

## LE DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE DANS LA CONSTITUTION DU 18 FÉVRIER 2006 DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Par

**Gilbert KABASELE LUSONSO**

*Magistrat Délégué au Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice*

### INTRODUCTION

01. L'individualisme juridique ou l'idée d'établir le droit à partir des prérogatives individuelles remonte des philosophes et des juristes publicistes des Lumières. Il s'agit d'une doctrine fondant l'ordonnement juridique sur des bases rationnelles, étant donné que chaque être humain représente une valeur sacrée, d'où par exemple tout le sens de l'interdiction de l'esclavage et de la torture <sup>(1)</sup>. Remarquons ici que l'internationalisation des droits de l'homme a connu un premier développement avec l'interdiction générale de l'esclavage, la servitude pour dettes et les mariages forcés ; et d'autre part, avec la mise hors la loi la traite des esclaves. L'interdiction de l'esclavage est une norme fondamentale intégrée au droit international coutumier et qui, reconnu en tant que *jus cogens*, ne peut donner lieu à aucune dérogation <sup>(2)</sup>. Quant à la torture, les tortures officielles sont désormais interdites par le droit des gens. L'auteur de tortures est devenu comme le pirate et le marchand d'esclaves avant lui, *hostis humani generis*, l'ennemi de tout le genre humain. La torture est un crime passible d'extradition, et personne ne peut être extradé s'il risque d'être soumis à la torture <sup>(3)</sup>.

02. Le système juridique ou la Constitution repose donc sur le fait que chaque être humain est titulaire de droits opposables *erga omnes* au sens technique, susceptibles de revendication fondamentale. Tant sur le plan international que sur le plan constitutionnel, donc interne, on assiste aujourd'hui à l'institutionnalisation effective de la doctrine des droits de l'homme comme prérogatives fondamentales. Il est question aussi bien des

---

<sup>1</sup> Voir l'article 61.1 et 2 de la Constitution du 18 février 2006

<sup>2</sup> Voir la Convention relative à l'esclavage de 1926 telle que complétée par la Convention de 1957.

<sup>3</sup> Voir la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants entrée en vigueur le 26 juin 1987.

droits civils et politiques que des droits économiques et sociaux (4). Aux termes de l'article 11 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, "tous les êtres humains naissent égaux en dignité et en droits". Cette disposition constitutionnelle constitue une reconnaissance en tout homme ou toute femme, une personne, la personnalité juridique. C'est donc un acteur de la vie juridique et un sujet de droit en tant qu'individualité, bénéficiaire de la protection juridictionnelle contre l'Etat et les agissements des tiers. Quant à la personnalité morale, elle est une aptitude d'un groupement de personnes ou d'un ensemble de biens, à être sujet de droit. La personnalité juridique ou morale met ainsi en cause les fondements mêmes du droit tout entier, engageant les notions de droit subjectif, de sujet de droit, et de personnalité. La personnalité morale des groupements est un instrument de technique juridique trouvant son fondement dans l'intérêt collectif. Elle est conditionnée par l'existence d'une volonté unifiée résultant de l'organisation statutaire du groupement, fournissant les organes chargés de vouloir en son nom. Ainsi, l'Etat en tant qu'association par excellence, est une personnalité juridique bénéficiant du statut de sujet de droit pouvant le charger d'obligations et lui reconnaître des droits, et une personnalité morale en ce sens qu'il ne peut agir que par l'intermédiaire des individus habilités à le représenter.

03. Pour l'illustre juriste austro-américain Hans Kelsen, le groupement personne morale est la personnification de l'ordre juridique qui régit la conduite d'une pluralité d'individus. C'est donc un ordre juridique partiel, dérivé, au sein de l'ordre juridique total, initial ou originaire que constitue l'Etat (5). Cette personnalité et cette capacité permettent à l'Etat et à tout autre groupement personnifié de disposer d'un patrimoine immobilier, mobilier, de conclure des contrats, d'ester en justice ou d'y être attiré. Il importe de remarquer que ce sont les statuts d'origine contractuelle qui fixent la manière dont sera géré le patrimoine du groupement de droit privé, ceux d'origine légale ou réglementaire fixent la manière dont sera géré le patrimoine du groupement de droit public, quels seront les organes tels l'Assemblée générale, le Conseil d'administration, les directeurs, etc., qui exerceront sur les biens sociaux les prérogatives de droit de propriété, sous réserve de la distinction des

---

<sup>4</sup> Voir à ce sujet, M. VILLEY, « Le droit de l'individu chez HOBBS », in *Revue Archives de la philosophie du droit*, 1968, pp. 209 et suivantes.

<sup>5</sup> Voir à ce propos, H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, traduction par B. LAROCHE, éd. Bruylant, LGDJ, 1997, pp.152 et suivantes ; A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personne morale*, in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, éd. Quadriga/Lamy-PUF, 2007, pp. 1153-1157 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 2<sup>ème</sup> éd., 1922.

régimes juridiques des associations qui ne poursuivent pas de but lucratif, et des sociétés commerciales et civiles qui visent à faire et à distribuer les bénéfices.

04. Le droit de propriété, à la différence des libertés qui expriment de façon générale des possibilités d'agir conférées au sujet, telles la liberté de religion, d'association, etc., est une prérogative nettement plus concrète et plus précise<sup>(6)</sup>. Il s'agit d'un droit subjectif opposable fondamentalement à l'Etat et aux tiers, une prérogative individuelle ou collective à faire valoir à l'encontre d'autrui. Le droit de propriété n'est donc pas dans la Constitution, un monopole individuel. Le titulaire du droit de propriété, droit réel ou droit intellectuel, peut être un individu ou un groupe d'individus. La propriété collective est ainsi également consacrée dans la Constitution<sup>(7)</sup>, elle est reconnue dans les rapports entre particuliers. Il y a lieu de remarquer que cette consécration constitutionnelle de la propriété collective a pour conséquence la modification de la structure individualiste de la propriété. Ainsi, l'indivision, au titre de propriété collective n'a plus vocation à rester précaire et inorganisée. La propriété collective par les héritiers des biens collectifs laissés par le *de cujus*, n'acquiert-elle pas ainsi, au regard de la Constitution, un caractère obligatoire ou perpétuel ?

05. En droit coutumier, la propriété collective comporte des prérogatives d'usage et de jouissance collectifs et individuels des membres du groupe d'un bien revenant à la communauté. La distinction entre propriété collective et propriété individuelle y est au fait inconnue, c'est la communauté seule qui a le droit de disposer<sup>(8)</sup>. Mais à notre sens, la propriété collective nécessite la personnalité juridique pour passer efficacement des actes juridiques tels conclure un contrat, ester en justice, faire une donation, recevoir, disposer à titre onéreux etc. Les actes juridiques importants traduisent l'*abusus*, le pouvoir de disposer, par le transfert d'un bien d'un patrimoine à l'autre.

06. Précisons que sous l'empire de la législation coloniale, les terres occupées par les communautés locales qualifiées des terres "indigènes", étaient régies par les coutumes locales, gérées par les autorités coutumières et propriétés des communautés "indigènes" ; en revanche sous le régime de la loi dite foncière

---

<sup>6</sup> Voir en ce sens, F. TERRE, *Introduction au droit*, éd. Dalloz, n° 256.

<sup>7</sup> Voir l'article 34 alinéa 2 de la Constitution.

<sup>8</sup> Voir J.-P. KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil des biens*, Tome I, les droits réels fonciers, Presses universitaires de Lubumbashi, 2<sup>ème</sup> éd., mars 2015, p. 341 ; V. KANGULUMBA MBAMBI, *Précis de droit civil des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais*, éd. Academia, Bruylant, février 2013.

de 1973, ces terres 'indigènes' furent converties en terres domaniales à l'égard desquelles les communautés locales n'ont que des droits de jouissance qui devront être réglés par une ordonnance présidentielle toujours en souffrance. Mais l'ancienne Cour suprême de justice avait jugé que les droits de jouissance du reste indéterminés, sur ces terres, sont en attendant cette ordonnance présidentielle, régis par le droit coutumier pour combler ce vide juridique <sup>(9)</sup>. Les autorités coutumières sont expressément exclues de la catégorie des gestionnaires des terres par la loi dite foncière précitée.

07. Quant aux groupements organisés, sous le couvert de la personnalité juridique et morale, les associés et les sociétaires ont la propriété collective des biens sociaux. Remarquons cependant que les associations et syndicats non déclarés, donc sans personnalité juridique, mais doués d'une individualité de fait, de personnalité passive, se trouvent en état d'indivision qu'on peut qualifier d'indivision organisée. Les contrats et les successions sont en général les grands moyens d'acquérir ce qu'on n'a pas encore, et de disposer de ce que l'on a, faisait remarquer Jean PORTALIS <sup>(10)</sup>. Ceci pour dire qu'il n'y a pas de droit à la propriété ; il n'y a que des conditions et en nombre limité, d'acquisition de la propriété. L'importance des entreprises modernes et des biens que ces entreprises utilisent, dépasse souvent les possibilités de l'individu. On parle alors de propriété capitaliste. Le droit à l'initiative privée consacré par l'article 35 de la Constitution, expression du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, permet par un ensemble d'institutions et des règles, de rassembler et d'utiliser les capitaux qui assurent à la détention des capitaux, la prépondérance dans la vie économique et même politique. Cette disposition constitutionnelle de l'article 35 précité ouvre la voie à une législation organique capitaliste.

08. Le droit de l'OHADA, à travers ses Actes uniformes relatifs au droit commercial général et relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique <sup>(11)</sup>, fait désormais office de cette législation en vertu de l'article 217 de la Constitution qui permet à la RDC d'adhérer au Traité de l'OHADA. Signalons que Georges RIPPERT a bien étudié les aspects juridiques du capitalisme <sup>(12)</sup>, essayant de comprendre l'économie à travers le

---

<sup>9</sup> CSJ, 20 janvier 1988, R.C. 1932, in *Revue juridique du Zaïre*, 1988, p. 7, supplément n° 3, note KANGULUMBA

<sup>10</sup> J. PORTALIS, *Discours préliminaire de présentation du Code civil français*, Fenet, T.I, p. 509.

<sup>11</sup> Voir in OHADA, *Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, 3<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2008, pp. 203 et suivantes, et 311 et suivantes.

<sup>12</sup> G.RIPPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2<sup>ème</sup> éd, LGDJ, 1951.

droit. Ainsi, en matière économique, le réalisme juridique recommande aux juristes de comprendre le fonctionnement des marchés et la sphère économique dans son ensemble pour opérer des choix judicieux dans le cadre de leurs activités. On observera que la tendance mécanique du capitalisme est de transformer le monde en un marché unique réalisable par la suppression des obstacles ethniques, locaux, ou nationaux tels les barrières douanières, les résistances culturelles, les traditions juridiques, l'attachement identitaire, communautaire ou territorial, etc. Il s'en suit que le citoyen du monde est l'agent économique, idéal du marché universel. Ceci explique la doctrine de la mondialisation qui se réalise dans une première étape par les intégrations régionales. Notons que le communautarisme ou le tribalisme est favorisé par le sentiment d'insécurité qu'éprouve l'individu, son instinct de survie, de conservation l'obligeant à aliéner sa liberté et ses droits individuels. Au niveau des Etats, le nationalisme exacerbé dérive souvent d'un pareil sentiment.

09. L'éminent juriste français Léon DUGUIT, dans une approche publiciste, a mis en lumière la distinction entre droit subjectif ou situation juridique subjective et droit objectif ou situation juridique objective, distinction que l'illustre KELSEN semble écarter par le concept de "*norme*" comme unité élémentaire du droit. Les situations juridiques subjectives selon cet auteur, Léon DUGUIT donc, tendent principalement à créer des droits plutôt que des obligations, alors que les situations juridiques objectives tendent à imposer des obligations plutôt qu'à reconnaître des droits. Le droit de propriété est une articulation entre droit objectif et droit subjectif. En effet, il y a d'une part la propriété, droit subjectif, droit fondamental ; et d'autre part, la loi soumise au contrôle de constitutionnalité, le droit objectif dont l'objet est de défendre la propriété et d'en fixer les limites. Le droit de propriété comme droit fondamental est propice à l'éclosion des conflits. Le droit de se clore et l'action en revendication, même le bornage, ne suffisent pas à éviter des conflits.

10. Par ailleurs, la propriété constitue souvent un champ de bataille politique entre ceux qui possèdent et ceux qui ne possèdent pas. Il revient donc au législateur de poser un verrou sur l'inépuisable source de conflits que suscite la propriété, par la procéduralisation accrue de celle-ci. En effet, l'édiction des procédures est la seule solution pour résoudre ces conflits. Les procédures permettent à chacun de faire valoir ses prétentions, faisant que la règle s'efface derrière le jugement à travers l'office régulateur et sanctionnateur du juge en charge de la police des droits subjectifs. Le droit de propriété est un intérêt constitutionnellement protégé et dont la protection juridictionnelle au moyen de l'action en justice est garantie par l'article 19 de la Constitution.

11. Il existe en définitive une relation étroite, un lien intime entre la personnalité juridique et la propriété.

12. *Plan.* Une triple confrontation s'impose pour une bonne approche de notre propos. Tout d'abord, il importe de préciser la valeur constitutionnelle du droit de propriété, en d'autres termes sa force normative ou de référence (I), cette démarche nous conduira à analyser les atteintes au et les limites du droit de propriété (II), avant de mettre en relief sa protection constitutionnelle (III).

