela prouve à suffisance l'importance de cet instrument privilégié dont la suppression pourrait avoir des conséquences démesurées.³⁵

Cependant, son maintien nécessite la mise en place de mécanismes alternatifs permettant à l'ONU de poursuivre efficacement sa mission, même en cas de blocage au Conseil.

À cet égard, plusieurs initiatives ont été adoptées pour tenter de contourner l'usage du veto. La résolution³⁶ dite « Dean Acheson³⁷ » (Résolution 377 (V) de l'Assemblée générale), adoptée en 1950 dans le contexte de la guerre de Corée, permet à l'AG de se saisir d'un sujet lorsque le CS est bloqué. Si cette procédure a permis d'agir dans des cas exceptionnels, ses décisions demeurent non contraignantes et dépendent de la volonté des États membres.

Plus récemment, l'« initiative du veto », lancée dans le contexte de la guerre en Ukraine, vise à demander des justifications publiques à un membre permanent lors de l'usage de son veto. Cette initiative vise à accroître la responsabilité et l'efficacité du Conseil.³⁸ Soulevée par le Liechtenstein, cette initiative tend à « remodeler la relation entre le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale »³⁹, ce qui pourrait amener les P5 à une plus grande prudence dans l'exercice de ce droit.

Cependant, malgré ces avancées, les décisions du CS restent largement tributaires de la volonté des P5. La question de savoir s'il sera un jour possible de limiter leur responsabilité exclusive en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales demeure ouverte. En attendant, le Conseil de sécurité continue de faire face à de nombreuses critiques. Mais est-ce que toutes ces critiques sont-elles fondées? Cela nous conduit à examiner les causes des dysfonctionnements du CS.

33 Anne Peters, « La guerre en Ukraine et la limitation du droit de veto au Conseil de sécurité », In : *Géopolitique*. 2023. <https://geopolitique.eu/articles/la-guerre-en-ukraine-et-la-limitation-du-droit-d-e-veto-au-conseil-de-securite/>. Consulté le 16.7.2025.

34 La Société des Nations a vu le jour au lendemain de la première guerre mondiale en 1919 par le traité de Versailles. Si plusieurs facteurs de son échec sont évoqués, celui de l'absence de certaines puissances comme les USA et du retrait des puissances de l'époque à savoir l'Allemagne, le Japon et l'Italie par manque de privilège l'ont fragilisée et anéantie. A la conférence de San Francisco lors de la création de l'ONU, cet élément clef a été pris en compte.

35 Cf. Joelle Kuntz, note 10.

36 La résolution permet l'examen de la question afin de faire des recommandations appropriées aux États. Une décision est vouée à la seule volonté des États membres. A cause des intérêts particuliers, quelques clivages peuvent être constatés au sein de l'AG et conduire à un échec.

37 Dean Acheson est le nom du secrétaire d'État américain ayant initié cette résolution.

38 Cf. *Nations Unies*, La résolution sur le droit de veto „a changé les règles du jeu, 2023. <https://www.un.org/en/node/205575>. Consulté le 28.7.2025.

39 *Nations Unies*, Assemblée générale : débat annuel sur l'exercice du droit de veto, „un symbole du paradoxe de l'ONU, 2024. <https://press.un.org/fr/2024/ag12658.doc.htm>. Consulté le 28.7.2025.

C. Les causes de l'inefficacité du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU)

Le Conseil de sécurité (CS) fait régulièrement l'objet de critiques virulentes l'accusant d'inefficacité. Cette inefficacité concerne aussi bien ses décisions que les missions de maintien de la paix qu'il ordonne. Ses résolutions sont fréquemment perçues, à tort ou à raison, comme insuffisamment fermes ou inadaptées, tandis que les opérations de maintien de la paix sont jugées souvent peu efficaces. De ce fait, une lecture rapide conduit parfois à considérer que le CS serait en état d'inaction ou en échec dans sa mission fondamentale de maintien de la paix et de la sécurité internationales.

En effet, le Conseil est souvent reproché de ne ni préserver la paix, ni rétablir durablement la sécurité dans les zones de conflit, se révélant incapable d'empêcher ou de résoudre certains conflits majeurs. Cette incapacité est illustrée par de nombreux échecs, notamment dans la gestion des conflits en ex-Yougoslavie où, malgré la présence de casques bleus, le génocide de Srebrenica en 1995 n'a pu être évité.⁴⁰ Les cas similaires survenus en Somalie et au Rwanda dans les années 1990 confirment cette tendance à l'échec ou à l'impuissance du Conseil dans l'exercice de sa mission.⁴¹

Il importe de souligner que cette impuissance ne se limite pas aux conflits des années 1990. Les crises récentes au Darfour (Soudan)⁴² et dans la région Est de la République démocratique du Congo (RDC) en sont également des illustrations frappantes. Malgré sa présence, l'ONU n'a pu imposer la paix ni prévenir les massacres de civils. Au Darfour, en dépit des accords visant une solution à deux États, les violences persistent en présence même des casques bleus. En RDC, malgré une mission dite « musclée »⁴³, le pays connaît toujours un conflit armé parmi les plus meurtriers depuis la Seconde Guerre mondiale.

Ces exemples alimentent une critique profonde et justifiée qui tend à qualifier le Conseil de sécurité d'inefficace voire d'incapable dans sa mission de maintien de la paix. Toutefois, il convient de se demander ce que serait ces conflits en l'absence totale d'un tel organe. Les conflits mentionnés auraient-ils connu la même issue sans l'intervention de

40 Le génocide ou massacre de Srebrenica désigne le meurtre de plus de 8000 musulmans bosniaques par les troupes serbes en juillet 1995, malgré la présence des casques bleus hollandais dans la région.

41 Cf. *Thierry Tardy*, « L'ONU et la gestion des conflits yougoslave (1991 – 1995) », In : *Relations internationales*, N° 128. Les Nations Unies d'hier et demain, 2006, p. 37–54. <https://www.jstor.org/stable/48610825>. Consulté le 14.7.2025.; Cf. *François d'Alancón*, « Les échecs de l'ONU en ex-Yougoslavie », In : *La Croix*, 2018. <https://www.la-croix.com/Monde/Europe/echecs-ONU-Yugoslavie-2018-01-26-1200909002>. Consulté le 14.7.2025.

42 Le Darfour est une région du Soudan avant sa répartition, où une forte crise humanitaire a eu lieu entre 2003 et 2009, ayant entraîné plusieurs morts. L'ONU y était pourtant présente avec des milliers de casques bleus.

43 La Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilité de la République Démocratique du Congo (MONUSCO) a remplacé la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la République Démocratique du Congo (MONUC présente depuis 1999) en 2010 et est la mission la plus grande jamais engagée par l'ONU. En dépit d'une forte présence de plus de 16.300 hommes, la paix n'a jamais été imposée.

l'ONU qui, malgré ses limites, demeure un acteur incontournable? À ce propos, certaines observations s'imposent.

Certes, la paix et la sécurité internationales constituent la mission première du CS, mais il faut reconnaître que cette mission se heurte à des limites structurelles, notamment dues aux intérêts particuliers des membres permanents et à la nature même des conflits contemporains.⁴⁴

I. Les intérêts égoïstes des membres permanents

Il serait erroné de considérer que les membres permanents (P5) du Conseil seraient exclusivement au service de l'ONU. Ces États, en tant qu'entités souveraines, défendent d'abord leurs intérêts nationaux et leurs alliances stratégiques, parfois au détriment des objectifs collectifs du Conseil. Ainsi, l'usage du droit de veto révèle souvent une instrumentalisation géopolitique. Par exemple, Oxfam⁴⁵ relève que sur les 30 derniers vetos enregistrés, 27 concernaient des conflits en Palestine (notamment la bande de Gaza), en Syrie et en Ukraine. Les États-Unis ont fréquemment opposé leur veto pour protéger Israël, tandis que la Russie et la Chine ont utilisé ce même droit pour défendre la Syrie depuis 2011.⁴⁶

Dans ce contexte, l'élargissement du nombre de membres permanents dotés du droit de veto ne ferait probablement qu'aggraver cette situation, à moins que le mode décisionnel ne soit profondément réformé. À l'heure actuelle, un tel changement semble difficilement envisageable.

Il faut néanmoins souligner que ce facteur ne constitue pas la seule explication de la paralysie ou de l'inefficacité du Conseil.

II. La nature des conflits contemporains

L'analyse de l'action du Conseil montre que l'ONU rencontre plus de difficultés à imposer la paix dans les conflits internes ou civils que dans les guerres interétatiques classiques. Les guerres civiles, caractérisées par la multiplicité et la fragmentation des acteurs, compliquent considérablement les interventions onusiennes. Professeur en Relations Internationales, Ronald Hatto souligne qu'« une des principales difficultés réside dans la recherche d'inter-

44 Cf. Ronald Hatto, « L'impuissance de l'ONU découle de son mode de fonctionnement et du type d'intervention qu'elle met sur pied ». Entrevue par Corinne Deloy, Sciences Po, 7 oct. 2023. <https://www.sciencespo.fr/ceri/en/content/dossiersduceri/l-impuissance-de-l-onu-decoule-donc-de-son-mode-de-fonctionnement-et-du-type-d-intervention->. Consulté le 14.7.2025.

45 Oxfam, Depuis dix ans, la quasi-totalité des vétos opposés par le Conseil de Sécurité des Nations Unies concernent des résolutions sur la Syrie, la Palestine et l'Ukraine, 2024. <https://oxfambelgique.be/depuis-dix-ans-la-quasi-totalite-des-vetos-opposes-par-le-conseil-de-securite-des-nations-unies>. Consulté le 22.7.2025.

46 *Idem*.

locuteurs capables et disposés à respecter leurs engagements. Plus le nombre d'acteurs impliqués est élevé, plus il devient ardu pour l'ONU d'assurer le maintien de la paix. »⁴⁷

Cette complexité s'illustre parfaitement dans les conflits d'ex-Yougoslavie, du Soudan ou de la RDC. La question se pose alors : un Conseil plus représentatif serait-il en mesure de mieux gérer à l'avenir des conflits de cette nature ? A ce stade, le doute est permis.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le Conseil ne remplace pas les armées nationales, qui restent les principaux acteurs des conflits armés. Si le CS est sensé jouer un rôle capital sur la scène internationale, ses marges de manœuvre sont malheureusement limitées. À ce propos, Dag Hammarskjöld, ancien Secrétaire général de l'ONU, citait souvent le diplomate américain Henry Cabot Lodge : « L'ONU n'a pas été créée pour promettre au monde le paradis, mais pour éviter à l'humanité de vivre en enfer. »⁴⁸ Cette mission, bien que mise à rude épreuve aujourd'hui, demeure toutefois le fondement même de cette Organisation.

Conclusion

La présente réflexion a porté sur une question aussi pertinente que complexe : celle de la réforme éventuelle du Conseil de sécurité des Nations unies. Ce chantier, débattu depuis de longues années et unanimement attendu, progresse lentement et reste marqué par de nombreux obstacles.

Une présentation succincte du CS a permis de rappeler la place centrale qu'il occupe dans le dispositif onusien, malgré les nombreuses critiques. Les débats actuels sur la réforme ont mis en lumière les enjeux majeurs de représentativité et de droit de veto, éléments intrinsèquement liés au fonctionnement du Conseil. L'élargissement du nombre de membres permanents, souvent réclamé pour renforcer la légitimité et l'équilibre régional du CS, ne garantit pas pour autant une meilleure efficacité et se heurte à des obstacles quasi insurmontables, notamment liés au processus même de réforme. Le droit de veto, quant à lui, reste l'un des piliers de l'architecture onusienne, mais aussi l'une des causes principales du blocage du processus réformateur.

Enfin, les causes de l'inefficacité du Conseil résident non seulement dans les intérêts stratégiques parfois contradictoires des membres permanents, mais également dans la nature même des conflits contemporains, notamment la complexité des guerres civiles. Sans être catégoriquement opposé à une réforme, il convient d'adopter un regard lucide : le pessimisme domine quant aux perspectives de changements majeurs à court ou moyen terme.

47 Ronald Hatto, note 44.

48 *Jeune Afrique*, Un nouveau Dag Hammarskjöld pour l'ONU, 2006. <https://www.jeuneafrique.com/94055/archives-thematique/un-nouveau-dag-hammarskjold-pour-l-onu/>. Consulté le 14.7.2025.

À cet égard, la formule d'Anne Peters⁴⁹ résume bien la situation actuelle : « La réforme du Conseil de sécurité, en route vers nulle part. » Aussi, la réforme du CS demeure une question aussi intéressante que passionnante, et ouverte à d'autres recherches en vue d'une solution.

⁴⁹ *Anne Peters*, note 33.

Seuil légal de représentativité en droit électoral congolais : garantie ou exclusion à la répartition des sièges

Par Rodrigue Mafungu Mayele*

Résumé

La République Démocratique du Congo est restée longtemps confrontée à des crises politiques récurrentes dont l'une des causes fondamentales est la contestation de la légitimité des Institutions et de leurs animateurs. Dans le souci d'y remédier, il est prévu dans la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, un mode démocratique d'accession au pouvoir. Il s'agit des élections. C'est donc le peuple qui doit désormais se choisir ses représentants par les élections libres, pluralistes, démocratiques, transparentes et crédibles.

A ce jour, la RDC est à son quatrième cycle électoral, avec beaucoup de réformes de la loi électorale. De l'expérience de deux premiers cycles (2006 et 2011), il était mis en place, pour les élections des assemblées délibérantes nationales et locales, le mode de scrutin proportionnel qui a présenté certaines limites. Parmi elles, l'inflation des partis politiques et des candidatures avec comme conséquences l'émiettement des suffrages, la sous-représentativité au sein des assemblées délibérantes ainsi que le risque d'instabilité gouvernementale.

Cette expérience a poussé le législateur congolais de basculer, par la réforme de la loi électorale du 22 décembre 2017, vers le scrutin proportionnel avec l'instauration du seuil légal de représentativité pour les élections législatives nationales et provinciales.

L'institution de ce seuil légal de représentativité n'est pas sans impact sur la répartition ou attribution des sièges par les partis ou regroupements politiques, laissant la grande partie de l'opinion publique et surtout la classe politique au désarroi. Car, excluant certains candidats massivement élus de la répartition des sièges et permettant à ceux obtenant moins de voix de participer à la répartition des sièges.

INTRODUCTION

Depuis son indépendance, le 30 juin 1960, la République Démocratique du Congo est confrontée à des crises politiques récurrentes dont l'une des causes fondamentales est la

* Diplômé (Bac+5) en droit public à l'Université de Kikwit; Chef de travaux à la Faculté de droit de la même université.

contestation de la légitimité des institutions et de leurs animateurs¹. En vue de mettre fin à cette crise chronique de légitimité, un nouvel ordre politique, fondé sur une nouvelle Constitution démocratique, promulguée le 18 février 2006, qui préconise le choix par le peuple de ses dirigeants, à l'issue d'élections libres, pluralistes, démocratiques, transparentes et crédibles.

Le mode de scrutin proportionnel a été préféré pour les élections des assemblées délibérantes nationales et locales². Cependant, l'expérience électorale de 2006 et 2011 a démontré que le système de la représentation proportionnelle des listes ouvertes à une seule voix préférentielle en vigueur a présenté des faiblesses. Parmi ces faiblesses figurent notamment l'inflation des partis politiques et des candidatures, qui a entraîné l'émiettement des suffrages, la sous-représentativité au sein des assemblées délibérantes ainsi que le risque d'instabilité gouvernementale³.

Pour répondre aux problèmes pratiques observés lors des scrutins antérieurs (2006 et 2011), des règles nouvelles relatives à la répartition des sièges par circonscription sur base du nombre des habitants ont été adoptées, instituant le seuil légal de représentativité. Ces règles s'analysent comme un correctif du système proportionnel des listes, par le regroupement des acteurs et partis politiques en de grandes composantes⁴. Autrement dit, pour remédier à ces lacunes, il a été décidé, en 2017, l'introduction du seuil légal de représentativité. Ce seuil de représentativité est déterminé par un pourcentage, selon qu'il s'agit des élections législatives (1 %), provinciales (5 %), municipales et locales (10 %) ⁵. Cette réforme entreprise en 2017 a été maintenue dans la dernière réforme de 2022⁶.

- 1 Lire le § 1 de l'exposé des motifs de la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, in JORDC, 52^e année, numéro spécial.
- 2 Il ressort de l'article 12 de la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections Présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales que le candidat se présente, hormis pour les scrutins uninominaux soit individuellement pour le candidat indépendant, soit sur la liste d'un parti politique ou d'un regroupement politique de la circonscription électorale qu'il a indiquée dans sa déclaration de candidature.; Lire le § 4, 4^e tiret de l'exposé des motifs de la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections Présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, JORDC, 47^e année, numéro spécial.
- 3 *Ithiel BATUMIKE MIHIGO, Aymar NYENYEZI BISOKA et Paternie MURHULA BATUMIKE*, Réformes électorales et consolidation de la démocratie en RDC, disponible sur <http://www.eca-creac.eu>, consulté le 24 juin 2025.
- 4 Lire les § 4 et 5 de la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017 modifiant et complétant la Loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que modifiée à ce jour.
- 5 Articles 118, 144, 193 de la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, in JORDC, 52^e année, numéro spécial.
- 6 Articles 118, 144 et 193 de la loi n° 22/029 du 29 juin 2022 modifiant et complétant la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017, la loi n° 11/003 du 25 juin 2011 et la loi n° 15/001 du 12 février 2015, la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales en république Démocratique du Congo.

Le seuil de représentativité a été mis en œuvre à la suite de la promulgation de la loi électorale numéro 17/013 du 22 décembre 2017 telle que modifiée et complétée par la loi n° 22/029 du 29 juin 2022 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, municipales et locales en République démocratique du Congo. Depuis son instauration, plusieurs candidats ayant obtenu un nombre plus élevé de voix dans leurs circonscriptions électorales ont été recalés, tandis que d'autres ayant obtenu moins de voix ont réussi à représenter la population dans les assemblées.

Depuis lors, le seuil électoral a suscité une controverse renouvelée à l'occasion de la publication des résultats provisoires des élections du 20 décembre 2023. Plusieurs regroupements politiques ont fustigé son application, mettant en avant le fait qu'il n'a pas permis à plusieurs candidats d'obtenir un siège au niveau national et provincial. Ainsi, le seuil de représentativité en République démocratique du Congo demeure un sujet de débat et de réflexion. Il représente une tentative de concilier la diversité des opinions politiques avec la nécessité d'une représentation équilibrée au sein des institutions. Le défi réside dans la recherche d'un équilibre qui garantisse à la fois la légitimité des élus et la diversité des voix citoyennes.

Dès lors, il importe de savoir ce qu'on entend par seuil électoral légal de représentativité et comment est-ce que les partis politiques peuvent l'atteindre.

La réponse à cette question conduit d'abord à circonscrire la portée du seuil légal de représentativité et à déterminer son fondement juridique. Ensuite, il conviendra d'analyser les avantages et les inconvénients du seuil légal de représentativité dans une démocratie représentative.

A. LA PORTEE DU SEUIL LEGAL DE REPRESENTATIVITE

La portée du « *seuil légal de représentativité* » sera déclinée au travers de ses origines et de sa réception par le droit congolais, avant d'examiner son fondement juridique.

I. Origines du seuil légal de représentativité et réception par le droit congolais

Institué par la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017 modifiant et complétant la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que modifiée à ce jour, le seuil de représentativité a été introduit en République Démocratique du Congo dans le but, notamment, de réduire l'inflation des partis politiques et des candidatures qui entraîne l'émiettement de suffrages et la sous représentativité au sein des assemblées délibérantes et surtout un coût financier considérable des élections⁷.

⁷ § 4 de l'exposé des motifs de la Loi n° 17/013 du 24 décembre 2017 modifiant et complétant la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que modifiée à ce jour.

Sans être une innovation congolaise, le seuil légal de représentativité trouve ses origines en Allemagne où, dans l'intention de limiter l'élection de groupes extrémistes, il avait été conçu pour exclure les petits partis de la représentation⁸.

L'exposé des motifs de la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017 le définit comme un pourcentage de suffrage valablement exprimé déterminé par une norme juridique que chaque liste ou candidat indépendant doit atteindre pour être admis à l'attribution des sièges. Il est ainsi un pourcentage de voix expressément fixé par la loi, obtenu sur le total des suffrages valablement exprimés que les listes en compétition doivent atteindre afin d'être éligibles à l'attribution des sièges dans une circonscription électorale⁹.

Le seuil électoral est un pourcentage de voix qu'un candidat ou une liste de candidats doit obtenir pour être inclus dans la répartition des sièges¹⁰. C'est dans ce sens que le Professeur Ferdinand Mutombo le définit comme le minimum de voix acceptable pour permettre à un parti politique ou une coalition politique d'avoir un représentant au sein d'une assemblée parlementaire. Là où un seuil électoral existe, une liste doit atteindre ce seuil pour avoir une chance de remporter des sièges. Toutefois, le fait que cette liste franchisse le seuil électoral ne garantit pas qu'elle obtiendra un ou plusieurs sièges : cela lui permet simplement de ne pas être écartée de la dévolution des sièges dans le cadre considéré¹¹. Selon la loi électorale en vigueur en RDC, le seuil légal de représentativité concerne les candidats éligibles à la répartition des sièges. A cet égard, il consiste dans le calcul des voix obtenues. Il faut comprendre que lorsque la législation prévoit un système proportionnel, le seuil électoral va équivaloir au nombre minimum des voix qui sont nécessaires pour obtenir un siège¹².

Le seuil électoral est également défini comme le résultat minimal qu'un candidat ou une liste de candidats concourant à une élection doit obtenir afin d'être inclus dans la répartition des sièges, de se voir rembourser ses frais de campagne, ou encore pour accéder à un tour de scrutin ultérieur¹³. Le plus souvent, il est exprimé en pourcentage de voix exprimées, mais aussi parfois en pourcentage des inscrits ou, plus rarement encore, en nombre de sièges obtenus. Il est un préalable à toute attribution des sièges après les scrutins, seuls les

8 *Ferdinand KAPANGA MUTOMBO*, « les reformes du système électoral et l'amélioration des processus électoraux en république démocratique du Congo. Faut-il remettre en question le seuil de représentativité, le seuil de recevabilité et la prise en compte de la dimension genre dans la constitution des listes de candidatures? », in cahiers africains des droits de l'homme et de la démocratie ainsi que du développement durable revue africaine interdisciplinaire, Numéro 82 – Volume 1 -, Kinshasa, Janvier-Mars 2024, p.15.

9 Cfr. Exposé des motifs de la loi électorale de 2017 en RD Congo.

10 *Yannick KAUMBO*, Le seuil électoral, un obstacle à la démocratie? disponible sur <https://habarirdc.net>, consulté le 25 juin 2025.

11 *CRISP*, Le seuil électoral disponible sur <https://www.vocabulairepolitique.be>, consulté le 18 juin 2025.

12 *Luc LUTALA*, RDC : ce qu'il faut comprendre de la notion du seuil électoral, disponible sur <https://actualite.cd>, consulté le 18 juin 2025.

13 https://fr.wikipedia.org/wiki/Seuil_électoral, consulté le 16 mai 2025.

partis ou regroupements ayant atteint ce seuil participent à l'attribution des sièges. Ceux ne l'ayant pas atteint sont écartés.

De tout ce qui précède, le seuil légal de représentativité est compris comme un pourcentage de voix expressément fixé par la loi, obtenu sur le total des suffrages valablement exprimés que les listes en compétition doivent atteindre afin d'être éligibles à l'attribution des sièges dans une circonscription électorale. Il est le plus souvent en vigueur dans le cadre d'un système électoral proportionnel.

Ainsi, la notion de seuil légal de représentativité ne peut être étudiée en la dissociant du scrutin au sein duquel il s'applique : le scrutin proportionnel. En d'autres mots, le seuil de représentativité n'est admissible que dans le cadre du scrutin proportionnel. Reposant sur l'idée selon laquelle chaque entité géographique doit être représentée par un nombre de députés proportionnelle à sa population, la proportionnelle vise la protestation contre les inégalités démographiques et offre une redistribution plus juste des sièges.¹⁴ Les sièges sont ici répartis entre les différentes listes, de manière proportionnelle aux résultats obtenus par chacune, car il s'agit d'assurer aux différents partis une représentation électorale en rapport avec leur force numérique et qui reflète le vœu des électeurs.¹⁵

En effet, la représentation proportionnelle favorise ainsi une plus forte fragmentation politique des parlements car, elle permet une plus juste représentation des partis faibles ou moyens en limitant la surreprésentation des partis les plus forts.¹⁶ Cela passe généralement par l'institution du seuil légal de représentativité, avec ses différents modes de calcul, qu'il faille d'analyser le fondement juridique.

II. Fondement juridique du seuil légal de représentativité

Il sied de relever que le seuil légal de représentativité renvoie au droit électoral et en tant que tel, il doit être prévu par les textes juridiques en matière électorale. Partant, de manière générale, le seuil légal de représentativité a pour fondement les sources normatives, constituées des règles juridiques produites par la législation internationale ou nationale, mais garantissant à chaque citoyen une pleine participation dans la vie politique ou publique de son pays.

Au niveau international, le cadre normatif des élections est, essentiellement, constitué d'accords et traités, assurant à chaque citoyen ses droits civils et politiques, ainsi que ses libertés fondamentales. Ces instruments juridiques reconnaissent, en particulier, le droit de vote et d'éligibilité à chaque citoyen. Il s'agit, entre autres, de la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 21), de la Convention sur les droits politiques de la femme (article III), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 25), ainsi que de son Protocole facultatif, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

14 Pierre MARTIN, *les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 3^e éd., Paris, 2006, pp. 60–61.

15 Bertrand PAUVERT, *Election et modes de scrutin*, 2^e éd., Paris, 2025, p. 30.

16 MARTIN, note 14, p. 126.

(article 13), de la Déclaration de l'Union africaine sur les principes régissant les élections (point 1.2. X. i), de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de l'Union Africaine (article 3, point 7).

Au niveau national, nous avons la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 qui établit la source du pouvoir, les modalités d'exercice de la souveraineté et de désignation des gouvernants. A côté de la Constitution, il y a la source légale, notamment la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif; La loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle; La Loi organique n° 13/012 du 19 avril 2013 modifiant et complétant la loi organique n° 10/013 du 28 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la Commission électorale nationale indépendante et la Loi n° 22/029 du 29 juin 2022 modifiant et complétant la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017, la loi n° 11/003 du 25 juin 2011 et la Loin °15/001 du 12 février 2015, la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales en république Démocratique du Congo.

C'est cette dernière qui, à travers les dispositions des articles 118, 144 et 193 qui constitue à ce jour, le fondement juridique de ce principe de seuil légal de représentativité en droit électoral congolais, selon qu'il s'agisse des scrutins législatifs, provinciaux ou municipaux.

En effet, les députés nationaux sont élus au suffrage universel direct, pour un mandat de cinq ans renouvelable, dans les conditions suivantes :

- 1° le nombre total de suffrages valablement exprimés est déterminé pour l'ensemble du territoire national;
- 2° un seuil de représentativité de 1 % du nombre total de suffrages valablement exprimés est déterminé au niveau national;
- 3° il est attribué d'office un siège au candidat ayant obtenu la moitié de suffrages valablement exprimés dans la circonscription;
- 4° seules les listes des partis et regroupements politiques ou des indépendants ayant atteint ou dépassé ce seuil national de 1 % sont admises à l'attribution des sièges¹⁷.

Au niveau provincial, Sont seules admises à l'attribution des sièges les listes des partis, regroupements politiques et des indépendants qui ont obtenu au moins 3 % du total général des votes valablement exprimés. Ainsi, le total de nombre de voix obtenues par toutes les listes d'un même parti ou un même regroupement politique ou d'un indépendant dans toute

17 Article 118 de la Loi n° 22/029 du 29 juin 2022 modifiant et complétant la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017, la loi n° 11/003 du 25 juin 2011 et la Loin °15/001 du 12 février 2015, la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales en république Démocratique du Congo.

la province doit atteindre ou dépasser 3 % du total du suffrage valablement exprimé au niveau provincial¹⁸.

Dans le même ordre d'idée, sont seules admises à l'attribution des sièges à l'élection des conseillers municipaux, les listes des partis politiques, des regroupements politiques et des indépendants qui ont obtenu au moins 10 % du total général des votes valablement exprimés au niveau de la circonscription.¹⁹

Eu égard de ce qui précède, il y a lieu de se questionner sur les avantages et désavantages que le seuil légal de représentativité peut offrir à la liste ou au regroupement des partis politiques.

B. SEUIL LEGAL DE REPRESENTATIVITE : ENTRE GARANTIE ET EXCLUSION A LA REPARTITION DES SIEGES

Avant même d'analyser les avantages et inconvénients du seuil légal de représentativité dans une démocratie représentative, il importe de déterminer comment se calcul ledit seuil.

I. Mode de calcul du seuil électoral

Comme le relève Bertrand PAUVERT, dans le système proportionnel, l'une des grandes difficultés réside dans sa complication, puisqu'il est question de répartir les sièges entre les différentes listes et que cette répartition est nécessairement approximative.²⁰ En effet, lorsque la législation prévoit un système proportionnel, le seuil électoral équivaut au nombre minimum des voix nécessaires pour obtenir un siège. Il sera donc normal de rapporter le nombre des voix exprimées au nombre des sièges.

Selon Nono Alimeti, le calcul du seuil électoral est fonction du nombre total de votants dans une circonscription donnée et en application d'une formule spécifique. Cette formule prend en compte le nombre de sièges à pourvoir dans la circonscription, le nombre de voix valides et le pourcentage minimum requis pour obtenir un siège²¹. Cela revient à dire qu'on

18 Article 144 de la Loi n° 22/029 du 29 juin 2022 modifiant et complétant la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017, la loi n° 11/003 du 25 juin 2011 et la loi n° 15/001 du 12 février 2015, la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales en république Démocratique du Congo.

19 Article 193 de la Loi n° 22/029 du 29 juin 2022 modifiant et complétant la loi n° 17/013 du 24 décembre 2017, la loi n° 11/003 du 25 juin 2011 et la loi n° 15/001 du 12 février 2015, la loi n° 06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales en république Démocratique du Congo.

