

L'ARBITRAGE DANS LE REGLEMENT DES DIFFERENDS DES CONTRATS ADMINISTRATIFS EN DROIT CONGOLAIS

par

Elisabeth KATANDA MUAMBA

Assistante et Apprenante en D.E.S., Faculté de droit,
Université de Kinshasa

Résumé

La présente étude analyse le règlement des différends des contrats administratifs qui, logiquement, ne devrait pas connaître des difficultés du fait de l'installation des juridictions administratives congolaises (quoiqu'incomplète) depuis la loi 2016 avec l'entrée des référés précontractuels. Mais vu de près, l'analyse de la réglementation des contrats administratifs congolais laisse constater une place si pas obligatoire, optionnelle de l'arbitrage pour les différends qui peuvent en découler.

Ainsi les résultats de cette étude révèlent que le recours légal et légitime d'une justice privée dans les contrats administratifs peut se traduire selon les cas, comme un aveu des faiblesses de la justice locale, soit comme une adaptation du marché international ou comme une contrainte du marché d'investissement. Pour cela, sans être la seule voie parfaite et dans le souci de protéger sa souveraineté, l'Etat devrait étudier les mécanismes d'encadrement de l'arbitrage des contrats administratifs ou mieux le limiter, tout en mettant en place d'autre part, une politique interne expresse aussi bien d'autorisation de la clause compromissoire dans un conseil de ministre et de formation d'arbitres.

Mots-clés : *contrats administratifs, différends, Arbitrage, souveraineté, arbitrage international, arbitrage d'investissement.*

Abstract

This study analyzes the settlement of disputes over administrative contracts which, logically, should not experience difficulties due to the installation of Congolese administrative courts (although incomplete) since the 2016 law with the entry of pre-contractual summary proceedings. But seen closely, the analysis of the regulation of Congolese administrative contracts reveals a place, if not obligatory, optional for arbitration for disputes which may arise therefrom.

Thus the results of this study reveal that the legal and legitimate recourse to private justice in administrative contracts can be translated, depending on the case, as an admission of the weaknesses of local justice, either as an adaptation of the international market or as a constraint of the investment market. For this, without being the only perfect way and in order to protect its sovereignty, the State should study the mechanisms for supervising the arbitration of administrative contracts or better limit it, while putting in place on the other hand, an express internal policy both of authorization of the arbitration clause in a council of minister and of training of arbitrators.

Keywords : *administrative contracts, disputes, Arbitration, sovereignty, international arbitration, investment arbitration.*

Les contrats administratifs selon qu'ils sont signés entre personnes publiques ou avec une personne privée constituent une des évolutions de la mission de l'Etat qui ne se limite plus qu'à réguler les marchés mais offre aussi des services dans le respect des droits établis. Ces services ont vocation à couvrir un besoin des politiques publiques selon qu'il faut recourir à un marché public de travaux, de fourniture, de services ou des prestations intellectuelles, à un marché de délégation des services publics (concession, d'affermage ou régie) ou encore à un besoin de partenariat privé, ou davantage à un contrat de partage de production ou d'investissement.

Assis sur une réglementation qui soutient les droits et obligations des uns et des autres, l'Etat dans une sorte de renforcement et/ou émergence de la contractualisation administrative, agit d'une part comme un organe réglementaire qui organise les moyens de répondre aux litiges qui peuvent en découler selon que les attributions des offres peuvent s'avérer irrégulières selon les prétentions des parties. Ou que l'exécution peut connaître des difficultés selon que les parties manquent à leurs obligations, étant réputé garant du droit à la défense¹. C'est ainsi qu'à ce jour il a installé ses juridictions administratives en élargissant ses compétences aux contrats publics soit-il en référé précontractuel² qu'en contentieux de fond. D'autre part, comme Partie dans un contrat, où il se doit également de respecter la chère autonomie contractuelle, indispensable à toute partie dans un contrat en ce que qu'il peut concéder à un choix délibéré de concert, à définir le régime qui devra prévaloir en cas de contentieux.