## I. LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ AVEC SES TEMPÉRAMEMENTS

### A. *L'affirmation constitutionnelle du caractère sacré de la propriété privée*

13. La propriété privée est à première vue constitutive plus de l'avoir que de l'être ; elle est née avec la société qui la garantit, et elle est ainsi consubstantielle à la nature humaine et à l'organisation de toute société, le communisme primitif étant dépassé. Relativement à son statut, l'article 34 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, consacre la propriété privée comme un droit sacré, fondamental, et la place comme prérogative essentielle, au même titre que le droit à la liberté. La propriété privée comme droit économique selon la nomenclature opérée par la Constitution fait donc partie du "*bloc de constitutionnalité*", des droits constitutionnellement classés comme fondamentaux, c'est-à-dire des droits qui par essence intéressent la question du fondement du Droit. Ce sont des droits essentiels autant à l'ordre juridique qui les porte qu'à l'humanité même de leurs titulaires. Dans une conception donc objective des choses, ces droits obéissent à une hiérarchie qui ne dépend pas essentiellement de celle des normes formelles ou positives qui les portent, mais surtout de leur substance et de leur portée propre ; d'où leur origine à la fois constitutionnelle et internationale. La catégorie qu'ils constituent ainsi, transcende substantiellement cette dualité formelle constitutionnelle et internationale. Leur fundamentalité commune s'impose dès lors comme principe de leur unité et de leur identification, malgré leur hétérogénéité formelle (13).

14. Sur le plan international, la Déclaration universelle des droits de l'homme à son article 17, en droit comparé, par exemple la Déclaration française de 1789 qui a valeur constitutionnelle, témoignent de la protection

---

<sup>13</sup> Voir à ce sujet, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux », in *Revue Actualité juridique, Droit administratif*, numéro spécial, 1998, pp. 2 et suivantes ; L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2002.

accordée au droit de propriété. Droit fondamental, la propriété privée a un rôle fondateur pour l'ordre social<sup>(14)</sup>. Les nationalisations et autres expropriations sont admises sur le fondement de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution et justifiées par l'utilité publique légalement constatée, nonobstant l'obligation constitutionnelle énoncée à l'alinéa 3 dudit article pour l'Etat, d'encourager et de veiller à la sécurité des investissements privés, nationaux et étrangers. Il faut considérer ici que, en réalité cette disposition constitutionnelle protège plus la propriété dans son principe que les droits du propriétaire qui peuvent être sacrifiés en cas de besoin<sup>(15)</sup>.

15. On observera que la propriété privée a conquis des nouveaux terrains. En effet, la propriété privée s'étend aujourd'hui avec l'évolution, au-delà des biens corporels identifiables par leur *corpus*. Le régime juridique des biens corporels est en général caractérisé par un statut privilégié des immeubles encadrés par une protection spéciale notamment par la publicité foncière et immobilière ainsi que l'enregistrement qui garantissent la circulation des biens et la sécurité juridique des transactions, la réduction au minimum des effets acquisitifs de la possession grâce aux longues durées de prescription pour induire une translation de propriété, les actions en revendication et en rétrocession qui sauvegardent les droits du propriétaire dépossédé sur la seule preuve de son titre, etc., sous réserve du régime de la propriété mobilière posé fondamentalement par l'article 658 du Code des obligations, aux termes duquel "*en fait de meubles, la possession vaut titre...*", donc titre de propriété, visant la protection de la circulation mobilière contre les intérêts du propriétaire qui doit savoir mesurer les risques de sa dépossession entre les mains d'un tiers. Quant aux biens incorporels tels que la propriété littéraire, artistique, ou industrielle, ils obéissent à des régimes spécifiques. Il y a lieu de remarquer que la propriété commerciale qui se traduit en droit de l'OHADA par la reconnaissance au locataire commerçant d'un droit à indemnité en cas de non-renouvellement du bail, met en échec le caractère sacré du droit de propriété privée. Relevons ici que la primauté du droit supranational de l'OHADA sur le droit constitutionnel congolais est de mise du moins en ce qui concerne les matières relevant de l'OHADA en vertu de l'article 2 du Traité de Port-Louis. La propriété immobilière n'est plus dès lors un droit monolithique,

---

<sup>14</sup> Voir R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, et Thierry REVET, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, pp. 587-604.

<sup>15</sup> Voir en ce sens, N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, pp. 47 et suivantes ; Cons. const. Fr., 26 juillet 1984, Déc. n° 84-172 DC, in *Recueil Dalloz*, 1985.

sa maîtrise varie suivant la nature de l'immeuble et la situation du propriétaire<sup>(16)</sup>.

16. Dans une perspective de droit comparé, il y a lieu de noter que le Conseil constitutionnel français suivant une méthode évolutive par laquelle il adapte le texte aux nécessités sociales de son époque, en l'occurrence le droit de propriété tel qu'il est garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte ayant valeur constitutionnelle en France, a affirmé que "postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général" <sup>(17)</sup>. Adaptant ce droit fondamental à l'évolution sociale et au progrès technologique, cette Haute instance juridictionnelle a ainsi inséré dans le droit de propriété les droits de propriété intellectuelle, notamment le droit d'auteur et les droits voisins, en soulignant plus tard la nécessité de fournir davantage des garanties efficaces à ces droits à l'époque contemporaine de l'internet <sup>(18)</sup>.

17. Le juge constitutionnel congolais se doit à la lumière de cette jurisprudence constitutionnelle éclairante étrangère, de prendre en compte l'évolution du contexte social, politique, économique, culturel et technologique, au titre de changement de circonstances de fait, s'inscrivant ainsi dans la vision de la doctrine réaliste du droit dans l'interprétation de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité. Il ne s'agit pas pour le juge constitutionnel d'abandonner le sens originel des normes ou des droits et libertés fondamentaux, mais de les interpréter intelligemment dans le but de leur donner un effet utile et de garantir leur pertinence dans un monde complètement différent de celui où ils ont vu le jour <sup>(19)</sup>.

18. La fidélité au texte constitutionnel et aux objectifs qu'il est censé incorporer suppose la préservation de son sens originel au regard du contexte originel et aussi tel qu'il est appelé à s'appliquer dans le contexte actuel. La théorie donc du changement des circonstances englobe à la fois le changement

---

<sup>16</sup> Voir l'article 94 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général.

<sup>17</sup> Voir Cons. const. Fr., 16 janvier 1982, Déc. n° 81-132 DC, Aff. Loi de nationalisation.

<sup>18</sup> Voir Cons. const. Fr., 27 juillet 2006, Déc. n° 2006-540 DC, Affaire Droit d'auteur et droits voisins dans la société d'information.

<sup>19</sup> Voir en ce sens, Dimitri G. LAVROFF, « A propos de la Constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Dalloz, 2003, pp. 291-292.

du contexte juridique ou changement des circonstances de droit (révision constitutionnelle, changement de la matière législative contrôlée ou modification législative des dispositions légales contestées contrôlées ou encore évolution générale des règles applicables, changement ou interprétation jurisprudentiels) et du contexte non juridique ou changement des circonstances de fait en termes de nouvelle appréhension de la réalité politique, sociale, économique, technologique etc., au regard donc de l'évolution du contexte, du contexte nouveau, de l'écoulement du temps <sup>(20)</sup>, en vue d'actualiser les normes constitutionnelles. Il s'agit donc d'intégrer dans la jurisprudence les leçons de l'expérience afin de renforcer l'effectivité de la Constitution et de préserver sa pertinence dans un monde en mutation. Ce n'est ni plus ni moins ici, qu'une transposition à l'acte législatif de la théorie de l'imprévision. Le mécanisme de changement des circonstances se définit donc comme une exception aux situations juridiques légalement acquises, justifiée par des éléments suffisamment caractérisés de fait et de droit, et susceptibles de mettre fin à la validité d'un acte, d'aboutir donc à l'annulation d'un texte déjà contrôlé et devenu inconstitutionnel. Il s'agit plus précisément d'une exception au principe *non bis in idem*, conduisant la juridiction constitutionnelle à réexaminer la constitutionnalité d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution. De sorte que, même l'autorité de chose constitutionnellement jugée n'est pas donc immuable ! Il convient de remarquer encore dans une approche de droit comparé, qu'en France, le contrôle de constitutionnalité exercé sur le législateur, a la particularité de paraître comme une transposition du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur l'administration <sup>(21)</sup>.

---

<sup>20</sup> Voir à ce sujet, Stanford Lawrence LESSIG, « Fidelity in translation », in *Texas Law Review*, n° 71, 1992-1993, pp. 1165-1268; voir également Apostolos VLACHOGIANNIS, « Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexion à la lumière de l'expérience américaine », in *Jus Politicum*, Revue de droit politique, n° 11 ; voir également Dominique ROUSSEAU, La prise en compte du changement de circonstances, in *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Actes de la 5<sup>ème</sup> journée d'études annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Paris I, Dalloz, collection « thèmes et commentaires » : Les cahiers constitutionnels de Paris I, 2010, pp. 104 et suivantes ; voir également Pauline GERVIER, « Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Revue du droit public*, vol. 1, 2012, pp. 93 et suivantes ; voir aussi Agnès ROBLOT-TROIZIER, Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif, in *Revue française de droit administratif*, juillet-août 2006, pp. 789 et suivantes ; voir également L. KOUOMOU SIMO, *Le changement de circonstances dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2017.

<sup>21</sup> Voir également, G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », 2<sup>ème</sup> partie, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, mai 1997, n° 48.

19. La théorie réaliste de l'interprétation des normes de référence d'après laquelle l'interprétation procède nécessairement non d'un acte de connaissance, mais d'un acte de volonté, n'échappe au juge constitutionnel qui, contrairement à la conception classique romano-germanique, n'est plus la "bouche" de la loi ou de la Constitution, chargé d'en assurer l'application mécanique, "les yeux fermés", comme un automate, mais il est authentiquement de fait créateur des normes jurisprudentielles, conséquence logique en droit constitutionnel congolais, de l'énoncé des articles 161 alinéa 1<sup>er</sup> et 168 de la Constitution qui attribuent pratiquement un effet normatif aux arrêts de la Cour constitutionnelle. L'interprétation de cette Haute juridiction est en réalité une décision, qui doit être un choix volontaire, sain et juridiquement intelligent, porté par un arrêt interprétatif. Ainsi, par analogie, le Conseil d'Etat français a construit le droit administratif français en énonçant d'importants principes généraux du droit.

20. Notons d'autre part, que la réception des décisions ou jurisprudences étrangères, constitue un processus interprétatif impliquant à bon escient, pour tout processus d'import-export juridique, une contextualisation de l'argument de droit jurisprudentiel étranger (22). La Cour constitutionnelle en RDC, pour éviter le reproche de "gouvernement des juges" ou d'"activisme judiciaire", on ne le dira jamais assez, doit s'efforcer d'élaborer des interprétations fécondes et constructives en rattachant ses arrêts à un texte constitutionnel ou à une norme de valeur constitutionnelle, en ne se reconnaissant pas *mordicus* un pouvoir autonome créateur des normes.

21. Mais tout bien considéré, il y a lieu de retenir que la Cour constitutionnelle est un organe juridictionnel doté d'une compétence *supra-législative*, mais *infra-constitutionnelle* par rapport seulement au pouvoir constituant originaire, les lois constitutionnelles en tant que droit constitutionnel dérivé, étant soumises à son contrôle, ceci en vertu notamment de l'article 220 de la Constitution qui opère une distinction entre les dispositions matérielles et les dispositions formelles de la Constitution. Le juge constitutionnel congolais ne devrait pas faire preuve de timidité, ni faire

---

<sup>22</sup> Sur la réception des jurisprudences étrangères, voir notamment, M.-Cl. PONTTHOREAU, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in *L'interprétation constitutionnelle*, sous la direction de F. MERLIN SOUCRAMANIEN, Dalloz, 2005, pp. 167-184 ; F. HOURQUEBIE, « La réception des décisions étrangères », Communication au 3<sup>ème</sup> Congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation "AHJUCAF" en sigle, sous le thème "internationalisation de la justice, internationalisation du droit", Ottawa, 21-23 juin 2010.

montre d'autocensure, sauf de sa part une autolimitation constructive, réfléchie, opportune, dans le respect de la lettre et de l'esprit de la Constitution.

### **B. Les règles constitutionnelles substantielles ou de fond concernant le droit de l'expropriation lato sensu.**

22. Aux termes de l'article 34 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution du 18 février 2006, *"la propriété privée est sacrée"*. L'alinéa second de cet article précise que *"l'Etat garantit le droit à la propriété individuelle et collective acquis conformément à la loi et à la coutume"*. Il nous semble que l'article 53 de la loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés telle que modifiée et complétée à ce jour édictée dans le contexte de la Constitution mobutienne dite révolutionnaire du 24 juin 1967, maintes fois révisée, aux termes duquel le sol et le sous-sol sont la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat, n'est pas compatible avec l'article 34 précité de la Constitution dans ses alinéas premier et second. Au regard de cette disposition constitutionnelle, l'Etat congolais n'a plus vocation à être le seul propriétaire du sol et du sous-sol. Comme on le sait, la Constitution du 24 juin 1967 s'inscrivait dans une logique juridique nationaliste et monolithique contrairement à la Constitution actuelle du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, qui prône le libéralisme et l'ouverture à la mondialisation. L'article 221 de cette dernière Constitution dispose ceci que *"pour autant qu'ils ne soient pas contraires à la présente Constitution, les textes législatifs et réglementaires en vigueur restent maintenus jusqu'à leur abrogation ou leur modification"*. Cette disposition constitutionnelle pose une règle de droit transitoire entre l'ordre juridique ancien et le nouvel ordonnancement juridique, donc d'application de la Constitution dans le temps ou de continuité constitutionnelle (23).