20 PAUVERT, note 15, p. 31.

21 Le blog du citoyen, Comprendre le principe du seuil électoral : un élément essentiel pour des élections plus représentatives en RDC, disponible sur <https://fatshimetrie.org>, consulté le 25 mai 2025.

considère le nombre des voix exprimées et on les répartit au nombre des sièges. Ainsi, on a reparti le nombre des voix au nombre des sièges²².

A cet égard, la première opération à effectuer réside dans la détermination du quotient électoral permettant d'attribuer les sièges. Le quotient électoral résulte de la division des suffrages exprimés par le nombre des sièges à pourvoir dans la circonscription. Ainsi, chaque liste remporte alors autant de sièges qu'elle comporte le nombre de fois le quotient²³. Il représente tout simplement les suffrages valablement exprimés des listes seuils, c'est-à-dire des listes qui ont préalablement atteint le seuil, que l'on divisera par le nombre des sièges mis en compétition dans la circonscription. C'est le résultat obtenu que l'on appelle quotient électoral. Seuls les partis et/ou regroupements politiques ayant atteint ce quotient peuvent prétendre à un siège.

Cependant, la question qui se pose est celle de savoir ce qu'il convient de faire des suffrages restants, non utilisés et des sièges non attribués, sachant que le calcul n'est jamais exact. En d'autres termes, il convient de répartir les « restes », car les suffrages restants doivent permettre de distribuer les derniers sièges non pourvus.

A ce questionnement, Bertrand PAUVERT relève que le premier moyen de répartition réside dans ce qu'on appelle couramment la représentation proportionnelle intégrale. Les suffrages non utilisés par les partis seront additionnés au niveau national et l'on calculera un nouveau quotient électoral (avec les sièges restant à pourvoir) pour répartir les derniers sièges non-pourvus dans les différentes circonscriptions. Il poursuit que le plus souvent, il est fait appel, pour répartir les restes, à la technique de la représentation proportionnelle approchée. La répartition pourra alors se faire selon trois techniques distinctes : le plus fort reste, la plus forte moyenne et d'Hondt²⁴.

L'atteinte du seuil légal de représentativité n'est pas la garantie de l'obtention d'un siège pour la liste d'un parti ou regroupement politique. Il faut atteindre un deuxième seuil, dit « naturel » : le quotient électoral.

Il importe de préciser toutefois que le siège obtenu après l'atteinte de deux seuils par le parti ou regroupement politique revient au candidat placé en ordre utile sur la liste. Au moment du dépôt des candidatures, les partis et regroupements politiques présentent les candidats selon l'ordre qu'ils veulent. Les électeurs viennent les reclasser par leurs votes. Dans ce sens, le dernier sur la liste peut devenir le candidat en ordre utile, s'il réunit le plus grand nombre des voix. C'est à lui que reviendra le siège. S'il arrive ainsi que le premier parti politique à qui le siège revient a un plus fort reste, il obtiendra un deuxième siège, qui reviendra au candidat de la liste qui vient en ordre utile après celui qui avait

22 LUTALA, note 12.

23 PAUVERT, note 15, p. 31.

24 PAUVERT, note 15, p. 31, pp. 31–32.

obtenu le premier siège, et ainsi de suite, jusqu'à épuiser tous les nombres des sièges dans la circonscription²⁵.

II. Le seuil légal de représentativité dans une démocratie représentative

Chaque système électoral comporte des avantages et des désavantages et son choix tient généralement compte du contexte sociopolitique de chaque État et des options politiques des gouvernants. La RDC, en tant que pays en transition démocratique, est confrontée à de nombreux défis concernant la légitimité des acteurs politiques et le fonctionnement de son système électoral, a opté pour le système proportionnel en instituant, à travers la réforme de 2017, le seuil électoral. Ce concept vise à limiter la fragmentation excessive du pouvoir. L'instauration du seuil comporte des avantages et des inconvénients à prendre en considération.

Concernant les avantages, un seuil électoral raisonnable permet de garantir une stabilité politique en évitant la prolifération des petits partis politiques²⁶. Il est ainsi un correcteur non négligeable des antivaleurs que porte le système politique basé sur les tribus ou les régions à l'image de celui de la République Démocratique du Congo, où le partage et l'exercice du pouvoir politique tendent à se calquer sur des considérations ethniques et tribales.

À cet égard, il frustrera les élans ethniques, tribalistes et régionalistes que le système majoritaire pourra favoriser²⁷, car l'on observe l'existence de plusieurs formations politiques sans ancrage national, mais capables de mobiliser seulement dans les fiefs naturels de leurs leaders. Les partis seront poussés à quitter leur zone de confort régional pour aller se chercher une voix sur l'ensemble du pays et avoir une dimension nationale.

Ce qui rendrait possible l'avènement des grands ensembles, c'est-à-dire, il y aura opportunité des alliances entre certains partis afin d'avoir des listes d'ensemble. Ce qui contribuerait à la consolidation de l'unité nationale et à la cohésion pacifique entre les communautés. En concentrant le pouvoir entre les mains de quelques grands partis, cela peut faciliter la gouvernance et la prise de décisions. De plus, il peut contribuer à créer des coalitions solides et durables, ce qui est essentiel pour la stabilité politique à long terme²⁸.

L'avantage majeur de l'instauration d'un seuil de représentativité réside dans la stabilisation du système électoral. On peut aussi parler, à ce sujet, d'homogénéisation dont l'assemblée délibérante a besoin dans la prise de ses décisions. Elle a donc besoin d'un

25 Bruno NAKA, Élections législatives en RDC : les enjeux cruciaux du seuil légal de représentativité et du quotient électoral, disponible sur <https://actualite.cd>, consulté le 12 juillet 2025.

26 Diana TSHIKWAMA BINDA, Le seuil électoral et la problématique de la légitimité des acteurs politique en République Démocratique du Congo, disponible sur <https://memoirecongo.net>, consulté le 12 juillet 2025.

27 Jean-Louis ESAMBO, Droit électoral congolais, France, 2014, p.102.

28 TSHIKWAMA BINDA, note 26.

accord entre ses membres, lequel accord serait difficile lorsqu'existe une multitude de partis politiques au sein de l'assemblée délibérante.

Si un gouvernement devait sans cesse composer avec une majorité parlementaire faite d'une coalition de partis politiques, sa tâche serait plus difficile. La réalisation de son programme politique deviendrait difficile, car il serait contraint de négocier chaque texte avec une majorité capricieuse. Ainsi, l'expression « gauche plurielle » en France est une illustration patente. Lors de la troisième cohabitation, Lionel Jospin, Premier ministre, devait ménager les députés communistes plus que les verts, les socialistes et les centristes. Il lui a été difficile de mettre en œuvre le programme politique défendu par le parti socialiste lors des élections législatives.²⁹

En dépit des avantages, comme notamment ceux sus énumérés, l'institution du seuil d'éligibilité n'est pas à l'abri des critiques. Autrement dit, le seuil d'éligibilité comporte des inconvénients.

En effet, mis à part la parfaite représentativité des élus, la représentation proportionnelle avec seuil court le risque de posséder un effet pervers. En faisant du Parlement un reflet parfaitement identique des expressions politiques, il y a un risque de rendre le pays ingouvernable en raison de l'absence de majorité susceptible de se dégager. De plus, lorsque les chambres sont difficilement gouvernables, cela favorise souvent la constitution de partis ou des groupes charnières monnayant chèrement leur soutien au sein de coalitions politiques hétérogènes, au détriment de la cohérence de l'action gouvernementale.

Il y a ainsi un éparpillement des suffrages et corrélativement un émiettement des élus entre les différents partis. L'électeur reste dépendant des partis politiques en ce sens que l'élection ayant lieu au cours d'un scrutin de liste, c'est le parti ou regroupement politique qui détermine l'ordre de présentation des candidats et des impératifs internes au parti tendent alors à l'emporter. Dans ce cas, l'électeur n'aura d'autre choix que d'entériner ces choix ou de rejeter la liste en bloc, le panachage étant interdit³⁰. Au-delà de ces considérations, il faut reconnaître la relative complexité des calculs visant la répartition des sièges.

C'est dans ce sens qu'en République Démocratique du Congo, problématique du seuil électoral soulève la question de la place de la démocratie dans le système électoral.

Certains estiment que l'instauration du seuil constitue un obstacle à la démocratie, car la non atteinte de ce seuil par les partis ou regroupements politiques de certains candidats invalide le vote effectué par leurs électeurs. Cela fausse le jeu démocratique, d'autant plus que quand les électeurs vont aux urnes, ils ne tiennent pas du tout compte d'une quelconque notion de seuil électoral³¹.

29 *Thierry MONSEMPWO*, Loi électorale : le seuil de représentativité est bon pour la stabilité, disponible sur <https://www.mediacongo.net>, consulté le 16 juillet 2025.

30 *PAUVERT*, note 15, pp. 30–31.

31 *KAUMBO*, note 10.

De manière générale, un seuil électoral élevé peut entraîner une exclusion des voix minoritaires et des partis politiques plus petits, ce qui peut être perçu comme une violation du principe démocratique de représentation équitable. Cela soulève des inquiétudes quant au respect de la diversité et de la pluralité des opinions politiques et des intérêts représentés au sein du système politique.

De plus, un seuil électoral trop élevé peut créer des barrières à l'entrée pour les nouveaux partis politiques et les acteurs émergents. Cela peut conduire à une concentration excessive du pouvoir entre les mains des partis établis, ce qui limite la possibilité pour de nouvelles idées et visions d'être prises en compte dans la prise de décisions politiques. Il est important de garantir une compétition politique équitable et de permettre aux voix dissidentes d'être entendues.

Un autre aspect de préoccupation est la question de la légitimité perçue des acteurs politiques. Lorsque le seuil électoral est fixé de manière arbitraire ou manipulée, cela peut remettre en question la légitimité de ceux qui obtiennent des sièges sans avoir véritablement le soutien des citoyens³². Cela pourrait entraîner une défiance du public à l'égard du système politique dans son ensemble et des institutions mises en place.

CONCLUSION

En abordant la question du seuil légal de représentativité en droit électoral congolais, il a été question pour nous d'analyser l'impact que cette institution peut avoir sur la représentativité des élus aux assemblées délibérantes, surtout dans le contexte congolais.

Abordé en deux points, cet article a examiné la portée du seuil légal de représentativité et ses conséquences sur l'attribution des sièges. Dans un premier temps, nous avons situé l'instauration du seuil légal de représentativité en droit électoral congolais ainsi que son fondement juridique. Il s'est avéré que ce système a été institué pour faire face à l'inflation des partis politiques et des candidatures, laquelle conduit à l'émiettement des suffrages, à la sous-représentativité au sein des assemblées délibérantes et au risque d'instabilité gouvernementale découlant du scrutin proportionnel utilisé aux scrutins de 2006 et 2011.

Dans un second temps, il a été démontré les effets positifs et négatifs de l'instauration du seuil légal de représentativité. D'une part, il est l'élément déterminant pour qu'un regroupement ou un parti politique puisse prendre part à l'attribution des sièges, sans lequel, tout parti ou regroupement est exclu à l'attribution des sièges, permettant de garantir une stabilité politique en évitant la prolifération des petits partis politiques, grâce au jeu des alliances. Dans ce cas, il contribue à la consolidation de l'unité nationale et à la cohésion pacifique entre les communautés et aussi à l'homogénéisation dont l'assemblée délibérante a besoin dans la prise de ses décisions. D'autre part, ce système présente le risque pour les partis faibles de pouvoir atteindre le seuil. De même, il y a un éparpillement des suffrages et corrélativement un émiettement des élus entre les différents partis. Par conséquent, il

32 TSHIKWAMA BINDA, note 26.

peut rendre le pays ingouvernable en raison de l'absence de la majorité susceptible de se dégager. Ainsi, les chambres sont difficilement gouvernables à cause de l'absence de cette majorité.

De manière générale, un seuil électoral élevé peut entraîner une exclusion des voix minoritaires et des partis politiques plus petits, ce qui peut être perçu comme une violation du principe démocratique de représentation équitable. Cela soulève des inquiétudes quant au respect de la diversité et de la pluralité des opinions politiques et des intérêts représentés au sein du système politique.

Au regard de tout ce qui précède, il y a lieu de souligner, qu'en dépit de quelques faiblesses qu'il présente, faisant objet de ses critiques (ce qui n'est pas exclu pour les autres modes de scrutins), le scrutin proportionnel avec seuil semble le mode adapté dans le contexte politique actuel de la RDC. Car il constitue le rempart face à la prolifération des partis politiques qui, pour la plupart, ont un caractère tribal, ethnique, régional et sans ancrage sur le plan national. Le seuil légal de représentativité permettra en ce que soit formé des alliances conduisant à des grands ensembles.

Mutations et reconfiguration jurisprudentielles de la notion d'« actes qualifiés » pour le contrôle de constitutionnalité en droit congolais : les enseignements de l'arrêt R. Const. 1800 du 22 juillet 2022

Dieu-Merci Ngusu Masuta*

Résumé

Le contrôle de constitutionnalité, tel qu'institué en droit congolais, se caractérise par une portée normative rigoureusement délimitée. Cette configuration donne naissance à la notion d'« actes qualifiés pour le contrôle de constitutionnalité », entendue comme l'ensemble des actes expressément désignés par le constituant, et le cas échéant précisés par le législateur, comme pouvant faire l'objet d'un tel contrôle. Il s'agit d'une catégorie fermée, dont l'effet immédiat est normalement d'exclure du champ justiciable devant la Cour Constitutionnelle (CC) tout acte non expressément visé, même si cet acte est porteur d'une potentielle, voire manifeste, violation de la Constitution, y compris dans sa dimension garantissant les droits humains et libertés fondamentales. Cette restriction normative constitue une difficulté structurelle à laquelle la juridiction constitutionnelle congolaise a presque toujours été confrontée. Chaque fois qu'elle a été saisie de recours dirigés contre des actes non qualifiés, elle a dû, souvent dans l'urgence ou sous pression contextuelle, recourir à des techniques interprétatives diverses afin de surmonter cet obstacle. C'est dans cette dynamique que s'inscrit l'arrêt R.const. 1800 du 22 juillet 2022. Dans cette décision, la CC a étendu sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité à des décisions de justice, en l'occurrence des arrêts rendus par le Conseil d'État. Cette réflexion s'inscrit dans une perspective à la fois analytique et critique de la position adoptée par la CC dans cet arrêt, en interrogeant les fondements et les implications. Il en ressort que la CC, investie de la mission de veiller au respect de la Constitution face aux excès de tous les pouvoirs publics, tend à s'ériger en censeur suprême et en ultime recours, au risque de concentrer excessivement les fonctions juridictionnelles. Elle apparaît néanmoins comme un acteur incontournable de pacification institutionnelle, dans un contexte où la consolidation de la démocratie pluraliste demeure indissociable de la primauté du droit et de la garantie effective des droits fondamentaux.

* Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Kikwit (RDC) et Université de Würzburg (Allemagne – Chaire de droit civil et de droit du travail – Prof. Dr. S. Gräf), détenteur d'un diplôme de LL.M. en droit européen et doctorant à l'Université de Würzburg. Courriel : ngusumasuta@gmail.com. En dehors du droit privé, en particulier du droit des affaires, l'auteur développe également un intérêt soutenu pour le droit public, avec une prédilection marquée pour la justice constitutionnelle.

Introduction

Le contrôle de constitutionnalité institué par la Constitution congolaise du 18 février 2006 dont l'exercice est confié à la Cour constitutionnelle¹ (ci-après CC) constitue l'un des instruments majeurs de juridicisation de l'action publique dans le cadre de l'État de droit proclamé par la même Constitution (article 1^{er} al. 1). Il matérialise, dans son essence, l'exigence de soumission des autorités publiques à la norme suprême, et, plus spécifiquement, la soumission à l'obligation corrélatrice de respecter les droits et libertés fondamentaux² garantis par ce texte constitutionnel.³ Ce contrôle s'articule autour de deux modalités, indépendantes l'une de l'autre par leur nature et leur portée normative respectives, mais complémentaires au regard de leur finalité. D'une part, le contrôle a priori ou le contrôle de conformité permet de prévenir l'inconstitutionnalité d'un acte juridique donné avant son adoption ou promulgation (articles 160, al. 2 et 3 Constitution). D'autre part, le contrôle a posteriori ou le recours en inconstitutionnalité, exercé soit par voie d'action, soit par voie d'exception, permet de réprimer l'inconstitutionnalité d'un acte déjà entré en vigueur (article 162 Constitution).⁴

Contrairement à d'autres systèmes, tel celui de la Loi fondamentale allemande,⁵ qui distingue nettement entre un mécanisme général de protection de la Constitution⁶ et un mécanisme spécifique de garantie des droits fondamentaux, à savoir le recours constitutionnel individuel qui vise tous les actes des pouvoirs publics,⁷ le droit constitutionnel congolais ne consacre aucune séparation formelle entre ces deux dimensions. Il n'en découle pas pour autant un déficit général de protection des droits et libertés fondamentaux. Bien au contraire, ceux-ci sont protégés, en RDC, par le mécanisme général de protection de la norme constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité. En effet, toute atteinte aux droits

1 Cf. articles 160 et 162 de Constitution de la République Démocratique du Congo (RDC) modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, JORDC, 52^{ème} année, Numéro spécial du 5 février 2011, ci-après la Constitution.

2 Dans ce sens, à peu près : *Félix Vunduwawe te Pemako/Jean-Marie Mboko Dj'Andima*, Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo, 2e édition, Bruxelles, 2020, n° 255.

3 Sur l'obligation de respecter les droits et libertés fondamentaux garantis par ce texte constitutionnel comme corollaire indissociable de l'exercice de toute responsabilité publique, voy. article 60 de la Constitution. Voy., la jurisprudence en droit comparé (allemand) : Bundesverfassungsgericht (BVerfG, CC allemande), Beschluss vom 6. November 2019 – 1 BvR 16/13 –, Rn. 42 – Recht auf Vergessen I (juris).

4 Sur l'ensemble de la question, lire *Jean-Louis Esambo Kangashe*, Traité de droit constitutionnel congolais, Paris, 2017, p. 86 ss.

5 Cf. Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, dans sa version consolidée publiée au Journal officiel fédéral Partie III, sous le numéro de classification 100–1, telle que modifiée en dernier lieu par l'article 1 de la loi du 22 mars 2025 (BGBl. 2025 I n° 94), ci-après « LF ».

6 Cf. article 93 al. 1 point 2 et 100 al. 1 de la LF.

7 Ce recours est exercé devant le BVerfG conformément à l'article 93 al. 1, point 4a de la LF.

fondamentaux consacrés dans la Constitution constitue, ipso facto, une violation de la norme constitutionnelle elle-même, ouvrant ainsi la voie au contrôle juridictionnel.

Indépendamment de la modalité selon laquelle il s'exerce, qu'il s'agisse du contrôle a priori ou a posteriori, le contrôle de constitutionnalité tel qu'institué en droit congolais est caractérisé par une portée normative étroitement circonscrite. La Constitution⁸ et la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013⁹ en délimitent strictement le champ d'application en énumérant de manière exhaustive les catégories d'actes susceptibles d'être soumis à l'examen de la CC.¹⁰ Cette configuration normative justifie la référence constante, dans le cadre de la présente étude, à la notion d'« actes qualifiés pour le contrôle de constitutionnalité ». Par cette expression, il convient d'entendre les actes expressément désignés par le constituant et, le cas échéant, précisés par le législateur, comme pouvant faire l'objet d'un contrôle de conformité à la norme fondamentale. Il s'agit donc d'une catégorie fermée, dont l'effet immédiat est normalement (et logiquement) d'exclure du champ justiciable devant la CC tout acte non expressément visé (acte non-qualifié), et ce, même si cet acte est porteur d'une potentielle (voire manifeste) violation à la Constitution, y compris dans sa dimension garantissant les droits et libertés fondamentaux.

Ce constat soulève une problématique théorique et pratique fondamentale : la coexistence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des normes et d'un système de protection des droits et libertés fondamentaux étroitement imbriqué dans ce contrôle, sans dispositif autonome permettant de garantir, de manière directe et universelle, l'effectivité des droits et libertés fondamentaux. Il en résulte une protection que l'on peut qualifier, sans excès, de lacunaire ou déficitaire (le déficit étant néanmoins partiel), en ce qu'elle dépend moins de la gravité de l'atteinte alléguée que de la nature formelle de l'acte incriminé. Il ne s'agit pas ici d'une construction purement théorique, mais bien d'une véritable préoccupation juridique avérée dont l'ampleur ne cesse de s'accroître. L'histoire jurisprudentielle de la juridiction constitutionnelle congolaise, qu'il s'agisse de la Cour suprême de justice (CSJ) lorsqu'elle exerçait ces attributions, ou de la CC effectivement installée, témoigne de la récurrence de cette difficulté. Plusieurs fois confrontées à des requêtes visant des actes non expressément qualifiés, ces juridictions ont dû, dans l'urgence ou sous pression, tenter de surmonter l'obstacle par divers moyens interprétatifs.

C'est dans cette logique que s'inscrit l'arrêt R.const. 1800 du 22 juillet 2022,¹¹ par lequel des actes non-qualifiés pour le contrôle de constitutionnalité ont été déférés à la

8 Cf. articles 160 – 162.

9 Cf. articles 43 – 51 de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^{ème} année, Numéro spécial du 18 octobre 2013, ci-après : la « loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 ». Lire aussi *Esambo Kangashe*, Note 4, p. 95.

10 Lire aussi *Esambo Kangashe*, Les normes susceptibles de contrôle de constitutionnalité en droit congolais », *Revue de Droit Africain*, RDJA, n° 54 (2010), p. 94.

11 Cf. CC, R.const. 1800, 22.7.2022, Commission Électorale Nationale Indépendante (CENI)/Conseil d'État (CE), inédit.

CC pour inconstitutionnalité. La présente contribution se propose d'examiner, dans une perspective à la fois analytique et critique, l'apport de la CC congolaise relativement à cette problématique spécifique, à la lumière de l'arrêt précité. La réflexion s'articule autour de trois axes principaux : en premier lieu, un bref rappel du précédent jurisprudentiel pertinent (A) ; en second lieu, la présentation de l'arrêt sous commentaire ainsi que de la position adoptée par la CC (B) ; enfin, quelques observations critiques susceptibles d'enrichir ou d'alimenter le débat doctrinal (C).

A. Précédent jurisprudentiel pertinent

La problématique de l'injusticiabilité¹² de certains actes émanant des autorités publiques, résultant de l'énumération limitative et exhaustive des actes susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité, ne constitue nullement une question nouvelle. Il s'agit d'une difficulté ancienne, au cœur d'un vieux débat doctrinal et jurisprudentiel, qui n'a cessé d'évoluer et de se reconfigurer au fil du temps. Deux séquences historiques majeures peuvent être distinguées à cet égard : d'une part, la période durant laquelle la CSJ exerçait les attributions de juridiction constitutionnelle ; d'autre part, celle subséquente à l'installation effective de la CC.

S'agissant de la première période, il convient de retenir que la problématique a semblé se cristalliser autour de l'interprétation de la notion d'« acte législatif », que la CSJ aurait dû exploiter comme vecteur d'extension implicite de ses attributions. Il apparaît en effet que la jurisprudence de la CSJ a tenté, dans un premier temps, de contourner les limites objectives du contrôle de constitutionnalité en adoptant une lecture particulièrement extensive de cette notion. Toutefois, l'interprétation faite à ce sujet a été marquée par une oscillation entre une conception extensivement organique et une approche strictement fonctionnelle. La première orientation jurisprudentielle de la CSJ (la dominante)¹³ s'appuie sur une approche organique : est ainsi considéré comme « acte législatif » d'après cette conception « tout document ou acte émanant ou accompli dans l'exercice du pouvoir législatif », ¹⁴

12 L'injusticiabilité désigne la situation d' « [...] impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige, de telle manière que le litige n'est pas jugé. [...] Les causes de l'injusticiabilité sont nombreuses. Le juge peut être incompétent pour connaître du litige. La requête peut être irrecevable. La norme mobilisée au soutien de la demande peut ne pas être invocable... ». Lire utilement Piotr Szwedo/Pierre Serrand (dir.), dans l'introduction de l'ouvrage « L'injusticiabilité : émergence d'une notion? Etudes publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy », Cracovie-Kraków, Biblioteka Jagiellońska, 2018, p. 9.

13 Cf. *Balingene Kahombo*, Les modalités d'exercice du recours individuel en inconstitutionnalité en droit positif congolais entre ambiguïté et nécessité de réforme juridiques, *Recht in Afrika* 2 (2017), p. 126.

14 CSJ, 21 août 1996, R.A. 320, cité par *Balingene Kahombo*, L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences, *Librairie africaine d'études juridiques* 6 (2011), p. 13. Lire aussi dans ce sens *Paul-Gaspard Ngondankoy Nkoy-ea-Loongya*, Le contrôle de constitutionnalité en République démocratique du Congo : étude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un État à forte tradition autocratique, Thèse de doctorat, Université catho-

indépendamment de sa nature normative ou de sa portée juridique. En vertu de cette interprétation, initialement développée en matière administrative avant d'être transposée à la sphère constitutionnelle, la CSJ a pu assimiler des actes tels que les motions de censure ou de défiance ainsi que les résolutions parlementaires à des actes législatifs au sens constitutionnel du terme.¹⁵

Cette orientation, fondée davantage sur une lecture finaliste que littérale de l'article 162 de la Constitution, a toutefois connu une inflexion notoire dans l'arrêt R. Const. 103/TSR du 7 juin 2010.¹⁶ Par cet arrêt, la CSJ consacre un revirement en affirmant le caractère limitatif des actes relevant de sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité. Elle en déduit que l'expression « acte législatif » ne saurait viser, en vertu du principe d'attribution des compétences, que les lois, les actes ayant force de loi, les édits ainsi que les actes réglementaires des autorités administratives. Ce recentrage interprétatif rompt avec la logique d'inclusion des actes parlementaires non normatifs que la même Cour avait jusque-là admise et traduit une volonté de repositionnement conforme au principe de l'attribution explicite des compétences. Ce revirement, bien que doctrinalement fondé,¹⁷ demeure éphémère : la CSJ revient sur cette position dès le mois d'octobre de la même année dans l'arrêt R. Const. 137/TSR,¹⁸ mettant en lumière l'absence de constance et la fragilité méthodologique de son raisonnement.

La deuxième période, celle d'après l'installation effective de la CC, se révèle à la fois plus riche en enseignements et plus problématique dans ses implications. Plutôt que de persister dans la voie d'une interprétation extensive de la notion d'acte législatif, voie à laquelle la CSJ avait jusqu'alors recours pour élargir le champ de ses compétences en matière de contrôle de constitutionnalité, la CC semble privilégier une approche plus rigoureuse, en mobilisant d'autres fondements constitutionnels pour asseoir l'extension de ses compétences en cette matière. Tout porte à croire que la CC a, de manière implicite mais constante, abandonné la conception extensive de l'acte législatif. Cet abandon se fait

lique de Louvain, Faculté de Droit, Département de Droit public, 2007–2008, p. 18, disponible sur <http://hdl.handle.net/2078.1/158061>, page consulté ce 20.1.2025.

- 15 Lire utilement CSJ, 31 juillet 2007, R. Const. 51/TSR; 26 décembre 2007, R. Const. 062/TSR; 28 décembre 2007, R. Const. 060/TSR; 04 mai 2009, R. Const. 078/TSR; 22 octobre 2010, R. Const. 137/TSR; 26 avril 2011, R. Const. 152/TSR, cités par *Balingene Kahombo*, Le contentieux de la décentralisation : chronique de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême de justice (années 2006–2011), in : *Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi* (dir.), La décentralisation territoriale en République Démocratique du Congo sous le régime de la constitution du 18 février 2006. Bilan et perspectives, Kinshasa 2014, pp. 163 et 164.
- 16 CSJ, 07 juin 2010, R. Const. 103/TSR, cité par *Balingene Kahombo*, note 15, p. 164.
- 17 Dans ce sens, *Balingene Kahombo*, L'originalité (...), note 14, p. 14; *Balingene Kahombo*, Le contentieux (...), note 15, pp. 169 ss. et *Symphorien Kapinga Nkashama*, Cour constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo, Annuaire congolais de justice constitutionnelle 1 (2016), p. 24.
- 18 Cf. CSJ, 22 octobre 2010, R. Const. 137/TSR, cité par *Balingene Kahombo*, Le contentieux (...), note 15.

désormais au bénéfice de la conception restrictive, dont la même Cour tente toutefois, non sans difficulté et parfois au prix d'un déficit de justification normative ou de motivation juridique,¹⁹ de corriger les implications ou conséquences négatives (injusticiabilité) à travers d'autres canaux interprétatifs.