Vu sous cet angle, il n'est pas étonnant de voir les parties à un contrat public d'exiger que les litiges qui peuvent en découler soient réglés par voie d'arbitrage au nom du principe d'autonomie de la volonté, selon que les conjonctures politiques ne garantissent un règlement impartial ou que les investissements engagés étant

¹ Article 19 de la Constitution.

² Le juge administratif connaît du cas de la violation des règles de transparence, de concurrence et de publicité aussi bien pour les contrats de marchés publics que les contrats de délégation des services publics et de partenariats. Article 308 à 312 de la loi n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions d'ordre administratif.

tellement importants qu'ils ne peuvent risquer la soumission des contentieux devant un juge inexpérimenté, corruptibles et/ou lent dans le traitement des dossiers. Ce qui justifie le nombre d'arbitrage conventionnel dans les contrats administratifs, soit-il en amont par une clause compromissoire dans les cahiers de charges ou contrats, ou en aval par un compromis arbitral.

A ceux-ci, L'Etat congolais malgré la mise en place des juridictions d'ordre administratif à côté des juridictions judiciaires existantes, semble plus engagé dans le règlement des différends par voie d'arbitrage du fait de la consécration intentionnelle de ce mode dans différents textes qui régissent les contrats administratifs congolais. C'est le cas de la réglementation sur les marchés publics congolais au travers du décret du 03 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics, de la loi sur le partenariat publics et privé, de la loi sur les hydrocarbures de 2015, du code minier congolais tel que révisé en 2018, du code des investissements congolais, appuyés pour certains par les instruments internationaux ratifiés et /ou signé par le gouvernement congolais. Cas de la Convention de New-York sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 et de la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatif aux Investissements (CIRDI) entre Etats ressortissants du 16 mars 1965.

Par ailleurs, l'arbitrage étant connu comme une sorte de justice privée pour des raisons diverses, tenant soit à la défaillance des justices étatiques ou comme garantie de la sécurité des investissements, peut paraître tantôt comme un paradoxe pour l'Etat, réputé Garant de la protection de l'intérêt général et de la justice équitable qu'il organise bien, en recourant à une justice privée.

En effet, comment est-ce que les personnes morales de droit public réputées n'avoir pas la disposition des droits qu'ils administrent, étant entendu qu'ils agissent pour les besoins d'intérêt général en contractant avec les personnes privées, rejettent le droit national qu'elles peuvent aménager par l'effort pour une justice privée ? Ou encore comment concilier l'exigence de transparence de l'Administration publique et le caractère discret de l'arbitrage et qu'en est-il du litige qui met en péril l'ordre public ?

Devraient-elles se soumettre à un juge privé pour répondre d'un besoin d'ordre public ou il faudrait qu'il s'agisse des contentieux bien encadrés, susceptibles de ne pas balancer sur un plateau de la justice privée, les questions de souveraineté, essence même d'existence d'un Etat sur le plan international.

Assoir comme seule fondement la défaillance de la justice administrative interne pour légitimer le recours à l'arbitrage dans les contrats administratifs ne suffit pas, il faut fouiller des raisons profondes telles la soumission légitime d'un contrat d'ordre juridique international³ à l'arbitrage, sans entraver forcément les attributs d'un Etat souverain. Ceci se justifierait aisément quand il s'agit de deux Etats qui s'engagent dans un contrat, ou quand il s'agit d'un Etat avec une entreprise publique étrangère.

Ce qui justifie un double intérêt selon que théoriquement, ces recherches entendent rendre compte d'une consécration légale qui prend de plus en plus de la place dans l'ordonnement juridique interne, auquel beaucoup n'y prêtent attention alors qu'elle devait appeler des aménagements et managements juridiques internes, susceptibles de se servir de cet instrument plus efficacement que de contrainte. Pratiquement, emmener les autorités étatiques à la structuration ; mieux à l'encadrement des contentieux arbitrables, notamment en ne privilégiant que les contentieux d'exécution pour des questions qui relèvent réellement de l'ordre juridique international, plutôt que de s'évader aussi bien aux contentieux d'attribution qu'à ceux qui ne mettent en réalité que les intérêts des personnes morales relevant du droit interne.