23. Nous estimons à cet égard que l'incompatibilité ou la non-conformité d'une disposition législative édictée sous l'empire d'une ancienne Constitution avec la nouvelle Constitution se résout par le constat sérieusement motivé d'abrogation implicite produisant ses effets seulement pour l'avenir, par la juridiction constitutionnelle faute de règle précise de compétence à ce sujet, car

---

<sup>23</sup> Voir à ce propos, notamment Ph. ARDANT, « Le temps dans les Constitutions écrites », in *La République*, Mélanges en l'honneur de Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, pp. 503 et suivantes ; M. WOEHRLING, « Le contrôle de constitutionnalité des lois antérieures à partir de 1958 par le juge administratif, note sous Trib. adm. de Strasbourg, Plén. 14 octobre 1997 », in *Revue Actualité juridique*, Droit administratif 1996, n° 6, pp. 501 et suivantes ; C-E. SENAC, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », in *Revue du droit public*, 2008, n° 4, pp. 1081-1083 ; S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », in *Revue française de droit constitutionnel*, 3/2010 (n° 83), pp. 497-521.

il s'agit en fait ici d'un contrôle de constitutionnalité des lois antérieures, différent du contrôle de constitutionnalité des lois prises en vertu de la Constitution actuelle en vigueur encourageant en cas de non-conformité à celle-ci la déclaration d'inconstitutionnalité qui est une nullité de la loi déférée, déployant ses effets rétroactivement. Les deux régimes doivent donc être soigneusement distingués et reposent d'ailleurs sur des bases constitutionnelles différentes : les articles 124.3, 139, 160 et 162 de la Constitution, d'une part ; et 221 de la Constitution, d'autre part.

24. L'alinéa quatre de l'article 34 précité de la Constitution précise les conditions dans lesquelles le droit de propriété peut être atteint en termes de privation de ce droit. L'alinéa quatre en question n'indique pas cependant la nature ou le type d'atteinte dont le droit de propriété peut faire l'objet. Traditionnellement, dans un but d'utilité publique, au sens de cet alinéa 4 de l'article 34 de la Constitution, l'Etat utilise des techniques de dépossession pour contraindre une personne privée à céder ses biens. Il s'agit principalement de l'expropriation pour cause d'utilité publique et de la nationalisation. La réquisition se rapproche de deux techniques de dépossession. Enfin l'alinéa cinq dudit article 34 de la Constitution prévoit l'hypothèse de privation de la propriété par voie de saisie en vertu d'une décision judiciaire au profit d'un particulier personne physique ou d'une personne morale privée ou au profit de l'Etat ou d'une autre personne publique. Il nous semble que l'article 34 in fine n'est pas applicable aux peines de confiscation qui ne sont pas à confondre avec les saisies. La confiscation, il importe de le souligner, est une sanction *in rem*, spécifique au droit pénal et au droit douanier.

25. On notera qu'en droit pénal congolais, la confiscation générale frappait les auteurs de détournement des deniers publics condamnés aux travaux forcés et de vol de substances précieuses, en application de l'article 2 de la loi n° 73-017 du 5 janvier 1973 et de l'Ordonnance-loi n° 71-081 du 02 septembre 1971. Les ordonnances-lois n° 86-029 et n° 86-030 du 7 avril 1986 modifiant les deux textes, ont supprimé la confiscation générale. Relevons par ailleurs que l'article 130 de la loi n° 024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire prévoit la mise sous séquestre par le parquet militaire de l'ensemble des biens de l'inculpé poursuivi pour trahison notamment, en cas de sa non-comparution. Cette disposition légale n'est pas compatible avec l'article 34 in fine de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, en ce sens que la décision de mise sous séquestre n'est pas une décision juridictionnelle, mais elle est plutôt une décision de nature administrative ; le constat également de son abrogation implicite s'impose.

26. D'autre part, il convient de relever qu'un inculpé comme un prévenu, bénéficie de la présomption d'innocence qui est une garantie constitutionnelle aux termes de l'article 17 in fine de la Constitution précitée du 18 février 2006, garantie qui paraît être bafouée par l'article 130 précité du Code pénal militaire ; c'est là un autre motif sérieux de constat d'abrogation implicite de cet article 130.

### **C. Les règles constitutionnelles de compétence relatives au droit de l'expropriation en général.**

27. La Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, d'abord en son article 34 alinéa quatre habilite le législateur à fixer les conditions de privation de la propriété et d'indemnisation. En effet, elle renvoie en son article 122.8 à la loi organique la compétence de fixer le régime de la propriété, des droits et obligations civiles et commerciales. C'est la loi organique qui "*fixe*" ici les règles sans aucune restriction, ne laissant pas au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser les détails. La matière, par la volonté du constituant relève uniquement du domaine législatif, donc de la réserve de compétence législative. Toutefois, le pouvoir réglementaire d'exécution peut intervenir en vertu de l'article 92 de la Constitution. La compétence du Parlement réside donc dans la "*mise en cause*" des règles et celle du Gouvernement est dans la "*mise en œuvre*" de ces règles. Reste que dans le fond, en matière organique, le Parlement a l'obligation d'exercer pleinement la compétence que la Constitution lui reconnaît. La délégation ou décharge de compétence au profit du Gouvernement est contraire à la Constitution, encourageant ainsi l'invalidation pour inconstitutionnalité négative.

28. Par ailleurs, le législateur a la compétence exclusive pour instituer la juridiction compétente et les règles de procédure en matière de contentieux de la privation de propriété en vertu des articles 122.1 et 6 de la Constitution. Il peut s'agir du juge judiciaire lorsqu'il est purement question de la protection de la propriété privée dans une approche judiciaire ou du juge administratif lorsque la privation de la propriété privée comporte une phase administrative susceptible d'engendrer un contentieux de légalité. Il en sera par exemple ainsi du recours en annulation contre une décision administrative de déclaration d'utilité publique. La matière de privation du droit de propriété peut relever pour partie de la compétence du juge judiciaire et pour partie du juge administratif. La Cour constitutionnelle a un rôle important à jouer en la matière, dans l'interprétation de la Constitution et l'appréciation de la constitutionnalité des lois relatives au droit de propriété.

29. L'article 19 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, pose le principe du droit à une protection juridictionnelle effective dont la méconnaissance peut être invoquée en matière de privation de propriété. Cet article dispose en effet ceci que notamment "*nul ne peut être soustrait ni distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne ; toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par le juge compétent...*". Toute procédure de privation de propriété doit respecter cette disposition constitutionnelle en cas de recours contentieux ou d'action en justice.

## II. LES TECHNIQUES JURIDIQUES DE PRIVATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE

30. Fondamentalement, dans l'esprit de l'article 34 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, comme base constitutionnelle, il s'agit de l'expropriation pour cause d'utilité publique et de la nationalisation. D'emblée, on doit constater l'existence d'une parenté étroite entre les deux notions. Dans les deux cas, il est question d'un mode de cession forcée des biens qui doit s'opérer dans le respect des exigences ou garanties de fond de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution, à savoir que la dépossession doit être fondée sur un but d'utilité publique et le principe que l'indemnité de dépossession doit être juste et préalable. Nous examinerons donc ici successivement : l'expropriation pour cause d'utilité publique, la nationalisation et son revers la privatisation, ainsi que la technique apparentée de la réquisition, et nous parlerons brièvement pour terminer des saisies judiciaires des biens.

### A. L'expropriation pour cause d'utilité publique.

31. L'expropriation pour cause d'utilité publique correspond à une cession forcée portant directement sur des immeubles <sup>(24)</sup>. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 77-001 du 22 février 1977 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique<sup>(25)</sup>, "*sont susceptibles d'expropriation, la propriété immobilière, les droits réels immobiliers à l'exclusion du permis d'exploitation minière et de la concession minière qui sont réglées par une législation spéciale, les droits de créance ayant pour*

---

<sup>24</sup> Pour une vue d'ensemble théorique de l'expropriation, voir notamment J.-L. HAROUEL, *Histoire de l'expropriation*, Paris, 2000 ; D. MUSSO, *Le régime juridique de l'expropriation*, 4<sup>ème</sup> éd. J. DELMAS et Cie 1984 ; J. LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd. 2001 ; J. FERBOS et A. BERNARD, *Expropriation des biens*, éd. Le Moniteur, 10<sup>ème</sup> éd., 2002 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 1994, pp. 683 et suivantes ; J. -M. AUBY et alii, *Droit administratif des biens*, 4<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2003, pp. 395 et suivantes.

<sup>25</sup> Voir Journal officiel du Zaïre, n° 7, 1<sup>er</sup> avril 1977, pp. 197 et suivantes, aussi in *Les Codes Larcier*, tome VI, vol. 2, pp. 216 et suivantes

*objet l'acquisition ou la jouissance d'immeubles, les droits de jouissance des communautés locales sur les terres domaniales, les droits autres que la propriété immobilière sont expropriés conjointement avec les immeubles qu'ils affectent. Au cas où ils affectent des immeubles domaniaux, ils forment l'objet de la procédure...*". En d'autres termes, l'expropriation ne peut porter que sur les immeubles appartenant à des personnes privées, sur des immeubles appartenant à des personnes publiques du domaine privé à l'exclusion du domaine public, et sur les droits réels immobiliers, les meubles étant insusceptibles d'être expropriés.

32. Il nous semble que la loi n° 77-001 précitée, peut être considérée, sauf preuve contraire et sous réserve de sa compatibilité avec la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, étant une loi antérieure à celle-ci, comme la "*Grande Charte*" de l'expropriation en RDC. L'expropriation comme technique de privation de propriété, met en cause un droit fondamental, la propriété. D'où, le législateur qui en cette matière est législateur organique<sup>(26)</sup>, se doit de régler dans les moindres détails, le déroulement de l'opération d'expropriation. Les conditions essentielles susceptibles d'assurer la protection des propriétaires privés consistent : *primo*, dans la définition de l'utilité publique par le législateur et l'administration, *secundo*, dans l'intervention du juge judiciaire dans le prononcé de l'expropriation et pour l'indemnisation. Il s'en suit une distinction entre la phase administrative et la phase judiciaire, consacrant ainsi une mixité procédurale comme troisième principe du régime juridique de l'expropriation à la suite de la double exigence constitutionnelle d'utilité publique et d'une juste et préalable indemnisation. Les textes tendant donc à infléchir le droit de l'expropriation au détriment des expropriés encourent l'invalidation pour inconstitutionnalité.

33. Il convient de remarquer que le pouvoir de contrôle du juge administratif sur la réalité de l'utilité publique fondant la décision d'expropriation est une procédure favorable aux expropriés. Le juge administratif est en effet placé en position d'appréciation de l'opportunité des travaux à réaliser vantés par l'administration. La jurisprudence administrative en la matière en RDC, qui aurait dû être produite en son temps par les sections administratives des Cours d'Appel et surtout par la section administrative de la Cour suprême de justice est quasi inexistante; et à cela s'ajoute le nombre *a priori* très faible de saisines de ces juridictions, en raison de l'ignorance de leurs droits par les expropriés et du manque de confiance en ces juridictions face à l'Etat congolais omnipotent. Précisons que l'article 104 alinéa 2 de la récente loi organique n°

---

<sup>26</sup> Voir l'article 34 alinéa 4 in fine de la Constitution, et l'article 122.8 de cette Constitution.

16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, dispose de façon laconique que la section du contentieux du tribunal administratif connaît du contentieux relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux réquisitions. Il s'agit, nous semble-t-il, de la compétence sur l'aspect administratif du contentieux.

34. Il est important de souligner que l'existence du contrôle de l'utilité publique a un effet dissuasif sur les autorités qui ne doivent pas considérer cette notion comme un concept malléable. D'après l'article 2 de la loi n° 77-001 précitée, *"l'utilité publique est de nature à s'étendre aux nécessités les plus diverses de la collectivité sociale, notamment dans le domaine de l'économie, de la sécurité, de la défense militaire, des services publics de l'hygiène, de l'esthétique, de la sauvegarde des beautés naturelles et des monuments du tourisme, des plantations et de l'élevage, des voiries et les constructions y compris ses ouvrages d'art. L'utilité publique suppose que le bien repris par l'Etat aura une affectation utile à tous ou à une collectivité humaine"*. Le besoin d'intérêt général ici mis en relief par le législateur fait apparaître une conception extensive de l'utilité publique.

35. Cette extension de la notion d'utilité publique tend à élargir le champ de l'expropriation au-delà de la simple exécution des travaux publics. Dès lors, la déclaration d'utilité publique par l'administration au titre de besoin d'intérêt général mis en exergue par le législateur en application de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution, peut faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir devant le juge administratif compétent qui exerce un contrôle *in concreto* restreint. En principe, la phase administrative comprend une enquête d'utilité publique, suivie éventuellement d'une déclaration d'utilité publique, puis d'une décision administrative de cessibilité. La phase judiciaire intervient pour opérer par décision du Tribunal de Grande Instance le transfert de propriété et pour déterminer l'indemnité d'expropriation qui doit être juste et préalable. L'indemnisation doit en droit couvrir normalement le préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation. La réparation doit donc être intégrale, et effectuée en principe en numéraires, c'est-à-dire en espèces. Le caractère préalable de l'indemnité signifie que l'administration ne peut prendre possession du bien exproprié qu'après règlement de l'indemnité d'expropriation. La loi place ainsi la dépossession sous contrôle judiciaire des tribunaux.

36. C'est le juge qui ordonne le transfert forcé et fixe le montant de l'indemnité. L'indemnité qui a un caractère préalable en vertu de la Constitution, doit être fondée sur la valeur du bien à la date du jugement statuant sur la régularité de la procédure, cette indemnité doit donc être payée

avant l'enregistrement de la mutation, à dater donc du jugement fixant l'indemnité, faute de quoi, l'exproprié peut poursuivre l'expropriant en annulation de l'expropriation sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu (27).

37. L'exigence constitutionnelle de l'utilité publique et de l'indemnisation juste et préalable du propriétaire évincé ainsi que la consécration constitutionnelle du droit au juge naturel avec son corollaire le droit d'accès au juge, témoignent l'objectif du constituant d'opérer la conciliation entre les impératifs de la protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux et ceux de l'intérêt général motivant l'intervention étatique. L'article 34 alinéa 4 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour, pose ainsi un principe général de proportionnalité, qui a une valeur fondamentale. Il importe d'observer ici que les normes constitutionnelles de référence en matière des libertés et droits fondamentaux en RD. Congo, ne font pas directement référence au principe de proportionnalité. Ce principe se déduit de ou s'impose dans certaines dispositions constitutionnelles en matière d'exercice des libertés et droits fondamentaux, soit par la nécessité, soit par la proportionnalité (équité) de certaines mesures législatives ou réglementaires par rapport au but poursuivi, soit par l'adéquation des moyens employés au but poursuivi.