Dans une série d'arrêts convergents,²⁰ la CC a justifié l'extension de ses compétences en matière de recours en inconstitutionnalité par plusieurs considérations de principe. Il s'agit, notamment, de l'impératif de protection des droits et libertés fondamentaux, qu'il s'agisse des droits garantis de manière générale, tel le droit à l'éligibilité à un mandat politique,²¹ ou de ceux bénéficiant d'une protection particulière en vertu de l'article 61 de la Constitution.²² La Cour s'appuie également sur la mission de régulation de la vie politique qui lui est confiée, sur la nécessité d'assurer l'effectivité de l'État de droit par la soumission des pouvoirs publics à la norme suprême, en l'occurrence la Constitution,²³

- 19 Sur l'ensemble de la question, lire aussi *Balingene Kahombo*, Les modalités (...), note 13, pp. 128 ss., *Dieu-Merci Ngusu Masuta*, La justiciabilité de la Constitution en droit congolais. Note d'observation sous Cour constitutionnelle (RDC), Matière d'appréciation de la conformité à la Constitution, R. Const. 0038, 28 Août 2015 », *Recht in Afrika*, Vol. 1 (2021), pp. 103 ff.
- 20 Ces arrêts font l'objet d'une étude approfondie dans une autre réflexion plus large encore sous presse. Sur l'ensemble de la question, lire aussi : *Balingene Kahombo*, Les modalités (...), note 13, pp. 103 ff.
- 21 Cf. CC, 28 Aout 2015, R. Const. 0038, in : *Annuaire congolais de justice constitutionnelle* 1 (2016), pp. 199–206, Pour les observations-critiques sur cet arrêt, lire aussi *Balingene Kahombo*, Les modalités (...), note 13, pp. 128 ss., *Ngusu Masuta*, note 19, pp. 102 ss; *Roger Myita Kalubi*, la nouvelle compétence de la Cour constitutionnelle fondée sur la protection des droits humains. Une note critique de l'arrêt R. Const. 0038 du 20 août 2015, *Annuaire congolais de justice constitutionnelle* 1, (2016), pp. 211–212.
- 22 Cf. notamment CC, R.Const. 356, 10.3.2017, Cyprien Lomboto Lombonge/Assemblée provinciale de Tshuapa, inédit (version cependant certifiée conforme à l'original, disponible sur : <https://cdn.accf-francophonie.org/2019/05/Bull-13-rdc-Annexe-8-arret-2017-356.pdf>, consulté ce 25.10.2024); R.Const. 1596 du 20.7.2021, Paul Mputu Boleilanga/Assemblée provinciale du Mai-Ndombe, JORDC, 1.3.2022, Première partie, n° 5, pp. 77–88 ; CC, R.const. 1639 du 14 septembre 2021, Augustin Matata Ponyo Mapon/Senat, JORDC, 1^{er} février 2022, Première partie – n° 3, p. 120-121. CC, R.Const 372/414 du 14 juin 2017, Charles Pongo Dimanja/Assemblée Provinciale de Sankuru, 20 et 21^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025.
- 23 Cf. CC, Aarrêt R. Const. 469 du 26 mai 2017, Jean-Claude Kazembe Musonda/Assemblée provinciale du Haut Katanga, JORDC, 15 février 2020, Première partie – n° 4, pp. 99–114; CC : R. const. 1703, 8.2.2022, Theo Ngwabidje Kasi/Assemblée provinciale du Sud-Kivu, JORDC, 15 mars 2022, Première partie – n° 6, pp. 265–284; CC : R.const. 1242, 17.6.2020, Jean Marc Kabund-a-Kabund/Assemblée nationale, JORDC, 15 juillet 2020, Première partie – n° 14, pp. 30–45 ; CC, Aarrêt R.const. 1563 du, 18 juin 2021, Jean Bamanisa Saidi/Assemblée provinciale d'Ituri, JORDC, 1^{er} mars 2022, Première partie – n° 5, pp. 70-72. CC, R.const. 1133 du 7 février 2020, Jean Bamayisa Saidi/Assemblée provinciale d'Ituri, 13^{ème} feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025. CC, R.Const 569/599 du 29 décembre 2017, Nsingi Mbemba Roger/Assemblée Provinciale de Kinshasa, 20^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025.

ainsi que sur l'exigence de prévenir tout déficit de protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux (absence d'une autre juridiction compétente).²⁴

L'ensemble de ce « nouveau » développement jurisprudentiel, aussi substantiel soit-il, présente un point commun : l'extension des compétences de la CC est demeurée circonscrite aux actes non-qualifiés émanant du pouvoir législatif, tant au niveau national que provincial, en l'occurrence les actes des Assemblées. Dans d'autres affaires, cependant, lorsque les actes en cause n'étaient pas issus du pouvoir législatif, la Cour a, de manière pour le moins surprenante, refusé d'appliquer cette logique d'extension, invoquant alors le caractère limitatif de l'énumération des actes susceptibles de faire l'objet du contrôle de constitutionnalité, tel que prévu par les textes juridiques en vigueur.²⁵ Ce revirement argumentatif, opéré sans égard pour sa jurisprudence constante, a pu être interprété comme un recul jurisprudentiel, révélateur du caractère aléatoire et du déficit de cohérence globale dans la construction de sa doctrine. Ces défauts semblent s'expliquer notamment par l'absence d'un critère clair, stable et objectif permettant de déterminer, au sein des actes non législatifs, ceux pouvant être inclus dans le champ du contrôle constitutionnel au titre des « nouvelles compétences » que la Cour s'est progressivement reconnue.²⁶ En d'autres termes, la critique porte ici sur l'imprévisibilité de la jurisprudence constitutionnelle, liée à l'imprécision méthodologique entourant l'identification des actes justiciables au regard de la Constitution. L'abandon progressif de l'approche extensive au profit d'une lecture restrictive, de même que les tentatives ponctuelles de remédier aux effets négatifs qui en résultent, n'ont pas permis à la Cour de franchir le seuil du pouvoir législatif pour soumettre au contrôle les actes émanant des autres composantes de l'État. C'est précisément ce dépassement, longtemps attendu, que semble opérer l'arrêt R.const. 1800 du 22 juillet 2022, lequel constitue le point nodal de la présente analyse.

24 Cf. CC, Arrêt R.const. 1447, 12.3.2021, Ngbundu Malengo Crispin/Assemblée provinciale de la Mongala, JORDC, 1^{er} janvier 2022, Première partie – n° 1 pp. 81–91; CC : R.const. 1242, 17.6.2020, Jean Marc Kabund-a-Kabund/Assemblée nationale, JORDC, 15 juillet 2020, Première partie – n° 14, pp. 30–45.

25 Cas des arrêts : CC, R.const. 0010/074/TSR/filtrage, 17 août 2016, Robert MULAMBA ILLINGA/RDC., 5^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.Const. 001/0073/TSR/Filtrage du 15.4.2016, NYEMBO KABEMBA/ Pongo BUSHAB-PONG (ss.), 7^{ème} feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/files/1a.31.5-Arret-du-15-avril-2016-dans-la-cause-N.K.-c.-KK,-Unikin,.pdf>, page consultée ce 20.11.2024 et CC, R.Const. 365 du 7.2.2020, Ngombe Bayina Mokuli Jean Claude, (ss.)/Ngombe Sumbu Wax (ss.), JORDC, 15 avril, *Première partie* – n° 8, p. 72. Voy. aussi infra, note 28.

26 Critique de *Balingene Kahombo*, Les modalités (...), note 13, pp. 132 ss.

B. Brève présentation de l'arrêt R.const. 1800 du 22 juillet 2022 et de la position de la CC

Dans l'arrêt R.const. 1800, la CC a été saisie, le 9 juillet 2022, d'une requête introduite par la Commission Électorale Nationale Indépendante (CENI), tendant à faire constater l'inconstitutionnalité des arrêts rendus par le Conseil d'État (CE) dans le cadre du contentieux des résultats des élections des Gouverneurs et Vice-gouverneurs des provinces de la Mongala, du Maniema et de la Tshopo. Les décisions visées étaient les arrêts REA 183 du 27 mai 2022, REA 189/182/190 du 2 juin 2022 et REA 179/188/180/184/185 du 31 mai 2022.

Le grief principal d'inconstitutionnalité soulevé par la CENI portait sur la prétendue violation, par ces arrêts, des articles 5, alinéa 4 (relatif aux caractères du suffrage), 12 (principe d'égalité entre les Congolais), 114 (concernant l'organisation et certaines attributions de chaque chambre du Parlement), et 211 (portant création et mission de la CENI) de la Constitution (cf. 11^e feuillet).

Avant d'aborder le fond de la requête, la CC s'est d'abord penchée sur la question de sa compétence à la connaître. À ce stade, elle ne s'est nullement écartée de son schéma d'analyse habituel²⁷ et a procédé à l'inventaire des actes qualifiés pour faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (cf. 11^e feuillet). Au terme de ce bref inventaire, la Cour a relevé que les actes visés en l'espèce étaient des décisions de justice. Ce constat l'a conduite à conclure, conformément à sa jurisprudence constante, que de tels actes ne relevaient en principe pas de son champ de compétence (cf. 12^e feuillet). Autrement dit, la Cour s'est déclarée incompétente à titre de principe. Toutefois, la formulation adoptée laisse clairement transparaître qu'il s'agissait, selon elle, d'une incompétence de principe, laissant la place à une possible exception, fondée sur une compétence exceptionnelle. Pour étayer cette dernière, la Cour mobilise à nouveau son argumentaire désormais classique, déjà largement développé dans sa jurisprudence antérieure : la nécessité d'opérationnaliser l'État de droit proclamé à l'article 1^{er} de la Constitution, notamment par l'assujettissement de tous les pouvoirs publics au respect du droit; son appartenance au pouvoir judiciaire, lequel est institué et reconnu comme garant des droits et libertés individuelles (article 150 Const.); l'impératif de protection des droits fondamentaux bénéficiant d'une protection constitutionnelle renforcée (article 61 Const.) ; enfin, l'absence de toute autre voie juridictionnelle susceptible d'assurer une protection effective des droits en cause (cf. 12^e – 16^e feuillet).

La particularité de cet arrêt réside dans le fait qu'il affirme explicitement, encore que l'option levée par la Cour demeure très discutable, voire critiquable, la possibilité de soumettre les décisions juridictionnelles au contrôle de constitutionnalité, en particulier lorsqu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Pour rappel, jusqu'alors, la Cour n'avait accepté d'étendre sa compétence qu'aux seuls actes

27 Tout comme dans les arrêts précédemment cités, cf. notes 20 – 24.

émanant des Assemblées, et cela, sous des conditions strictes. Elle avait, en revanche, systématiquement refusé d'exercer ce contrôle à l'égard des décisions de justice ou des parquets.²⁸ L'arrêt sous examen consacre donc un revirement jurisprudentiel majeur par rapport aux précédentes décisions analysées. Pour valider cette nouvelle orientation, la Cour mobilise un ensemble d'arguments, dont certains apparaissent comme relativement « nouveaux », afin de justifier l'extension de sa compétence aux décisions judiciaires, et ce en dépit de l'« immunité » traditionnellement reconnue à ces dernières (cf. 14^e feuillet). La Cour affirme, avec force, la suprématie de la norme constitutionnelle dans l'ordonnement juridique congolais, allant jusqu'à la qualifier d'« alpha » et d'« oméga », c'est-à-dire

28 Cf. les arrêts CC, R.Const. 001/0073/TSR/Filtrage et R.Const. 365 (cf. supra, note 25) ; CC, R.const. 778 du 15 janvier 2020, Ntumba Muyumbe Mamie ss/Tribunal de paix de Matadi, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.const. 1187 du 22 décembre 2020, Zogbali Patrice/Tribunal de Grande Instance de Kinshasa Gombe, JORDC, 1^{er} janvier 2022, Première partie – n° 1, p. 79 ; CC, R.const. 1074 du 31 décembre 2020, Banque Centrale du Congo/ Tribunal de commerce de Mbuji-Mayi, JORDC, 1^{er} février 2022, Première partie – n° 3, p. 99-100, CC, R.const. 653 du 05 mars 2021, Nady Doublier/ CSJ, JORDC, 1^{er} juin 2021, Première partie – n° 3, p. 64-68, CC, R.const. 836 du 08 octobre 2021, Omatoko Emile/ Tribunal de paix de Kinshasa/Matete, JORDC, 1^{er} février 2022, Première partie – n° 3, p. 93-94 ; CC, R.const. 245 du 13 novembre 2020, achid El Chaer/ Cour d'appel de Kinshasa/Matete, JORDC, 1^{er} février 2022, Première partie – n° 3, p. 89-90 ; CC, R.const. 1272 du 4 décembre 2020, Wanyanga Muzumbi/Haute Cour Militaire, 6^{ème} feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025, CC, R.Const. 002 /0082/Filtrage, 15 avril 2016, LUBAKI KONDI Rachel/ Cour d'appel de Matadi, 4^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025, CC, R.Const. 004/15 L/TSR/Filtrage, 22 avril 2016, MOHAMED ALI/Tribunal Militaire de Garnison de Lubumbashi, 3 et 4^e feuillets, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.Const. 005 / 17 1 /filtrage, 22 avril 2016, Matthieu MATIYAYI /MANZONZO LIPEMA, 5^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.const. 008/163/TSR/Filtrage, 10 juin 2016, Claudine Kabamba etc./ Dilayen Deo Gracias, etc., 4^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.const 012/077/TSR, 17 aout 2016, MUKANDILA MONJI MULE/Parquet près le tribunal de grande Instance de Kinsahasa Gombe, 7^e et 8^e feuillets, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.Const. 011/0075/TSR filtrage, 17 aout 2016, MUKAI.IDII-A MONJI MULE/Parquet près le Tribunal de Grande Insrtance de Kinshasa/Gombe, etc., 7^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.const 0036/327/TSR, 11 mars 2016, MWABOKANDO NYAMOPONDA Vivine/MWABOKANDO Sandrine, 5^e et 6^e feuillets, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.const 003/ 177/TSR/Filtrage, 10 aout 2016, DIAKANUA SALAZAKU/SILIIVANGI NGONDO David, 6^e et 7^e feuillets, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025 ; CC, R.const. 006/171/filtrage, 22 avril 2016, KABUNDA Jacques/WAIZAI-AKU René, 3^e feuillet, disponible sur : <https://www.droitcongolais.info/matieres-constitutionnelles.html>, page consultée le 20.01.2025. Une argumentation similaire, voy. CC, R.const. 1491 du 12 mai 2021, Pelo Ngungi Théophil/ Tribunal de paix de Kinshasa/Pont Kasa-Vubu, JORDC, 1^{er} avril 2022, Première partie – n° 7, p. 120. Voy. aussi note 25.

à la fois commencement et fin de tout ordre juridique. Elle en déduit non seulement l'obligation pour tous, et en particulier pour les acteurs publics, de se conformer à la Constitution, mais aussi, et surtout, la nécessité de mettre en œuvre un contrôle effectif. Sans un tel contrôle, la Constitution, affirme-t-elle, serait réduite à un « (...) *simple parchemin sur lequel on peut raturer et même dénaturer le contenu sans crainte d'une quelconque sanction* ». Par ailleurs, la Cour se réaffirme avec insistance comme gardienne de la Constitution. Elle ancre son argumentation dans la notion d'État de droit, lequel repose, selon elle,²⁹ sur trois piliers fondamentaux : « (...) *un ordre juridique relativement centralisé et hiérarchisé ayant pour clé de voûte la loi fondamentale, la soumission de tous, personnes privées et organes publics, au droit, et la sanction de toute violation du droit* » (cf. 12^e feuillet).

Plus loin, la CC, toujours dans le prolongement de la proclamation de la RDC comme État de droit, en déduit la nécessité de restreindre, à tous les niveaux, la liberté d'action des pouvoirs publics. Cette limitation s'opère par l'entremise de normes juridiques supérieures, dont le respect ne peut être assuré que par l'intervention d'un juge. Parmi les corollaires de l'État de droit, la Cour souligne également l'exigence de cohérence et de stabilité de l'ordre juridique, au sommet duquel trône la Constitution. Ces éléments justifient, selon elle, l'obligation de conformité des normes inférieures à celles qui leur sont supérieures dans la hiérarchie juridique. À travers cette affirmation, la Cour entend non seulement rappeler le principe de légalité, mais aussi, et surtout, mettre en avant le principe de constitutionnalité, dès lors qu'il s'agit des rapports entre la Constitution et les normes infra-constitutionnelles.³⁰ Elle va jusqu'à qualifier ce principe de constitutionnalité de forme métamorphosée du principe de légalité (cf. 12^e feuillet), le considérant comme la condition matérielle de validité des actes émanant des pouvoirs publics dans un État de droit. Forte de cette lecture, la Cour se positionne comme le dernier rempart contre toute atteinte à la Constitution. Elle estime que cette qualité lui confère une mission de purification de l'ordre juridique (cf. 15^e feuillet), consistant notamment à écarter, dans leur globalité, les actes inconstitutionnels émanant des pouvoirs publics, quels qu'ils soient. Ce faisant, elle affirme veiller à l'effectivité du principe de l'État de droit tel que posé par la Constitution.

Très déterminante pour la validation de l'extension de sa compétence aux décisions de justice est l'interprétation que la CC donne de l'article 149 de la Constitution. Selon elle, en effet, le pouvoir judiciaire est, aux termes de l'alinéa 2 de cette disposition, dévolu aux Cours et Tribunaux, lesquels doivent, en raison de leur mission, « inspirer confiance », sans quoi ils susciteraient des « sentiments de méfiance ». La Cour insiste ainsi sur la nécessité, pour ces organes dont la compétence participe directement à la réalisation de l'État de droit, de respecter l'ensemble de l'ordonnancement juridique, au sommet duquel se trouve la

29 Position légèrement divergente : *Louis Favoreu/Patrick Gaïa/al...*, Droit constitutionnel, Paris, 1998, p. 49, cité par *Ngondankoy Nkoy-ea-Loongya*, note 14, p. 14.

30 Dans le même sens que la Cour, voy. *Vunduawe te Pemako/Mboko Dj'Andima*, note 2, n° 167, *Esambo Kangashe*, note 4, p. 98 (la légalité constitutionnelle).

Constitution. En d'autres termes, les juridictions ne sauraient se soustraire à l'exigence de soumission aux normes juridiques en vigueur (cf. 13^e feuillet). À travers ce rappel, la Cour souligne le poids de la responsabilité qui incombe aux Cours et Tribunaux dans l'exercice de leur mission de dire le droit. Cette mission, essentielle dans un État de droit, impose une rigueur accrue, précisément pour garantir la confiance du justiciable. Et puisque, selon l'adage, la charité bien ordonnée commence par soi-même, cette exigence de conformité au droit doit s'appliquer d'abord aux organes qui ont pour tâche d'en assurer le respect par les autres. Il se dégage dès lors deux niveaux de soumission au droit : d'une part, celle des juges eux-mêmes, garants directs et principaux de l'État de droit; d'autre part, celle des autres acteurs publics ou privés. Le premier niveau perdrait toute signification sans un mécanisme de contrôle effectif. Ainsi, bien qu'elle ne le dise pas de manière explicite, la Cour semble se réserver, en tant que gardienne de la Constitution, le pouvoir de censurer toute violation constitutionnelle imputable aux juridictions, dans l'objectif de restaurer la confiance susceptible d'être entamée par ces violations. Dans cette logique, et au regard de leur effet normatif, la Cour assimile les actes juridictionnels à des normes juridiques, dès lors qu'ils créent ou modifient des droits et obligations, au même titre que les lois ou les règlements. Leur validité, selon elle, dépend dès lors de leur conformité aux normes supérieures dont actes législatifs, ou même réglementaires (cf. 13^e feuillet).

En outre, la CC affirme, de manière générale et sans s'appuyer sur une base textuelle précise, que la Constitution n'autorise aucun des pouvoirs qu'elle institue à porter atteinte aux droits fondamentaux, à l'équilibre du système démocratique, à celui des pouvoirs ou aux fondements de l'État de droit. Selon elle, l'absence d'une telle interdiction viderait la Constitution de toute portée normative, la réduisant à une simple déclaration d'intention sans valeur contraignante, voire à une « farce absurde », dénuée de sens et d'essence. La Cour relève néanmoins que la même Constitution ne reconnaît ni au législateur ni au Gouvernement la faculté de censurer les décisions rendues par les juridictions, ni celle de leur adresser des injonctions ou de se substituer à elles dans la résolution des litiges relevant de leurs compétences. Cette absence de pouvoir de contrôle sur les juridictions par les autres institutions ne saurait toutefois, selon la Cour, être interprétée comme traduisant une volonté constitutionnelle de conférer aux juridictions un pouvoir illimité, leur permettant de porter atteinte aux valeurs fondamentales consacrées par la Constitution. Dans cette perspective, la Cour se positionne à la fois comme « garde-frontière » chargé de fixer les limites de l'action normative de toute autorité publique et comme dernier rempart en matière de garantie et de préservation de l'État de droit. Elle estime que ce rôle implique de veiller à ce que toutes les institutions, au même titre que les particuliers, soient soumises à l'autorité exclusive du droit, en ce compris les juridictions, dont les actes doivent eux aussi s'inscrire dans le respect des normes constitutionnelles (cf. 13^e feuillet).

Pour justifier la soumission des décisions de justice au contrôle de constitutionnalité, en dépit de l'absence de toute disposition constitutionnelle explicite en ce sens, la CC, sans renoncer aux fondements que constituent la démocratie pluraliste et l'État de droit (fondements qu'elle continue de considérer comme garants de l'inaliénabilité des droits

fondamentaux dans le système constitutionnel congolais – cf. 13^e feuillet) renforce son argumentation en rappelant que les juridictions, à l’instar de tout autre organe étatique, tirent leur compétence du droit. C’est précisément parce qu’elles sont instituées et régies par le droit qu’elles bénéficient, selon la même Constitution, d’une indépendance à l’égard des autres pouvoirs. Partant, la Cour estime que dans la mesure où les décisions rendues par ces juridictions porteraient atteinte à l’État de droit, aux droits fondamentaux, aux principes de la démocratie pluraliste ou à toute autre valeur supérieure protégée par la Constitution, notamment celles visées à l’article 220, elles peuvent et doivent être soumises à son contrôle. Dans cette logique, elle considère que l’immunité attachée aux décisions de justice ne peut faire obstacle à son intervention lorsqu’il s’agit de rétablir la primauté constitutionnelle. Ainsi, elle qualifie ces décisions juridictionnelles d’« actes » susceptibles de recours devant elle, en sa qualité de dernier rempart de l’ordre constitutionnel, et ce, même en l’absence de toute base textuelle claire et explicite. Elle affirme expressément qu’il lui appartient de déterminer, de manière autonome, l’étendue de ses pouvoirs afin de censurer tout acte, y compris juridictionnel, qui contreviendrait à une disposition de la Constitution.

En évoquant l’article 220 de la Constitution dans sa motivation, la CC introduit un argument relativement nouveau au regard de ceux largement développés jusqu’ici.³¹ Elle se présente ainsi non seulement comme gardienne de la Constitution, actrice-clé dans l’opérationnalisation de l’État de droit proclamé par l’article 1^{er}, et garante ultime des droits et libertés fondamentaux, mais également, et surtout, comme protectrice des autres valeurs constitutionnelles qu’elle juge intangibles et irrévocables en vertu de l’article 220. Parmi ces valeurs, la Cour énumère, de manière apparemment indicative, certaines des matières interdites de révision constitutionnelle, à savoir : la démocratie pluraliste, l’inaliénabilité des droits fondamentaux et la séparation des pouvoirs (cf. 14^e feuillet). S’appuyant sur une « longue tradition » des juridictions constitutionnelles, tradition qu’elle ne documente pas précisément, notamment celle initiée à la fin de la Seconde Guerre mondiale, elle avance que ces principes sont devenus des standards internationaux de bonne gouvernance. À ce titre, ils constitueraient l’essence de tout ordre constitutionnel moderne, témoignant d’une forme de globalisation des valeurs constitutionnelles (cf. 14^e feuillet). Dans cette logique, la Cour évoque une théorie du contrôle universel de constitutionnalité, selon laquelle tout acte émanant d’une autorité publique, indépendamment de la nature de son auteur, devrait pouvoir être soumis à son contrôle dès lors qu’il est de nature normative (c’est-à-dire apte à produire des effets juridiques opposables) et susceptible de porter atteinte à la Constitution, notamment aux valeurs qu’elle estime devoir protéger. Cette extension serait d’autant plus légitime qu’il n’existe, selon elle, aucun autre juge compétent pour rétablir l’ordre constitutionnel lorsqu’il est mis à mal par un acte juridictionnel (cf. 15^e feuillet). Tout en reconnaissant l’absence de disposition constitutionnelle expresse autorisant l’extension de sa compétence au contrôle des décisions judiciaires, la Cour soutient que cette lacune ne

31 Cf. notes 20 – 24.

saurait être interprétée comme une volonté du constituant de laisser « carte blanche » aux juridictions pour franchir le seuil de l'inconstitutionnalité. Elle fonde ainsi sa compétence sur une lecture combinée des articles 1^{er} et 168 de la Constitution : le premier proclame la RDC comme un État de droit, ce qui implique la soumission de tous, y compris le juge, au droit; le second rend les décisions de la Cour opposables à tous, y compris aux autres juridictions (cf. 15^e feuillet).

Toutefois, il faut souligner que la Cour, en étendant ainsi sa compétence au contrôle des décisions judiciaires, outrepassa manifestement les limites imposées par l'absence de fondement constitutionnel explicite. En prétendant pallier une carence du système judiciaire, elle s'arroge un pouvoir exorbitant, au risque de déstabiliser la séparation des pouvoirs et de fragiliser l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ce développement jurisprudentiel, aussi ambitieux soit-il, suscite de sérieuses interrogations quant à la légitimité démocratique et institutionnelle de la Cour, qui semble vouloir se substituer aux autres organes en exerçant un contrôle quasi-exclusif sur la conformité constitutionnelle. Cette posture traduit une conception de la Cour comme censeur suprême, mais aussi comme un acteur politique à part entière, dont l'arbitraire n'est plus entièrement tempéré par un cadre normatif clair. Dès lors, il convient de s'interroger sur les conséquences de cet arrêt.

C. Des leçons à tirer

De l'arrêt R.const. 1800, il faut retenir que la CC persiste à franchir un cap délicat en reconnaissant que des actes traditionnellement exclus du contrôle de constitutionnalité peuvent, eux aussi, violer gravement la Constitution. En ce sens, elle stigmatise implicitement le constituant, qui avait pourtant délimité strictement les actes soumis à ce contrôle, en étendant largement sa compétence aux décisions de justice, qualifiées pour l'occasion, et de manière contestable, de « normes juridiques ». Ce revirement, loin d'être anodin, révèle une volonté claire de contourner les limites posées par la Constitution et fait peser le risque d'une juridictionnalisation excessive de la vie publique, au détriment de l'équilibre des pouvoirs. Il réaffirme ainsi que la protection de la Constitution, en particulier celle des droits et libertés fondamentaux et des valeurs constitutionnelles dites intangibles (article 220 de la Constitution) telle qu'assurée par le contrôle de constitutionnalité est lacunaire.

S'il faut suivre la logique de la Cour, rien ne s'oppose demain à ce qu'elle étende ce contrôle à d'autres actes non qualifiés, notamment ceux émanant de l'Exécutif, ouvrant ainsi la voie à une surveillance quasi universelle des actes des pouvoirs publics. Cette tendance vers la généralisation du contrôle constitutionnel, qui s'appuie principalement sur l'exigence de soumission de tous au droit dans l'État de droit, soulève de sérieux problèmes de sécurité juridique et de séparation des pouvoirs. Par ailleurs, la question de savoir si cette extension devrait se limiter aux droits fondamentaux bénéficiant d'une protection renforcée au titre de l'article 61 de la Constitution, ou si elle pourrait également s'appliquer aux autres droits fondamentaux « ordinaires » demeure en suspens. Pour ce qui est des décisions judiciaires, il demeure aussi à clarifier si, au-delà des arguments et conditions

déjà avancés, la portée de cette extension doit nécessairement concerner les matières dites « verrouillées » par l'article 220 de la Constitution. On peut en effet se demander si le recours à cette disposition et à la notion de démocratie pluraliste constitue un simple argument complémentaire visant à renforcer la position adoptée, ou s'il s'agit au contraire de conditions spécifiques propres à l'extension de la compétence sur les actes judiciaires.

Cet arrêt soulève plusieurs autres observations critiques. Le premier point de critique concerne l'étrange qualification par la CC des décisions de justice comme des « normes juridiques » dont la validité dépend de leur conformité aux normes supérieures dont actes législatifs ou même les actes réglementaires. En réalité, les décisions judiciaires ne font que constater et appliquer le droit existant.³² Cette assimilation des décisions de justice à des normes juridiques apparaît donc erronée, sinon très discutable. Pour justifier l'extension du contrôle, il aurait été largement suffisant de relever que ces décisions peuvent violer la Constitution et que, dans un État de droit, tous doivent se soumettre au droit, sans pour autant prétendre que les décisions de justice sont des normes à part entière, une distinction fondamentale que la Cour semble avoir négligée. Le second point critique découle directement de cette idée d'une soumission universelle au droit. L'interprétation que fait la CC tend vers une généralisation sans limite du contrôle de constitutionnalité. Sous cette logique, aucun acte des pouvoirs publics, et même des particuliers, ne devrait désormais échapper à un contrôle juridictionnel. Cette approche soulève le risque d'instaurer un véritable « gouvernement des juges », avec la CC placée au centre de tout contrôle, ce qui pose de sérieux problèmes institutionnels. Sur ce point, il convient aussi de souligner l'interprétation pour le moins discutable que la Cour donne à l'article 149 alinéa 2 de la Constitution. Certes, il est légitime d'exiger des cours et tribunaux, en tant que garants du droit, qu'ils inspirent confiance en respectant la loi. Toutefois, la Cour omet de considérer la portée de cette exigence pour elle-même, en tant que membre du pouvoir judiciaire. Si elle s'arroge le droit de contrôler les actes des autres juridictions, pourquoi ses propres décisions échappent-elles à tout contrôle? En effet, la CC est le dernier rempart, ses décisions s'imposent à tous et ne peuvent être censurées par aucune autre autorité. Cette asymétrie révèle une faiblesse majeure dans l'argumentation fondée sur la soumission de tous au droit. La soumission doit nécessairement être encadrée par les moyens juridiques disponibles, ce qui projette l'existence presque toujours des situations qui échappent au contrôle juridictionnel. Or, la Cour semble ignorer cette réalité en prétendant vouloir tout contrôler, au risque de dépasser ses propres limites. Par conséquent, loin de garantir la confiance dans le système judiciaire, cette extension du contrôle pourrait fragiliser l'équilibre institutionnel et la sécurité juridique qu'elle entend protéger.

Par ailleurs, s'abstenir de contrôler les décisions de justice au motif qu'un tel contrôle n'est nullement prévu par la Constitution pourrait, paradoxalement, constituer une manifes-

32 Sur les débats autour de la question de savoir si le juge crée le droit ou non, lire : *Esambo Kangashe*, la Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives, Louvain-La-Neuve 2010, p. 92 ss.

tation de la soumission au droit, et donc une affirmation, plutôt qu'un affaiblissement, de l'État de droit tel que proclamé à l'article 1^{er} de la Constitution. Une telle retenue de la part de la CC n'équivaudrait pas à une négation de l'État de droit, mais relèverait plutôt du respect scrupuleux des limites matérielles de ses attributions telles que fixées par le constituant. Pour mieux apprécier la portée de cette affirmation, deux questions, bien qu'intimement liées, méritent d'être distinguées : d'une part, celle de l'obligation de soumission des pouvoirs publics au droit, corollaire de la proclamation de l'État de droit (soit la question du « *si* » : le fond touchant l'existence même de cette obligation); d'autre part, celle des mécanismes juridiques institués pour assurer le respect de cette obligation (soit la question du « *comment* » : la forme ou la manière dont l'exécution de cette obligation doit être assurée). S'agissant de la première question, il ne fait aucun doute que tous les organes de l'État, y compris les juridictions, sont juridiquement tenus de se conformer à la Constitution, en ce compris au respect des droits et libertés fondamentaux garantis.