Sans prétendre épuiser la question, la présente analyse ne se bornera qu'à l'analyse des contrats administratifs congolais dont la réglementation interne admet le règlement des litiges par l'arbitrage, sans s'étendre longtemps sur les contrats administratifs relevant du fonctionnement interne des différentes administrations ou services publics, voire entreprises publiques. Il faudra pour se faire étaler premièrement ce nouveau mode de règlement des contentieux administratifs congolais (i), on y donnant par l'effort, un contenu notionnel, avant de s'étendre sur les raisons subjectives et objectives de cette privatisation du contentieux administratif et procédures (ii), pour présenter finalement les faiblesses et perspectives (iii) utiles pour que ce commissionnement plutôt que d'être une écharde, serve réellement aux intérêts de l'Etat.

I. LE NOUVEAU MODE DE REGLEMENTS DES CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS CONGOLAIS

Le contentieux des contrats administratifs suit le schéma traditionnel de tout contentieux en droit administratif avec un caractère double selon qu'on se doit d'abord d'épuiser la phase administrative préalablement avant de saisir le juge administratif. Cependant, il se note que le législateur congolais a affiché

³ Selon François RIGAUX, seul un contrat touchant à l'Ordre juridique international auquel l'Etat est contractant qui peut justifier la soustraction de ce dernier à sa réglementation nationale, lire les réflexions une sentence arbitrale, affaire ARAMCO contre l'ARABIE SAOUDITE, in *Doctrine et Chroniques*, Boisseau, 1978, P.438.

depuis un temps une volonté expresse et manifestée de pouvoir régler les litiges qui peuvent en découler par les soins d'une justice privée, sur mesure et adaptée. C'est ce qui ressort aussi bien de sa réglementation des contrats administratifs spéciaux (A) que des conventions internationales dont elle est partie.

1.1. Consécration légale de l'arbitrage des contrats administratifs en droit congolais

Conçu comme l'un des modes de règlement des contentieux administratifs en dehors de l'intervention des institutions publiques administratives et judiciaires, l'arbitrage a l'avantage d'offrir au-delà d'une justice privée, une justice adaptée, souple, rapide, confidentielle et non onéreuse. Contrairement au droit français où l'arbitrage est autorisé dans le code de la commande publique⁴, en droit congolais, le législateur reconnaît le recours à l'arbitrage dans différents textes spécifiques qui régissent les contrats administratifs spéciaux. C'est le cas, premièrement, de la réglementation sur les marchés publics où l'autorité réglementaire du décret du 03 mars 2023 portant manuel des procédures des marchés publics⁵ admet le recours optionnel des juridictions ou des instances arbitrales compétentes.

A côté, il y a également la loi sur les Partenariat Public et Privé du 18 juillet 2018 où en son article 110 consacre l'arbitrage uniquement pour les contentieux d'exécution du contrat administratif en cas d'échec de la conciliation de trois mois.

En dehors de la réglementation sur les marchés publics et le Partenariat Public Privé, le droit congolais consacre le recours à l'arbitrage dans d'autres textes qui régissent les contrats administratifs de type particulier. On y trouve dans le lot, la loi sur les hydrocarbures du 01 août 2015 où en son article 182, contrairement à ses devanciers, ne reconnaît que l'arbitrage international comme mode exclusif de règlement des différends des contrats pétroliers.

Il y a également l'article 38 de la loi n°004/2002 du 21 février 2002 portant code des investissements qui à l'exemple de la loi sur les hydrocarbures, consacrait déjà l'arbitrage CIRDI et de la Chambre de Commerce Internationale CCI Paris exclusivement pour les différends entre l'investisseur et la République Démocratique du Congo, en cas d'échec de règlement amiable. Le secteur minier à son tour, pour les contrats administratifs qui peut faire intervenir une personne publique avec un privé (Différents des contrats de services, de gestion, de cession et/ou joint-ventures), les articles 318 et suivant prévoit l'arbitrage CIRDI aussi bien pour l'exécution que pour l'interprétation du code.

En dehors de la consécration légale, l'arbitrage reste admis en droit congolais par la consécration conventionnelle.