38. Ainsi, pour la privation ou la limitation de l'exercice de certains droits et libertés, les principes qui sont en balance sont généralement l'intérêt général, l'ordre public, la continuité du service public. Le rôle du juge constitutionnel apparaît ici primordial pour assurer l'équilibre, la conciliation donc entre la protection des libertés et droits fondamentaux et la sauvegarde de l'intérêt général. La mise en œuvre donc de certaines dispositions constitutionnelles telles les articles 22 alinéa 2, 23 alinéa 2, 24, 25, 29, 34 alinéa 4, 39 alinéa 2, 46 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution, doit conduire le juge constitutionnel congolais à exercer un contrôle de proportionnalité. Pour ce faire, le juge constitutionnel congolais devrait s'inspirer du droit comparé, des jurisprudences des juridictions internationales et des juridictions constitutionnelles étrangères de référence, ainsi que des travaux en la matière de la doctrine. Il faut noter, en effet, que toute mesure législative ou réglementaire privant ou restreignant une liberté ou un droit fondamental, doit pour être proportionnée, satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire par rapport à l'importance de l'objectif poursuivi.

---

27 Voir les articles 14 à 17 de la loi n° 77-001 précitée.

39. Le droit fondamental de propriété ne peut dès lors se voir restreint ou atteint que dans la mesure nécessaire à l'intérêt général, et moyennant compensation pécuniaire. La licéité de l'atteinte au droit de propriété par l'Etat s'apprécie ainsi par la pondération concrète des avantages et des inconvénients de l'intervention étatique, ou mieux de l'intérêt privé constitutionnellement protégé avec l'intérêt général. D'où la nécessité d'un contrôle juridictionnel de la déclaration d'utilité publique. L'impératif d'intérêt général doit être clarifié, ne doit pas par conséquent être enfermé dans une formule incantatoire servant d'habillage au législateur ou à l'administration, ouvrant ainsi la voie à l'arbitraire. La nécessité donc de priver quelqu'un de sa propriété doit être démontrée (28). Le contrôle de constitutionnalité, de légalité donc *lato sensu* rejoint ici l'appréciation de l'opportunité en application de la théorie jurisprudentielle dite du *bilan coût-avantages*, en vertu de laquelle, le juge constitutionnel ou administratif peut accepter pour décider du caractère d'utilité publique d'une opération, de vérifier si la gravité des atteintes qu'elle porte à la propriété privée, son coût financier et ses inconvénients sociaux ne sont pas excessifs eu égard aux avantages que la collectivité peut en retirer (29).

40. Toute loi ou tout acte administratif pris en violation du principe de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution, peut être déféré par les particuliers devant la Cour constitutionnelle pour un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité (30). Toute règle de droit contraignante, appelle en effet un contrôle juridictionnel plus effectif de son observation. La protection juridictionnelle assurée par l'article 19 de la Constitution invite le juge congolais à savoir tirer toutes les conséquences pratiques de droit de l'attention portée aux garanties substantielles et procédurales.

## **B. Nationalisation et privatisation**

### **1. La nationalisation**

41. La nationalisation comme mode de cession forcée des biens, porte sur des entreprises qui sont le plus souvent des sociétés par actions, et

---

<sup>28</sup> Voir en ce sens, X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative française*, Economica, 1990 ; G. XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre*, LGDJ, 1993.

<sup>29</sup> Voir notamment à ce propos CE Fr. 28 mai 1971, Aff. Ville nouvelle Est, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », n° 106 ; voir aussi J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 1996, n° 264 et n° 265.

<sup>30</sup> Voir l'article 162 alinéa 2 de la Constitution.

généralement ce sont les actions qui sont transférées à l'Etat. On notera que les actions sont des meubles, des valeurs mobilières, mais ces actions emportent en fait le transfert des immeubles possédés par les sociétés nationalisées dans le patrimoine de l'Etat. Ce transfert est ordonné souverainement par ce dernier, moyennant indemnité. Il faut souligner que la nationalisation constitue une affirmation de la souveraineté interne et externe, un acte de puissance publique, et un choix politique. En matière de nationalisation, le principe de droit public international est celui de la *territorialité* des lois de nationalisation qui veut qu'au nom du principe de la souveraineté des Etats, une mesure de nationalisation ne peut avoir d'effet que sur le territoire de l'Etat qui la prend<sup>(31)</sup>. Chaque Etat reste ainsi libre d'accepter ou non l'effet sur son territoire d'une nationalisation décidée par un autre Etat.

42. La nationalisation suppose l'indemnisation des propriétaires des entreprises concernées, à défaut elle serait une confiscation, c'est-à-dire une sanction, ou dégènerait en spoliation. La nationalisation s'opère en principe par voie unilatérale, mais une nationalisation par voie conventionnelle est possible, tel peut être le cas lorsque les propriétaires préfèrent céder leurs biens en négociant avec l'Etat ou lorsque leur situation financière désastreuse le commande. Remarquons que la nationalisation supposant le transfert des biens des personnes privées au profit de l'Etat, la nation n'a d'autre personnification juridique que l'Etat. Le slogan "*nationaliser sans Etat*" exprime l'idéal politique qui vise à soustraire les entreprises nationalisées à la gestion bureaucratique et un objectif de gestion dans le sens d'associer à la gestion le personnel, les usagers et les forces vives de la nation. La nationalisation peut viser des objectifs divers : socialiser les biens de production, briser la domination du "*grand capital*", démocratiser l'économie et la gestion des entreprises, lutter contre le chômage et mettre en œuvre de nouvelles relations de travail, répartir plus équitablement les profits et assurer la justice sociale, affirmer l'autorité de l'Etat dans l'économie et lui donner les moyens d'une politique économique efficace notamment par la planification, punir les propriétaires des biens et entreprises concernées pour leur comportement anti-national ou anti-social, etc.

43. La nationalisation peut être motivée également par le contexte socio-économique et politique d'un pays à un moment donné. Souvent la décision de nationaliser est sous-tendue par la conviction politique que l'entreprise

---

<sup>31</sup> Voir en ce sens, Cass. Fr. 1<sup>ère</sup> Ch. civ. 20 février 1979, in Jurisclasseur périodique, jurisprudence, pp. 19147 et suivantes et in Revue critique de droit international privé, 1979, pp. 803 et suivantes.

publique permet de mieux satisfaire l'intérêt général que l'entreprise privée. La nationalisation peut conduire à soustraire les biens des entreprises nationalisées aux lois du marché et au jeu de la concurrence ou même de leur permettre de mieux affronter la concurrence intérieure ou étrangère, ou encore d'encadrer ou d'orienter le marché <sup>(32)</sup>.

44. L'entreprise nationalisée peut conserver entre les mains de l'Etat actionnaire sa forme et son statut initiaux, elle peut être dissoute et ses biens, droits, et obligations apportés soit à une nouvelle société, soit à une entreprise publique. Il y a lieu d'observer, qu'en droit, malgré les termes de l'article 34 alinéa 3 de la Constitution, qui énonce que l'Etat encourage et veille à la sécurité des investissements privés nationaux et étrangers, les nationalisations sont encore possibles en RDC en vertu de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution.

45. On remarquera par ailleurs que l'étude du régime juridique des nationalisations a l'avantage d'éclairer l'étude des règles juridiques organisant les privatisations qui sont compatibles avec la libéralisation de la vie économique. La libéralisation suppose en effet la suppression des monopoles de droit et la consécration du marché concurrentiel, ce qui peut conduire à la remise en cause de la légitimité de l'existence des entreprises publiques à caractère industriel et commercial habituées à recevoir des subventions d'équilibre et à bénéficier des mesures de recapitalisation de la part de l'Etat, faussant ainsi le jeu de la concurrence avec les entreprises privées <sup>(33)</sup>. Le régime des subventions des entreprises publiques repose largement sur les ressources fiscales de l'Etat, donc sur le dos des contribuables.

46. Relativement, en cas de nationalisation, à l'exigence constitutionnelle d'une juste et préalable indemnité de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution, dans la pratique générale, elle peut être versée en numéraires, c'est-à-dire en espèces, ou peut consister en l'effacement de la dette de l'entreprise nationalisée envers l'Etat, par transformation en part de capital des prêts que l'Etat a accordé à l'entreprise nationalisée. Une autre technique consiste pour les actionnaires de l'entreprise nationalisée, à recevoir en contrepartie des actions qu'ils doivent remettre à l'Etat, des parts bénéficiaires, voire des actions

---

<sup>32</sup> Voir sur la question, B. GENEVOIS, « Les nationalisations et les privatisations », in site internet CREDA ; aussi voir D. TRUCHET, « Nationalisation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, éd. Quadrigue/Lamy-PUF, 2007, pp. 1049 - 1051 ; voir également O. BEAUD, « Nationalisation comme acte de puissance publique », in *Les petites affiches*, 24 novembre 1995, pp. 14 et suivantes.

<sup>33</sup> Voir en ce sens, P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998 ; M. LOMABRD, « Droit public de l'économie », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Op. cit., pp. 625 - 629.

de la société nouvelle qui succède à la société nationalisée, ou encore des obligations amortissables et négociables sur le marché, émises par l'entreprise nationalisée elle-même ou par des entreprises publiques créées à cette fin. Le transfert de propriété intervient à la date à laquelle les propriétaires privés jouissent effectivement de l'indemnité, sous peine de méconnaître l'exigence constitutionnelle de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution.

47. On notera dans cet ordre d'idées, que le droit international coutumier confirmé par la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) et de la Cour internationale de justice (CIJ), par les sentences arbitrales et par diverses résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU, notamment les résolutions n° 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 "*souveraineté permanente sur les ressources naturelles*" et n° 3281 (XXIX) du 12 décembre 1984 "*Charte des droits et devoirs économiques des Etats*", admet la licéité des nationalisations, à condition qu'elles donnent lieu à une indemnité adéquate, répondent à un intérêt public, et ne soient pas discriminatoires<sup>(34)</sup>. Il faut en outre relever que de plus en plus, les nationalisations sont encadrées, voire exclues par de nombreux instruments juridiques internationaux de protection des investissements étrangers. Reste à relever que la RDC a vécu quelques expériences de nationalisation.

48. Historiquement, les premières opérations de nationalisation en RDC trouvaient leur fondement constitutionnel dans l'article 43 de la Constitution de 1964 dite de Luluabourg d'après lequel la loi nationale pouvait transférer à la République, à une province, ou à une collectivité publique, la propriété de certaines entreprises qui présentent un intérêt national.

49. La première expérience de nationalisation fut la *loi Bakajika* votée par la chambre des députées le 28 mai 1966, mais promulguée sous forme d'ordonnance-loi le 7 juin 1966, au regard de la légalité constitutionnelle d'exception instaurée par le Haut-Commandement militaire à la suite du Coup d'Etat du 24 novembre 1965. La loi Bakajika consacrait principalement la nationalisation des terres que le pouvoir colonial avait transférées au détriment des communautés "*indigènes*" congolaises et au profit des colons et des entreprises multinationales qui avaient ainsi acquis des pouvoirs économiques et même politiques considérables dans le pays. L'esprit donc de cette loi fut de récupérer et de réattribuer au nouvel Etat indépendant congolais les terres spoliées aux communautés congolaises "*indigènes*" et cédées gratuitement aux

---

<sup>34</sup> Voir en ce sens, D. TRUCHET, Article précité, in *Op. cit.*, pp. 1050 - 1051.

colons et multinationales étrangères par le Roi Léopold II et le pouvoir colonial belge <sup>(35)</sup>.

50. La seconde expérience de nationalisation fut l'ordonnance-loi n° 67/01 et l'ordonnance-loi n° 67/01 bis du 1<sup>er</sup> janvier 1967 aux termes desquelles la propriété de tous biens meubles et immeubles, corporels et incorporels dont les droits de propriété et de créance, des droits réels, des titres, actions ou des participations de l'Union minière du Haut-Katanga "UMHK" en sigle, est dévolue à l'Etat congolais. La "Gecomina" est constituée, et se substitue à l'UMHK société de droit belge d'exploitation minière au Katanga depuis la période coloniale, pour toutes les activités de cette dernière société au Congo, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance-loi n° 67/01 bis, étant cependant noté que le principe d'indemnisation préalable des anciens propriétaires de l'UMHK ne ressort pas dans les textes et décisions. Il importe de signaler dans une perspective historique, que les relations de la société UMHK, un Etat dans l'Etat et l'Etat congolais, furent tumultueuses. Cette puissante société fut imbriquée et impliquée, en effet, dans et par la sécession du Katanga. C'est elle qui donna à la sécession les moyens de constituer une gendarmerie puissante avec des mercenaires étrangers <sup>(36)</sup>.

51. La troisième expérience de nationalisation connue sous l'appellation de "zaïrianisation", qui s'est révélée finalement comme une manipulation cynique sous le label du "recours à l'authenticité", a dans ses origines en 1970-1971, présenté le visage d'une révolution culturelle tendant à effacer les traces de la colonisation à travers la débaptisation du pays, du fleuve, et de la monnaie, les fameux "trois z", et à confier aux congolais devenus "zaïrois" le contrôle de l'économie. En 1973, la "zaïrianisation" prend sérieusement la forme d'une nationalisation brutale des biens des étrangers au profit de certains particuliers zaïrois, dits "acquéreurs" proches du pouvoir, les "apparatchiks" du système, dans une perspective d'enrichissement rapide, sans effort méritoire de leur part et sans aucune culture de gestion, ce sans égard au principe d'indemnisation préalable des expropriés. Les mesures de "radicalisation" de 1974 ont consisté en une nationalisation partielle, à raison de 60% du capital, des entreprises à capitaux nationaux. La Banque de Kinshasa, "BK" en sigle, par exemple, du

---

<sup>35</sup> Voir à ce propos, notamment J. -P. KIEWABALA, *Droit civil des biens*, tome I, les droits réels fonciers, éd. Presses universitaires de L'Université de Kinshasa, 2<sup>ème</sup> éd., mars 2015, p. 116.