En ce qui concerne la seconde question, cependant, il convient de souligner que la garantie de cette soumission s'exerce, s'agissant des juridictions, essentiellement à travers le système des voies de recours prévues par la loi : appel, révision, cassation, etc. Ce système repose sur le principe du double degré de juridiction et sur la fonction de régulation juridique dévolue aux cours suprêmes. Ainsi, dans le cadre constitutionnel actuel, le contrôle des décisions juridictionnelles s'épuise au niveau des juridictions de cassation. Au-delà, aucune voie de recours n'est envisagée par la Constitution, fût-ce au nom de la protection des droits fondamentaux ou de l'État de droit. On peut certes formuler des critiques à l'encontre de cette limitation, mais elle participe d'un équilibre entre la sécurité juridique et la stabilité des institutions : toute possibilité de remise en cause indéfinie des décisions de justice aboutirait inévitablement à une insécurité juridique permanente. Autrement dit, le respect du principe de soumission au droit, s'agissant des décisions rendues par les cours et tribunaux, est essentiellement garanti par l'existence des différentes voies de recours, qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires, permettant aux juridictions hiérarchiquement supérieures d'« examiner » et, le cas échéant, de « corriger » les erreurs, principalement celles de droit, commises par les juridictions inférieures. À ces mécanismes s'ajoute la faculté pour toute juridiction d'adresser une question préjudicielle à la CC, notamment dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception pour faire constater un cas d'inconstitutionnalité.³³ Ce dispositif se résume, en substance, dans les principes de double degré de juridiction et de cassation ainsi que dans l'existence de différentes voies de recours qui s'y rapportent : celles ordinaires et extraordinaire ainsi que celles dites de rétractation. Dans l'hypothèse où les juridictions d'appel ne parviendraient pas à remplir pleinement cette fonction régulatrice, il revient aux juridictions de cassation d'y suppléer. Celles-ci, conformément à l'économie du système constitutionnel en vigueur, interviennent en dernier ressort. En effet, la Constitution ne prévoit aucun recours supplémentaire contre les décisions juridictionnelles après l'intervention des juridictions de cassation. Si l'absence

33 Dans ce sens, à peu près : *Vunduawe te Pemako/Mboko Dj'Andima*, note 2, n° 98.

d'un tel recours ultime peut, à certains égards, faire l'objet de critiques, elle ne saurait pour autant être perçue comme une négation de l'État de droit. Un système admettant une remise en cause indéfinie des décisions de justice, ou, plus largement, de tout acte émanant des autorités publiques, risquerait en effet d'induire une insécurité juridique incompatible avec les exigences fondamentales de stabilité et de prévisibilité du droit.

En outre, à supposer même que l'on admette la démarche de la CC consistant à s'ériger en censeur ultime des décisions judiciaires, la logique d'un État de droit cohérent exigerait alors qu'un contrôle soit également envisageable à l'encontre des décisions de ladite Cour, lesquelles, bien que revêtues de l'autorité de la chose jugée, ne sauraient être considérées comme infaillibles.³⁴ Or, en l'état actuel du droit positif congolais, aucune disposition ne permet une telle révision, ce qui confère à la Cour une position juridiquement inexpugnable, et donc, paradoxalement, en rupture avec le principe de soumission de tous au droit qu'elle prétend défendre. L'argument tiré de l'article 168 de la Constitution, relatif à l'opposabilité *erga omnes* des arrêts de la Cour, ne saurait à lui seul justifier cette extension de compétence. Ce glissement jurisprudentiel aboutit en effet à placer la CC au centre du système juridico-politique, en lui conférant une autorité quasi absolue, susceptible de s'exercer sur l'ensemble des actes des pouvoirs publics, sans contrepoids. Cette orientation rapproche dangereusement le système congolais du modèle allemand, dans lequel tous les actes des pouvoirs publics sont, en principe, susceptibles de contrôle par la CC fédérale (BVerfG). Mais la comparaison s'arrête là : d'une part, une telle possibilité est expressément prévue par la Loi fondamentale allemande ; d'autre part, elle est rigoureusement limitée au respect des droits fondamentaux,³⁵ dans un contexte historique bien particulier. En RDC, à l'inverse, l'élargissement de la compétence de la CC procède d'une construction prétorienne, parfois non constante, non encadrée textuellement, et potentiellement génératrice d'un déséquilibre institutionnel.

Conclusion

La position adoptée par la CC dans l'arrêt R.const. 1800 en soumettant les décisions de justice au contrôle de constitutionnalité pourrait s'expliquer par le souci de pallier les faiblesses structurelles du système mis en place par le constituant, en réduisant de manière significative les zones d'injusticiabilité des violations de la Constitution. Dans cette perspective, l'on pourrait soutenir que la jurisprudence récente de la Cour opère une véritable reconfiguration du champ de contrôle de constitutionnalité, en y intégrant de manière progressive et pragmatique l'ensemble des actes émanant des pouvoirs publics, dès

34 Il ne s'agit nullement d'une simple spéculation théorique, mais bien d'une préoccupation juridique réelle et légitime. Il est de notoriété publique que la grande majorité des décisions rendues par la CC se trouvent régulièrement au centre de vifs débats, tant dans les milieux juridiques que dans l'ensemble des sphères de la vie politique et sociale. L'illustration emblématique en est fournie par l'affaire récente impliquant le sénateur Matata Ponyo, qui a suscité une controverse considérable.

35 Cf. supra, notes 3 – 7.

lors que ceux-ci sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux ou aux principes de l'État de droit et qu'il n'existe d'autres voies judiciaires disponibles pour faire cesser ces violations. Dans ce schéma ainsi remodelé par la Cour, seuls ses propres actes échapperaient à tout contrôle juridictionnel de constitutionnalité, en raison de leur caractère définitif et de l'absence de tout recours.

Ce développement jurisprudentiel, bien que potentiellement favorable au renforcement de l'État de droit, ne va pas sans susciter de profondes réserves quant à sa conformité avec l'esprit du texte constitutionnel. La CC, en tant qu'organe institué par la Constitution, tire sa légitimité et son autorité de cette même norme qu'elle est censée protéger. Or, l'extension de sa compétence aux domaines non expressément prévus par le constituant soulève une difficulté de principe : peut-on réellement protéger la Constitution en s'affranchissant des limites qu'elle impose ? L'idée selon laquelle une violation ponctuelle des prescriptions constitutionnelles pourrait être justifiée par des fins supérieures de protection de ladite Constitution semble heurter les fondements mêmes de la logique juridique. Une telle démarche relèverait, en somme, d'une sorte de « violation-protection », concept juridiquement discutable sinon contradictoire.

En outre, cette tension interne au raisonnement de la Cour se reflète à travers une analogie révélatrice. L'article 61 de la Constitution classe le droit de recours parmi les composantes du noyau dur des droits et libertés intangibles visés en même temps implicitement à l'article 220 al. 2 du même texte, interdisant formellement toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de réduire notamment les droits et libertés de la personne. Pourtant, la même Constitution admet que certaines décisions rendues par les juridictions de cassation, statuant en premier et dernier ressort, ne soient susceptibles d'aucun recours, ni ordinaire ni extraordinaire. Il en résulte une forme d'incohérence structurelle, inhérente au système constitutionnel lui-même, et dont l'existence ne saurait légitimer une relecture extensive de la compétence de la Cour par elle-même. Dans cette perspective, la conception juridictionnelle du contrôle de constitutionnalité développée par la Cour, fondée sur une approche quasi illimitée et instrumentalisée de l'exigence de soumission au droit, apparaît difficilement conciliable avec l'économie générale et l'esprit du texte constitutionnel. Elle tend à substituer une logique prétorienne d'opportunité à une fidélité rigoureuse à la lettre et à l'équilibre de la Constitution.

En définitive, la Cour, investie de la mission essentielle de protéger la Constitution contre les excès de pouvoir de tous les organes de l'État, se veut désormais le censeur suprême et l'ultime recours en cas de violation de celle-ci, ce qui pose un problème de concentration excessive de pouvoirs et un risque de dérive. Néanmoins, elle se présente aussi comme un instrument de pacification et de stabilisation de la vie socio-politique congolaise, rappelant que la lutte pour la démocratie pluraliste est indissociable du respect et de la sécurisation juridique, de la primauté du droit et des droits fondamentaux.

Pas de rupture avec le passé – Commentaire de l'article 80 du code congolais du travail

Par Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi / Gloria Lubaki Sita*

« Pour concevoir la circulation de l'obligation, il faut la détacher de la personnalité de ceux qui l'ont fait naître et l'envisager, non plus comme un rapport inter-individuel, mais comme un élément de richesse (...) »¹

Résumé

Le droit du travail, étant une branche du droit social, énonce des dispositions plus favorables à l'intention des personnes dont la loi a voulu protéger les intérêts, à savoir les travailleurs. L'article 80 du code du travail ne s'écarte pas de cette fonction protectrice, en posant le principe du maintien des contrats de travail en cas de substitution de l'employeur. L'application de ce principe appelle dans la pratique plusieurs éclaircissements, tant les situations impliquant une modification de la situation juridique de l'employeur et les mutations économiques de l'entreprise sont variées. Le présent article analyse minutieusement les dispositions de l'article 80 du code du travail, ce qui inclut le principe de maintien des contrats de travail et ses effets juridiques, le régime particulier appliqué aux entreprises en difficulté économique ainsi que le cas de la force majeure, et enfin le caractère d'ordre public de la cession des contrats de travail.

Introduction

L'article 80 du code du travail traite du régime juridique appliqué à la relation de travail en cas de substitution dans la personne de l'employeur, c'est-à-dire les conséquences juridiques sur l'exécution des contrats de travail. Dans telle circonstance, le droit du travail, se distançant du droit commun des contrats, admet la continuité de plein droit des relations contractuelles, le statu quo des engagements respectifs entre parties sans requérir le consentement des travailleurs dont les contrats sont cédés.

Le droit du travail édicte les normes de protection des travailleurs. Cette fonction protectrice du « droit social » est soutenue par l'idée selon laquelle le contrat de travail impose

* Dr Kumbu ki Ngimbi Jean-Michel, LL.M. (Hamburg) est Professeur Ordinaire en République démocratique du Congo. Il enseigne dans plusieurs universités. Il est aussi professeur invité à l'université de Liège, de Würzburg et à l'université panafricaine au site de Soa, Yaoundé II au Cameroun. Il enseigne le droit du travail entre autres.

Dr. Lubaki Sita Gloria est enseignante et chercheure, agent au ministère des affaires étrangères en République démocratique du Congo.

1 Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, Obligations : Régime général, 5^e éd., Paris, 1997, p. 3.

aux travailleurs des clauses qu'ils n'ont pas eu la pleine latitude de négocier, ce qui crée une situation inégale de négociation². Dans la pratique, le contrat de travail s'apparente à un contrat d'adhésion. Le travailleur souscrit aux conditions stipulées par l'employeur; et cela est d'autant plus vrai dans un pays où la situation économique et la précarité de l'emploi laissent peu de place à la liberté contractuelle (c'est soit à prendre, soit à laisser). L'article 80 du code du travail ne s'écarte pas de cette fonction protectrice en anticipant les conséquences juridiques que peut subir la relation de travail en cas de substitution d'employeur³. La question de la substitution est traitée au travers ses conséquences, à savoir le maintien des contrats de travail en cours⁴, dont l'objectif est d'éviter que les travailleurs ne perdent leurs postes et d'assurer la stabilité de l'emploi. L'article 80 du code du travail applique ainsi le principe du maintien des liens contractuels en matière du travail (exécution d'un contrat successif) lorsque la situation juridique d'un contractant (l'employeur uniquement⁵) vient de subir certains changements (l'employeur originel se retire des obligations contractuelles). Il est la transposition dans le rapport de travail de la conception civiliste de la cession de contrat. La cession de contrat de travail n'est que la conséquence d'un acte

- 2 Le droit du travail est « un droit régissant des rapports de travail potentiellement conflictuels entre deux parties disposant d'un pouvoir inégal » (*Guylaine Vallée*, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne : quel rôle pour le droit du travail? », *Journal relations industrielles*, vol. 54 (2), 1999, p. 279); la relation de travail au travers « la subordination expose le travailleur au risque de pressions de son employeur et ne lui permet, dès lors, pas d'exprimer un consentement libre et éclairé » (*Fabienne Kefer et Nicolas Thiron*, « Les entreprises en difficulté en Belgique- à l'intersection du droit économique et du droit du travail, *Revue juridique Thémis*, Vol.43 (3), 2014, p. 954).
- 3 Il s'agit de la situation de transfert de contrat de travail, au travers de laquelle l'ancien employeur (le cédant) transfère les contrats de travail au nouvel employeur (le cessionnaire), conférant à ce dernier les droits et obligations qu'il avait à l'égard des travailleurs. La substitution est également définie comme l'action, pour une personne, de se mettre à la place d'une autre ou le fait d'agir à sa place (*Gérard Cornu*, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13e éd., 2020, p.987). La substitution implique le remplacement, au mieux l'effacement d'un contractant au profit d'une personne, qui était tierce à la relation originelle. Le terme « effacement » a plus d'effets dans la mesure où la personne remplacée disparaît du rapport contractuel. Certains auteurs sont d'accord que le terme substitution ou remplacement convient le mieux que celui de cession : « la formulation retenue (de cession) paraît inappropriée, car c'est une substitution de personne, un remplacement, qui est opérée, plutôt qu'une cession » (*Gael. Chantepie et Mathias Latina*, *Le nouveau droit des obligations- commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2^e éd., Paris, 2018, p. 547).
- 4 En droit commun des contrats, le maintien des contrats s'applique aux contrats à exécution successive, pour ne pas libérer une des parties (ou les parties) de l'exécution de son obligation avant la réalisation du terme (au tant pour le contrat à durée déterminée que pour le contrat à durée indéterminée), sans que cela n'empêche les parties in consensus de se libérer de leurs obligations. Le maintien des contrats en cours ne doit pas être assimilé à un renouvellement des contrats, lequel implique un nouveau contrat.
- 5 La substitution du côté du travailleur n'est pas une cession de contrat, mais conduit à la conclusion d'un nouveau contrat, en application principalement de l'article 50 alinéa 1 du code du travail « Le travailleur a l'obligation d'exécuter personnellement son travail, dans les conditions, au temps et au lieu convenus ».

juridique (l'accessoire d'un contrat principal de « cession d'entreprise ») liant le cédant et le cessionnaire (l'ancien employeur et le nouvel employeur), sans lequel le transfert des contrats de travail n'a pas lieu. Pour mettre en évidence le caractère accessoire du transfert des contrats de travail et s'aligner à la pensée du législateur, nous préférons l'emploi des termes de « employeur substitué et employeur substituant » ou ancien employeur et nouvel employeur en lieu et place de « l'employeur cédant et employeur cessionnaire ».

Bien que le législateur congolais ait pris le soin d'énoncer une liste exemplative des opérations qui matérialisent la substitution d'employeur, il n'est pas toujours aisé de comprendre le mécanisme de substitution. C'est ainsi que nous empruntons de la législation européenne⁶, la notion de « cession d'entreprise », laquelle traite les effets juridiques du transfert d'une unité économique. La cession de l'entreprise entraîne la cession des contrats de travail⁷. Le mécanisme de la cession des contrats constitue un instrument de pérennisation du contrat et une alternative à la rupture des liens contractuels⁸. Cette rupture est évitée par la transmission forcée des obligations contractuelles corrélativement à la cession de l'entreprise. Il ressort de la lecture de l'article 80 du code du travail, que le législateur assure la protection de la partie la plus faible en évitant la rupture de la relation de travail.

Plusieurs questions découlent de l'interprétation de l'article 80 du code du travail : quel est le fondement du maintien des contrats de travail? Comment interpréter la notion des contrats en cours ou, plus général, quels sont les travailleurs concernés? Quelle est la marge de manœuvre accordée au nouvel employeur dans l'aménagement de la relation de travail? Les lignes qui suivent constituent une analyse de la fonction protectrice du droit social, en mettant en évidence les particularités de ce droit par rapport au droit commun des contrats (dont référence est faite à plusieurs reprises). Il en découle que la substitution d'employeur n'entraîne pas de rupture avec le passé, du moins dans un premier temps; le contrat s'exécute et continue à produire ses effets comme si aucune situation juridique n'en a perturbé l'exécution.

La portée de l'article 80 du code du travail est vaste, tant les situations impliquant une modification de la situation juridique de l'employeur sont variées. Cependant en se référant à la délimitation opérée par le législateur, nous subdivisons la présente analyse en trois points principaux. Le premier traite du principe de maintien des contrats de travail

6 Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO UE n° L 082 du 22/03/2001 p. 0016 – 0020; La directive s'applique « à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion » (article 1).

7 « Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire » (article 3–1 Dir. 2001/23/CE du 12 mars 2001).

8 *Christophe Broche*, « La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle? », *Revue de la Recherche juridique*, 2012. <https://hal.science/hal-01479432v1> (consulté 15.8.2023).

et de ses effets juridiques généraux. Le deuxième analyse le régime particulier appliqué aux entreprises en difficulté économique et de la force majeure. En effet, la situation d'insolvabilité de l'employeur peut conduire à la cession de l'entreprise ou d'une branche d'activité. Dans ces circonstances il peut s'avérer délicat de maintenir tous les contrats en cours. Il faudra alors procéder aux licenciements. Le troisième point explique le caractère forcé de la cession des contrats de travail. Ceci permet de comprendre certaines restrictions imposées aux parties puisqu'il ne s'agit pas d'une cession conventionnelle des contrats.

A. La consécration du principe de maintien des engagements contractuels

La cession de contrat se conçoit comme une opération par laquelle une partie à un contrat en remplace une autre⁹. La substitution d'employeur n'est que la matérialisation de la mutation que subit le contrat de travail, par l'introduction d'un tiers dans le lien contractuel¹⁰, en lieu et place de l'employeur initial. Le transfert de contrat ne s'opère qu'accessoirement à l'acte de cession opérée en amont entre le cédant et le cessionnaire. Le cessionnaire est substitué en droits et en obligations du cédant, qui disparaît de la relation de travail. L'alinéa 1 de l'article 80 du code du travail dispose à cet effet : « lorsqu'il y a substitution d'employeur, notamment par cession, succession, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent entre le nouvel employeur et le personnel ». Le droit au travail étant un droit constitutionnellement garanti, sa mise en œuvre intervient non seulement comme un droit d'accès à un emploi, mais s'étend à la protection des acquis du contrat de travail face aux aléas affectant la vie de l'entreprise. Le législateur n'a pas délimité le périmètre de la circulation du contrat de travail, résultant de la substitution de l'employeur. Cette substitution s'interprète au regard de la cession de la qualité et de la cession d'entreprise (I.1). En outre, le champ d'application de l'article 80 est restreint aux contrats de travail en cours au jour de la substitution, par conséquent seuls les « travailleurs » peuvent prétendre aux bénéfices de la protection (I.2). Le maintien des contrats en cours produit ses effets à la fois dans la relation entre l'employeur substitué et l'employeur substituant qu'entre le substituant et le personnel (I.3).

9 Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2015, p. 215.

10 « Ce tiers devient partie au contrat, de la même manière qu'un héritier » (Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, 2016, p. 224). Un des cocontractants disparaît du lien contractuel de sorte qu'il est libéré des obligations futures. « Le cessionnaire, devenu partie au contrat, s'y trouve dans la position qu'occupait le cédant et en prend les avantages et charges en l'état » (Idem, p. 227).

I. Les opérations juridiques sous-jacentes à la substitution d'employeur

La réalité sous-jacente à la substitution d'employeur est la modification de l'identité de celui-ci. En général, le changement dans la personne d'une des parties au contrat constitue un bouleversement de l'équilibre initial¹¹ des engagements contractuels. Cette approche essentiellement juridique est la conséquence d'une autre opération portant sur le transfert de l'entreprise que nous qualifions d'approche économique, parce que l'accent est mis sur le transfert d'une activité économique. Nous convenons que l'article 80 du code du travail ne s'applique pas qu'aux employeurs exerçant une activité économique. Il se rapporte à toute relation de travail réglementé par le code du travail, indépendamment de la nature de l'activité exercée par l'employeur. Cependant, les mutations économiques font que les contentieux sont moins nombreux si les travailleurs prestent en dehors du cadre commercial. Par ailleurs, ce que l'article 80 du code de travail n'exprime pas explicitement, c'est qu'à travers la substitution d'employeur s'effectue une opération par laquelle une activité économique est transférée à un nouvel exploitant, l'employeur substituant. Cette modification dans la qualité d'employeur déploie ses effets tant sur le rapport individuel de travail que sur le rapport collectif. Il convient alors d'analyser le concept de substitution utilisé par le législateur selon l'approche juridique de la cession de qualité, et la compléter par l'approche économique de cession d'entreprise.

1. La cession de la qualité d'employeur¹²

La substitution d'employeur est une opération juridique conduisant au remplacement par une nouvelle personne, physique ou morale, en qualité d'employeur, l'ancien contractant; et qui hérite des droits et obligations attachés à cette qualité.

Le contrat de travail peut être envisagé comme un bien, et en cas de cession, telle une vente qui opère un transfert de propriété avec toutes les attributs, s'opère un transfert de qualité de contractant, « conférant au cessionnaire la qualité de partie avec toutes les prérogatives y attachées »¹³. Le domaine de la substitution exclut de ce fait toute opération juridique qui n'implique pas un transfert de qualité. À ce sujet, dans les situations de représentation et de sous-contrat, il a été conclu que « le représentant ou le sous-contractant n'est pas partie au rapport de droit originaire »¹⁴. Les actes accomplis par le représentant, dit-on¹⁵, engendrent des droits et des obligations non pour le représentant, mais pour le

11 Terme emprunté de A. Bénabent, op. cit., p. 248.

12 L'article 1216 du code civil français énonce « un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ». Cet article institue le régime général de la cession conventionnelle des contrats.

13 B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Op. cit., p. 5.

14 *Emmanuel Jeuland*, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, Paris, 1999, p. 8.

15 G. Cornu, Op. Cit., p.896.

représenté qui demeure le créancier ou le débiteur du tiers avec lequel le représentant a traité. Dans le cas du sous-contrat, le lien de droit direct limité entre l'un des contractants originaires et le tiers sous-contractant empêche que cette opération soit qualifiée de substitution. En outre, le sous-contrat met en présence une convention principale sur laquelle s'est calquée une convention secondaire, de sorte qu'on se retrouve en présence de deux contrats distincts : « entre l'une des parties originaires et le tiers sous-contractant se créent des rapports juridiques nouveaux »¹⁶. En ce qui concerne la substitution, nous convenons « qu'il ne s'agit pas d'un acte constitutif d'obligations (*dans le sens d'instituer des nouvelles obligations*) puisqu'aucune obligation n'est créée »¹⁷, c'est le contrat originel qui continue à produire ses effets et le substituant agit en son propre nom et à ses risques.

L'article 80 du code du travail ne contrevient pas à l'effet relatif du contrat¹⁸. En effet, dans la substitution, l'on constate que si l'ancien employeur disparaît du rapport contractuel et devient tiers, le nouvel employeur endosse la qualité de partie contractante sous l'effet de la transmission des droits et obligations. De la sorte, le contrat continue à être exécuté par les travailleurs comme si aucun événement n'en a perturbé le cours, étant donné que ceux-ci (les travailleurs) sont tiers à la cession d'entreprise. Le contrat de travail originel reste la même source des obligations à l'égard de l'employeur substituant et le personnel alors qu'à l'égard de l'employeur substitué les effets sont éteints, c'est-à-dire il n'y est plus lié. Endossant la qualité de tiers, le contrat reste opposable à l'employeur substitué¹⁹. Ce dernier peut également opposer à ses anciens employés cette qualité de tiers en cas de manquement par l'employeur substituant de ses obligations contractuelles après la substitution.

Considérant que la substitution s'opère au regard de la qualité d'employeur, la définition de cette notion est importante dans la compréhension de ladite opération. L'article 7 du code du travail définit l'employeur : « toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, qui utilise les services d'un ou de plusieurs travailleurs en vertu d'un contrat de travail ». La substitution opère par conséquent une cession de la qualité. L'objet du contrat reste inchangé. L'employeur substituant devient celui qui exerce son autorité et son pouvoir de direction sur le personnel de l'entreprise²⁰. La définition de l'article 7 ne permet

16 Idem, p.972.

17 E. Jeuland, op. cit., p. 15.

18 Article 63 Décret du 30 juillet 1888 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 21 ».

19 Aussi, l'employeur substitué doit s'abstenir de tout comportement de nature à faire obstacle à la bonne exécution du contrat, sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle.

20 Ainsi, c'est à juste titre que le code du travail fait référence à la substitution de l'employeur, entendu comme opération conduisant au remplacement dans la personne d'une partie au contrat, contrairement au droit commun qui énonce une formulation plus générale en parlant de « cession de contrat ». Certains auteurs jugeant le terme « cession » dans le cas d'espèce inapproprié (Voir G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 547).

toutefois pas de faire ressortir de manière concrète le fondement du maintien des liens contractuels. En effet, le droit social met davantage en évidence la personne de l'employeur (l'entité juridique), que sa structure (la forme) au sein de laquelle le travailleur fournit une prestation. Ce qui importe, c'est le maintien des obligations des parties. L'approche juridique permet d'expliquer la transmission des droits et des obligations (du substitué au substituant) et le lien contractuel (entre le substituant et les travailleurs), mais se révèle insuffisante pour justifier le « pourquoi » de la poursuite des engagements stipulés dans le contrat originel. En outre, l'article 80 du code du travail exclut la possibilité pour l'employeur substitué et l'employeur substituant de conclure un deuxième contrat (le premier portant sur la cession de l'entreprise) dont l'objet est la seule cession des contrats de travail. Cette deuxième convention sur la cession de contrat de travail serait une opération autonome, et le caractère conventionnel de la cession laisserait entendre que les travailleurs peuvent être objet d'un contrat²¹.

2. La cession de l'entreprise et la poursuite des activités²²

Pour mieux comprendre la continuation des engagements contractuels avec l'employeur substituant, il convient de prendre comme point d'ancrage également l'approche économique, pas uniquement l'approche juridique stricto sensu. C'est le rattachement des travailleurs à une activité civile ou commerciale qui conduit à la substitution de l'employeur. C'est à l'alinéa de 2 l'article 80 code du travail que le législateur a fait le rapprochement avec l'approche économique, en faisant référence à « la cessation de l'activité de l'entreprise ou de l'établissement ». Le contrat de travail liant les travailleurs à l'employeur trouve son existence dans l'activité exercée par l'employeur; c'est autour de ladite activité que se construit l'activité professionnelle du salarié. S'il y a maintien des contrats de travail, c'est parce qu'il y a continuation de l'activité de l'employeur. Au cas contraire, le maintien des contrats perd toute son essence. L'approche économique délimite dès lors l'étendue de la protection accordée aux travailleurs sous le régime de l'article 80 du code de travail.

Le législateur donne une illustration des situations juridiques permettant au lien de droit de subsister entre le nouvel employeur qui n'a pas eu à négocier les conditions du contrat de travail et le personnel de l'entreprise. Il n'énonce pas de manière claire ce qu'il faut comprendre par « substitution d'employeur ». L'analyse juridique, ci-haut, s'est concentrée sur la qualité de partie au contrat. Nous avons conclu que le remplacement dans la personne du cocontractant laisse inchangée la qualité d'employeur ainsi que les droits et obligations qui s'y rapportent. L'approche économique permet de caractériser l'acte

21 Sous réserve de l'application de l'alinéa 2 de l'article 81 du code du travail. Par principe, « est nulle la clause stipulant que le travailleur s'oblige à passer en cours de contrat au service d'un autre employeur » (al. 1 art. 81 Code du travail).

22 La directive européenne considère « le transfert automatique des contrats de travail comme conséquence du transfert de l'entreprise, en dépit de la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire » (F. Kefer et N. Thiron, *Op. cit.*, p. 948).

juridique de substitution quant à ses effets sur la cession des contrats de travail²³. En droit comparé²⁴, l'étude du transfert des contrats et le maintien des droits et obligations est une conséquence du transfert de l'entreprise, de l'établissement ou d'une partie de l'entreprise ou de l'établissement²⁵. La cession des contrats n'est que la conséquence de la cession d'entreprise, ayant pour conséquence juridique notamment de contourner le principe de la relativité des contrats. Par ailleurs, une décision de la Cour de cassation française a conclu que « l'article L.1224 – 1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise (...) »²⁶.

L'article 80 du code du travail ne fait qu'indirectement le lien entre la cession ou le transfert de l'entreprise et le transfert des contrats de travail. Rechercher les éléments caractéristiques de la substitution, c'est relever les effets à l'égard des tiers cédés, ici entendu les travailleurs. Le préalable au maintien des liens contractuels repose sur la poursuite des activités de l'entité économique : il y a maintien et transfert d'une entreprise que s'il y a maintien et transfert de l'activité économique²⁷.

En cas de succession, l'article 80 du code de travail considère l'héritier comme continuant la personne du défunt, particulièrement par le fait de la confusion des patrimoines. La succession répond aux critères de substitution d'employeur et implique la continuité de relation du travail. Elle prend effet avec l'acceptation; en cas de renonciation, l'héritier perd ses droits dans la succession et n'acquiert pas la qualité d'employeur. La cession d'entreprise ou d'établissement est définie comme toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif²⁸.

- 23 La cession d'entreprise a pour conséquence en transmettant les droits et obligations du cédant au cessionnaire de préserver l'exploitation de l'entreprise. « La technique de cession globale ou partielle dans le redressement vise le maintien de l'activité et corrélativement des contrats qui y sont attachés » (*Aziber Seid Algadi*, « Cession judiciaire et principes contractuels en droit OHADA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60 (1), 2008, p. 46).
- 24 Notamment la directive européenne 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissement, JOUE L. 82/16 du 22 mars 2001; l'article L1224-1 du Code du travail français qui se rapporte à la modification juridique dans la situation juridique de l'employeur; et le § 613a BGB en droit allemand.
- 25 Est donc considéré comme transfert d'entreprise selon l'article 1 de la directive susmentionnée « le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».
- 26 Cour de cassation civile, Chambre sociale, 7 mai 2014, 12–29.041 13–14.291, Inédit (<https://www.legifrance.gouv.fr>).
- 27 *Jean Pelissier*, « les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42 (1), 1990, p. 154.
- 28 Art. 131 al. 3 AUPCAP (Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, JO OHADA, n° spécial du 25 septembre 2015).