1.2. Consécration conventionnelle du règlement des différends des contrats administratifs par l'arbitrage en droit congolais

Les différents maux qui rongent les sociétés internationales ont conduit les Etats à définir les politiques communes pour lutter selon qu'il peut s'agir des questions liées à la protection de l'environnement, à la santé, à l'insécurité ou à la crise alimentaire. La République Démocratique du Congo sans rester à la traîne a ratifié plusieurs instruments internationaux dont les termes changent mécaniquement le régime de contentieux pour autant que certaines conditions soient remplies. C'est le cas notamment de la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatif aux Investissements (CIRDI) entre Etats ressortissants d'autres Etats du 16 mars 1965 et de la Convention de New-York sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

Pour le CIRDI, ratifié le 29 avril 1970, la seule présence d'une personne étrangère (une société étrangère ou un groupe de sociétés multinationales, voir des sociétés affiliées) suffit à faire confirmer sa compétence en arbitrage pour un Etat, partie au Centre, conformément à l'article 25.2.

Les engagements avec ces sociétés multinationales placent les Etats dans une position égalitaire au mépris des prérogatives de puissance publique, chères aux contrats administratifs traditionnels, justifiant le déséquilibre de ces contrats sur le plan interne. Ce qui peut se justifier aussi bien subjectivement qu'objectivement.

II. JUSTIFICATIONS SUBJECTIVES ET OBJECTIVES DU RECOURS A L'ARBITRAGE DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS CONGOLAIS.

Ces justifications sont assises sur deux postulats, subjectifs et objectifs. Subjectivement, le recours à l'arbitrage ne constitue qu'un aveu de fragilité et des faiblesses de la justice étatique (i) et objectivement, selon

⁴ Article L2197-6 du code de la commande publique française, Ordonnance du 26 novembre 2018.

⁵ Tout litige ayant fait préalablement l'objet d'un recours hiérarchique (...) peut être réglé conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables dans les juridictions ou dans les instances arbitrales compétentes. Article 183 du décret du 03 mars 2023 portant manuel de procédures de marchés publics.

qu'il est une sorte de contrainte de l'actuel marché international d'investissement, assis sur la protection d'un ordre juridique international (ii).

2.1. Arbitrage comme aveu de fragilité de la justice étatique

Au-delà d'une simple mutation législative, la consécration de l'arbitrage dans différentes lois régissant les contrats publics congolais peut être justifiée comme un recours obligé pour lutter contre la lenteur, les tracasseries, les longues procédures passant par les dilatoires organisés, les prix exorbitants des procédures juridictionnelles, la non-flexibilité, dynamisme et adaptation, voir la non-technicité des juges⁶. Cependant, contrairement à ce que peut penser certains auteurs⁷, le recours à l'arbitrage dans les contrats administratifs, soit-il de manière légale ou conventionnelle ne peut se justifier du moment où l'Etat est réputé avoir tous les moyens pour organiser sa justice administrative.

En effet, L'Etat ne peut justifier le recours à l'arbitrage à cause des lenteurs, tantôt pour désengorger ses juridictions administratives du fait que le contentieux administratif congolais ne connaît pas encore un engouement des praticiens. C'est à peine que l'on peut compter les référés précontractuels, les contentieux d'interprétation ou d'exécution. D'autre part certaines procédures d'arbitrage à l'instar de celles de la Chambre de Commerce Internationale CCI s'étendent jusqu'à six mois⁸ voire des années⁹.

Il ne peut non plus justifier le faible coût du moment où les arbitrages internationaux ne se sont pas aussi moins onéreux qu'on peut s'imaginer. Les parties ayant à charge aussi bien les coûts du tribunal que des arbitres. De même, il ne peut justifier la non-technicité ou non flexibilité du fait qu'il est installé en République démocratique du Congo les juridictions exclusivement administratives (Du moins partiellement) dont le recrutement sur titre suppose le tri des seuls techniciens. Il ne peut davantage compromettre en justifiant des faiblesses de sa justice, notamment de la partialité, du moment il a le pouvoir de sanctionner les juges qui ne respectent l'impartialité attendue d'eux, moins encore de la confidentialité de l'arbitrage alors que tout ce qui a trait à l'intérêt général se doit d'être public.