<sup>36</sup> Voir notamment à ce sujet J. GERARD-LIBOIS, *Sécession au Katanga*, études du CRISP, CRISP-Bruxelles et INEP-Léopoldville, 1963 ; J. GERARD-LIBOIS, « L'affaire de l'Union minière du Haut Katanga », in *Etudes congolaises*, n° 2, 1967, pp. 1-47.

"zaïrois" Augustin DOKOLO, modèle à l'époque de l'entrepreneuriat national, en fit particulièrement les frais.

52. Signalons que dans ce processus, de nombreuses grandes sociétés privées furent ainsi nationalisées et devinrent des sociétés étatiques, institutions de droit public par l'ordonnance n° 75-015 du 15 mars 1975<sup>(37)</sup>. Les mesures désespérées de rétrocession de 1976, il était trop tard, n'ont pu absorber la catastrophe. On notera que la compensation financière due aux différents propriétaires étrangers a constitué une part importante de la dette de l'Etat. Relevons à cet égard que l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 78-003 du 20 janvier 1978 portant mesures de recouvrement des sommes dues à l'Etat par les acquéreurs des biens "zaïrianisés" n'a reconnu que rétrospectivement, après coup donc, malheureusement, le droit à une compensation sous toutes ses formes<sup>(38)</sup>.

53. A souligner par ailleurs, que certaines sociétés d'économie mixte ont constitué une formule de nationalisation et ont remplacé dès lors des sociétés des particuliers nationalisées. Il en fut concrètement ainsi des sociétés "déradicalisées" dans lesquelles les anciens propriétaires obtinrent une rétrocession de 40% des parts sociales des sociétés "zaïrianisées", 60% des parts étant conservés par l'Etat, faisant ainsi de ces sociétés, des sociétés d'économie mixte. Enfin, la loi n° 77-027 du 17 novembre 1977 portant mesures générales des biens "zaïrianisés" ou "radicalisés", avait imposé des restrictions notables à l'accès des étrangers à la profession commerciale. Aux termes de cette loi, les personnes physiques ou morales étrangères ne pouvaient détenir plus de 60% du capital social<sup>(39)</sup>.

## 2. La privatisation

54. Dans une conception large, une entreprise publique est juridiquement toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété du capital social, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante peut être présumée non seulement lorsque les pouvoirs publics détiennent la majorité du capital social de l'entreprise, mais aussi lorsqu'ils

---

<sup>37</sup> Voir en ce sens, LUKOMBE NGHENDA, *Droit congolais des sociétés*, Presses universitaires du Congo (PUC), Tome I, 1999, pp. 43-44.

<sup>38</sup> Voir à ce sujet, LUKOMBE NGHENDA, « La loi n° 78-003 du 20 janvier 1978. Indemnisation des anciens propriétaires, "droits et obligations de l'Etat" », in *Cahiers économiques et sociaux*, mars 1978, pp. 73 et suivants ; voir également LUKOMBE NGHENDA, *Zaïrianisation, Radicalisation, Rétrocession en République du Zaïre. Considérations juridiques*, PUZ, 1979.

<sup>39</sup> Voir aussi à ce propos, R. MASAMBA MAKELA, *Droit des affaires, Cadre juridique de la vie des affaires au Zaïre*, éd. Cadicec, Kinshasa, 1996, n° 52.

disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou encore lorsqu'ils peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration ou de surveillance. La privatisation d'une entreprise publique ou d'un service public est une mesure antithétique de la nationalisation. Elle se caractérise par le transfert de propriété publique au secteur privé conduisant au fait que la participation de l'Etat ou d'autres organismes appartenant au secteur public dans cette entreprise, cesse d'être majoritaire <sup>(40)</sup>. Il s'agit donc d'une manifestation de volonté de l'Etat à s'associer pour un partenariat public-privé, sous la pression des besoins de plus en plus croissants et considérables nécessitant le transfert de propriété publique pour les privés ou l'entrée des firmes privées dans la gestion du domaine et des services publics.

55. Les régimes des nationalisations et des privatisations relèvent du point de vue de leurs fondements constitutionnels de la loi organique aux termes des articles 34 alinéa 4 et 122.8 de la Constitution, faute d'autre précision constitutionnelle. Il est généralement fait, en matière de privatisation, une distinction entre les services publics dont la nécessité découle de règles et de principes de valeur constitutionnelle et les autres services publics nationaux. S'agissant des services publics à caractère constitutionnel, un transfert de propriété au secteur privé impliquerait une révision de la Constitution, leur déconstitutionnalisation donc. Il s'agit précisément des services publics exerçant des fonctions régaliennes de l'Etat liées à la souveraineté du pays : justice, défense nationale, police, relations internationales etc. Quant à la privatisation des services publics dont l'existence résulte de la loi ou du pouvoir réglementaire et non de la Constitution, elle n'est possible que si le législateur ou le gouvernement leur ont fait perdre au préalable leur caractère de service public <sup>(41)</sup>.

56. La privatisation des entreprises publiques comme mise en œuvre d'une réforme structurelle est une question très sensible, semble-t-il, gardée jalousement loin de l'opinion publique, car il s'agit d'un domaine caractérisé par le manque de transparence, où tant les gestionnaires que les salariés ont peur pour des raisons différentes. Le but ultime de la privatisation des entreprises publiques c'est de les soumettre aux lois du marché sous le régime donc de la concurrence dans une perspective de rentabilité et de la promotion sociale des collectivités humaines et du développement économique. Il paraît

---

<sup>40</sup> En ce sens, voir Cons. const. Fr. 19 janvier 1984, Déc. n° 83-167, in *Recueil Déc. Cons. const. Fr.*, n° 23 et suivantes ; aussi Cons. const. Fr. 4 février 2010, Déc. n° 601.

<sup>41</sup> En ce sens, voir Cons. const. Fr. 23 juillet 1996, Déc. n° 96-380 DC, in *Recueil Déc. Cons. const.*, pp. 107 et suivantes.

important de souligner qu'il serait contraire à la Constitution que des biens ou Entreprises faisant partie du patrimoine public soient cédés à des personnes privées pour des prix inférieurs à leur valeur réelle partant du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques et du respect du droit de propriété et de sa protection <sup>(42)</sup>, et aussi partant de l'application de la théorie des mutations domaniales ou du changement d'affectation décidé par l'Etat au profit de ses services d'un bien appartenant à une autre personne publique ou un concessionnaire <sup>(43)</sup>.

57. Selon donc la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel français, l'évaluation de la valeur des entreprises publiques à transférer doit être faite par des experts totalement indépendants des acquéreurs éventuels, et doit être conduite selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés en tenant compte selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur boursière des titres, de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de l'existence des filiales, et des perspectives d'avenir. Le transfert devra être interdit dans le cas où le prix proposé par les acquéreurs ne serait pas supérieur ou au moins égal à cette évaluation. En cette matière donc, le juge constitutionnel devra jouer un rôle directeur, intervenir pour une meilleure clarification des choses à propos des mesures légales ou réglementaires relatives aux privatisations, en tenant compte de la marge d'appréciation du législateur et du gouvernement dans leurs choix économiques tout en exerçant un contrôle limité à l'erreur manifeste ou flagrante d'appréciation sur les modalités de mise en œuvre d'un régime des privatisations <sup>(44)</sup>.

58. En ce qui concerne la RDC, il y a lieu de relever que la privatisation des entreprises publiques congolaises a souvent constitué un problème politique mêlant des enjeux de politique interne, des enjeux régionaux et internationaux ; et l'opacité entoure souvent les contrats de privatisation des unités économiques comme l'observe si bien Théodore KAMINAR NSIY KAWU <sup>(45)</sup>. Il faut en effet remarquer qu'en RDC, les privatisations ont généralement été la conséquence de l'aveu de la gestion calamiteuse des entreprises publiques saignées à blanc et vivant pratiquement dans un paradis fiscal transformé en

---

<sup>42</sup> Voir les articles 12, 13 et 34 de la Constitution ; voir aussi Cons. const. Fr. 25 et 26 juin 1986, Déc. n° 207DC

<sup>43</sup> Sur cette théorie voir notamment J.-M. AUBY et alii, *Droit administratif des biens*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003, n° 58 ; CE Fr. 20 février 1981, in Recueil Lebon, pp. 94 et suivantes.

<sup>44</sup> Sur la question voir notamment B. GENEVOIS, précité.

<sup>45</sup> Th. KAMINAR NSIY KAWU, « Enjeux politiques et administratifs de la privatisation des entreprises publiques en RDC », 2013, en ligne.

parasite fiscal, illustration des mœurs congolaises de pillage des unités nationales de production se traduisant notamment par le partage "*équitable et équilibré*" des entreprises publiques décrété par des décisions et accords politiques, et le tribalisme dans le choix et le recrutement pléthoriques du personnel.

59. On notera que d'après l'optique des institutions onusiennes de Bretton Wood, dans leurs relations avec les pays en développement, les privatisations sont une donnée des politiques structurelles visant à redresser dans un proche ou lointain avenir le portefeuille de l'Etat. Ces institutions rangent en effet les entreprises et l'administration publiques de l'Etat parmi les facteurs historiques du sous développement en RDC parce qu'elles ne sont pas rentables financièrement ; elles ne contribuent pas à la croissance économique faute de performance dans la réalisation des recettes, partant au financement des budgets annuels de l'Etat. Cette situation est favorisée notamment par un outil obsolète de production, des effectifs pléthoriques avec une qualité médiocre des services rendus au public<sup>(46)</sup>.

60. Relevons que les premières privatisations en RDC, après le processus des nationalisations amorcé en 1966, remontent aux décisions politiques du Comité central du MPR dites de "*zaïrianisation et de radicalisation*" de 1973-1974, suivies précipitamment en 1975 au regard de leur échec avéré, des mesures générales de "*rétrocession*" des biens et activités économiques "*zaïrianisés*", autrement dit des mesures de privatisation soit de la gestion, soit du capital. Ces mesures de privatisation se sont poursuivies dans les années 1982 en faveur de certains secteurs, et de façon générale dans les années 1993-1994 dans différents secteurs. Dans les années 1996-2002 d'autres privatisations ont été opérées et dénoncées pour leurs irrégularités par différents rapports restés sans suite tels les rapports PANEL de l'ONU de 2002, du Sénat belge de 2002-2003, GLOBAL WITNESS de 2004, LUTUNDULA de 2005, etc. Les privatisations récentes sont des années 2004-2006. Les mesures de privatisation sont à distinguer des mesures de libéralisation de l'économie qui elles, tendent à supprimer le monopole de droit de certaines entreprises ou sociétés d'Etat pour les ouvrir à la concurrence des privés.

---

<sup>46</sup> Voir aussi à ce propos, H. NTUMBA LUKUNGA, « Entreprises publiques en RDC : bilan pour des alternatives (1980 - 2007) », en ligne ; N. KALONJI, « L'appropriation privée des biens publics et la dissolution de l'Etat des clubs ethniques », in *Notes de conjonctures*, n° 29 Kinshasa, 1995.

61. La loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, transforme en sociétés commerciales les entreprises publiques dans lesquelles l'Etat est l'actionnaire unique par dérogation aux dispositions légales en vigueur. Ces entreprises publiques transformées en sociétés commerciales sont dès lors soumises au droit commun, en l'occurrence aujourd'hui, le droit de l'OHADA ; étant cependant observé que l'article 916 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales, consacre la possibilité de soumettre certaines sociétés, en l'occurrence les sociétés d'Etat, à un régime particulier, par dérogation à l'article 2 du Traité de l'OHADA indiquant le champ ou domaine matériel du droit OHADA. Plus précisément, il est question en réalité d'un régime juridique dualiste composé de règles de droit OHADA et de règles internes spécifiques conçues pour tenir compte de la présence de l'Etat dans le capital social<sup>(47)</sup>. Au regard de la loi n° 08/007 précitée, il s'agit des entreprises désormais intégrées au secteur marchand ou secteur d'activités économiques soumis à la concurrence et dont le but est de générer des profits. L'Etat congolais a donc ici pris l'option de libéralisation de l'économie face à l'insuffisance des ressources, pour revoir son rôle dans les secteurs productif et marchand en vue de se consacrer davantage à sa mission de régulation. D'où le choix, aux termes de la loi n° 08/008 du 7 juillet 2008, d'une stratégie de désengagement de l'Etat du capital ou de la gestion des entreprises du portefeuille, opéré au cas par cas, impliquant un cadre juridique cohérent qui garantisse la transparence, la publicité et l'équité nécessaire au déroulement de chaque opération<sup>(48)</sup>.

### C. Les réquisitions.

62. Les réquisitions (militaires, de police, ou civile) peuvent porter sur des immeubles, des meubles, ou des services. Les réquisitions portant sur des immeubles ne concernent que leur usage, et en aucun cas leur propriété, elles ont un caractère temporaire. Une réquisition sur un immeuble tendant à durer indéfiniment est irrégulière. Les réquisitions portant sur des meubles peuvent porter soit sur l'usage du meuble, soit sur sa propriété, c'est-à-dire elle peut être un mode de cession forcée des meubles. Il s'agit d'une "requête" qui en fait est une opération unilatérale par laquelle l'autorité administrative civile,

---

<sup>47</sup> Voir à ce propos, P.-G. POUGUE, « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA », in *Revue Juridique périodique*, n° 65, 2006, pp. 99 et suivantes.

<sup>48</sup> Sur la réforme des entreprises publiques de 2008, voir aussi LUKOMBE NGHENDA, « Le droit des entreprises publiques né de la réforme du 7 juillet 2008 », *Analyse des lois*, Publications des facultés de droit des Universités du Congo, juin 2009, 958 p.

militaire, ou policière, contraint une personne physique ou morale, qui sera ultérieurement indemnisée, à fournir, soit à elle-même, soit à des tiers, des prestations de service, l'usage des biens immobiliers, la propriété ou l'usage des biens mobiliers, en vue de la satisfaction des besoins exceptionnels et temporaires reconnus d'intérêt général dans les cas définis par la loi, au regard de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution.