En cas de fusion, l'on note une transmission universelle de patrimoine d'une société à une autre²⁹. Les articles 579, al. 1 et 191 de l'AUSCGIE³⁰ posent le postulat selon lequel la société absorbée, quoique dissoute, continue d'exister en l'absence de liquidation. La Liquidation constitue une extinction de l'activité économique (pas de continuation). Cette transmission universelle implique la poursuite par la société absorbante des contrats de travail. De même, selon les spécifications de l'acte de scission, la branche d'activité sera transférée avec le personnel y affecté, de sorte que le calcul de l'ancienneté inclut la période prestée avant l'opération de scission. En cas de réduction du personnel après la fusion, motivée par la nécessité d'organisation de l'entreprise, la société unifiée, étant l'employeur substituant, supporte la charge des indemnités à allouer aux salariés.

En cas de transformation d'une société, l'entreprise change sa forme juridique, mais la personnalité morale comme les activités économiques se poursuivent. La transformation avec maintien de la personne morale se conçoit aisément lorsqu'elle s'opère de société à société, même de société civile à société commerciale ou inversement³¹. La transformation ne donne pas lieu à la dissolution ni à la création d'une nouvelle personne morale. Tirant les conséquences de la survie de la personnalité, le droit du travail pose le principe de la continuation des contrats de travail³².

En cas de contestation, le juge doit analyser dans l'affaire sous examen que « la condition de la permanence de l'entreprise, préalable au maintien des contrats en cours soit toujours respectée »³³. En effet, les contrats de travail sont rattachés à l'exploitation de l'entreprise à travers la prestation de service fournie par les salariés.

II. La protection des contrats de travail

Le maintien des contrats en cours est une conséquence indissociable de la substitution d'employeur, car l'objet du contrat n'est pas modifié, ni dans sa validité ni dans ses effets. Si l'article 80 du code du travail cherche avant tout à protéger la situation des travailleurs, c'est parce que le déclencheur de son application est la qualification de « contrat de travail »³⁴. La notion de contrat de travail permet de circonscrire le champ d'application personnel de la disposition. Il est également important de ne se limiter qu'à la relation de

29 Art. 189 AUSCGIE; Maurice Cozian, Alain Viander et Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 32^e éd., Paris, 2019, p.781. La fusion conduit à la disparition de la société annexée, ayant disparue, il y a transmission universelle de son patrimoine.

30 Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO OHADA, n° spécial du 04 février 2014.

31 Philippe Merle, *Droit commercial – sociétés commerciales*, 3^e éd., Paris, 1992, p. 99.

32 M. Cozian, A. Viander et F. Deboissy, *Op. Cit.*, p.297.

33 Samara Nasreddine, « Modification de la situation juridique de l'employeur et sort du contrat de travail », *Revue du chercheur*, n°1, 2002, p. 2.

34 Emmanuel Dockès, « Notion de contrat de travail », *Revisat direito das Relações sociais e trabalhistas*, 2 (2), 2016, p.128.

travail existante, à savoir les contrats de travail en cours. La question est de savoir qui peut prétendre bénéficier de cette protection sociale. Pour ce faire, il convient d'exclure les rapports contractuels dont les caractéristiques ne correspondent pas à la qualification de contrat de travail, dans un premier temps; ensuite de ne considérer que les contrats de travail encore valides.

1. Les éventuelles contestations sur la qualification de contrat de travail

Qu'est-ce qui relève de l'article 80 et qu'est-ce qui est exclu de son champ d'application? Qui sont concernés par les effets de l'article 80 et qui ne peuvent pas prétendre du bénéfice de maintien de leurs contrats? Ces questions en apparence bénignes sont cependant lourdes de conséquences car permettant de délimiter le champ d'application matériel et personnel de la protection accordée par le législateur.

Si auparavant la conception traditionnelle déterminait le contrat de travail au regard du lien de subordination et au regard de la rémunération comme contrepartie de la prestation du travailleur, l'évolution technologique et les mutations sociales ont transformé le rapport de travail. Certaines formes d'emploi se font précisément en marge des manifestations usuelles de la subordination, ce qui crée des incertitudes sur leur assujettissement aux lois du travail³⁵. Les frontières de la relation de travail ne sont plus clairement identifiables et déterminables comme dans le passé. Les relations de travail modernes se distancient de plus en plus de la conception traditionnelle du travail; et depuis plusieurs années déjà sont apparues différentes modalités d'exécution de contrat de travail : « travail autonome, travail à domicile, à temps partiel, occasionnel... »³⁶.

Le lien de subordination est le critère classique de qualification d'une relation de travail, le travailleur étant toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, « sous la direction et l'autorité » d'une autre personne physique ou morale dans les liens d'un contrat de travail. C'est ce lien de subordination, élément manifeste du caractère non-égalitaire du contrat de travail qui fonde la fonction protectrice du droit social. Il s'agit comme à l'exemple du droit de la consommation de protéger la partie la plus faible. Le législateur n'a toutefois pas déterminé des critères qualitatifs pour mesurer une prestation fournie « sous la direction et sous l'autorité » d'un employeur. Cependant, au regard de la nature spécifique de leur contrat avec l'entreprise, certaines personnes sont facilement identifiables comme exclues de l'article 80 et du droit du travail en général. Il s'agit des personnes liées avec l'entreprise par un contrat de mandat. Il en est ainsi des dirigeants sociaux.

Les dirigeants sociaux, puisqu'ils accomplissent une fonction d'administration et de gestion, ne peuvent être considérés comme parties au contrat de travail, même s'ils agissent

35 G. Vallée, art. cit., p. 281.

36 Idem, p.277; Déjà à l'époque l'auteur se posait la question « les moyens mis en œuvre en droit du travail pour assurer la protection des travailleur sont-ils appropriés pour régir efficacement ces « nouveau » statuts de travail ».

par représentation au nom et pour le compte de la société, le véritable employeur³⁷. Ils sont mandataires et de ce fait ne supporte pas personnellement les risques liés aux engagements de l'employeur. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils agissent au nom et pour le compte du mandant. C'est le régime de la représentation qui s'applique et non celui de la substitution. En matière de substitution de personne, le substituant n'agit pas au nom du substitué mais pour son propre compte³⁸. Le dirigeant social s'expose à une action en responsabilité personnelle s'il apparaît qu'il a agi dans son propre intérêt.

Le contrat de travail établit un rapport de subordination juridique direct, implicitement, une subordination également économique. La notion juridique de la subordination est caractérisée dans le code du travail par les concepts « direction et d'autorité ». Le travailleur subordonné est ainsi défini comme un travailleur soumis aux ordres, aux directives, au contrôle et aux sanctions de son employeur³⁹. Cette catégorie de travailleurs englobe aussi bien les apprentis, les intérimaires que les stagiaires. La subordination juridique se concrétise aussi à travers les conditions d'accomplissement de la tâche ou les conditions dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs⁴⁰. Cependant dans la pratique, dans du débat sur la qualification de contrat de travail, il s'agit de prouver une subordination de fait, un état de subordination, et non un lien de droit, une subordination juridique⁴¹. Cela revêt un intérêt particulier pour les travailleurs indépendants et ceux fournissant une prestation à domicile (home office). Le travailleur indépendant disposant d'une autonomie dans l'organisation de son travail et/ou dans la gestion de son temps de travail reste subordonné à l'employeur si celui-ci est en mesure d'imposer une sanction disciplinaire, comme mécanisme de contrôle de l'exécution de sa prestation. Il s'agit de déterminer le degré d'autonomie du travailleur, le contrôle de l'employeur ainsi que le pouvoir de sanction corrélatif, et inclure les hypothèses d'une subordination indirecte. Il ne suffit pas que le contrat soit nommé « contrat de travail » pour qu'il en soit ainsi dans le fait. Par ailleurs, le législateur ne mentionne pas nommément dans les dispositions du code du travail l'expression « lien de subordination ». C'est dans l'exposé des motifs que nous lisons « il est généralement admis que le travailleur qui signe un contrat préétabli par l'employeur se trouve placé dans une situation de subordination et de faiblesse vis-à-vis du détenteur du capital ». Pour déterminer le degré d'autonomie du travailleur, le juge est alors appelé à qualifier le contrat de travail en appréciant sur les comportement des parties.

37 Il en est de même pour les associés et actionnaires. Pour les dirigeants sociaux, il faut également prendre en considération la possibilité d'un cumul de mandats avec un contrat de travail.

38 Rappel E. Jeuland, op. cit., p. 59 et ss.

39 E. Dockes, art. cit., p. 129. Selon l'auteur, le lien de subordination juridique s'analyse sous le rapport triptyque « direction-contrôle-sanction ». Il tire cette conclusion de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation française, notamment les arrêts Labanne et Barrat.

40 Ibidem.

41 Idem, p. 131.

2. L'interprétation de la notion de contrat en cours

La fonction protectrice de l'article 80 du code du travail est pleinement assurée lorsque, malgré la modification intervenue dans la qualité de l'employeur, les emplois sont maintenus⁴². Le maintien des contrats signifie que les travailleurs conservent les mêmes avantages contractés avec l'ancien employeur, dans la mesure où leurs contrats sont transférés dans leurs formes et leurs contenus du substitué au substituant. La substitution d'employeur n'a d'intérêt que pour les travailleurs dont le contrat est en cours, et non ceux dont les contrats sont déjà résiliés.

La question ne se pose pas en ce qui concerne la relation de travail suspendue ou interrompue. La notion de contrat en cours n'est pas synonyme des prestations en cours d'exécution. Par maintien des liens contractuels, il faut comprendre que le contrat présente et conserve son caractère obligatoire, et qu'aucune partie ne peut s'en délier en invoquant la cession sans commettre une faute contractuelle⁴³. Il est de ce fait question des contrats en cours de validité, et ce même si l'exécution des obligations est suspendue ou interrompue. Le contrat en cours se rapporte à la fois « aux contrats en cours d'existence, qui n'ont pas totalement épuisé leurs effets, et aux contrats en cours d'exécution »⁴⁴. Pour ceux dont les conditions de travail sont en cours de négociation ou ceux qui sont encore dans le processus de recrutement, puisque le contrat n'est pas encore conclu, ils ne sont pas concernés par les effets de la substitution d'employeur intervenue avant la conclusion. Il faut se placer au moment de la substitution pour apprécier la qualité de travailleur⁴⁵. Le principe du maintien des contrats en cas de changement dans la qualité de l'employeur ne vaut que pour les contrats qualifiés de travail au moment du remplacement d'employeur.

En d'autres termes, la substitution d'employeur conduit à une prorogation des contrats de travail, ce qui implique le maintien de ses effets. Il faut alors que le contrat existe afin d'être maintenu. Il n'est pas nécessaire que cette existence soit prouvée par un écrit; ce qui importe, c'est le maintien du lien juridique ou de fait établissant la relation employeur-travailleur. C'est dans la notion des contrats en cours que l'article 80 trouve son essence, pour signifier que c'est le même contrat qui se poursuit sans le soumettre à un formalisme particulier. La prorogation s'effectue de facto, il n'y a pas de rupture de lien de droit, tant dans l'exécution des obligations que dans la jouissance des droits.

Les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée sont couverts par la même protection. Le nouvel employeur est tenu de faire attention aux délais, faute de quoi le

42 « Le maintien dans l'emploi est normalement l'expression du maintien du contrat de travail; il se traduit donc par le maintien des droits contractuels » (J. Pelissier, art. cit., p. 151).

43 A. Bénabent, *Op. Cit.*, p. 260; « la substitution de personne permet, en réalité, de respecter l'effet obligatoire de l'obligation » (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 17).

44 Guide juridique Dalloz, t. 1, Paris, 2018, v° Notion de contrat en cours (Entreprise en difficulté).

45 A comparer avec le libellé de l'article 3.1 de la Directive 2001/23/CE du 22 mars 2001 « Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ».

juge peut requalifier le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée⁴⁶, et sanctionner l'employeur substituant pour rupture abusive⁴⁷. En outre, le nouvel employeur est tenu de respecter le délai de préavis accordé au travailleur avant que ne s'opère la substitution. Le non-respect de ce délai rend la rupture brusque et constitue un abus de droit générateur de droit à une indemnité⁴⁸. Il faut aussi noter que le salarié en période d'essai au moment de la substitution d'employeur est en situation juridique d'incertitude. La rupture en période d'essai n'est pas assimilée à un licenciement et ne donne aucun droit au versement d'indemnité.

III. Les effets du maintien des contrats de travail

L'article 80 du code du travail produit des effets qui sont perceptibles dans la relation entre les employeurs substituant et substitué, et celle entre l'employeur substituant et le personnel, qu'il s'agisse du rapport individuel du travail que dans le rapport collectif du travail.

1. Le caractère translatif et subrogatoire de l'article 80 du code du travail⁴⁹

La substitution peut être cause d'inquiétudes quant à la garantie d'une bonne exécution du contrat par le nouvel employeur. En effet, la crainte est de voir les travailleurs se retrouver dans des conditions de travail moins favorables avec le nouvel employeur par rapport à l'ancien employeur.

Dans le rapport entre les deux employeurs, la substitution a un effet libératoire à l'égard de l'ancien employeur. La substitution dans la qualité de l'employeur entraîne l'élimination du substitué dans le rapport juridique. La disparition du substitué conduit à l'extinction à son égard des obligations y attachées⁵⁰ et l'empêche de revenir dans le rap-

46 Application de l'article 41 du code du travail alinéa 2 « Aucun travailleur ne peut conclure avec le même employeur ou avec la même entreprise plus de deux contrats à durée déterminée ni renouveler plus d'une fois un contrat à durée déterminée (...) »; alinéa 3 « L'exécution de tout contrat conclu en violation des dispositions du présent article ou la continuation de service en dehors des cas prévus à l'alinéa précédent constituent de plein droit l'exécution d'un contrat de travail à durée indéterminée ».

47 Application de l'article 63 du code du travail : « La résiliation sans motif valable du contrat à durée indéterminée donne droit, pour le travailleur, à une réintégration. A défaut de celle-ci, le travailleur a droit à des dommages-intérêts fixés par le Tribunal du travail (...) ».

48 A. Bénabent, op. cit., p. 266.

49 Art. 293 al. 1 Code du travail : « Dans le cas de substitution d'employeur, le nouvel employeur est subrogé aux droits et obligations de l'employeur précédent »; « Le transfert des contrats de travail s'accompagne d'un transfert des obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de la modification de la situation de celui-ci » (*Jean Francois Martin*, « Redressement et liquidation judiciaire », In *Lamy droit commercial*, Paris, 1994, p. 1307).

50 Selon un auteur, « la substitution n'est pas un acte translatif car celui-ci (l'acte translatif) implique la continuation d'une personne par une autre et non pas leur coexistence » (E. Jeuland, op. Cit.,

port juridique en exerçant par exemple une action en justice en qualité d'employeur ou être tenu responsable de la mauvaise exécution d'une obligation après la substitution⁵¹. L'effet translatif permet à l'employeur substituant de se comporter comme s'il était employeur *ab initio*, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat de travail. Si la substitution conduisait à la coexistence de deux personnes dans la qualité d'employeur (l'ancien et le nouveau), ces deux personnes, étant des parties contractantes, seraient tenues solidaires de l'exécution des engagements contractuels. Or, l'article 80 du code du travail implique que le nouvel employeur s'approprie tous les droits et obligations exercés auparavant par l'ancien employeur et empêche que l'ancien employeur redevienne partie active au contrat. Il n'y a donc pas coexistence de plus d'une personne dans la qualité d'employeur.

Dans sa qualité d'employeur, le substituant répond seul de la bonne exécution du contrat dont l'ancien employeur n'est point garant. En théorie, la substitution fait perdre à l'ancien employeur sa qualité d'employeur, par conséquent il perd les droits y attachés tel que le pouvoir de direction et d'autorité. La cession de contrat de travail impose au nouvel employeur de payer les dettes relatives au contrat de travail, considérant que ladite cession cumule à la fois les effets attachés à la cession de créances et ceux relatifs à la cession de dettes. Ce faisant, le transfert de contrat de travail a un effet rétroactif⁵². C'est ainsi que les droits des travailleurs sont protégés notamment en maintenant l'ancienneté acquise auprès de l'employeur substitué. Le substituant entre dans la relation de travail sans plus d'obligations ni moins d'obligations que le substitué. Si un travailleur se trouvait en procédure de licenciement, il est tenu de prêter le préavis conformément aux dispositions légales. Les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent en l'état entre le nouvel employeur et le personnel. Et l'employeur substituant est en droit d'opposer aux travailleurs les fautes ou les négligences professionnelles commises par eux alors qu'ils se trouvaient sous l'autorité et le contrôle de l'ancien employeur, mais découvertes après la substitution.

p. 83). Cette affirmation ne s'applique pas s'agissant de l'article 80 du code du travail qui par ailleurs implique la continuation de la personne de l'employeur (Voir ci-haut sur continuation de l'activité). Parce que précisément l'article 80 du code du travail exclut toute possibilité de coexistence d'employeurs dans le lien juridique, c'est-à-dire du maintien de l'ancien employeur dans la relation de travail; et qu'en outre le législateur congolais n'a pas tenu l'ancien employeur solidairement responsable à l'égard des travailleurs. En effet, l'on peut dénier le caractère pleinement translatif si la cession des contrats a lieu par voie contractuelle, laquelle hypothèse nécessite d'une part le consentement du cédé; et d'autre part, de protéger le cédé face aux risques d'inexécution des obligations par le cessionnaire en tenant solidairement responsable l'ancien et le nouvel employeur. Comme nous le verrons ci-après, l'article 80 du code du travail instaure une cession forcée des contrats de travail avec comme conséquences l'absence de consentement des travailleurs et l'impossibilité pour eux de s'opposer à cette cession sauf exercice de la faculté unilatérale de résiliation de contrat.

51 E. Jeuland, *op. cit.*, p. 83.

52 « Le régime concernant l'effet de la substitution doit être celui qui aurait été applicable si le substituant avait lui-même agi » (E. Jeuland, *Op. Cit.*, p. 249).

La question se pose aussi de savoir si le nouvel employeur ne bénéficie d'aucun recours contre l'ancien employeur. La substitution permet la continuation des obligations, éteignant la créance à l'égard de l'ancien employeur et opérant le transfert du passif et de ses suites au nouvel employeur. Le nouvel employeur prend la place de l'ancien employeur, et reprend les créances telles qu'elles existaient au moment de la substitution. C'est dire que s'il y a eu licenciement avant que ne survienne le changement d'employeur et que ce licenciement a donné lieu à un recours administratif ou judiciaire; et pendant que la procédure administrative ou judiciaire est en cours il y a eu substitution d'employeur, les actions dirigées contre l'ancien employeur seront redirigées contre le nouvel employeur, notamment pour ne pas préjudicier l'intérêt économique des travailleurs. Est mis en avant l'unicité de la personne de l'employeur et la continuité de l'activité économique. Réfléchir autrement c'est conclure qu'il y a eu rupture préalable des liens contractuels, c'est-à-dire les contrats ne sont plus en cours. Or l'article 80 du code du travail dispose clairement que « tous les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent entre le nouvel employeur et le personnel ». Notre position est de considérer de manière large la notion de contrat en cours. Ainsi, pour un travailleur réintégré dans l'entreprise après qu'il avait été établi que la résiliation de son contrat était sans motif valable, devra être assimilée à une période de suspension le laps de temps écoulé entre la notification du licenciement (abusif dans ce cas) et la réintégration à son poste (ordonnée par le tribunal). Le débat reste toutefois ouvert, considérant également que les cas suspensifs de l'exécution sont strictement délimités à l'article 57 du code du travail et l'hypothèse énoncée n'en fait pas partie.

Au-delà de la substitution dans la qualité d'employeur, la cession d'entreprise a pour effet général le remplacement dans la qualité de créancier⁵³ dans le rapport entre l'ancien employeur et ses débiteurs.

2. La mise en œuvre des obligations nées du contrat de travail par le nouvel employeur

L'employeur substituant met en œuvre les obligations inhérentes à sa qualité d'employeur, notamment le pouvoir d'organisation et de direction en son nom propre. Contrairement à la novation⁵⁴, la substitution de personne ne modifie pas l'objet du contrat. Il n'y a ni extinction des obligations ni création des nouvelles obligations. Dans la mesure où la substitution n'a pas d'effets sur l'objet du contrat, il faut, pour définir ce qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'employeur, apprécier selon que la modification porte sur l'aménagement des conditions de travail ou si la modification transforme les engagements des parties. L'article 80 n'interdit pas au nouvel employeur de modifier les conditions de travail, si cette modification est l'exercice par lui de son pouvoir de direction et d'organisation.

53 L'effet général de la cession d'entreprise est la substitution de créancier, entendu comme le remplacement d'un créancier à la place d'un autre.

54 La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.

a) L'intangibilité du contenu des contrats de travail

« Les contrats subsistent » signifie qu'après la substitution les parties poursuivent son exécution dans les mêmes conditions qui ont prévalu avant la substitution, sauf réaménagement ultérieur justifié par la nécessité d'organisation de l'entreprise⁵⁵. Considérant que l'employeur substituant exécute des obligations nées du contrat initial, cette « mise en œuvre »⁵⁶ ne peut conduire à la création des nouveaux engagements ni à leur modification substantielle. La logique est que « la cession d'un contrat n'altère pas son contenu, car ce dernier est, en principe, préservé dans sa formulation initiale »⁵⁷. De ce fait, le cédé n'a pas plus de droit vis-à-vis du cessionnaire qu'il n'en a ou n'avait vis-à-vis du cédant⁵⁸. Et le cessionnaire est obligé de respecter le contrat cédé dans ses stipulations⁵⁹. Par modification du contrat de travail, il faut comprendre le changement des droits et obligations nés du contrat, proposé (le changement) par l'employeur usant de son pouvoir de direction et soumis (le changement) à l'acceptation du salarié. Il existe une différence de régime entre le changement des conditions de travail et la modification substantielle du contrat (les stipulations contractuelles). Le premier relève de l'exercice du pouvoir reconnu à l'employeur de décider de manière unilatérale de l'organisation du travail, le second est une conséquence du caractère consensuel du contrat. Puisque le contrat est né des consentements des parties, la modification des stipulations dont a hérité le nouvel employeur n'est admise qu'après l'accord du travailleur lié par le contrat. La modification du contrat de travail, si elle crée des nouveaux droits et obligations sans mettre fin aux prestations des travailleurs, nécessite à nouveau le consentement des parties. Il s'agit d'un consentement donné individuellement par chaque travailleur. La logique considère que le changement survenu dans la qualité d'employeur n'emporte pas modification du contrat de travail, puisque le contrat a été conclu entre une unité économique (l'employeur) et un prestataire de service (le travailleur).

La délimitation de la notion de modification du contrat de travail permet de circonscrire le champ d'application du régime qui lui est attaché⁶⁰. En cas de rejet par le travailleur du projet modifiant son contrat, l'employeur substituant est tenu de se conformer à ce refus. Si malgré le refus, l'employeur persiste à imposer ses modifications, le travailleur est en droit de demander la résiliation du contrat, valant résiliation à l'initiative de l'employeur.

55 « (le nouvel employeur) peut seulement apporter des aménagements afin d'adapter le contrat aux conditions de fonctionnement de l'activité qui lui a été transférée » (J-F. Martin, art. cit., p. 1307).

56 Expression empruntée de E. Jeuland, op. cit., p. 19; comme l'auteur explique « l'expression mise en œuvre de l'obligation comprend aussi bien l'exécution de l'obligation prise au sens de devoir que l'exercice du droit ».

57 Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 53.

58 Julie Colliot, « La cession de contrat consacrée par le code civil », *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, p. 52.

59 « Il est tenu de respecter le contrat selon les conditions initiales, même si elles lui sont défavorables ». (Idem, p. 56).

60 Voir « Contrat de travail- Modification », Guide juridique Dalloz, Tome 1, Paris, 2016.

Le refus des modifications ne constitue pas un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, mais peut le devenir si les modifications sont justifiées par les nécessités de fonctionnement ou pour des raisons économiques. L'employeur devra alors respecter le régime applicable à cet effet. Nous considérons en effet que s'applique également aux modifications des contrats de travail l'alinéa 3 de l'article 78 du code du travail. Pour les modifications des contrats fondées sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, l'employeur est tenu de consulter les représentants des travailleurs pour recueillir leurs suggestions.

Ainsi, si l'employeur substituant ne peut pas imposer des modifications sur les éléments essentiels du contrat, il peut néanmoins apporter certains changements dans le mode d'exécution du travail⁶¹. Un licenciement intervenu à la suite d'une modification non substantielle des conditions de travail refusée par le salarié devrait par conséquent être considéré comme valable. Il en est ainsi d'une réaffectation du travailleur à un autre poste, si ce dernier conserve le même grade et mêmes avantages.

b) L'application du régime commun de résiliation des contrats de travail

Le salarié mécontent de la substitution n'est pas tenu de demeurer dans le lien contractuel avec le nouvel employeur. Si le salarié ne peut s'opposer à la cession de l'entreprise ni au changement de son cocontractant, il lui reste l'exercice du droit de résilier unilatéralement le contrat de travail⁶². De la sorte, le travailleur retire son consentement à prester auprès de l'employeur substituant⁶³. La rupture unilatérale est acquise à l'initiative du salarié, étrangère (la rupture) à tout manquement de l'employeur⁶⁴. De même, le nouvel employeur peut unilatéralement rompre la relation du travail. Il doit pour ce faire justifier d'un motif

61 « Le domaine des conditions de travail est seul dans le cadre duquel l'employeur peut changer unilatéralement certains aspects de la relation de travail » (Guide juridique Dalloz, 2016).

62 Art. 61 code du travail « Tout contrat de travail peut être résilié à l'initiative soit de l'employeur soit du travailleur ».

63 Juridiquement, le travailleur est libre de résilier son contrat, mais sa dépendance économique à l'égard de l'employeur et le caractère alimentaire du salaire ne laisse pas trop de liberté. « cette décision (démission) peut avoir des conséquences matérielles importantes pour le salarié puisque la démission n'ouvre pas le droit des indemnités de rupture (...) et qu'en l'absence de démission, le salarié qui refuserait de se mettre au service de son nouvel employeur commettrait une faute grave justifiant son licenciement sans préavis ni indemnité » (Cécile Thepot-Olagne, « Transfert des contrats en cas de transmission d'entreprise : une analyse économique du droit d'opposition du salarié », *Revue Management et Avenir*, n°79, 2015, p. 145).

64 Lorsque la démission est fondée sur le non-respect par l'employeur de ses devoirs et obligations, le juge prend acte de la rupture et en considération de la gravité de manquement la qualifie de licenciement sans motif valable (« Contrat de travail- Modification », Guide juridique Dalloz, 2016).

valable⁶⁵, se conformer à la procédure de licenciement et payer au travailleur une indemnité de rupture.

L'article 80 du code du travail, prescrivant que tous les contrats de travail subsistent entre l'employeur substituant et le personnel, interdit que la substitution d'employeur soit invoquée comme « motif valable » de résiliation des contrats. Le nouvel employeur ne peut pas opposer aux travailleurs qu'il est libéré des engagements pris par son prédécesseur en raison de l'effet relatif des contrats. Devrait ainsi être sanctionné pour licenciement sans motif valable (rupture abuse), l'employeur substituant qui aurait mis fin aux contrats de travail d'un travailleur du seul fait de la cession de l'entreprise. Il en est de même de la cession d'entreprise intervenue à la suite d'une fusion par absorption; le nouvel employeur ne peut pas notifier aux travailleurs de la société absorbée la fin de leur contrat pour le simple fait que la fusion a eu pour conséquence un dédoublement des postes. La réduction du personnel, dans ce cas, résultant d'une restructuration, est fondée sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise et devra respecter les prescrits de l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/ 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs⁶⁶. En outre, le maintien des contrats signifie la poursuite de l'ancienneté dans l'entreprise. Dans la mesure où il n'y a pas rupture de la relation de travail, l'employeur substituant est tenu de se conformer à l'âge normal de la mise en retraite.

La substitution n'empêche ni l'ancien employeur ni le nouveau de rompre les relations de travail; endosse la responsabilité de la rupture celui qui prend l'initiative de la résiliation en dehors de tout motif valable et subit les sanctions légales d'un licenciement abusif⁶⁷. Il en est tout autre lorsque le licenciement est envisagé dans le cadre des procédures collectives pour les entreprises en difficulté.

3. La substitution et le rapport collectif du travail

L'article 80 du code du travail ne doit pas être interprété dans un sens étroit, limité aux seules obligations découlant du contrat de travail, mais vise de manière large le maintien de la relation de travail régie également par les conventions collectives. Le contrat de travail n'est que l'une des sources faisant naître des obligations envers les parties. A côté de la loi,

65 En raison d'un motif inhérent à la personne du salarié ou d'un motif économique. Telle rupture donne lieu, hormis le licenciement pour faute lourde, à une indemnisation.

66 Arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs, JO n°23 du 5 décembre 2005.

67 Il est noté à cet effet, « la sécurité de l'emploi n'est effective, le maintien dans l'emploi n'est assuré qu'autant que les licenciements prononcés irrégulièrement ne produisent aucun effet, c'est-à-dire soient frappés de nullité » (J. Pelissier, art. cit., p. 160). Le législateur congolais ne sanctionne pas à proprement un licenciement sans motif valable de nullité. L'article 63 du code du travail donne au travailleur un droit à la réintégration, à défaut une condamnation en dommages-intérêts à l'encontre de l'employeur.

les règles d'origine professionnelle telle que les conventions collectives⁶⁸ et les règlements d'entreprise⁶⁹ contribuent également à la fonction protectrice du droit social. Les effets de la convention collective cessent à l'arrivée du terme si elle est conclue pour une durée déterminée, impliquant que les normes de la convention collective restent également d'application après la substitution d'employeur et s'impose au nouvel employeur. L'article 293 du code du travail dispose à cet effet : « dans le cas de substitution d'employeur, le nouvel employeur est subrogé aux droits et obligations de l'employeur précédent ». Ce faisant, dans le rapport collectif, la substitution d'employeur a pour effet immédiat de maintenir des obligations issues de la convention collective souscrite par l'ancien employeur. L'employeur substituant ne peut poser aucun acte de nature à compromettre l'exécution loyale de la convention⁷⁰. À l'expiration de la convention collective, l'employeur substituant peut souscrire à une convention collective modifiée, laquelle modification influencera la relation de travail.