Ces justifications considérées subjectives ne peuvent tenir à elles seules, sauf si objectivement, différentes consécutions de l'arbitrage dans l'arsenal juridique congolais peut se justifier par des contraintes du marché international et/ou d'investissement.

2.2. Arbitrage comme contrainte du marché international d'investissement

Les pouvoirs publics congolais n'ont toujours pas reçu au cours des années à soutenir leurs politiques avec des financements propres venant des recettes intérieures. Pendant longtemps, par contrainte ou nécessité, ils ont été appelé à recourir aux investisseurs étrangers¹⁰ soient-ils par des emprunts, subventions ou encore par des partenariats, appelant mise en scène des expertises étrangers pour l'exécutions des projets publics. C'est ce qui justifie les différents aménagements allant de l'attraction de l'environnement d'affaires avec des clés à garantie en forme d'exonérations, passant par la quête des investisseurs pour développer des projets locaux, jusqu'à l'émergence des contrats de partenariats publics-privés.

Appliqués aux contrats administratifs, selon qu'on est en face d'un contrat des marchés publics, de concession, d'affermage, de licence, de partage de production, l'investisseur sans se limiter à disponibiliser les fonds pour soutenir les grands projets, entend s'assurer de la sécurisation pérenne de ses fonds en cas de

⁶ ABDALLHKIM ZAMITT, « L'Arbitrage dans les contrats administratifs : Approche comparative Franco-Libyenne », Thèse de doctorat, Université Aix Marseille, 2022, p.153 et suivant.

⁷ ABDALLHKIM ZAMITT, « L'Arbitrage dans les contrats administratifs : Approche comparative Franco-Libyenne », Thèse de doctorat, Université Aix Marseille, 2022. Pp 153 et suivant. ELBEHERRY IBRAHIM, « Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux », Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia-Antipolis, France, 2009. P.62, GREGORY KALFLECHE, « Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés Publics », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004. LUKAS PERICHON, « les entreprises françaises et la Commande publique en Afrique », Thèse de Doctorat, Ecole doctorale n°578, sciences juridiques, Université Paris-Saclay, 2019. Myriam SALCEDO CASTRO, « L'Arbitrage dans les contrats administratifs colombiens », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris, 2012. SEYNABOU SAMB, « Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Fasso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun », Université de Bordeaux, Thèse de doctorat, Ecole doctorale de Droit, Paris, 2015.

⁸ Article 31 du Règlement d'arbitrage CCI.

⁹ Lire l'Arbitrage société DIGOIL contre la RDC sur <https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-republique-democratique-du-congo-v-divine-inspiration-group-pty-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-7th-january-2020>.

Consulté le 16 janvier 2025.

¹⁰ Réputés pour leurs capacités techniques, leurs surfaces financières et appartenances aux Etats réputés développés, représentent une véritable force économique susceptible d'influencer à leurs intérêts personnels l'Etat contractant.

contentieux. N'étant plus considéré comme un simple objet¹¹ en droit international du fait de l'extranéité, mais un véritable sujet.

En effet, réputé pour sa partialité, couplée à la lenteur et aux tracasseries, le juge national est connu du fait de ses imperfections comme une menace dans les règlements des litiges. En vue d'éviter les surprises désagréables susceptibles de mettre en mal des fonds à investir. Le recours à l'Arbitrage de manière conventionnelle peut être perçu comme une garantie de stabilisation et de sécurisation des investissements pour les entreprises qui contractent avec l'Etat alors qu'il peut apparaître comme une pression ou une contrainte au mépris des intérêts publics ou des conséquences financières et sociales liées aux nécessités de services publics que ce dernier peut sacrifier.

Prévue dans différents instruments juridiques locaux tels que détaillés ci-haut, le recours à l'arbitrage loin d'être une option, devient de plus en plus un des modes inéluctables dans différents contrats administratifs impliquant les sociétés étrangères, conditionnant même la conclusion des négociations au point de se faire prendre même si le contrat est signé à condition suspensive. C'est ainsi qu'on peut le voir dans tous les contrats publics avec les investisseurs étrangers dans le cadre des concessions pour la construction des infrastructures, de partage de production du pétrole, de cession ou de service dans le secteur minier.