63. Les réquisitions sont attachées à une mission régaliennne de l'Etat, elles ne sont pas moins des atteintes aux libertés et droits individuels. Primitivement, à l'origine donc, elles avaient un objet essentiellement lié à la guerre, mais aujourd'hui, elles ne sont pas seulement connectées aux préoccupations militaires et policières, elles répondent également aux besoins civils.

64. Du point de vue de leur encadrement juridique, les réquisitions se caractérisent par le fait qu'elles sont régies par une mosaïque de textes ; il n'existe pas en effet, en la matière, un grand texte de principe, mais plutôt plusieurs régimes spéciaux de réquisitions<sup>(49)</sup>. Une codification s'impose à cet égard pour une harmonisation et une lisibilité du droit dans une perspective de sécurité juridique. Un régime juridique des réquisitions marqué par une multiplicité de textes instituant le droit de réquisition, est dès lors une source d'opacité du droit applicable. Signalons dans une approche de droit comparé, que la Cour de cassation française, abordant la question de la nature juridique du droit de réquisition, a considéré la réquisition comme une technique *sui generis* propre au droit public, qui ne peut être rapprochée ni de l'expropriation pour cause d'utilité publique, ni du contrat de vente<sup>(50)</sup>.

65. Au regard de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, en son article 34 alinéa 4, la réquisition n'échappe pas aux garanties reconnues aux personnes privées pour le respect de leurs droits notamment l'indemnisation qui doit correspondre aux prestations fournies. La réquisition implique donc une compensation pécuniaire, une indemnisation des prestations, même si elle n'est pas préalable au regard de sa particularité. En outre, il convient de relever qu'aux termes de l'article 122.1 de la Constitution, il incombe au législateur de fixer les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés

---

<sup>49</sup> Voir notamment l'ordonnance législative n° 112 du 11 juin 1940, in *Les Codes Larcier*, Tome VI, vol.2, pp.394-395 ; voir aussi l'arrêté-loi portant organisation d'un régime des réquisitions du 20 mai 1943, in *Les Codes Larcier* précités, pp. 395-396. A noter que les réquisitions ici, il convient de le préciser, concernent aussi bien les biens que les personnes.

<sup>50</sup> Voir Cass. Fr. 6 mars 1917, Aff. Ministre de la guerre contre Société Erichsem.

publiques, ceci impliquant un contrôle de constitutionnalité sur le respect des exigences constitutionnelles d'assurer ces garanties.

66. Il y a lieu de souligner que, portant aussi bien sur les meubles que sur les immeubles, la réquisition n'entraîne jamais de transfert de propriété des immeubles. Il s'agit au demeurant d'un procédé exceptionnel n'intervenant que dans des temps de crise et de tension. Sa procédure est simple, sans intervention du juge judiciaire comme préalable à la cession. Dans la pratique, la réquisition apparaît comme une simple manipulation du pouvoir dont dispose les autorités administratives dans le cadre de leur pouvoir de police générale ou de leur pouvoir de réglementation. C'est en somme une institution qui est peu cohérente de par le caractère épars des textes qui la régissent, lui ôtant de ce fait toute originalité juridique. On peut en définitive l'assimiler à un *fait de prince* de l'administration<sup>(51)</sup>. L'article 104 de la loi organique n° 16/027 précitée dispose de manière lapidaire que la section du contentieux du tribunal administratif connaît du contentieux relatif aux réquisitions.

#### **D. Les saisies judiciaires**

67. La privation du droit de propriété peut aussi être le fait d'une saisie opérée en vertu d'une ordonnance du juge, d'un jugement ou d'un arrêt exécutoire d'une juridiction prononçant une condamnation à payer à l'encontre d'un débiteur, en application des dispositions légales pertinentes de procédure, à la lumière de l'article 34 alinéa 5 de la Constitution. Les saisies judiciaires ont donc un fondement solide, constitutionnel. Il peut s'agir des saisies conservatoires, appréhensions judiciaires des biens du débiteur convertibles en saisie-exécution des biens meubles du débiteur aboutissant à leur vente au profit du créancier, de la saisie immobilière par laquelle un créancier poursuit la vente par expropriation forcée d'un ou des immeubles appartenant au débiteur défaillant ou de ceux affectés à sa créance<sup>(52)</sup>.

---

<sup>51</sup> Pour une vue d'ensemble du procédé de la réquisition, voir notamment R. DUCOS-ADER, *Le droit de la réquisition. Théorie générale et régime juridique*, Paris, LGDJ, 1956 ; voir également VUNDUAWÉ et PEMAKO, Notes manuscrites de cours de droit administratif, 3<sup>ème</sup> graduat en droit, UNIKIN, année académique 1985-1986.

<sup>52</sup> Voir particulièrement les dispositions pertinentes de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, en matière commerciale, et les articles 105 à 145 du Code de procédure civile ainsi que l'ordonnance administrative du 12 novembre 1886 approuvée par le décret du 3 mai 1887, avec ses modifications, en matière civile.

### III. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE

#### A. Considérations générales

68. La protection constitutionnelle matérielle du droit de propriété privée est fondée sur l'article 34 de la Constitution. L'article 122.8 de la Constitution range le régime de la propriété privée dans le domaine de la loi organique. Il en est de même de l'article 122.1 de la Constitution qui attribue au législateur organique la compétence de fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, ce dans le respect des exigences constitutionnelles. L'article 34 de la Constitution, comme on l'a analysé plus avant, est conçu non seulement contre les expropriations abusives pour protéger les biens immobiliers privés, mais est également applicable aux nationalisations d'entreprise, et par conséquent aux transferts des droits sociaux correspondants<sup>(53)</sup>. Il est important ici de souligner le développement actuel de la protection constitutionnelle du droit de propriété. En effet, le droit de propriété connaît une extension notable. Il s'étend aujourd'hui à la propriété industrielle et commerciale, et à la propriété culturelle, à savoir la propriété intellectuelle telle le droit d'auteur et les droits voisins<sup>(54)</sup>.

69. Il s'agit concrètement des droits des industriels et des commerçants sur leur clientèle, les noms de leurs maisons, leurs marques, inventions, dessins et modèles industriels, signes distinctifs, enseignes, etc., des droits des inventeurs sur leurs découvertes, des droits des auteurs, écrivains ou artistes sur leurs œuvres, et même des droits des avocats, des médecins, dentistes, architectes, etc., sur leurs cabinets ou leurs clientèles. Ces droits ou cette propriété littéraire et artistique, industrielle, commerciale, civile, etc., consistent plutôt en un monopole d'exploitation d'une pensée, d'une œuvre intellectuelle ou artistique, d'un nom, d'une clientèle. A l'instar donc des droits réels, ils s'analysent en un droit exclusif d'exploitation.

70. La propriété industrielle, commerciale, civile ou culturelle, ne porte pas sur une base matérielle mais bien sur le fruit d'un travail, élément immatériel. Cette propriété est liée intimement à la personnalité de son titulaire, ainsi en est-il par exemple des droits de propriété littéraire et artistique, des droits des inventeurs sur leurs découvertes auquel se mêle ainsi un droit moral de l'auteur sur son œuvre. Il est de principe général, du reste consacré légalement

---

<sup>53</sup> Voir en ce sens, Cons. const. Fr, 16 janvier 1982, Déc., n°81-132 DC, Aff. Loi de nationalisation.

<sup>54</sup> Voir en ce sens, Cons. const. Fr, 27 juillet 2006, Déc. n°2006-540 DC, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2157 et ss.

que les attributs d'ordre intellectuel et moral d'une œuvre de l'esprit à savoir le droit au respect du nom de l'auteur, de sa qualité, de son œuvre, le droit exclusif de divulguer l'œuvre, le droit de repentir et de retrait, étant attachés à la personne, sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles. Après la mort, ils se transmettent aux personnes désignées par testament ou aux héritiers, descendants, ou aux légataires universels.

71. Quant aux attributs d'ordre patrimonial qui consistent dans le droit d'exploiter l'œuvre, en l'occurrence le droit de représentation et le droit de reproduction au décès de l'auteur, ce droit persiste pendant un certain temps au bénéfice de ses ayants droit<sup>55</sup>. Il appartient ainsi à la Cour constitutionnelle dans sa saisine de contrôler les mesures légales restrictives de l'usage de ces droits au titre de protection constitutionnelle des auteurs et titulaires des droits. Concernant les droits d'auteur et les droits voisins par exemple, la protection constitutionnelle leur est applicable dans la globalité, c'est-à-dire dans leurs attributs patrimoniaux et quant aux attributs d'ordre intellectuel et moral<sup>56</sup>.

72. Pour vérifier si des mesures adoptées par le législateur constituent ou non une privation du droit de propriété, la Cour constitutionnelle peut faire recours à la notion de *dénaturation* du sens et de la portée du droit de propriété ou d'une mesure produisant le même effet qui en dénature le sens et la portée<sup>57</sup>. A noter que le constat de la dénaturation se rapproche du *contrôle de proportionnalité*. De même, l'instauration par la loi par exemple d'un régime d'autorisation administrative préalable et discrétionnaire pour l'exercice du droit de propriété peut être censurée par la Cour constitutionnelle pour atteinte disproportionnée au droit de propriété (58).

73. Par ailleurs, il incombe à la Cour constitutionnelle de veiller à ce que le législateur exerce pleinement sa compétence lorsqu'il prévoit des dispositions portant atteinte au droit de propriété ou autorisant telles atteintes. Relevons à

---

<sup>55</sup> Voir les dispositions pertinentes relatives aux successions dans le Code de la famille ; voir aussi sur le plan législatif, les articles 1, 18-20, 22, 33-82 de l'Ordonnance-Loi n°86-033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteurs et des droits voisins. Sur la propriété commerciale, voir les articles 69 et suivants, et 103 et suivantes de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général ; et sur la propriété industrielle, voir la loi n°82-001 du 7 janvier 1982 régissant la propriété industrielle.

<sup>56</sup> Voir en sens, Conseil const.fr, 10 juin 2009, Déc., n°2009-580 DC, in Revue Actualité juridique, droit administratif (AJDA), 2009, pp. 1132 et suivantes.

<sup>57</sup> Voir en ce sens, Cons. const., Fr., 26 juillet 1984, Déc n°84-172 DC.

<sup>58</sup> Voir en ce sens, Cons. const., Fr., 7 décembre 2000, Déc n°2000-436, in Revue Actualité juridique, droit administratif, 2001, pp.18 et suivantes.

cet égard que, aux termes de l'article 122.8 de la Constitution, c'est la loi organique qui fixe le régime de la propriété, et en cette matière l'incompétence négative affichée par le législateur conduit à la violation de la Constitution lorsqu'aucune disposition légale n'institue au regard de l'article 122.1 de la Constitution, les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 34 de la Constitution <sup>(59)</sup>. Toutes ces dispositions constitutionnelles citées montrent à suffisance que le droit de propriété bénéficie d'un niveau élevé de protection constitutionnelle.

74. D'autre part, il convient de remarquer que la protection de la propriété privée peut être différenciée selon que l'atteinte en cause constitue une privation du droit de propriété ou une limitation des conditions de son exercice, autrement dit, la protection constitutionnelle est différente selon la nature de l'atteinte. Si la mesure législative ou administrative est considérée comme une privation du droit de propriété privée, elle ne peut être justifiée que par la constatation légalement prévue de l'utilité ou de la nécessité publique et de l'allocation d'une juste et préalable indemnité au regard de l'exigence de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution. En l'absence de privation du droit de propriété, il revient à la Cour constitutionnelle de vérifier si l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété est justifiée par des motifs d'intérêt général.

75. Une distinction doit donc être faite au titre de protection constitutionnelle différenciée entre le droit d'usage que la loi peut restreindre dans l'intérêt des propriétés voisines qui à l'évidence n'est pas un intérêt général, par des servitudes portant notamment sur le régime des eaux, sur le bornage et la clôture, ainsi en est-il par exemple de l'acquisition forcée d'une mitoyenneté, sur les jours et vues sur le fond voisin, sur le droit de passage en cas d'enclave, ou dans l'intérêt de la collectivité proportionnellement à l'objectif poursuivi, par des servitudes d'urbanisme, les servitudes dans l'intérêt de la distribution d'eau et de l'énergie électrique, etc. ; et le droit de disposer qui bénéficie d'une protection constitutionnelle très élevée. A cet égard, la Cour constitutionnelle, dans l'exercice de son contrôle, doit pouvoir qualifier ou déterminer la nature juridique de la mesure déferée en termes de

---

<sup>59</sup> En ce sens, voir Cons. Const.fr, 21 septembre 2010, Déc n°2010-33 DC, in *Revue Actualité juridique, Droit administratif*, pp.1732 et suivantes ; Voir aussi J.-F de MONT-GOLFIER, *Conseil constitutionnel et la propriété privée*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, Dossier le droit des biens et des obligations, mars 2011.

privation ou non du droit de propriété, au regard donc de la nature de l'atteinte.

### **B. La protection constitutionnelle en cas de privation de propriété**

76. En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ou de nationalisation, particulièrement, la Cour constitutionnelle saisie est appelée à exercer un contrôle restreint *in concreto* de l'utilité ou nécessité publique qui justifie la privation de propriété, il s'agit d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation de la réalité de l'utilité publique, c'est en effet au législateur qu'il revient de déterminer s'il y a ou non nécessité ou utilité publique, ou de fixer les conditions pour que la nécessité ou l'utilité publique puisse être légalement constatée <sup>(60)</sup>, le législateur ou l'administration ne doit pas en effet abuser de son pouvoir discrétionnaire et doit se fonder sur des faits dont l'existence est vérifiable, pour assurer la protection juridictionnelle des droits du propriétaire sujet à expropriation; alors qu'en revanche, c'est un plein contrôle, un contrôle normal donc du caractère juste et préalable de l'indemnité que la Cour constitutionnelle exerce.