B. Le périmètre des entreprises économiquement en difficulté⁷¹

Les entreprises en difficulté économique peuvent prendre des mesures drastiques afin d'assurer leur survie, plus encore lorsque l'état de cessation des paiements est déclaré⁷². L'article 80 du code de travail se croise avec le droit des procédures collectives par l'objectif poursuivi : le maintien de l'entreprise et la sauvegarde des emplois. Toutefois,

68 „Accord écrit relatif aux conditions et aux relations de travail conclu entre, d'une part un ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations professionnelles de travailleurs » (article 272 code du travail).

69 Un acte de l'employeur établissant les règles relatives à l'organisation technique du travail, à la discipline, aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité nécessaires à la bonne marche de l'entreprise (...) (article 157 alinéa 2 du code du travail).

70 « Les employeurs, les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, ainsi que ceux qui les représentent, parties à une convention collective sont tenus d'exécuter de bonne foi les engagements qui en résultent et de s'abstenir de tout ce qui est de nature à en compromettre la loyale exécution » (article 294 al. 1 code du travail).

71 « En raison de l'indissociabilité du droit commercial et du droit social, les licenciements pour motif économique obéissent tantôt au droit commun prévu par le code du travail, tantôt à une réglementation spécifique consacrée par le législateur OHADA des procédures collectives » (*Jacqueline Kom*, Droit OHADA des entreprises en difficulté, Paris, 2021 p.98). Cette analyse est tirée des dispositions de l'article 7 de l'AUPCAP qui dispose « le projet de concordat préventif précise les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment : (...) le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail ».

72 « La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible » (article 25 AUPCAP).

les travailleurs ne sont pas considérés comme créanciers de l'employeur au cours des procédures préventives⁷³.

Il est commun qu'une entreprise économiquement en difficulté puisse, après la réalisation du plan de cession, changer d'employeur, et si les difficultés économiques ne peuvent pas être surmontées, être liquidée. Lorsque le sauvetage de l'entreprise est envisagé, le plan de cession peut contenir des mesures de réduction du personnel pour alléger les charges. Ce plan contient les mesures de redressement de l'entreprise.

1. Le redressement judiciaire et la continuité de l'entreprise

Il est d'intérêt général de sauvegarder les entreprises en difficulté économique. Et la procédure de redressement a pour finalité de préserver la continuité de l'entreprise, « par voie de conséquence de l'activité et des emplois »⁷⁴. L'article 112 AUPCAP pose comme principe la continuation de l'activité, c'est-à-dire « en redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic ». Cette approche du législateur de l'OHADA qui rejoint celle du législateur congolais confirme implicitement que le maintien des contrats de travail est lié à la continuation de l'exploitation de l'entreprise. A cet effet, le projet de concordat, qu'il soit préventif ou de redressement, doit définir les modalités de continuation de l'entreprise, notamment la cession partielle d'actif, la cession ou la location-gérance de la totalité ou d'une branche de l'entreprise⁷⁵, le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique⁷⁶. Il se dégage deux solutions qui ont un impact sur les contrats de travail : soit il y a continuité de la relation de travail, soit des

73 «Le règlement préventif tend à éviter la cessation de paiements ou d'activité de l'entreprise (...)» (Lire Observations sur l'article 2 de l'AUPCAP, Code pratique OHADA 20-21, éd., francis Lefebvre, 2019, p. 660). L'article 2 de l'AUPCAP énonce les principales caractéristiques de chaque procédure. Le droit de l'OHADA des entreprises en difficulté organise les procédures collectives en procédures préventives, la conciliation et le règlement préventif, et en procédures curatives comprenant le redressement judiciaire et la liquidation des biens. La conciliation se caractérisant par la confidentialité des informations sur la situation du débiteur (l'employeur) ne concerne qu'une certaine catégorie des créanciers, dont sont exclus les travailleurs. Par conséquent, les travailleurs ne peuvent être partie ni aux négociations ni à l'accord de conciliation; même s'ils sont concernés par les mesures de restructuration tendant à éviter la cessation des paiements de l'employeur.

74 Michel Sawadogo Filiga, « Les entreprises en difficultés dans l'AUPC révisé de l'OHADA-approche analytique », *Revue de droit international et droit comparé*, 2016, p. 54.

75 A remarquer particulièrement l'article 27 alinéa 2 de l'AUPCAP qui vient compléter l'article 80 du code du travail en énumérant également la location-gérance, là où le législateur congolais n'a donné qu'une illustration en citant la cession (l'article 27 AUPCAP : la cession partielle d'actif et la cession d'une branche d'activité, la cession de la totalité ou d'une partie de l'entreprise), la succession, la fusion, la transformation de fonds, la mise en société. Ce qui confirme la portée générale de l'article 80 du code du travail. En poussant la réflexion plus loin, l'on pourrait également ranger les concessions.

76 Lire utilement les articles 7 AUPCAP sur le projet de concordat préventif et 27 AUPCAP sur le projet de concordat de redressement judiciaire.

mesures de licenciement sont prises pour prévenir ou redresser la situation de l'entreprise, auquel cas s'impose un contrôle rigide du respect de la procédure.

1. Le licenciement pour motif économique comme mesure de prévention de l'aggravation des difficultés de l'entreprise

La sauvegarde de l'emploi est étroitement liée aux possibilités de survie de l'entreprise⁷⁷, et le législateur de l'OHADA a fait du sauvegarde des entreprises viables l'objectif principal des procédures collectives. La sauvegarde de l'entreprise, pour éviter la réduction nécessaire du personnel, peut passer par la cession des unités de protection et une modification de la situation juridique de l'entreprise. L'article 80 du code du travail pose l'obligation de reprendre les contrats de travail, corollaire au transfert d'entreprise. L'entreprise débitrice doit présenter un projet de concordat soit préventif pour éviter la cessation des paiements, soit de redressement si la situation n'est pas irrémédiablement compromise, après l'état de cessation des paiements. Le projet de concordat préventif ou de redressement précise les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise⁷⁸, notamment les modalités de continuation de l'entreprise, le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique.

Le licenciement pour motif économique résulte d'une rupture unilatérale des contrats de travail à l'initiative de l'employeur pour des motifs liés aux conditions économiques de l'entreprise ou de l'établissement. Ne contreviennent pas au principe du maintien des contrats en cours, les licenciements intervenus après le transfert des contrats pour motif économique ou liés aux nécessités de réorganisation de l'entreprise. L'employeur doit prouver que la résiliation des contrats est motivée par la situation de l'entreprise et non par le seul fait de la substitution. Aussi, l'application de l'article 80 du code du travail sur la continuité des contrats ne met pas le travailleur à l'abri d'une résiliation ultérieure, causée par la suppression des postes. Sauf que c'est l'employeur qui endosse la responsabilité de la rupture de la relation de travail. L'employeur qui envisage de licencier un ou plusieurs membres de son personnel pour des raisons économiques, notamment la diminution de l'activité de l'établissement et la réorganisation intérieure, doit respecter l'ordre des licenciements établi en tenant compte de la qualification professionnelle, de l'ancienneté dans l'établissement et des charges de famille du travailleur⁷⁹. Cette disposition de l'article 78 du code de travail peut être considérée comme un complément à l'article 62 du code du travail, offrant à l'employeur un motif valable de licenciement. En d'autres termes, en dehors des conditions subjectives liées à l'aptitude professionnelle ou à la conduite du

77 M. Buy, art. cit., p. 603.

78 Conformément à l'alinéa 2 de l'article 27 AUPCAP, « Ledit projet (de concordat) doit démontrer les perspectives de redressement de l'entreprise débitrice en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles et doit également préciser les mesures et les conditions envisagées pour son redressement ».

79 Article 78 al. 2 du code de travail.

travailleur, l'article 62 se poursuit ainsi « toute résiliation à l'initiative de l'employeur d'un contrat à durée indéterminée, fondée sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, est soumise aux conditions définies par un arrêté du Ministère ayant le travail et la prévoyance sociale dans ses attributions ».

Le législateur congolais n'a pas défini per se la notion de licenciement pour motif économique. Cette absence de définition légale ouvre voie à plusieurs interprétations. Après une première lecture combinant les articles 62 et 78 du code du travail, il ressort sans controverse que « les raisons économiques » constituent un motif valable de licenciement à l'initiative de l'employeur. Toutefois en approfondissant l'analyse, l'on peut conclure que le législateur ne limite pas les raisons économiques aux difficultés économiques. Bien plus, la formulation légale « pour des raisons économiques, notamment la diminution de l'activité de l'établissement et la réorganisation intérieure » laisse sous-entendre que la réorganisation intérieure est assimilée selon l'esprit de la loi à une raison économique. Les raisons économiques doivent être comprises comme incluant « les circonstances liées à la situation de l'entreprise »⁸⁰. Les éléments matériels entraînant le licenciement pour des raisons économiques peuvent trouver leur cause aussi bien dans la situation économique que dans l'évolution du mode de travail⁸¹.

Les raisons économiques impliquent tous les éléments qui perturbent le fonctionnement courant de l'entreprise, résultant d'une défaillance marchande ou pas⁸². Cette défaillance ne doit pas s'analyser de manière isolée ou limitée dans le temps. Par exemple, une simple baisse de la demande pendant une période ou l'absence des bénéfices⁸³ ne saurait justifier un licenciement pour motif économique. Les raisons économiques sont des motifs objectifs et l'employeur doit expliquer dans sa notification du licenciement l'inévitable suppression du poste comme conséquence de la situation économique. La suppression du poste suppose également que le remplacement par une autre personne n'est pas possible (puisque l'emploi a été supprimé), mais les fonctions assumées précédemment par des travailleurs licenciés peuvent être réattribuée et partagées entre les collègues restants.

Traitant des licenciements massifs, l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 distingue « les licenciements fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise », des « licenciements fondés sur des raisons économiques ». En

80 *Direction de l'initiative parlementaire et des délégations du Sénat*, « Le licenciement économique, LC273, novembre 2016 », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 69 (1), 2017, p. 233.

81 « Le licenciement doit résulter d'une difficulté économique ou à des mutations technologiques (transformation de l'emploi, refusée par le salarié au contrat du travail) et à la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité et la cessation d'activité. Les causes de licenciement pour motif économique ne sont pas limitées » (*Guide Juridique Dalloz*, 2016, *Licenciement pour motif économique – cause réelle et sérieuse*).

82 V. *Christian Bessy*, « Licenciement économique, organisation et marché », *Revue d'économie industrielle*, vol. 62, 1992, p. 50.

83 „Ne constituent pas des motifs économiques de licenciement, les fluctuations normales du marché ou de l'activité et la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre ou une baisse des bénéfices » (*Idem*, p. 51).

dehors de toute difficulté économique ou de la mutation technologique, la structure de l'entreprise⁸⁴ peut également subir des modifications dans le cadre d'une stratégie d'expansion de l'entreprise. Ici, nous pensons à l'acquisition d'une entreprise concurrente ou une branche d'activité comme politique de conquête d'un marché donné, et évidemment s'ensuivent des conséquences sur le maintien des emplois dans les entreprises acquises. L'arrêté ministériel fixant les modalités de licenciement des travailleurs s'appliquant à la fois à l'article 62 et 78 du code de travail répute les licenciements décidés dans telles circonstances de « licenciements massifs »⁸⁵. L'article 1 de l'arrêté concerné fixe le seuil de qualification de licenciement massif en prenant comme numérateur le nombre de travailleurs licenciés et pour dénominateur le nombre réel d'effectifs (le total des travailleurs).

La qualification de licenciement pour des raisons économiques ou de licenciement fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ne dépend strictement pas de ce seuil; elle se rattache plus au motif justifiant la décision de l'employeur⁸⁶. Ces seuils légaux ne constituent que des indicateurs sanctionnant les licenciements massifs, lesquels restent par principe interdits.

De manière générale, les travailleurs sont informés bien avant d'une potentielle substitution d'employeur, par conséquent d'un transfert des contrats de travail, grâce au mécanisme d'information des représentants des travailleurs prévu à l'article 263 du code du travail : « l'employeur est tenu d'informer au moins semestriellement la délégation sur les données concernant la marche et la situation économique et sociale de l'entreprise ou de l'établissement notamment sur le chiffre d'affaires ou une donnée équivalente, l'indice général de la productivité, le bénéfice global, l'évolution du niveau des prix à la vente, les grandes lignes du programme de développement, les perspectives d'avenir ». Ces informations donnent aux représentants des travailleurs une vision panoramique de l'état financier de l'entreprise et du secteur d'activité.

2. La rupture de la relation de travail comme conséquence de la liquidation judiciaire

La liquidation des biens, sauf poursuite provisoire des activités, met fin à l'activité de l'entreprise débitrice⁸⁷. En cas de liquidation judiciaire, il faut procéder aux licenciements

84 La restructuration d'entreprise peut se comprendre comme « toute modification de la structure d'une entreprise que celle-ci soit financière, économique, technique ou juridique » (J. Pelissier, art. cit., p. 150).

85 Article 1 et ss. Arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs, JO n°23 du 5 Décembre 2005.

86 « Lorsque la résiliation intervient à l'initiative de l'employeur, la lettre de notification doit en indiquer expressément le motif » (article 76 code du travail). Par principe, le licenciement massif est interdit (article 78 alinéa 1 code du travail). Pour être exonéré de la sanction d'un licenciement massif, l'employeur doit prouver soit que les licenciements sont fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise soit fondés sur des raisons économiques et des tels licenciements doivent être réguliers dans leur procédure.

87 Art. 113 al. 1 AUPCAP.

de tous les salariés⁸⁸. La situation d'insolvabilité d'une entreprise conduit, si ce n'est pas à la sauvegarde des activités, à la disparition de l'entreprise; c'est-à-dire à la fin de la personnalité juridique. La procédure de liquidation judiciaire est ouverte lorsque le redressement est manifestement impossible, sans toutefois exonérer l'employeur la responsabilité de la résiliation des contrats. Si les travailleurs restent disponibles à prester, l'employeur cependant n'est plus en mesure de fournir un travail. La personnalité morale ne subsiste que pour les besoins de liquidation, jusqu'à la clôture de la procédure. Le temps presté pendant cette période provisoire est considéré comme période de travail, par conséquent rémunéré. Une fois la procédure de liquidation judiciaire ouverte (par le prononcé de la décision d'ouverture par le tribunal), le liquidateur désigné va dessaisir l'employeur débiteur de plein droit de la gestion de l'entreprise et mettre fin à ses activités. Dans ce cas, il n'y a pas de substitution d'employeur, puisque le liquidateur accomplit les actes en tant que représentant de l'employeur, actes précédemment accomplis par l'organe de gestion. Il (le liquidateur) exerce ainsi les droits et obligations de l'employeur débiteur sur le patrimoine de ce dernier. Les licenciements auxquels procède le liquidateur en application de la décision prononçant la liquidation sont à l'initiative de l'employeur.

Le jugement de clôture de la procédure de liquidation judiciaire a pour effet de libérer le débiteur de manière définitive. À noter, pour éviter une fraude dans le chef de l'employeur simulant une fermeture de l'entreprise et prévoir une réouverture ultérieure après reprise par un autre employeur, le législateur impose le respect du droit commun de licenciement. L'alinéa 7 de l'article 78 du code du travail permet la poursuite de la relation de travail après une reprise, c'est-à-dire le travailleur licencié conserve pendant un an la priorité d'embauche dans la même catégorie d'emploi.

Si la faillite constitue une cause de rupture prématurée du contrat de travail⁸⁹, elle ne libère pas pour autant l'employeur de se conformer à la régularité de la procédure de licenciement. Les travailleurs dont les contrats sont résiliés pour motif économique, sont les seuls à avoir intérêt et qualité à agir en contestation d'un licenciement pour irrégularité. A ne pas oublier que le licenciement reste un acte individuel, puisqu'il est notifié à chaque travailleur de manière personnelle⁹⁰, et ce même lorsque ce licenciement intervient dans un cadre collectif ou massif. La contestation de l'irrégularité n'est dès lors pas introduite par les représentants des travailleurs qui n'ont qu'un droit à l'information préalable à la notification du licenciement.

La résiliation des contrats de travail est soumise à un contrôle strict même en cas de liquidation judiciaire. L'alinéa 2 de l'article 80 du code du travail dispose en effet : « la cessation de l'activité de l'entreprise ou de l'établissement ne dispense pas l'employeur

88 J-F. Martin, art. cit., p. 1304.

89 La faillite est un motif valable de rupture du lien contractuel, cependant ne met pas l'employeur à l'abri d'éventuelle poursuite pour licenciement irrégulier.

90 Rappel de l'article 76 du code du travail in fine. : « la lettre de notification doit en indiquer expressément le motif ».

de respecter les règles prévues en matière de résiliation des contrats ». L'employeur est tenu de respecter les règles applicables aux licenciements pour motif économique, à savoir la consultation des représentants des travailleurs. Est dès lors irrégulier, le licenciement intervenu pour motif économique alors que l'employeur n'a ni informé ni consulté le comité d'entreprise. Ceci peut aboutir à la suspension de la procédure de licenciement⁹¹. Le projet de licenciement doit indiquer les raisons économiques des licenciements, le nombre des travailleurs ainsi que les catégories professionnelles concernées. De même, est abusif le licenciement effectué en ne tenant pas compte de l'ordre de licenciement imposé, ce malgré l'autorisation de l'inspecteur du travail⁹².

II. Le régime de la cessation d'activité en cas de force majeure

Outre la fermeture de l'entreprise du fait de la liquidation judiciaire, la cessation des activités peut résulter de la survenance d'un cas de force majeure. La force majeure produit deux effets principaux. Il s'agit, selon le régime général des obligations, premièrement de la libération des parties de l'exécution des obligations, et deuxièmement de l'exonération de toute responsabilité pour inexécution.

Le législateur n'a pas défini la force majeure dans le droit commun des contrats et le droit du travail ne se limite qu'à en donner les éléments caractéristiques. Il s'agit selon l'alinéa 2 de l'article 57 d'un événement imprévisible, inévitable, non-imputable à l'une ou l'autre partie et qui constitue une impossibilité absolue d'exécution d'obligations contractuelles. Placé dans le contexte de l'alinéa 2 de l'article 80, la cessation de l'activité à la suite d'un événement établi comme force majeure constitue une impossibilité absolue pour l'employeur d'exécuter ses obligations. L'employeur, extérieur à la survenance de cet événement, est dispensé du respect des règles prévues en matière de résiliation des contrats de travail. En d'autres termes, la force majeure du fait de son caractère exonératoire et libératoire dispense l'employeur du paiement d'indemnité pour brusque rupture, parce qu'il est exonéré de l'obligation d'accorder un préavis au travailleur.

La résolution du contrat a lieu de plein droit après constatation du cas de force majeure par l'inspecteur du travail. L'employeur ne sera pas tenu du paiement des dommages pour inexécution. Les effets de la force majeure doivent toutefois être tempérés d'une part, parce que la rupture des contrats de travail n'intervient que si la cessation d'activité est définitive; d'autre part, le cas de force majeure doit être constaté par l'inspecteur du travail. Le législateur a ainsi évité toute décision arbitraire de l'employeur qui risque de dissimuler pour cause de force majeure des licenciements massifs. Le principe posé par le régime

91 Aff. Bralima C/ Mohoke Yando, Arrêt RTA 0221, Cour d'appel de Mbandaka, Matière du travail, 08 mars 2005.

92 Aff. Compagnie de commerce et des plantations CCP, Lisala c/ Bokete Lompio, Arrêt RTA 0114/0119, Cour d'appel de Mbandaka, matière de travail du 02 juillet 1998.

général des obligations qui n'attribue à l'empêchement temporaire qu'un effet suspensif⁹³ trouve échos en droit du travail à l'article 57 du code du travail « sont suspensifs du contrat de travail ... 8) la force majeure, lorsqu'elle a pour effet d'empêcher de façon temporaire, l'une des parties à remplir ses obligations ». Pour que la libération de l'employeur soit totale, il faut que l'impossibilité de l'exécution soit définitive; au cas contraire, la force majeure n'est qu'une cause suspensive de l'exécution des contrats. La force majeure temporaire donne néanmoins droit à la résiliation du contrat par la partie intéressée, sans indemnité, après deux mois de suspension⁹⁴.

En établissant une différence de régime entre la force majeure et la liquidation judiciaire, le législateur a de manière indirecte mis à la charge de l'employeur la rupture de la relation de travail en cas de faillite, c'est-à-dire l'employeur n'est pas considéré comme extérieur à la faillite. L'extériorité signifie que l'événement survenu échappe au contrôle du débiteur⁹⁵.

III. La défense des intérêts des salariés lors des procédures collectives

Le législateur de l'OHADA pose un regard particulier sur les sorts des contrats de travail pendant les procédures collectives. Il souligne cet aspect social du droit des entreprises en difficulté dès l'article 1 de l'AUPCAP « le présent acte uniforme a pour objet d'organiser les procédures préventives de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement judiciaire et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices (...) ». Cet intérêt social reste toutefois limité et l'acte uniforme renvoie aux droits nationaux de fixer en détail les modalités de protection des travailleurs. En dehors de la procédure des licenciements pour motif économique, l'ouverture des procédures collectives n'a pas d'effets suspensifs sur l'exécution des contrats de travail, qu'il s'agisse des procédures préventives que des procédures curatives. La prise en compte de la défense des intérêts des travailleurs est analysée en deux phases : selon qu'il s'agit d'assurer la préservation des activités économiques par la réduction d'effectifs; et selon qu'il est question de liquider les biens et de garantir la créance salariale⁹⁶.

93 G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 939.

94 Article 60-c du code du travail. À lire conjointement avec l'article 279 alinéa 2 qui dispose « La convention collective peut comporter des dispositions concernant les modalités de paiement éventuel d'une indemnité forfaitaire en cas de force majeure débouchant sur une résiliation du contrat de travail ».

95 G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 563.

96 Selon la situation économique de l'entreprise, il s'agira conformément à l'acte uniforme de « redresser rapidement les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables dans des conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouvrés par les créanciers et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties ou non garanties ». La nature des difficultés que connaît l'entreprise permet de distinguer les différentes procédures préventives : alors que la conciliation s'ouvre lorsque les difficultés sont « avérées ou prévi-

Il se dégage pour les entreprises en difficulté deux régimes de licenciement pour motif économique, selon que les procédures collectives sont ouvertes avant ou après que l'état de cessation des paiements ait été déclaré. Les procédures préventives sont destinées à sauvegarder les entreprises en difficulté et à apurer leur passif avant la cessation des paiements; et les procédures curatives sont ouvertes à tout débiteur en état de cessation des paiements. Selon les cas, le législateur de l'OHADA renvoie au droit national sur les licenciements pour motif économique ou dicte directement la procédure des licenciements dans l'acte uniforme. Ce double régime ressort des articles 7 et 27 de l'AUPCAP. Le premier énonce « Le projet de concordat préventif précise les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment (...) le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail »; en des termes presque similaires, l'article 27 AUPCAP prescrit « ledit projet doit également préciser les mesures et conditions envisagées pour son redressement, notamment (...) le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 ci-dessous ».

1. Les licenciements pour motif économique dans les procédures préventives

En ce qui concerne le régime général de licenciement, les représentants de travailleurs, outre le droit d'information périodique découlant de l'article 263 du code du travail, jouent également le rôle d'organe de consultation. L'article 259 du code de travail prescrit à l'employeur de consulter la délégation notamment « sur les critères généraux en matière d'embauche, de licenciement et de transfert des travailleurs ». Ce même droit s'applique a fortiori en cas des licenciements pour motif économique.

Il faut rappeler que, pendant la procédure préventive de conciliation, les représentants des travailleurs se doivent de respecter la confidentialité des informations⁹⁷ et sont tenus par le secret professionnel de ne pas rendre publiques les négociations en cours entre l'employeur et les principaux créanciers en vue d'aboutir à un accord amiable⁹⁸. L'objectif étant d'éviter qu'une rumeur propageant les difficultés de l'entreprise rend méfiants tous les créanciers et partenaires de l'entreprise et aggrave sa situation économique. La procédure de conciliation n'est pas inclusive à l'égard des créanciers. La réduction d'effectifs peut

sibles » (Art. 5-1 al. 1 AUPCAP), le règlement préventif est ouvert au débiteur qui justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses (Art. 6 al. 1 AUPCAP).

97 « Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité » (art. 5-1 al. 3 AUPCAP); également « la décision ouvrant la conciliation ou rejetant la demande d'ouverture ne fait l'objet d'aucune publicité » (art. 5-3 al. 2 AUPCAP).

98 La procédure de conciliation consiste pour le débiteur en difficulté économique à saisir la juridiction compétente, seul ou conjointement avec un ou plusieurs de ses créanciers (art. 5-2 AUPCAP), en vue de la désignation d'un conciliateur qui aura pour mission de favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise (art. 5-5 AUPCAP).

résulter de la mise en œuvre du concordat préventif, laquelle réduction doit suivre la procédure commune des licenciements pour motif économique. En effet, tant que le tribunal n'a pas prononcé le redressement ou la liquidation judiciaire de l'entreprise, quelle que soit sa situation, ce sont des règles du droit commun qui s'appliquent⁹⁹. En application de l'article 78 du code du travail, le régime de licenciement pour motif économique est fixé par l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs.

L'article 78 du code du travail impose à l'employeur d'informer de son intention de prendre des mesures de licenciement et de recueillir la suggestion des représentants des travailleurs au moins quinze jours à l'avance. C'est que le législateur instaure un dialogue au sein de l'entreprise entre les travailleurs et l'employeur. Toutefois, les propositions des représentants des travailleurs n'étant que « des suggestions » n'ont pas une valeur contraignante à l'égard de l'employeur. Celui-ci peut aisément passer outre et saisir l'inspecteur du travail du ressort pour solliciter l'autorisation des licenciements. Ce faisant, il se sera conformé aux prescrits légaux et la procédure sera régulière. En outre, la loi est restée silencieuse sur le contenu des informations à donner aux représentants des travailleurs. L'employeur peut ainsi ne fournir qu'une information vague, laissant reposer à la charge de l'autorité administrative un contrôle a posteriori. Une vigilance accrue de la part de l'inspecteur du travail est alors requise. Il devient le rempart de protection de l'emploi, et doit au cours de son enquête entendre les représentants des travailleurs et considérer leurs suggestions au regard de la situation de l'entreprise et de l'état économique du secteur. Il est toutefois à craindre les effets négatifs d'une certaine passivité de l'administration du travail dans la pratique, d'autant plus que l'alinéa 2 de l'article 7 de l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/2005 impose un délai maximum de 60 jours à l'inspecteur du travail de notifier sa décision; à défaut, il est censé avoir autorisé le licenciement. Il en est de même à l'alinéa 2 de l'article 4 du même arrêté accordant 45 jours au ministre du travail et de la prévoyance sociale, après en avoir informé les ministres ayant dans leurs attributions les relations économiques avec l'entreprise, l'établissement ou le service concerné. A défaut, il est censé approuver la demande.

Une réduction du personnel dont le nombre est égal ou supérieur aux normes énumérées à l'article premier de l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/2005 doit être autorisée par le ministre ayant le travail et la prévoyance sociale dans ses attributions. Si les licenciements concernent un nombre inférieur aux normes énumérées à l'article premier, la compétence d'accorder l'autorisation revient à l'inspecteur du travail du ressort. Pour ne pas préjudicier les droits des travailleurs, l'administration du travail doit mettre par conséquent des moyens matériels et financiers permettant de mener à bien l'enquête, non seulement en ce qui concerne le respect de l'ordre des licenciements établi par l'employeur, mais surtout analyser le sérieux des motifs économiques invoqués par l'employeur.

99 Lamy droit commercial, « redressement et liquidation judiciaire », 1994, p. 1299.

2. Les licenciements pour motif économique dans la procédure de redressement

Les procédures curatives s'ouvrent lorsque le débiteur est déclaré en état de cessation des paiements¹⁰⁰. Dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation, l'état de cessation de paiement étant établi confère au juge-commissaire le pouvoir d'autoriser ou refuser les licenciements envisagés en application de l'article 111 AUPCAP¹⁰¹, l'article 27 AUPCAP renvoie à la procédure édictée aux articles 110 et 111 AUPCAP. L'autorisation administrative se transforme en information administrative. Il n'est plus besoin pour l'autorité administrative de porter une appréciation objective du motif économique avancé par l'employeur ou de contrôler le respect de la procédure prescrite et des critères retenus par l'employeur¹⁰². La déclaration de l'état de cessation des paiements manifeste le caractère sérieux des difficultés économiques de l'entreprise. Le droit de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens n'est pas accordé directement aux travailleurs¹⁰³. Les salariés ne peuvent se trouver parmi les principaux créanciers, car ce serait à l'évidence un signe de cessation des paiements¹⁰⁴. Cependant, l'article 29 AUPCAP dispose que la saisine d'office de la juridiction s'effectue notamment sur base des informations fournies par les institutions représentatives du personnel qui indiquent les faits de nature à motiver sa saisine. Se pose alors la question de savoir si le droit de l'OHADA accorde aux représentants de travailleurs un pouvoir d'alerte si la situation économique de l'entreprise se détériore. Les modalités de transmission de ces informations par les représentants des travailleurs au tribunal ne sont pas précisées ni s'ils doivent notifier à l'employeur leur initiative.

Quel que soit le mode de saisine, le tribunal ne statue sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation qu'après avoir entendu notamment les délégués ou représentants du personnel¹⁰⁵. L'article 32 AUPCAP dispose « la juridiction compétente statue à la première audience utile sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, après avoir entendu dûment le débiteur, les délégués ou représentants du personnel au sens de la loi de l'Etat partie concerné, le ministère public et le cas échéant, le créancier demandeur ». C'est dire que les travailleurs seront informés de l'état de cessation des paiements et de l'ouverture des procédures de traitement des

100 C'est-à-dire en impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (art. 25 al. 2 AUPCAP).

101 La décision du juge-commissaire autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition devant la juridiction ayant ouvert la procédure.