77. La Cour constitutionnelle se doit donc d'exercer ici un contrôle renforcé du caractère juste et préalable de l'indemnité. L'indemnité ne doit pas revêtir un caractère inégalitaire et conduire à la minoration de la valeur des biens expropriés ou nationalisés. L'exigence constitutionnelle d'indemnisation *juste* implique l'octroi d'une indemnité couvrant l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation. Cette exigence a un double fondement constitutionnel, à savoir le droit de propriété lui-même et le principe d'égalité devant les charges publiques <sup>(61)</sup>. L'exclusion de l'indemnisation du préjudice moral du propriétaire exproprié a été jugé non contraire à la Constitution <sup>(62)</sup>. En cas de dépossession, il revient au juge judiciaire qui a une sorte de *réserve de compétence* en matière de propriété privée immobilière, de fixer l'indemnisation des préjudices.

78. Le droit de propriété privée a un caractère sacré, fondamental, d'où sa pleine valeur constitutionnelle dont la conservation constitue un des buts de la société, et est ainsi comme on l'a relevé supra, mis au même rang que la liberté, la sûreté, et la résistance à l'oppression<sup>63</sup>. Le cadre constitutionnel du 18 février 2006 ne permet donc pas la collectivisation ou le communisme, sous réserve du

---

<sup>60</sup> Voir Cons ; const.Fr, 25 Juillet 1989, Déc n°89-256 DC.

<sup>61</sup> Voir Cons. const. Fr, 25 juillet 1989, décision précitée.

<sup>62</sup> Voir Cons. const.Fr, Déc n°2010-26, Question prioritaire de constitutionnalité.

<sup>63</sup> Voir Cons. const.Fr, 16 janvier 1982, Déc n°81-132 DC précitée, Aff. Loi de nationalisation.

pouvoir du législateur ou du gouvernement de choisir une politique économique libérale, une politique interventionniste, ou un mélange ou une conciliation de deux politiques.

### **C. La protection constitutionnelle contre les atteintes à l'exercice du droit de propriété**

79. La Cour constitutionnelle lorsqu'elle ne constate pas une privation du droit de propriété ou une mesure produisant le même effet, qui en dénature le sens et la portée, se doit de contrôler la justification ou le motif des atteintes portées aux conditions ou aux modalités d'exercice du droit de propriété <sup>(64)</sup>. La juridiction constitutionnelle peut donc admettre des atteintes si celles-ci sont justifiées par des motifs d'intérêt général, surtout si ces motifs ont en eux-mêmes une valeur constitutionnelle, et même de portée juridique moindre. Cependant la Cour constitutionnelle ne peut substituer son appréciation à celle du législateur quant à l'existence d'un but d'intérêt général. Il incombe au législateur de préciser ces motifs d'intérêt général pour éviter la censure. Il appartient à la Cour constitutionnelle d'opérer un contrôle de proportionnalité en termes de rapport entre d'une part, la gravité de l'atteinte au droit de propriété et, d'autre part l'importance du motif d'intérêt général poursuivi ainsi que les conditions et garanties qui entourent la réalisation de l'atteinte à l'exercice du droit de propriété.

80. On notera que l'article 34 de la Constitution ne protège pas seulement le propriétaire contre les privations de propriété par et au bénéfice de la collectivité publique, il peut s'appliquer également aux privations de propriété au bénéfice des personnes privées, comme c'est le cas avec l'acquisition forcée de la mitoyenneté <sup>(65)</sup>, ou des saisies judiciaires.

81. Relativement précisément à l'acquisition forcée de la mitoyenneté, relevons que l'article 47 de la loi n°80-008 du 18 juillet 1980 modifiant et complétant la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, permet au concessionnaire de contraindre son voisin à rendre mitoyen un mur séparatif, moyennant indemnité, le maître du mur perdant ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une utilité ou nécessité publique. La cession forcée de mitoyenneté se double alors en effet d'une communauté forcée.

---

<sup>64</sup> Voir en ce sens, cons ; Const.fr, 11 octobre 1984, Déc n°84-181 DC ; Cons. Const.fr, 8 janvier 1991, Déc n°90-283 DC.

<sup>65</sup> Voir en ce sens, Cons. Const.fr, 27 juillet 2006, Déc n°2010-60 DC ; Cons. Const.fr, 12 novembre 2010, Déc. n°2010-60, Questions prioritaires de constitutionnalité.

82. Celui qui contraint donc son voisin à lui céder la mitoyenneté d'un mur l'oblige en fait à partager avec lui, ce qui lui était jadis propre. Pour le Conseil constitutionnel français, l'article 661 du Code civil français (notre article 47 de la loi n°80-008 précitée), n'a pour effet que de rendre indivis le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l'usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du Code civil français (nos articles 39 et suivants de la loi n°80-008 précitée) continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété, que dès lors, en l'absence de privation de droit, l'accès à la mitoyenneté autorisé par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration française des droits de 1789 (notre article 34 de la Constitution). Pour cette juridiction constitutionnelle, il n'y a donc pas lieu de douter de la constitutionnalité de l'article 661 précité du Code civil français concernant la cession forcée de mitoyenneté.

83. Il convient de remarquer que cette jurisprudence constitutionnelle est dans la réalité respectueuse des mouvements mêmes qui marquent le droit civil. Loin de s'opposer aux tendances dominantes qui conduisent le législateur à porter atteinte à certains principes, le Conseil constitutionnel français les conforte. La doctrine constitutionnaliste française évoque à cet égard la *consolidation du droit positif* par le Conseil constitutionnel, en ne s'opposant pas aux mouvements du droit, mouvements qu'il intègre ainsi à la Constitution. Les constitutionnalistes italiens eux, sur cette question, parlent de la doctrine du *droit vivant* « *diritto vivente* », pour caractériser les mouvements qui consistent à intégrer aux normes constitutionnelles les évolutions qui se manifestent à un niveau infra-constitutionnel<sup>66</sup>. Il faut ici comprendre que la juridiction constitutionnelle française intervenant dans une matière où nombre des règles et solutions préexistent depuis des siècles, ne s'estime pas investi du droit d'en saper les fondements et d'en remettre en cause la validité, donc de révolutionner le droit positif<sup>67</sup>. Une manière donc pour le juge

---

<sup>66</sup> Sur la doctrine italienne du droit vivant, voir notamment C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Economica PUAM, 2003 ; G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant », in *Annuaire international de justice constitutionnelle (AIJC)*, 1986, pp. 55 et suivantes ; G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », in *Revue "Constitutions"*, n°1, 2010, pp.9 et suivantes.

<sup>67</sup> Voir N. MOLFESSIS, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, Dossier le droit des biens et des obligations, avril 2011, n°12-14; voir en ce sens également, B. MATHIEU, « Droit constitutionnel – droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau », in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, pp. 59 – 66 ; voir aussi N. MOLFESSIS, *Les sources constitutionnelles, in Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri CAPITANT, LGDJ, 1997, n° 56, p. 107.

constitutionnel de jeter une lumière nouvelle sur des principes anciens. Au fait, l'intervention du juge constitutionnel tend ainsi à stabiliser, à renforcer ces règles ou principes anciens et les solutions consolidées. Les notions, concepts, principes, dégagés au cours des temps sont ainsi par une sorte de « descendance constitutionnelle » revalorisés et protégés face au législateur.

84. On observera par ailleurs, encore dans une perspective de droit comparé, que le Conseil constitutionnel français avait estimé que si des dispositions légales empêchent le recouvrement d'une créance, et peuvent être regardées comme des restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété, les créances n'entrent pas dans le champ de la protection constitutionnelle de l'article 17 de la Déclaration française des droits de 1789 qui a une valeur constitutionnelle, article qui a inspiré la rédaction de l'article 34 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence extensive fondée sur l'autonomie de la notion des "biens", qui recouvre certains droits et intérêts des actifs. A ce titre, une créance bénéficie également de la qualification de "biens", lorsqu'elle est suffisamment établie pour être exigible <sup>(68)</sup>.

#### **D. La portée de la théorie jurisprudentielle des garanties légales des exigences constitutionnelles consacrée par l'article 122.1 de la Constitution et son incidence sur le droit fondamental de propriété privée.**

85. Aux termes de l'article 122.1 de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, copie conforme de l'article 34 alinéa 2 de la Constitution française de 1958, "*la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*". Il y a lieu de préciser ici qu'une « garantie » est par définition ce qui préserve, protège <sup>(69)</sup>. Cette disposition constitutionnelle est non seulement attributive de compétence au législateur organique mais constitue également une prescription des obligations sur le fond lui incombant, et encadre sa compétence législative. En effet, le législateur organique doit accepter les garanties fondamentales nécessaires à l'exercice des droits et libertés. Il s'agit d'une contrainte qui se manifeste dans le temps en ce sens que le législateur, s'il peut modifier, compléter, abroger les

---

<sup>68</sup> Voir CEDH, 18 juin 2001, n°48939/99, Aff. Oneryldiz c/ Turquie, in Recueil Dalloz, 2002, pp.2568 et suivantes ; CEDH, 9 décembre 1994, n°13427/37, in Revue trimestrielle de droit civil, 1995, pp.652 et suivantes.

<sup>69</sup> Voir dans Dictionnaire de l'Académie française, 9<sup>ème</sup> édition, V° : garantie.

dispositions législatives en vigueur ou y déroger dans le respect du parallélisme des formes, il ne saurait dans l'exercice de sa compétence, priver des garanties légales des exigences constitutionnelles dans l'atteinte des libertés et droits fondamentaux, ainsi qu'il ressort d'une décision de référence du Conseil constitutionnel français <sup>(70)</sup>.

86. La loi ou une de ses dispositions qui prive de garanties légales les exigences constitutionnelles ou l'absence des garanties légales dans le nouveau texte légal constitue un motif d'invalidation pour inconstitutionnalité. Le pouvoir de modification ou d'abrogation du législateur est ainsi limité. La notion des garanties légales des exigences constitutionnelles dégagée par le Conseil constitutionnel français s'affiche comme à la fois un moyen de contrôle et une norme de référence. Les garanties légales s'entendent ainsi de *toutes les mesures indispensables à l'exercice des droits et libertés fondamentaux*. Le contrôle de proportionnalité qui émerge à travers ces garanties exige une cohérence interne de la loi. Ces garanties légales des exigences constitutionnelles sont destinées à assurer l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, et constituent par conséquent une technique contentieuse efficace.

87. Les garanties fondamentales inscrites au point 1 de l'article 122 de la Constitution constituent le fondement de la compétence législative organique en la matière, c'est-à-dire la source de l'action du Parlement, et sont à distinguer des garanties légales qui elles, constituent la limite à cette compétence du législateur. Les garanties légales visent en effet à protéger les droits constitutionnels considérés comme fondamentaux. Le droit de propriété privée fait partie de droits et libertés protégés par la norme de l'article 122.1. La spécificité de la doctrine jurisprudentielle précitée des garanties légales <sup>(71)</sup> réside dans la relation établie entre le législateur et la Constitution. En effet, alors que le contrôle de constitutionnalité des lois tend à réduire le rôle du législateur parallèlement à la remise en cause de la toute puissance du Parlement en termes de *légicentrisme*, le juge constitutionnel est appelé ici paradoxalement à contribuer à renouveler et à enrichir les fonctions du Parlement par le contrôle des garanties légales. Par les garanties légales des exigences constitutionnelles, une disposition légale a pour fonction non plus

---

<sup>70</sup> Cons. Const.fr, 29 juillet 1986, Déc. n°86-210 DC, Aff. Loi portant régime juridique de la presse, in Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, pp.110 et suivantes, et in Annuaire international de justice constitutionnelle, 1986, pp.432 et suivantes, note Bruno GENEVOIS.

<sup>71</sup> Cons. const.fr, 29 juillet 1986, Déc. n°86-210 DC, Aff. Loi portant régime juridique de la presse, in Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, pp.110 et suivantes, et in Annuaire international de justice constitutionnelle, 1986, pp.432 et suivantes, note Bruno GENEVOIS.

seulement de se conformer à la Constitution, mais aussi de la servir en tant qu'instrument de garantie et d'effectivité des droits, de contribuer donc à l'effectivité des normes constitutionnelles. Le rôle du législateur est donc enrichi bien que contrôlé.

88. Il revient donc au législateur aux termes de l'article 122.1 précité de la Constitution de mettre en œuvre les exigences constitutionnelles, en l'occurrence les exigences de l'article 34 alinéa 4 de la Constitution du 18 février 2006 ; ainsi, le législateur peut prendre des dispositions nouvelles ayant pour objet et pour effet de modifier des dispositions d'une loi en vigueur excessives et inutiles <sup>(72)</sup> ; et dans ce contexte, il peut également substituer une procédure ou une institution à une autre, dans la stricte limite de ne pas priver les exigences constitutionnelles des garanties légales. L'interdiction de supprimer une disposition qui constituait une garantie légale renvoie à la notion "*d'effet cliquet*" signifiant l'interdiction au législateur d'abroger des dispositions légales garantissant des droits et libertés sans les remplacer par d'autres, sauf intervenir pour renforcer ces garanties. Lorsque donc une loi abroge les dispositions d'une loi en vigueur, le texte nouveau doit reprendre à son compte les garanties que prévoyait le premier texte, à défaut la loi nouvelle encourt l'invalidation pour inconstitutionnalité <sup>(73)</sup>.

89. On notera cependant que les garanties légales paraissent avoir un champ d'application plus large que celui recouvert par « *l'effet cliquet* » qui, s'il traduit une idée d'interdiction, de *non retour en arrière*, les garanties légales elles, peuvent également exiger cette obligation tout en acceptant parfois une régression mesurée <sup>(74)</sup>.

90. S'agissant du droit de propriété privée, comme du reste des autres droits et libertés, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec l'exercice d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle. Il incombe au juge constitutionnel de vérifier si la loi rend un droit ou une liberté fondamentale effectif, c'est-à-dire susceptible de produire un effet de droit ou alors imposer seulement le maintien des garanties légales existantes en validant une disposition qui ne permet pas d'assurer une

---

<sup>72</sup> Voir en ce sens, Cons. Const.fr, 14 Aout 2003, in Revue Les petites affaires, 2007, pp.19-22, note Bertrand MATHIEU.

<sup>73</sup> Voir à ce propos L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2003, 12<sup>ème</sup> édition, pp.593-595 ; G. DRAGO, Contentieux constitutionnel français, PUF, Thémis, 1998, p.119.

<sup>74</sup> G. MOLLION, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, in Revue de droit constitutionnel, 2005/2 (n°62), pp.257-289.

protection maximale à un principe constitutionnel, concentrant ce faisant son contrôle sur une équivalence de garantie et non pas sur une exigence maximale d'effectivité de l'exercice du droit fondamental. Le contrôle du juge constitutionnel vise ici à maintenir le niveau de protection antérieur.

91. La nouvelle loi ne doit pas avoir pour effet de réduire les garanties existantes sans les remplacer par des garanties équivalentes. Ainsi, invalider une garantie moindre revient à sanctionner l'absence d'équivalence de garantie. La loi déferée doit par conséquent comporter des garanties suffisantes au regard des exigences constitutionnelles. Le contrôle du juge constitutionnel à cet effet, tend à engager le législateur à exercer pleinement sa compétence, contrôle qui se rapproche de celui ayant pour objet de sanctionner les incompétences négatives.

92. Sous peine d'invalidation, le législateur ne peut édicter une disposition qui atteint irréversiblement le droit de propriété, en remettant en cause les exigences constitutionnelles, autrement dit, suivant la formule doctrinale du "*cliquet*", il est interdit au législateur de régresser le niveau de garantie existante en établissant un régime juridique plus restrictif au droit de propriété en-dessous du seuil ultime de régression, sauf à instituer une recentralisation de la protection en faisant disparaître des disparités actuelles pour favoriser une égalité de traitement. Au sens strict de l'image du *cliquet anti-retour*, il est interdit au législateur de revenir sur la substance même des garanties légales des exigences constitutionnelles. Le juge constitutionnel, lorsqu'il décide d'invalider une disposition moins protectrice du droit de propriété, il devra faire référence soit à une privation des garanties légales, soit à des garanties insuffisantes, soit encore à une atteinte excessive au droit de propriété.

93. Il y a lieu de s'interroger sur la similitude des garanties légales des exigences constitutionnelles et les principes constitutionnels. Les garanties légales des exigences constitutionnelles ne peuvent-elles pas constituer une norme de référence à laquelle le législateur ne pourra valablement déroger dont la place dans la hiérarchie des normes est appelée à s'élever matériellement au rang de norme constitutionnelle ? L'idée de *para-constitutionnalité*<sup>75</sup> peut expliquer ce phénomène en ce sens que les garanties légales se situeraient dans un espace intermédiaire entre la légalité et la constitutionnalité, parce que dans leur fonction, elles équivalent à des garanties constitutionnelles. En effet, dans une perspective d'équivalence de fonction, usant de la technique de conciliation, le juge constitutionnel dans son

---

<sup>75</sup> Voir à ce propos B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, STH, 1988, p.206.

raisonnement, peut utiliser un principe de valeur constitutionnel pour remettre en cause une garantie légale des exigences constitutionnelles, tout comme il peut invoquer une garantie légale pour compenser une atteinte à un principe constitutionnel.

94. La première démarche de conciliation peut servir à justifier la régression d'une garantie légale donc l'atteinte d'un droit fondamental par un principe constitutionnel, les garanties légales étant formellement visées comme des normes législatives. Dans la seconde démarche conciliatrice, le juge constitutionnel dans son contrôle met en relief la valeur des garanties légales en validant les atteintes à un principe fondamental au motif de préserver les garanties inscrites dans la loi déferée compensant ces atteintes. Par l'exercice du contrôle proportionnalité, le juge constitutionnel ici, compense la faiblesse du caractère contraignant de la condition d'utilité publique, la condition de proportionnalité apparaissant comme un moyen de renforcer la protection des droits et libertés.

95. D'autre part, le juge constitutionnel peut utiliser les garanties légales au lieu de consacrer ou d'invoquer un principe fondamental usant ainsi de la technique de substitution. Autrement dit, la reconnaissance des garanties légales peut être réalisée en tant que substitut à la reconnaissance d'un principe constitutionnel. Or, il se fait que la valeur du substitut ne peut qu'être équivalente à celle de la norme qui devrait être utilisée. De là, on peut noter par exemple que la jurisprudence du Conseil constitutionnel français a élevé les garanties légales au rang des normes quasi constitutionnelles indiquant que la loi peut être le siège des principes constitutionnels faisant qu'une garantie légale constitue un prélude à une constitutionnalisation.

96. Remarquons qu'en France, en Belgique, comme en RDC, la loi au sens strict, n'a qu'une valeur législative, sa place dans la hiérarchie des normes est consécutive à sa définition formelle. Cette définition formelle actuelle de la loi fait qu'une loi est *toute décision émanant des assemblées législatives*. Carré de MALBERG dans sa théorie, établissait à cet égard un lien entre la hiérarchie des normes et celle des organes <sup>(76)</sup>, étant cependant observé qu'aux termes de l'article 129 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, le gouvernement peut intervenir dans le domaine de la loi. Suivant cette acception donc, une garantie légale ne peut avoir qu'une fonction et une valeur législatives.

---

<sup>76</sup> R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 3, Paris, Sirey, 1920, pp.285 et suivantes.

97. Mais il semble que la définition formelle d'une norme n'est pas unique et exclusive. En effet, la loi peut constituer le support des normes constitutionnelles si l'on se réfère à son contenu et non à la procédure qui l'a instituée. Par définition matérielle, la loi n'est pas toute décision du corps législatif. Inversement, une loi peut avoir un contenu assimilable à un principe constitutionnel ; à titre illustratif, un éminent auteur français Léon DUGUIT, assimilait aux normes de valeur constitutionnelle, la catégorie des lois organiques, celles qui créent les organes de l'Etat, fixent leurs structures, et celles qui établissent ou fixent des garanties des droits, définissant ainsi la loi par son contenu (77). Ainsi, les garanties légales des exigences constitutionnelles auraient matériellement une valeur constitutionnelle bien que posées par une loi. Le juge constitutionnel peut consacrer en effet, de manière jurisprudentielle, des nouveaux principes constitutionnels. Ainsi, les garanties légales contiendraient en germe des normes constitutionnelles n'attendant que leur constitutionnalisation jurisprudentielle, leur consécration donc comme normes de valeur constitutionnelle par le juge constitutionnel (78).

98. Aux termes des articles 34 alinéa 4 et 122.1 combinés, de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée à ce jour, la condition donc de juste et préalable indemnité en cas de privation de propriété privée, est une exigence constitutionnelle qui doit être garantie par toute loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ou de nationalisation. Les lois en vigueur en la matière ou les lois abrogeant, modifiant, complétant les dispositions légales en vigueur, ou y dérogeant, doivent tendre à rendre plus effective cette exigence constitutionnelle ou au moins assurer le maintien des garanties légales existantes. Le caractère d'utilité publique de la mesure de privation de propriété privée est également une exigence constitutionnelle, qui doit être clarifiée et établie par la loi et la décision administrative, au titre de garantie légale de protection de la propriété privée permettant une conciliation entre l'impératif de l'intérêt général justifiant l'atteinte au droit de propriété privée et l'exigence constitutionnelle de protection juridictionnelle de la propriété privée.

---

<sup>77</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, « 3<sup>ème</sup> édition, Paris, éd. Boccard, 1928, pp. 161 et suivantes.

<sup>78</sup> Sur la doctrine jurisprudentielle des garanties légales des exigences constitutionnelles, voir pour un ample éclairage, notamment A. VIDAL-NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2004 ; G. MOLLION, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles*, étude précitée ; E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, in *Revue Actualité juridique droit administratif*, 1998, étude précitée, pp. 6 et suivantes ; L. GAY, *L'effet cliquet dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Actes du IV<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel*, 1999.

## CONCLUSION

99. Le statut constitutionnel du droit de propriété privée gouverne également le droit de l'expropriation *lato sensu*. Les atteintes et les limitations faites au droit de propriété au nom de l'intérêt général, n'enlèvent pas à ce droit sa portée de droit fondamental, constitutionnel. Dans l'appréciation de ces atteintes et limitations, la Cour constitutionnelle se doit de mettre en balance, d'une part leur ampleur, et d'autre part l'importance des garanties de fond et de procédure prévues au profit du propriétaire dépossédé, évincé. Les lois de privation de la propriété privée au profit de l'Etat et même des privés, peuvent être déférées devant la Cour constitutionnelle pour contrôle de conformité à la Constitution. La légitimité de toute privation de la propriété privée repose sur l'intérêt général et est subordonnée à une indemnité juste et préalable qui doit être garantie légalement, sous réserve de la particularité des réquisitions.

100. L'article 34 de la Constitution de la RDC consacre une conception libérale de la propriété privée. Le législateur, dans le respect de cette conception doit mettre l'accent sur le rôle du juge dans le contrôle contentieux. Cette conception libérale de la propriété privée est amplifiée par les phénomènes de la mondialisation et de libéralisation de l'économie, lesquels phénomènes rendent difficiles les nationalisations dans le contexte international actuel. En effet, la protection des investissements privés, nationaux et étrangers, est incompatible avec la notion de nationalisation.

101. Mais, en tout état de cause, il reste loisible à la RDC, Etat formellement souverain, de faire une option pour une politique interventionniste, au regard de la réalité socio-économique et politique du pays, bien entendu dans les limites de la Constitution et dans le respect des engagements internationaux auxquels elle a souscrits. Reste qu'il importe d'observer qu'en application des articles 3 alinéa 4 et 122.8 de la Constitution, la nationalisation relève du législateur, compétence qui, au demeurant lui est traditionnelle, étant cependant remarqué que cette compétence peut être exercée par le gouvernement par ordonnance-loi délibérée en Conseil des ministres dans les conditions prévues par l'article 129 de la Constitution. La nationalisation ne peut avoir pour effet d'entraîner une socialisation totale ou excessive des moyens de production, restreignant le champ de la propriété privée considérée comme sacrée par l'article 34 alinéa 1 de la Constitution, et de l'initiative privée, c'est-à-dire la liberté d'entreprendre consacrée par l'article 35 alinéa 1 de la Constitution. Aussi, la nationalisation doit respecter le principe d'égalité consacrée par les articles 12 et 13 de la Constitution.

102. Il paraît important de garder à l'esprit, que même intervenant en matière de droit de propriété, la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence est et restera toujours chargée d'un contentieux objectif en ce sens qu'elle est appelée à analyser un rapport de conformité entre normes, et est, profondément, juge de droit public, de la pure légalité constitutionnelle. Elle ne juge pas en effet ici, des situations de fait, mais juge des normes, ne tranche pas un litige de propriété, mais décide de la validité d'une norme, pour éventuellement, la déclarer contraire à la Constitution et l'annuler en conséquence. L'intérêt général doit dès lors jouer ici un rôle clé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Comme on l'a vu, les différentes formes de privation et de limitation de l'exercice du droit de propriété sont donc conformes à la Constitution à partir du moment où elles sont justifiées par l'intérêt général qui doit être clairement identifié par le législateur dans le texte de la loi ou son exposé des motifs et par l'administration dans l'interprétation et l'application de la loi.

103. Selon la formule de Jean RIVERO, « *l'intérêt général est l'âme du droit public* ». L'intérêt général laissé à l'appréciation du législateur que cependant le juge constitutionnel contrôle l'existence ou la réalité dans la loi, s'impose donc comme une norme fondamentale de la juridiction constitutionnelle, justifiant la méconnaissance des droits constitutionnellement garantis, sauf qu'il faille éviter que l'appréciation de cet intérêt général ne soit pas à géométrie variable. C'est l'intérêt général qui doit justifier l'intervention législative et administrative et rend par conséquent cette intervention valide, autrement dit, l'intérêt général à la qualité de norme validante. Mais il faudra noter que la jurisprudence constitutionnelle devra s'élaborer au départ à l'aide des principes, droits et libertés fondamentaux propres au droit constitutionnel, tels les principes d'égalité, de proportionnalité, d'ailleurs souvent invoqués avec succès devant les juridictions constitutionnelles étrangères telles celles de l'Allemagne, de l'Italie, de la Belgique et de la France.

104. Enfin, on retiendra que les fondements constitutionnels du droit privé ne sont pas faits de règles de droit privé, mais bien de principes constitutionnels. La constitutionnalisation du droit privé ne consiste pas dans l'élévation d'un niveau hiérarchique des règles de droit privé qui jusqu'alors, avaient une valeur législative, mais il s'agit plutôt d'un certain nombre d'impératifs constitutionnels élaborés à partir des principes à valeur constitutionnelle dont les implications sont ressenties dans diverses branches du droit. Par rapport au droit privé, le contentieux constitutionnel est ainsi

appelé à produire un corps de solutions originales envisagées de façon spécifique <sup>(79)</sup>.

---

<sup>79</sup> On lira notamment avec profit P. DEUMIER et O. GOUT, *La constitutionnalisation de la responsabilité civile*, in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°31, Dossier le droit des biens et des obligations, mars 2011 ; P.-Y. GAHDOUM, *Le Conseil constitutionnel et le contrat*, in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°31, dossier le droit des biens et des obligations, mars 2011 ; J. HAUSER, *Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille*, in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°16, Dossier le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit, juin 2004 ; F. CHENEDE et P. DEUMIER, *L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille*, in Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°39, Dossier la Constitution et le droit des personnes et de la famille, avril 2013 ; N.MOLFESSIS, *La constitutionnalisation du droit privé*, LGDJ, 1997, précité ; Fr. LUCHAIRE, *Les fondements constitutionnels du droit privé*, in Revue trimestrielle de droit civil, 1982, pp.245 et suivantes ; M. FRANGI, *Constitution et droit privé*, Economica, 1992 ; A. SAUVIAT, *Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé*, dans *Les petites affiches*, 26 octobre 2000 ; J.-F de MONTGOLFIER, *Conseil constitutionnel et la propriété privée*, in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, étude précitée.