102 Article 78 al. 8 code du travail.

103 La procédure est ouverte soit par déclaration du débiteur de l'état de cessation des paiements (art. 25 AUPCAP); soit à la demande d'un créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible (art. 28 AUPCAP); soit par saisine d'office de la juridiction compétente (art. 29 AUPCAP).

104 J-F. Marti, art. cit., p. 1044.

105 Art. 32 AUPCAP.

difficultés même si la demande a été faite par déclaration de l'employeur ou par requête d'un créancier.

La loi concède également aux travailleurs certains droits pendant le déroulement des procédures curatives. L'article 48 AUPCAP permet aux travailleurs d'intervenir directement dans la procédure en qualité de contrôleur. Il s'agit d'une personne désignée par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, soit nommée comme tel par le juge-commissaire. Ce contrôleur doit veiller aux intérêts des travailleurs en assistant le syndic et le juge-commissaire dans l'accomplissement de leurs tâches. Conformément à l'article 49 AUPCAP, en sa qualité de contrôleur, le salarié désigné dispose d'un droit d'information qui s'étend de la vérification de la comptabilité et l'état de situation présentée par l'employeur débiteur, à la demande des comptes de l'état de la procédure et des actes accomplis par le syndic. Les contrôleurs sont des personnes intervenant comme organe émanant des créanciers (un à cinq désignés parmi les créanciers non-salariés et un salarié) qui disposent d'un pouvoir général de contrôle et de surveillance¹⁰⁶ de la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation. Ils sont obligatoirement consultés au cours de la procédure de vérification des créances et à l'occasion de la réalisation des biens. Pour les travailleurs, la fonction de contrôleur constitue une véritable source d'informations, un droit de regard sur le déroulement des procédures et une mission de représentation de leurs intérêts. Le contrôleur salarié peut ainsi vérifier la conformité des créances salariales produites par le débiteur ou le syndic.

Lorsque les licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent et indispensable, le syndic consulte et informe par écrit les délégués du personnel et le contrôleur représentant le personnel des mesures qu'il a l'intention de prendre¹⁰⁷. Les délégués du personnel et le contrôleur émettent leurs avis et suggestions qui seront également envoyés à l'inspecteur du travail. En cas d'absence des lettres de consultations et les réponses y afférentes, la demande de licenciement peut être rejetée pour vice de procédure, sauf si les organes représentant les travailleurs n'ont pas répondu dans le délai de huit jours. Ces licenciements sont également subordonnés à l'autorisation du juge commissaire.

C. Le caractère impératif de l'article 80 du code du travail

L'article 80 du code de travail revêt un caractère contraignant, en ce qu'il est imposé par la loi, par opposition à la cession conventionnelle des contrats¹⁰⁸. Aussi, l'employeur substituant n'a pas d'autres choix, du moins dans un premier temps, que de maintenir

106 J-F. Martin, art. cit., p. 1223.

107 Art. 110 AUPCAP.

108 La distinction est importante, en ce qu'elle permet de comprendre certaines libertés accordées aux parties en cas de substitution conventionnelle dont ne peut prétendre les contractants soumis à une cession légale. Dans une cession conventionnelle des contrats, un contractant ne peut se voir imposer un nouveau contractant sans y avoir consenti (G. Chantepie et M. Latina, Op. Cit., p. 548).

tous les contrats de travail en cours. C'est par la force de la loi que le consentement des travailleurs n'est pas requis. La question se pose alors quant au sort des contrats conclus en considération de la personne de l'employeur (*intuitu personae*). Peut-on concevoir l'hypothèse d'une catégorie des contrats de travail échappant au régime de l'article 80 du code du travail? Les parties au contrat ont-elles la possibilité de déroger par une stipulation contractuelle à l'article 80?

1. Le caractère forcée du transfert des contrats de travail

Le contrat de travail gouverne un rapport de droit privé, entre l'employeur et le travailleur, lequel laisse une grande place à l'expression autonome de la volonté des parties. En droit du travail, cette volonté libre se manifeste notamment, pour le travailleur, par le droit de choisir son employeur. L'autonomie des parties trouve cependant des limitations à cause des règles impératives, motivées notamment, tel est le cas de l'article 80, par la protection la partie faible. Ainsi, le législateur a maintenu la relation de travail entre le nouvel employeur et les travailleurs en cas de substitution, indépendamment d'une convention existante entre les employeurs successifs et ne soumet pas telle convention à l'avis des travailleurs. Bien que cela ne soit pas rappelé dans les dispositions de l'article 80 du code du travail, il va de soi qu'une stipulation contractuelle contraire sera sanctionnée de nullité. Aussi, les clauses d'incessibilité, stipulant qu'en cas de transfert d'entreprise, les contrats de travail prennent fin, sont dépourvues de toute efficacité. Le transfert des contrats en cours s'impose de jure aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs, et la finalité protectrice de cet aspect social de droit du travail prend de l'ascendant sur la liberté contractuelle.

La cession forcée des contrats peut être judiciaire, décidée dans le cadre d'une procédure collective lors de la réalisation du plan de cession de l'entreprise. Cette cession forcée est également justifiée par le maintien de l'activité de l'entreprise, par conséquent s'en suit la préservation des relations de travail dans leur totalité.

Le travailleur tient plus au maintien de son contrat que l'employeur, parce que l'employeur a plus de facilité à remplacer un salarié qu'un salarié à trouver un autre employeur. Lors de la cession d'entreprise, les inquiétudes des travailleurs concernent leur avenir au sein de l'entreprise. Vont-ils être maintenus? y aura-t-il des réaffectations à la suite d'une réorganisation? vont-ils conserver les mêmes avantages financiers et sociaux? Au regard de ces doutes justifiés, les travailleurs doivent-ils être mis à l'écart du droit d'information pour motif que la loi a aménagé des mécanismes tendant à assurer leur protection?

En disant que tous les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent, le législateur a voulu mettre en évidence le caractère d'ordre public de l'article 80, lequel s'impose indifféremment du type de contrat, y compris ceux conclus *intuitu per-*

sonae¹⁰⁹. Si l'intuitu personae est la cause du contrat du côté de l'employeur, la substitution n'a pas de conséquence juridique, le travailleur demeure le même. En ce qui concerne l'engagement intuitu personae du travailleur, il ne peut s'opposer à la cession de son contrat que par voie de démission. Le travailleur reste libre à mettre en œuvre sa propre faculté de résiliation unilatérale du contrat, mais ne peut pas faire barrage à la cession de l'entreprise ni au transfert de son contrat. Par ailleurs, l'article 80 a une portée générale et son caractère impératif ne contrevient pas à la volonté de se délier. La partie qui envisage de mettre fin au contrat doit se conformer aux conditions de fond et de forme en matière de rupture des contrats du travail.

II. Le maintien de plein droit des contrats de travail

Le législateur congolais a opté pour ce que l'on qualifie « d'application collective et automatique »¹¹⁰ du principe de maintien des contrats. Les parties au contrat de cession d'entreprise (l'employeur cédant et l'employeur cessionnaire) ne font qu'exécuter les obligations leur incombant en transférant les contrats de travail. Le consentement de l'employeur substituant est acquis au moment de l'acceptation de la cession de l'entreprise¹¹¹. Ce consentement préalable est acquis par le fait qu'il se propose librement comme repreneur de l'entreprise ou d'une branche d'activité¹¹². Ainsi ne se pose plus la question du refus du substituant à reprendre les contrats de travail.

Pour le personnel, le caractère forcé dépouille les travailleurs d'un moyen non-négligeable tendant à faire échouer le transfert de leurs contrats. L'absence de consentement des travailleurs trouve son fondement dans la loi elle-même. La cession est dans ce cas imposée par le législateur comme « moyen de préserver le lien contractuel en cours d'exécution »¹¹³. Le législateur a donc présumé qu'il dissipe toute situation d'insécurité juridique et économique du travailleur en le maintenant dans le lien contractuel, d'autant plus que les travailleurs sont extérieurs (tiers) à l'opération de cession d'entreprise. Contrairement à une cession conventionnelle, le consentement des travailleurs cédés n'est pas requis. La conséquence principale du maintien de plein droit des contrats est le transfert automatique de la relation de travail. L'exclusion du droit d'opposition revêt un intérêt particulier s'il s'avère que le précédent employeur est débiteur des arriérés de salaire. Les travailleurs sont dans leur droit de se questionner sur le caractère libératoire de l'acte de cession

109 Il en est de même en cas de cession judiciaire dans le cadre d'une procédure collective. « Le tribunal peut imposer la cession des contrats intuitu personae sans qu'il puisse y avoir d'opposition et ce choix est irrévocable » (Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 48).

110 Alain Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre », Droit social, 2006, p. 268.

111 « (...) un repreneur sérieux doit avoir étudié minutieusement les engagements dont il pourrait être tenu à l'issu de la cession » (Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 52); C'est qui vient confirmer le caractère accessoire de la cession des contrats du travail.

112 Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 57.

113 G. Chantepie et M. Latina, Op. cit., p. 546.

d'entreprise. Il s'agit de définir le mécanisme de protection de la qualité de créancier des travailleurs. Dans sa qualité de cédant, l'employeur substitué est totalement libéré des dettes futures. Pour les créances antérieures à l'acte de cession, la préservation des liens contractuels laisse intact l'état des créances en ce que « la cession de contrat ne saurait avoir d'effet extinctif concernant les dettes nées antérieurement à la cession »¹¹⁴, aussi l'employeur substituant acquiert la qualité de débiteur même pour les arriérés de salaire; si l'on considère que la cession des dettes est comprise comme l'un des effets de la cession de contrat.

Tel est le cas de la société absorbante qui continue les activités de l'entreprise absorbée et est tenue de l'intégralité du passif qui en résulte. Les salariés sont dans leurs droits en assignant contre la société absorbante, nouvel employeur, pour les créances salariales, étant donné que cette dernière « peut être assignée en lieu et place de la société absorbée »¹¹⁵. Il en est de même en cas de scission. Une jurisprudence de la CCJA affirme que « si les articles 180 et 190 de l'AUSCGIE font un distinguo entre les opérations de fusion et de scission, il reste que ces deux opérations ont toutes deux pour conséquences juridique majeure la transmission à titre universel du patrimoine de la société, qui disparaît de ce fait, aux sociétés bénéficiaires »¹¹⁶. En l'absence de novation, les sociétés fusionnées restent pareillement tenues aux dettes respectivement contractées »¹¹⁷.

Dans le cas d'une cession conventionnelle, le cédé peut faire obstacle à la cession de son contrat par voie d'opposition¹¹⁸. L'article 80 du code du travail ne prévoit pas un droit d'information préalable au transfert des contrats ni un droit d'opposition après le transfert. Par ailleurs, les travailleurs n'étant pas partie à la cession d'entreprise, il est tout à fait logique de ne pas rechercher à leur égard quelconque consentement. La cession légale écarte toute hypothèse d'une autorisation des travailleurs. Une telle autorisation reviendrait à conditionner la validité du transfert des contrats à un accord des travailleurs. Cette dernière solution est quoiqu'il en soit difficile à mettre en œuvre dans la mesure où il faudrait requérir l'autorisation individuelle des travailleurs. La moindre des choses aurait été cependant de prévoir explicitement un droit d'information des travailleurs, compte tenu des effets de la cession sur la situation des salariés dont les contrats sont cédés. Dans ce cas, le droit d'information devrait se comprendre comme une simple formalité de renseignement et non comme une obligation entravant la transmission de leurs contrats ou à défaut de laquelle la transmission serait déclarée inopposable. Concernant ce dernier point, il convient de rappeler que ce n'est point le transfert de contrat de travail qui produit ses effets, mais plutôt la cession d'entreprise qui opère un changement de qualité d'employeur.

114 Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 52.

115 Aff. Succession Johnson-Ansah, CCJA, 3^e Ch. n°226/2019 du 10 Octobre 2019.

116 Aff. Société SIFCA-CI c/Sissoko Aliou, CCJA, 2^e Ch., n°117/2015 du 22 octobre 2015.

117 Aff. Succession Johnson-Ansah, CCJA, 3^e Ch. n°226/2019 du 10 Octobre 2019.

118 « Le refus opposé par le cédé fait normalement obstacle à la cession de contrat, ce qui implique que le cédant est maintenu dans les liens contractuels jusqu'au terme convenu » (G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 548).

L'article 80 du code du travail instaure un mécanisme de consentement unique, celui sur la cession de l'entreprise. L'acceptation de la cession de l'entreprise par le substituant vaut également acceptation de la suite. Il n'est nullement nécessaire d'exiger une acceptation spécifique aux contrats de travail. La cession des contrats de travail et la cession d'entreprise formant un tout indissociable, il convient d'assimiler à un refus des conditions de la cession d'entreprise le fait pour le substituant de ne pas vouloir reprendre certains travailleurs.

Le principe de légalité des délits et des peines en matière disciplinaire en droit du travail congolais

Dan Idima Nkanda*

Résumé

Le pouvoir disciplinaire reconnu à l'employeur dans le cadre des relations de travail en République Démocratique du Congo, lui confère la faculté d'élaborer les règles de discipline, de qualifier les fautes et d'appliquer les sanctions. Ce pouvoir apparaît comme absolu au sein de l'entreprise. Toutefois, son exercice est juridiquement encadré par le principe de légalité, également désigné sous les termes de textualité ou de normativité. Alors que ce principe est appliqué de manière stricte en droit pénal, il demeure limité en droit disciplinaire du travail, laissant à l'employeur une large marge d'appréciation. Cette latitude, tant dans la détermination des fautes que dans l'application des sanctions, expose le travailleur à des risques d'abus et d'arbitraire. L'étude met en évidence la nécessité d'un encadrement légal renforcé du pouvoir disciplinaire de l'employeur, afin de garantir une application claire, équitable et non équivoque du principe de légalité en matière disciplinaire du travail.

Introduction

« La nécessité de respecter les règles d'organisation, du fonctionnement et de la discipline au sein de l'entreprise justifie l'établissement du règlement d'entreprise, lequel encadre l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire¹ ». Ce pouvoir s'entend comme « un ensemble de règles de bonne conduite et d'éthique commune, auxquelles tous les membres doivent se conformer ² ». L'objectif substantiel du droit disciplinaire est ainsi de sanctionner les comportements susceptibles de nuire au bon fonctionnement de l'entreprise.

Toutefois, dans la relation professionnelle du travail, un même fait commis par le salarié peut être susceptible de plusieurs qualifications : faute pénale, faute civile, faute administrative, faute disciplinaire etc. Chacune de ces qualifications entraîne des régimes juridiques distincts, avec des sanctions et des procédures propres.

* Avocat près la cour d'appel du Kwilu (République Démocratique du Congo); Assistant à la faculté de droit de l'Université de Kikwit et Apprenant en DEA /DES à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa; e-mail : danidimank@gmail.com.

1 Ahmed Bouharrou, Le droit pénal du travail et de la sécurité sociale, 2012, p. 19.

2 Joseph Loko Omadikundju, Notes de cours de droit du travail, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2024 – 2025, p. 76.

En effet, « la législation du travail est largement assortie de sanctions pénales ³ », ce qui lui confère un caractère impératif. Cette articulation a donné naissance à un droit spécial, « le droit pénal du travail, qui regroupe d'une part les incriminations et les peines prévues dans le code pénal applicables aux relations du travail, et d'autre part les infractions et les sanctions contenues dans le code du travail ⁴ ».

Pour circonscrire le champ du droit pénal et celui du droit disciplinaire dans la relation employeur-salarié, le Professeur Mukadi Bonyi souligne que « les règles de discipline sanctionnent l'inobservance par les travailleurs de leurs devoirs professionnels, lesquels compromettent la vie de l'entreprise⁵ ». De leur côté, Alain Coeuret et Elisabeth Fortis relèvent que « la violation par le salarié d'une disposition pénale, qu'elle soit issue du code du travail ou du code pénal, nuit non seulement à l'entreprise, mais également à la société dans son ensemble⁶ ».

Le principe de légalité, consacré à l'alinéa 2 de l'article 17 de la Constitution, énonce que nul ne peut être poursuivi, arrêté, condamné qu'en vertu de la loi. L'alinéa 3 de la même disposition l'aborde en ces termes : « Nul ne peut être poursuivi pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction au moment où elle est commise et au moment des poursuites ». Et selon l'alinéa 4 : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction à la fois au moment où elle est commise et au moment de la condamnation ». La symbiose utile des contenus de chacune de ces dispositions de la Constitution renvoie au grand principe directeur et cardinal en droit pénal apprécié sous la formule latine *nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium sine lege*.

Il ressort de ces dispositions, qu'en droit pénal seule la loi, et seulement elle, peut ériger un comportement en infraction, déterminer la peine applicable et fixer la procédure correspondante. Car, « il est de meilleure politique criminelle que la loi avertisse avant de frapper (*lex moneat priusquam feriat*), afin que dans son comportement l'agent sache à quoi s'en tenir⁷ ». Ainsi, le salarié reconnu coupable d'une faute pénale dans le cadre de l'exercice de ses fonctions ne peut être condamné qu'en vertu des dispositions légales préexistantes, en l'espèce le code pénal ou le code du travail ou encore le code de procédure pénale.

En revanche, les fautes disciplinaires qui relèvent de l'inobservance des devoirs professionnels, donnent lieu aux sanctions prévues à l'article 54 du code du travail : le blâme, la réprimande, la mise à pied dans les limites et conditions fixées au point 5 de l'article 57 du présent code, le licenciement avec préavis, le licenciement sans préavis dans les cas et

3 Bouharrou, note 1, p. 5.

4 Bouharrou, note 1, p. 5.

5 Mukadi Bonyi, Droit du travail, Bruxelles, 2008, p. 17 cité par Loko Omadikundju, note 2, p. 76.

6 Alain Coeuret et Elisabeth Fortis, Droit pénal du travail, 4^{ème} éd., 2008, p. 78.

7 Charles – Louis de Montesquie, De l'esprit des lois, Liv. XI, chap. VI, 1748, Cesare Bonesana Beccaria, Traité de droit et des peines Chap. III, 1764, cités par Raphael Nyabirungu Mwene Songa, Traité de droit Pénal Général congolais, Kinshasa, 2001 p.51.

conditions fixées aux articles 72 et 74 du présent code. Ces sanctions doivent être graduées en fonction de la gravité, de la répétition ou de l'intention de nuire. Dit autrement, « les règles y relatives se rapportent à la précision de la nature et de l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur contre les salariés et ce, bien entendu au regard de la faute qualifiée de disciplinaire⁸ ». Le fait générateur de la sanction disciplinaire est donc une violation d'une règle non pénale du code du travail.

Cette réflexion conduit ainsi à une interrogation centrale : l'employeur, étant que chef d'entreprise investi du pouvoir disciplinaire, est-il libre de qualifier de faute disciplinaire tout comportement du salarié qui lui paraît répréhensible, et d'appliquer la sanction de son choix, même si elle n'est pas prévue par les textes ?

Ce travail tente d'apporter des éléments de réponse à cette question à travers deux axes : la portée du principe de légalité des délits et des peines(A) et l'application de ce principe en droit disciplinaire du travail (B).

A. PORTEE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE EN MATIERE PENALE

L'interprétation en droit pénal se distingue fondamentalement de celle admise dans d'autres disciplines juridiques, telles que le droit civil ou commercial. Si ces dernières tolèrent l'interprétation extensive, voire analogique, l'interprétation de la loi pénale demeure strictement limitée. Comme le souligne VERHAEGEEN, « la loi pénale ne doit être appliquée qu'à tous les cas rentrant dans ses termes, ainsi qu'aux seuls cas rentrant dans ses termes⁹ ».

Ainsi, avant d'examiner l'application du principe de légalité dans la relation professionnelle entre l'employeur et le salarié, il s'avère nécessaire de comprendre le cadre juridique et conceptuel du principe en droit pénal d'où il tire son origine (I), ainsi que d'apprécier l'étendue du pouvoir disciplinaire de l'employeur au sein de l'entreprise (II).

I. Le cadre juridique et conceptuel du principe de la légalité des délits et des peines

1. Notion et contenu du principe

Le principe de la légalité constitue un pilier cardinal du droit pénal. Institué pour limiter le droit de punir et prévenir l'arbitraire, il traduit l'idée selon laquelle, « seuls les faits définis et sanctionnés par le législateur au moment où l'accusé a commis son acte, peuvent faire l'objet de la condamnation pénale. De même, seules les peines édictées à ce moment par

8 Jacqueline Masanga Phoba Mvioki, *Droit du travail*, 5^{ème} édition revue et augmentée, juillet 2013, p.175.

9 Damien Vandermeesch, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, 1978, p. 15.

le législateur peuvent leur être appliquées¹⁰ ». Ce principe est résumé sous l'adage latin : « *Nullum crimen, nulla poena sine lege*¹¹ ».

Ainsi, un comportement ne peut être qualifié d'infraction que s'il est expressément défini par la loi. Même si ce comportement trouble l'ordre public ou les bonnes mœurs, il ne saurait être incriminé sans une disposition légale. Contrairement à la faute civile, qui résulte de « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage¹² », la faute pénale découle exclusivement de tout fait de l'homme défini par la loi pénale. Par conséquent, un individu ne peut être donc condamné que pour les faits qui, au moment où ils sont commis, sont préalablement définis comme constituant une infraction par le législateur. Et seul le législateur a le monopole de la définition des incriminations et des peines. Dès lors, le juge ne peut considérer comme infraction, un fait que la loi ne définit pas comme tel, il ne peut ni inventer encore moins se baser sur son appréciation personnelle pour ériger un comportement en infraction.

En outre, à chaque incrimination correspond une peine. Seules peuvent être appliquées, les peines et mesures édictées par le législateur au moment où l'accusé a commis son acte. Autant, il a l'obligation d'indiquer la nature et le taux de la sanction. « Le juge ne peut donc suppléer au silence de la loi en prononçant des peines autres que celles qui sont limitativement prévues par le législateur¹³ ». Cela étant, « il ne peut prononcer une peine supérieure au maximum ni inférieure au minimum, sauf en cas des circonstances aggravantes, des circonstances atténuantes, ou des excuses légales¹⁴ ». Et le juge ne peut décider de ne pas appliquer la sanction à son gré au motif que la peine prévue par la loi serait disproportionnée à l'incrimination.

Le principe de la légalité s'étend également au droit pénal de la procédure. Il implique qu'« aucune formalité ou procédure ne puisse être imposée aux parties si elle n'est pas prévue par la loi¹⁵ ». En ce sens, la formule « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* » se complète en « *Nullum crimen, nullum poena, nullum judicium sine lege*¹⁶ ». Ainsi, toutes les incriminations ne peuvent être sanctionnées que par le juge et suivant la forme ou la procédure déterminée par le législateur. Nul ne peut être poursuivi, arrêté ni détenu qu'en vertu de la loi et dans les formes qu'elle prescrit. Il est donc du droit fondamental pour chaque citoyen de connaître à l'avance son juge naturel ainsi que la forme que celui-ci utilisera en cas de jugement pour violation supposée de la loi pénale.

10 Nyabirungu MweneSsonga, note 10, 2001 p.15.

11 Marie- Line Drago, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, Thèse, Université Montpellier, 2016, p.5.

12 Article 258 du Décret du 30 juillet 1888 portant contrats ou des obligations conventionnelles, B.O.,1888.

13 Caroline Février, Le principe de légalité des délits et des peines en droit pénal, 2023, disponible sur [https:// www.aideauxtd.com](https://www.aideauxtd.com)

14 Nyabirungu Mwene Songa, note 10, p.19.

15 Nyabirungu Mwene Songa, note 10, p.15.

16 Nyabirungu Mwene Songa, note 10, p.15.

Plusieurs justifications fondamentales ont milité en faveur de l'institution du principe de la légalité des délits et des peines. En effet, « la prérogative reconnue à l'Etat de maintenir l'ordre public ne peut pas s'exercer sans limites qui garantissent la liberté et l'indépendance de chacun¹⁷ ». Cependant, ce principe sert de limitation du droit de punir en encadrant les pouvoirs du législateur, de l'administration et des juridictions à se conformer à des règles légales. Cela empêche les abus de pouvoir et les décisions injustes basées sur l'arbitraire. Il n'appartient pas au juge de soumettre la justice à son émotion, à son tempérament, à ses intérêts de classe, voire à son zèle, car l'exercice de son pouvoir est soumis à des règles préalablement établies par la loi. Un tel principe contribue à la consolidation de l'Etat de droit, car les textes seuls sont supérieurs. Par ailleurs, en définissant préalablement les infractions et leurs sanctions, ce principe permet aux individus de connaître à l'avance les comportements interdits ou autorisés. Cela favorise une société où les règles de jeu sont claires pour tous et « constitue une meilleure politique criminelle¹⁸ ».

2. Fondement du principe

Le principe de la légalité des délits et des peines trouve son assise dans plusieurs textes nationaux et internationaux qui le consacrent comme un pilier de l'Etat de droit.

Au niveau international, l'article 11 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme prévoit que : « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne se constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. ». Aussi, on peut lire à l'article 15 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques que : « Nul ne peut être condamné pour un acte qui n'était pas pénalement répréhensible au moment de sa condamnation. ». Il en est ainsi de l'article 7.2 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui proclame que « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable. Aucune peine ne peut être infligée si elle n'a pas été prévue au moment où l'infraction a été commise. ». Enfin, l'article 22.1 du Traité de Rome portant Statut de la CPI : « Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour ».

Au niveau national, l'article 17 de la Constitution congolaise garantit la sécurité juridique et l'interdiction des peines arbitraires, sous la formule suivante : « Nul ne peut être poursuivi, arrêté, détenu ou condamné qu'en vertu de la loi et dans les formes qu'elle prescrit. Nul ne peut être poursuivi pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction au moment où elle est commise et au moment des poursuites. Nul ne peut

17 Jean- Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^{ème} éd., 2014, n°116, p.236.

18 Bertrand de Lamy, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les cahiers de droit*, volume 50, n° 3-4, septembre 2009, p.595.

être condamné pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction à la fois au moment où elle est commise et au moment de la condamnation ». Ce principe est également énoncé à l'article 1^{er} du Code Pénal congolais qui dispose que « Nulle infraction ne peut être punie des peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fut commise »¹⁹.

Ces dispositions consacrent la sécurité juridique et l'interdiction des peines arbitraires, confirmant le rôle central du principe de légalité dans la protection des droits fondamentaux et dans la consolidation de l'Etat de droit.

II. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur dans l'entreprise

Le principe administratif de la hiérarchie des fonctions implique que « tout supérieur hiérarchique dispose de la faculté de sanctionner les manquements aux obligations professionnelles de ses subordonnés²⁰ ». Dans le souci de préserver le bon fonctionnement et la pérennité de l'entreprise, le droit reconnaît à l'employeur un pouvoir disciplinaire destiné à assurer le respect des devoirs professionnels du salarié. Toutefois, la législation congolaise ne prévoit pas de manière exhaustive les actes susceptibles d'être qualifiés de fautes disciplinaires. Il appartient donc à l'employeur de les établir dans le règlement d'entreprise ou mieux le manuel du personnel en y érigeant non seulement certaines attitudes en faute disciplinaire (1) et en organisant le régime de sanction et procédural applicable (2).

1. La faute en droit disciplinaire du travail

a. Appréciation juridique du comportement fautif

Ni le code des obligations qui constitue le régime général au code du travail, ni le code du travail ne donnent une définition légale de la faute. Comme le relève le professeur KALONGO MBIKAYI, « à défaut d'une définition légale de la faute, la jurisprudence et la doctrine, ont dégagé des nombreux éléments de fait et de droit permettant de cerner la notion de la faute :

- En cas de violation d'un texte impératif;
- En dehors de la violation d'un texte impératif mais par comparaison avec le comportement d'un homme prudent;

19 Décret du 30 Janvier 1940 portant code pénal, tel que modifié et complété par la loi n°06/018 du 20 juillet 2006, in J.O.R.D.C, n° spécial, 50^{ème} année du 25 mai 2009.

20 Mohammed Mohammed Zaouaq, L hiérarchie administrative et le fonctionnement de l'administration : avantages. Bulletin de l'observation marocain de l'administration publique, 2018, <https://hal.science/hal-02883145v1>

- En cas d'abus de droit, c'est-à-dire lorsqu'on agit dans les limites d'un droit reconnu mais dans l'intention de nuire²¹ ».

Par ailleurs, la faute professionnelle se distingue de la faute contractuelle, laquelle renvoie, aux manquements liés à l'exécution du travail lui-même et à l'inobservation des engagements prévus au contrat de travail et qui ne relèvent pas de la discipline au sens propre. En effet, les deux parties au contrat du travail étant simultanément créancières et débitrices d'obligations, le salarié est tenu d'exécuter personnellement, consciencieusement et de bonne foi les tâches convenues. « La non-exécution de ces obligations constitue une faute contractuelle, génératrice de responsabilité susceptible d'ouvrir droit à des dommages – intérêts visant à réparer le préjudice qu'elle a causé au créancier de l'obligation²² ».

Cependant, « la frontière entre faute disciplinaire et faute contractuelle n'est pas toujours nette, si bien que dans le fait, certaines fautes du salarié présentent souvent les deux caractères. Ainsi, le non-respect des horaires de travail peut être considéré comme une mauvaise exécution du contrat individuel de travail et comme une violation d'une règle d'organisation collective du travail. De même, quitter son lieu de travail malgré l'interdiction formelle, équivaudrait à la fois à une inexécution contractuelle et un acte d'insubordination²³ ».

Pour Pierre Dominique OLIVIER, « une faute est qualifiée de disciplinaire lorsqu'elle enfreint les règles de l'exécution du contrat de travail. Elle est de ce fait, contractuelle²⁴ ». « La faute contractuelle, notion plus large, englobe toutes les formes de mauvaise exécution ou d'inexécution totale ou partielle du contrat de travail²⁵ ». Joseph LOKO OMADIKUNDU ajoute que « pour être qualifié disciplinaire, la faute doit revêtir un caractère professionnel, être fautive et raisonnablement liée à l'exécution de la prestation de travail ou au comportement du salarié »²⁶. Ainsi, « si toute faute disciplinaire est une faute contractuelle, mais l'inverse n'est pas vrai²⁷ ». De cette affirmation, il y a lieu de noter, que la violation de toute clause contractuelle par le salarié ne suffit pas à déclencher le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Ce dernier ne peut mettre en œuvre son pouvoir disciplinaire que pour sanctionner les manquements qui compromettent l'ordre interne et la discipline de l'entreprise.

21 *Bonaventure Olivier Kalongo Mbikayi*, Droit civil. Tome 1 : Les obligations, Kinshasa, 2012, p. 223.

22 *Philippe Stoffel-Munk*, Droit des obligations, 8^{ème} éd., Paris, 2016, p.501.

23 *Grace Muwawa Luwungi*, Essai de théorisation de la faute en matière du travail, Thèse, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2024, p. 15.

24 *Pierre Dominique Olivier*, Le Droit du travail, Paris, Editions Armand colin, 1972, p. 126.

25 *Dominique Olivier*, note 24, p. 126.

26 *Loko Omadikundju*, note 2, p. 35.

27 *Sandrine Jean*, L'Acte unilatéral de l'employeur, Thèse de doctorat, Faculté de droit et sciences politiques, Université Paris 1, 1999, p.48.

b. Typologie des fautes disciplinaires en droit du travail

En droit du travail, les fautes peuvent être distinguées selon leur nature disciplinaire ou contractuelle, et selon leur gravité, tenant aux faits et aux dommages en faute légère et en faute lourde.

« La faute légère correspond à un manquement disciplinaire qui, bien que justifiant l'exercice du pouvoir de licenciement par l'employeur, permet au salarié de jouir de certains avantages en nature et en espèce [...] »²⁸. En revanche, bien que non définie par le législateur congolais, « est généralement comprise comme un manquement qui entraîne une rupture totale de la confiance entre l'employeur et le salarié, rendant impossible la poursuite de la relation de travail. Elle peut également être caractérisée par une intention manifeste de nuire à l'employeur ou aux intérêts de l'entreprise »²⁹. Les cours et tribunaux estiment par contre qu'« une faute lourde est une faute d'une certaine gravité, teintée d'une volonté manifeste de nuire »³⁰.

2. La sanction et procédure disciplinaire

a. La sanction disciplinaire

La sanction disciplinaire se définit comme un acte unilatéral pris par l'employeur à la suite d'un comportement fautif du salarié, en application de son pouvoir disciplinaire. Ce pouvoir, entendu comme « la prérogative permettant à l'employeur d'édicter des règles obligatoires pour les salariés, vise à assurer la discipline et l'ordre au sein de l'entreprise »³¹. Contrairement aux sanctions pénales, les sanctions disciplinaires ne visent pas la protection de l'ordre public mais la régulation interne de l'organisation.

En droit du travail, les sanctions selon leur degré de gravité peuvent être qualifiées de « moins graves », tandis que d'autres constituent des « sanctions graves ». Ainsi, toute faute ne justifie pas nécessairement le licenciement. Celui-ci suppose un degré de gravité apprécié *in concreto*, en tenant compte de divers éléments, en l'occurrence, l'importance

28 *Muwawa Luwungi*, note 23, p. 22.

29 *Muwawa Luwungi*, note 23, p. 23.

30 La jurisprudence congolaise est constante sur les éléments permettant la qualification d'une faute lourde. Une faute est lourde, lorsqu'elle ne permet pas de maintenir entre parties les rapports contractuels même pendant le préavis et qui met obstacle au paiement d'aucune indemnité. Elle entraîne une rupture du contrat de travail sans préavis et sans paiement d'aucune indemnité. C.A/Kinshasa-Gombe, RTA 5022 du 13 mai 2005, inédit. Par ailleurs, il été jugé qu'il y a perte de confiance entre les parties au contrat de travail justifiant la rupture par l'une d'elles, quand les rapports entre elles deviennent conflictuels et se dégradent sur base de faits précis, rendant impossible, aussi bien immédiatement que dans l'avenir, le maintien ou la continuation des relations contractuelles, tel le cas d'un employé poursuivi du chef de vol ou d'abus de confiance au préjudice de l'employeur. CA/ Paris, 30 septembre 1986, cité par *Muwawa Luwungi*, note 23, p. 18.

31 Les sanctions disciplinaires : définition, procédure, motifs, disponible sur <https://www.l-expert-comptable.com>.

de l'auteur du fait dans l'entreprise, son ancienneté, sa conduite habituelle, son passé, les conséquences de la faute sur le patrimoine de l'entreprise, la culture de d'entreprise de l'employeur, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs que l'employeur juge indispensables pour la réalisation de ses objectifs.

L'article 54 du code du travail congolais précise que la sanction disciplinaire doit être proportionnée à la gravité, à la répétition de la faute ou à l'intention de nuire. Il découle de cet article qu'il existe une corrélation entre la faute et la sanction, bien que cette correspondance ne soit pas absolue. Car, une même faute peut donner lieu à des sanctions différentes selon les circonstances.

Le code du travail institue les sanctions disciplinaires suivantes³² :

- Le blâme ;
- La réprimande ;
- La mise à pied à concurrence de deux fois quinze jours par an, lorsque cette mesure est prévue soit par le contrat de travail, soit par la convention collective ou par le règlement d'entreprise ;
- Licenciement avec préavis et;
- Le licenciement sans préavis, dans les cas et conditions fixés par les articles 72 et 74 du code du travail.

b. La procédure disciplinaire

L'exercice du pouvoir disciplinaire est encadré par une procédure visant à garantir les droits de la défense du salarié. Le code du travail énonce ainsi que, « lorsque l'employeur envisage un licenciement pour des motifs liés à l'aptitude ou à la conduite du travail, il est tenu, avant toute décision, de permettre à l'intéressé de se défendre contre les reproches formulés ou de s'expliquer sur les motifs avancés³³ ». Cette disposition consacre le respect du principe du contradictoire : l'employeur ne peut licencier un salarié sans lui donner l'opportunité de fournir les moyens de défenses des faits qui lui sont reprochés. Le salarié peut, à cette occasion, se faire assister.

Si la procédure de licenciement est expressément prévue par le Code du travail, il n'en demeure pas de même pour les autres sanctions disciplinaires. Toutefois, d'autres instruments normatifs internes à l'entreprise, tels que « le règlement d'entreprise, le statut, le manuel du personnel sont des textes qui prévoient la procédure disciplinaire et définissent généralement le cheminement procédural. Celui-ci comprend : l'audition préalable ou la demande d'explication, l'assistance du travailleur mis en cause, la notification écrite de la décision avec obligation de motiver la sanction par l'exposé des griefs avec précision

32 Article 54 de la loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail, telle que modifiée et complétée par la Loi n° 016/010 du 15 juillet 2016.

33 Article 62 al. 5 du Code du travail.

de manière claire et non équivoque, au besoin rappeler les arguments développés par le travailleur concerné et leurs failles³⁴ ».

Dans certains cas, « ces textes internes fixent également, le délai endéans lequel l'autorité disciplinaire doit engager la procédure disciplinaire et doit prendre la sanction, le droit de recours avec précision du délai et de l'autorité à qui le recours doit être déposé, la procédure de l'examen du recours, le délai endéans lequel l'autorité saisie du recours est tenue de se prononcer et l'abandon de la procédure disciplinaire par l'employeur en cas du silence de l'autorité saisie du recours³⁵ ».

B. APPLICATION DU PRINCIPE DE LA LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES EN DROIT DISCIPLINAIRE DU TRAVAIL

« Le régime contemporain de la poursuite pénale repose sur des principes fondamentaux, tels que la légalité des délits et peines, le droit à un procès équitable et l'exigence d'un tribunal répressif indépendant et impartial³⁶ ». Ces principes visent à garantir la protection de la personne poursuivie. Si, historiquement, le philosophe Beccaria³⁷ n'envisageait l'application de ces principes qu'en matière pénale, en raison de la nature exclusivement répressive de la poursuite criminelle, leur transposition en matière disciplinaire s'impose aujourd'hui.

Ainsi, plusieurs principes communs de la répression trouvent application dans le champ disciplinaire : *la légalité des délits et des peines, la non-rétroactivité et la rétroactivité in mitius, la proportionnalité, l'interdiction de cumuler plusieurs sanctions pour une seule infraction, l'obligation pour l'autorité répressive d'être indépendante et impartiale ainsi que le respect du droit de la défense*. Le droit disciplinaire, qui fonctionne comme « un petit système pénal pour reprendre l'expression de Michel Foucault³⁸ », s'est progressivement enrichi des garanties d'origine pénale. L'employeur ne peut donc qualifier une faute, prononcer une sanction ou engager une procédure qu'en vertu d'un texte. Son pouvoir disciplinaire, bien que reconnu, n'est pas absolu de faute disciplinaire, prononcer de sanction et suivre de procédure qu'en vertu d'un texte.

Dans cette perspective, l'analyse se décompose en deux volets : le principe de la normativité ou textualité en droit disciplinaire du travail (I) ainsi que les contraintes liées à l'application stricte de légalité des délits et des peines en droit du travail(II).

34 Loko Omadikundju, note 2, p. 81.

35 Loko Omadikundju, note 2, p. 81.

36 Henri Remy, Les principes généraux du code pénal de 1791, Thèse, Paris, 1910, cité par Elie Ghazo, Les relations entre les actions disciplinaires et pénales à l'encontre du fonctionnaire civil en France et au Liban, Thèse, Faculté de Droit, Université de Rennes, 2017, p. 29.

37 Beccaria, Traité des délits et des peines, Paris, 1966, p.61.

38 Michel Foucault, Surveiller et punir. Naissance de la prison, Paris, 1975, p.180.

I. Le principe de la normativité ou textualité en droit du travail

Le principe de la normativité constitue une garantie essentielle dans les rapports entre employeurs et salariés. La textualité renvoie à l'idée que « seules les dispositions écrites, accessibles et publiées peuvent fonder une action disciplinaire³⁹ ». Cela garantit une transparence et une sécurité juridique dans les relations de travail, en ce sens que les travailleurs d'une part doivent savoir à l'avance les comportements prohibés et les sanctions encourues et d'autre part, l'employeur ne peut sanctionner des actes non définis comme fautifs.

Ces textes sont essentiellement constitués non seulement de la loi à l'instar du code du travail, mais aussi du contrat du travail, de la convention collective et du règlement d'entreprise. Ces instruments protègent les salariés contre l'arbitraire, en imposant que les fautes, les sanctions et les procédures soient définies dans un texte normatif.

1. La textualité de la faute disciplinaire

Dans la relation de travail, le salarié est placé dans une situation de dépendance et règlementaire vis-à-vis de son employeur. Ce lien de subordination implique nécessairement le pouvoir disciplinaire. Autrement dit, « le lien de subordination, appelle nécessairement le pouvoir disciplinaire⁴⁰ », en ce sens que l'employeur étant hiérarchiquement supérieur, est investi du pouvoir de sanction. Cette sanction suppose l'existence d'une faute imputable au salarié.

La faute disciplinaire se caractérise par un manquement aux obligations professionnelles ou aux règles de l'entreprise. Elle peut résulter d'actes positifs ou d'omissions, tels que le non-respect des horaires, l'insubordination, l'utilisation abusive des biens de l'entreprise ou la violation des règles de sécurité. Le règlement d'entreprise joue ici un rôle central en définissant les comportements prohibés et en assurant la coexistence harmonieuse des salariés.

L'appréciation des faits constitutifs de la faute disciplinaire, impose l'identification des manquements au devoir professionnel, « aux obligations de la fonction »⁴¹. Le travailleur est appelé à observer une conduite sur le lieu de travail. La conduite, doit être entendue comme des actes positifs ou d'omission que le travailleur pose au sein de l'entreprise dans le rapport avec ses supérieurs ou ses collègues. Pour s'ériger en faute, ces actes positifs ou négatifs doivent constituer des manquements au devoir, à la morale, au contrat, à la loi, à la convention collective, au règlement d'entreprise.

Le règlement d'entreprise institue un certain nombre de règles destinées à éviter des abus, à assurer le bon fonctionnement de l'entreprise et la coexistence harmonieuse de salarié sur le lieu de travail. Il en est ainsi des règles relatives à l'horaire du travail, à

39 Jean, note 27, p. 49.

40 Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi, *Droit du travail et de la sécurité sociale*. Manuel d'enseignement, Kinshasa, 2015, p. 16.

41 André de Laubadère, *Traité de droit administratif*, T.II, 7^{ème} éd., Paris, 1980, p. 97.

l'obéissance des autorités hiérarchiques, à la liste de présence ou au pointage, à l'interdiction d'utiliser les matériels de l'entreprise pour son propre compte sans l'autorisation, à l'interdiction de déchirer les affiches, les normes de services, les communiqués ou tout autre document appartenant à l'entreprise, dont l'inobservation constitue une faute.

Pour sa part, Ahmed BOUHARROU révèle que « les actes incriminés par le code pénal ou le code du travail, peuvent également être constitutifs d'une faute disciplinaire. C'est le cas du délit portant atteinte à l'honneur, à la confiance ou aux bonnes mœurs ayant donné lieu à un jugement définitif privatif de liberté, la divulgation d'un secret professionnel ayant causé un préjudice à l'entreprise; le fait de commettre les actes suivants à l'intérieur de l'établissement ou pendant le travail⁴² : Le vol, l'abus de confiance, l'ivresse publique, la consommation de stupéfiants, l'agression corporelle, l'insulte grave, le refus délibéré et injustifié du salarié d'exécuter un travail ou de huit demi-journées pendant une période de douze mois, la détérioration grave des équipements, des machines ou des matières premières causée délibérément par le salarié ou à la suite d'une faute de l'employeur; l'inobservation par le salarié des instructions à suivre pour garantir la sécurité du travail ou de l'établissement ayant causé un dommage considérable, l'employeur ou son représentant portant atteinte au fonctionnement de l'entreprise ».

Lorsque la faute est qualifiée, l'autorité disciplinaire ne peut prononcer de sanction que celles qui sont consacrées dans un texte.

2. La textualité de la sanction et procédure disciplinaire

En droit disciplinaire du travail, l'employeur n'est pas libre d'infliger au salarié fautif une sanction de son gré. Le principe « *nulla poena sine lege* » s'applique également dans ce domaine, car seules les sanctions prévues par un texte peuvent être légalement prononcées. Ces textes sont principalement le code du travail (article 54), le contrat de travail, la convention collective ou encore le règlement d'entreprise.

Ainsi, « l'employeur n'est pas autorisé d'infliger au salarié des sanctions pécuniaires. Par conséquent, toute stipulation attribuant à l'employeur le droit d'infliger des amendes, des réductions de salaire ainsi que des dommages et intérêts, sera nulle⁴³ ». Aussi, sera constitutive d'une faute punissable, « une sanction disciplinaire prise par l'employeur entraînant la résiliation du contrat, alors qu'elle est sans motif valable, abusive ou irrégulière. Dans ce cas, l'employeur peut être condamné à verser au salarié, à défaut de réintégration, une indemnité équivalente à jusqu'à trente-six mois de la dernière rémunération⁴⁴ ».

42 Bouharrou, note 1, p.20.

43 Loko Omadikundju, note 2, p.39.

44 Il a été jugé que les dommages- intérêts doivent être alloués au travailleur abusivement licencié de manière à permettre une réparation plus ou moins juste du préjudice subi, le travailleur ayant perdu la chance de trouver un emploi ailleurs. CA/ Kinshasa – Gombe, RTA 3322 du 19 SEPTEMBRE 2006, inédit.

De même, la légalité de la procédure disciplinaire en matière disciplinaire du travail repose sur le respect des textes normatifs, des droits du salarié et des principes de justice et d'équité. L'employeur qui souhaite infliger une sanction disciplinaire doit observer une procédure stricte, sous peine d'irrégularité. Cette procédure comprend notamment :

- « L'audition préalable du travailleur présumé fautif : elle permet au travailleur de présenter ses moyens de défense, ses explications et, le cas échéant, des preuves à décharge⁴⁵ ». Ce principe est expressément prévu dans le code du travail pour le licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur. Toutefois, il peut être atténué pour des sanctions mineures, à l'instar du blâme ou la réprimande.
- « L'assistance par un délégué syndical⁴⁶ » : lorsque les faits reprochés au travailleur risquent de conduire à une mise à pied ou à un licenciement, le salarié doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un représentant.
- La notification de la sanction : Après avoir respecté les étapes préalables, l'employeur qui décide d'infliger une sanction disciplinaire au travailleur, est tenu de notifier cette sanction au travailleur par écrit, en précisant les griefs retenus. Suivant les termes de l'article 54, le travailleur est passible de la mise à pied dans les limites et conditions fixées au point 5 de l'article 57 du code du travail et du licenciement sans préavis dans les cas et conditions fixées aux articles 72 et 74 du même code.
- Le droit au recours : le salarié peut contester une sanction qu'il estime manifestement disproportionnée. Bien que l'employeur ne soit pas tenu de respecter un ordre prédéfini des sanctions, le recours constitue une garantie essentielle contre l'arbitraire.

Il convient de noter que le Code du travail ne définit pas de manière exhaustive la procédure disciplinaire. Celle-ci trouve sa légalité dans les textes internes de l'entreprise, tels que le règlement d'entreprise, le contrat du travail ou dans le manuel du personnel. Ces textes précisent généralement les modalités de l'audition, les délais de recours, l'autorité compétente et les conditions de notification.

II. Limites et perspectives d'application du principe de la légalité de délits et des peines en matière disciplinaire du travail

En matière disciplinaire, le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas appliqué avec la même rigueur qu'en droit pénal. Il se heurte à certaines limites (1), liées principalement à la liberté dont dispose l'employeur dans l'appréciation des fautes et dans l'application des sanctions, parfois en dehors des textes. Pour éviter les abus, il est nécessaire de proposer une approche appropriée à l'application de ce principe en droit disciplinaire du travail (2).

45 Art. 62 du code du travail.

46 Art. 250 et 264 du Code du travail.

1. Contraintes à l'application du principe de la légalité

a. La détermination de la faute disciplinaire

Il est évident qu'avant de déclencher une poursuite, l'autorité répressive procède à une appréciation des faits. En droit pénal, cette appréciation est strictement encadrée par le principe de la légalité des délits et des peines. En revanche, en droit du travail, il n'existe pas de détermination ni d'énumération exhaustive des fautes disciplinaires dans les textes.

« En RDC, les fautes disciplinaires ne sont définies ni par la loi, ni par les règlements⁴⁷ ». Les textes relatifs aux obligations des travailleurs comportent une liste indicative et non exhaustive, ils laissent le soin de définir et de qualifier les comportements fautifs aux autorités disciplinaires compétentes. Ainsi, lorsqu'un salarié respecte les obligations et interdictions, il n'est pas totalement à l'abri de sanctions disciplinaires si son comportement est apprécié comme fautif par l'autorité disciplinaire.

Le pouvoir discrétionnaire de punition de l'employeur et l'indétermination légale de la faute disciplinaire ont conduit à une conception à la fois large et souple de la notion de faute disciplinaire. Elles sont énumérées de manière énonciative dans les statuts, règlements d'entreprise, etc. par des formules la plus courante suivantes : « constituent notamment des fautes disciplinaires, les actes ci-après ».

En pratique, « l'employeur peut qualifier de faute disciplinaire, tout comportement du travailleur qui lui paraît revêtir un tel caractère⁴⁸ ». En effet, disposant de la plénitude du pouvoir disciplinaire, il lui est offert la faculté de sanctionner les fautes commises par le salarié dans l'exécution de sa prestation. Il s'avère que l'appréciation de la faute disciplinaire relève principalement de l'employeur et accessoirement des textes. Il a en effet, la faculté de pardonner nonobstant, la faute établie.

Il y a lieu donc de noter que l'appréciation du niveau de gravité relève certes des éléments objectifs, mais dans une certaine mesure, la subjectivité y joue un rôle déterminant. La considération personnelle que l'employeur a sur chaque salarié et l'appréciation du comportement de chacun, leurs rôles respectifs, l'âge, la nature de la fonction, etc. influencent fortement l'employeur dans l'appréciation des fautes.

Dans cette logique, BRETHE DE LA GRESSAYE et LEGAL soutiennent l'existence d'une antinomie entre le droit pénal et le droit disciplinaire. Pour eux, « la différence essentielle tient à ce que le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas observé en matière disciplinaire. En effet, l'autorité qui exerce le pouvoir disciplinaire n'est pas liée par des incriminations légales ou réglementaires. Elle peut retenir et sanctionner tout acte qui lui paraît contraire au bien corporatif. Sur ce point, renchérissement-ils, « les fautes et sanctions disciplinaires sont différentes des délits et des peines en droit pénal⁴⁹ ».

47 *Muwawa Luwungi*, note 23, p.15.

48 *Loko Omadikundju*, note 2, p.79.

49 *Jean Brethe de la Gressaye et Alfred Legal*, *Discipline, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale*, 1953, p. 800 cité par *Ghazo*, note 36, p.30.

b. L'application des sanctions disciplinaires

En droit pénal, l'organe sanctionnateur ne peut inventer des sanctions. Il applique celles prévues par la loi, qu'elle soit grave ou non. En droit disciplinaire par contre, il s'observe qu' « il est parfois permis à l'employeur de prendre même des sanctions non prévues par le texte en vigueur dans l'entreprise, telles que l'avertissement, le rappel à l'ordre, le refus de promotion, la suppression d'avantages contractuels : le retrait du téléphone ou du véhicule⁵⁰ ». Il y a cependant lieu de préciser, qu'en recourant à ces sanctions nullement codifiées, celles-ci ne doivent menacer les intérêts du salarié.

En outre, en droit pénal, chaque infraction correspond à une peine déterminée. Il existe donc une corrélation entre la faute et la peine. C'est à ce titre qu'on ne peut infliger à celui qui s'est rendu coupable du vol simple, la peine de mort. Par contre, le droit disciplinaire admet une corrélation souple entre faute et sanction. Il ressort de l'article 54 du code du travail que la sanction disciplinaire sera prise en tenant compte notamment de la gravité, de la répétition de la faute commise ou de l'intention de nuire qui l'a inspiré.

Il est important à ce stade d'établir une différence aux termes de l'article 54 du code du travail, entre la corrélation de la faute et de la sanction et, la corrélation entre la hiérarchie des fautes et celle des sanctions. Les deux hiérarchies n'ont pas une correspondance absolue, en effet, à une faute donnée, il n'est pas requis d'appliquer une sanction déterminée en droit disciplinaire du travail. Ici, il convient de dresser une hiérarchie des fautes, de par leur degré de gravité et non une énumération des faits. Une faute de même degré de gravité peut être sanctionnée différemment sans qu'il y ait injustice⁵¹.

« Hiérarchie des fautes Hiérarchie des sanctions

Faute très légère :	Avertissement, blâme, réprimande
Faute légère :	Mise à pied
Faute grave :	Licenciement avec préavis
Faute lourde :	Licenciement sans préavis ⁵² ».

Force est donc de soulever, que si en droit pénal les infractions et les peines, sont expressément prévues dans la loi, en droit du travail ce principe n'est pas strictement observé. Le Professeur Joseph LOKO OMADIKUNDJU reconnaît que « le principe de légalité des délits et des peines s'applique également en matière disciplinaire, en ce sens que les fautes et sanctions disciplinaires doivent être prévues par un texte. Toutefois, il souligne que ce principe ne s'applique pas de manière absolue⁵³ », en raison de la liberté laissée à l'employeur dans la qualification des fautes et le choix de l'application des sanctions, contrairement au principe de la légalité des délits et des peines, qui n'admet l'extension ou l'analogie.

50 *Loko Omadikundju*, note 2, p. 7.

51 *Muwawa Luwungi*, note 23, p. 45.

52 *Muwawa Luwungi*, note 23, p. 45.

53 *Loko Omadikundju*, note 2, p. 7.

Enfin, une autre limite tient du fait que la décision disciplinaire n'émane pas d'une véritable juridiction et que la procédure mise en œuvre ne présente pas toutes les garanties d'un procès.

2. Perspectives d'application du principe de la légalité en matière disciplinaire du travail

Dans l'entreprise, les intérêts du salarié et ceux de l'employeur apparaissent souvent divergents. Le salarié cherche à conserver son emploi, tandis que l'employeur peut souhaiter se séparer, avec le minimum de contraintes, d'un collaborateur jugé indésirable ou excédentaire. Le législateur, à juste titre, n'a pas défini de manière exhaustive la faute disciplinaire. L'employeur, dans son pouvoir réglementaire, se limite à citer à titre indicatif les comportements susceptibles d'être qualifiés de fautes. En conséquence, la faute disciplinaire est librement appréciée par l'employeur, qui peut retenir à son gré, tout comportement qui lui semble bon.

Cette absence de définition légale et l'énumération non exhaustive des comportements fautifs peuvent profiter à l'autorité disciplinaire à mettre fin au contrat de travail pour un acte non défini par les textes comme constitutif d'une faute. Une telle latitude risque de porter gravement atteinte aux droits et intérêts du salarié.

Dans ce contexte, le principe de la légalité ne saurait être strictement observé en matière disciplinaire du travail. Son application n'est effective que pour les faits définis expressément dans le texte. Le principe de la légalité trouve donc son terrain de prédilection que dans la norme écrite et non dans la libre appréciation du juge, sous réserve des circonstances atténuantes. En conséquence, un acte, même dangereux en apparence, ne peut donner lieu à une sanction s'il n'a pas été défini comme tel par un texte. Or, la liberté d'appréciation reconnue à l'autorité disciplinaire n'est pas loin de le conduire aux abus ou mieux à l'arbitraire dans ses décisions. D'où la nécessité de la définition légale de la faute pour une application non équivoque du principe de la légalité en matière disciplinaire du travail.

A ce propos, Grâce MUWAWA LUWUNGI souligne que « la carence de définition de la faute semble tenir de la difficulté établie de pouvoir conceptualiser, dans une seule et unique définition, la pluralité de situations concrètes où la sanction de l'employeur peut être justifiée. Cette difficulté entraîne en République Démocratique du Congo comme en France, la non- application stricte du principe *nullum crimen nulla poena sine lege* en matière disciplinaire⁵⁴ ».

Il est donc nécessaire que le code du travail limite le pouvoir disciplinaire de l'employeur dans l'application des sanctions, en ce sens que l'employeur ne soit pas libre d'infliger une sanction de son vœu peu importe l'acte. Il s'avère aussi important d'imposer une correspondance entre chaque faute et une sanction appropriée. Une telle exigence permettrait d'éviter la subjectivité de l'employeur, qui lors de l'application des sanctions,

54 Muwawa Luwungi, note 23, p.15.

risque d'infliger à une faute légère, une sanction très sévère. Ainsi, le principe de la légalité trouverait alors une application stricte en matière disciplinaire et contribuerait à la protection de la partie économiquement faible au contrat.

Pour une application effective du principe de la légalité des délits et des peines en droit disciplinaire du travail, il est indispensable de renforcer la clarté et la transparence des règles disciplinaires dans la loi. Les fautes et les sanctions correspondantes doivent être clairement définies dans le règlement d'entreprises rendues accessibles à tous les salariés. Cela permettrait d'éviter les dérives arbitraires et garantirait que les règles disciplinaires soient connues et partagées par l'ensemble des acteurs de la relation de travail.

CONCLUSION

Les recherches menées dans le cadre cette réflexion démontrent que plusieurs principes d'origine pénale trouvent également application dans le domaine disciplinaire, notamment le principe de la légalité. Celui-ci implique que les fautes et sanction disciplinaires doivent être coulées dans une norme.

Cependant, ce principe n'est pas appliqué de manière absolue comme en droit pénal. Par le simple fait que, qu'aucun texte ne définit précisément la faute disciplinaire, l'employeur dispose d'un large pouvoir de qualification, pouvant ériger en faute tout comportement qu'il estime répréhensible, même en l'absence de texte. De même, les sanctions appliquées ne correspondent pas toujours aux sanctions prévues par la loi, cette latitude expose davantage le système disciplinaire au risque d'abus et d'arbitraire.

Ainsi, pour une application stricte du principe de la légalité, à l'instar du droit pénal, il est nécessaire de renforcer la clarté et la transparence des règles disciplinaires. Les fautes et les sanctions correspondantes doivent être clairement définies dans le règlement d'entreprise et accessibles à tous les salariés. Une telle réforme contribuerait à la consolidation de l'Etat de droit dans les relations professionnelles et la protection effective des droits des travailleurs.

Impressum

KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques

Editor in Chief: RA Prof. Dr. Hartmut Hamann (V.i.S.d.P.)

Please send submissions to:

Falkertstraße 82, D-70193 Stuttgart

E-Mail: african-law@nomos-journals.de

www.african-law.nomos.de

Manuscripts and other submissions:

All submissions should be sent to the above-mentioned address. There is no liability for unsolicited manuscripts that are submitted. They can only be returned if return postage is enclosed. Acceptance for publication must be made in text form.

With the acceptance for publication, the author transfers the non-exclusive, spatially and temporally unlimited right to reproduce and distribute in physical form, the right of public reproduction and enabling access, the right of inclusion in databases, the right of storage on electronic data carriers and the right of their distribution and reproduction as well as the right of other exploitation in electronic form for the duration of the statutory copyright to Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG. This also includes forms of use that are currently not yet known. This does not affect the author's mandatory right of secondary exploitation as laid down in Section 38 (4) UrhG (German Copyright Act) after 12 months have expired after publication.

A possible Creative Commons license attached to the individual contribution, or the respective issue has priority in case of doubt. For copyright, see also the general notes at www.nomos.de/copyright.

Unsolicited manuscripts – for which no liability is assumed – are considered a publication proposal on the publisher's terms. Only unpublished original work will be accepted. The authors declare that they agree to editing that does not distort the meaning.

Copyright and publishing rights:

All articles published in this journal are protected by copyright. This also applies to the published court decisions and their guiding principles, insofar as they have been compiled or edited by the submitting person or the editorial staff. Copyright protection also applies with regard to databases and similar facilities. No part of this journal may be reproduced, disseminated or publicly reproduced or made available in any form, included in databases, stored on electronic data carriers or otherwise electronically reproduced, disseminated or exploited outside the narrow limits of copyright law or beyond the limits of any Creative Commons license applicable to any contribution without the written permission of the publisher.

Articles identified by name do not necessarily reflect the opinion of the publisher/editors.

The publisher observes the rules of the Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. on the use of book reviews.

Publisher and overall responsibility for production:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestr. 3-5

76530 Baden-Baden

Phone: 07221/2104-0

www.nomos.de

Geschäftsführer/CEO: Thomas Gottlöber

HRA 200026, Mannheim

Sparkasse Baden-Baden Gaggenau

IBAN DE05662500300005002266

(BIC SOLADES1BAD)

Frequency of publication: quarterly

ISSN 2363-6262



Nomos