L'Etat n'est plus attaché à la conception d'une souveraineté absolue. Et La bonne foi voulue des relations internationales l'impose de respecter le contenu des engagements pris dans le cadre soit d'un contrat ou d'un accord conventionnel ou d'un Traité, et ce malgré les impacts que l'exécution de ces clauses arbitrales peuvent susciter.

III. IMPACTS DE L'ARBITRAGE DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS CONGOLAIS ET RECOMMANDATIONS

Le recours à une justice privée, prétendue plus efficace, plus souple, plus rapide n'est pas sans impacts dans le règlement des différends des contrats administratifs. Il impacte le fonctionnement des institutions (i) qu'il serait impérieux de formuler quelques recommandations (ii).

3.1. Impacts du recours de l'arbitrage dans les contrats administratifs congolais

L'arbitrage des contrats administratifs peut s'avérer comme un échec de la justice étatique, également comme une charge de l'Etat qui devra supporter sa quotepart de responsabilité financière.

En allant en arbitrage, l'Etat renonce d'une certaine manière à sa souveraineté, à ses prérogatives de puissance publique pour se soumettre à une justice privée qui l'impose ses règlements, l'obligeant parfois de respecter la *restitutio in integrum*¹² des préjudices causés, au mépris de l'intérêt général et même des besoins internes du Trésor. Il suffit à titre indicatif de se référer à l'arbitrage entre la société DIGOIL contre la République démocratique du Congo¹³, où sous un contrat de partage de production négocié sous condition suspensive, la République devrait, pour n'avoir pas réaliser la condition suspensive, supporter seule les frais exorbitants d'arbitrage fixés, des frais engagés par DIGOIL, les frais des obligations du Trésor américains et des intérêts, alors que le contentieux étant encore en phase d'attribution.

Conçus de la sorte, les engagements contractuels de l'Etat ne doivent pas avoir les prétentions d'entraver ses attributs ou encore à contribuer à renforcer la dette extérieure de l'Etat ou encore moins à le fragiliser. D'où un besoin de structuration à soumettre sous forme de recommandations.

3.2. Recommandations

Primo, l'exclusion mécanique du juge administratif dans les contrats administratifs dont les intérêts du commerce international ne sont mis en jeu peut se concevoir comme un dépouillement du monopole du droit au profit d'une justice privé pour les intérêts publics. Le recours à l'arbitrage doit se justifier par la présence des sociétés dont les intérêts touchent sensiblement aux besoins d'ordre juridique international avec les conditions valables de nationalité étrangère¹⁴, non de lien indirect par le fait du contrôle des partenaires étrangers.

¹¹ Lire à ce sujet, ELBEHERRY IBRAHIM, « Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux », Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia-Antipolis, France, 2009, P.62.

¹² La réparation entière

¹³ Lu sur <https://jursmundi.com/fr/document/decision/fr-republique-democratique-du-congo-v-divine-inspiration-group-pty-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-7th-january-2020>. Consulté le 16 janvier 2025.

¹⁴ Au nom des liens financiers, stratégiques et extra-juridiques avec les sociétés mères ou Holdings, une société créée sous le régime d'un droit national, ne peut imposer l'application de l'arbitrage international sous le couvert de l'extranéité de ses partenaires techniques, stratégiques et/ou financière.

L'Etat devrait également encadrer l'arbitrage de ses contrats administratifs en précisant son admission que dans le contentieux d'exécution pour les marchés publics et bien fixer l'étendue pour les autres contrats. L'extranéité¹⁵ n'étant pas suffisante.

Au-delà d'une contrainte du marché, l'Etat devrait étudier le mécanisme d'encadrement du recours à l'arbitrage des contrats administratifs. L'encadrement aura le mérite d'éviter que la diversion de tout dans les couloirs d'arbitrage alors qu'il y a des solutions à proximité. L'Etat peut s'inspirer du droit français¹⁶ par exemple qui spécifie les marchés publics auxquels il est possible de recourir à l'arbitrage.

Pour les marchés publics internationaux, l'Etat peut limiter le recours à l'arbitrage qu'aux contentieux d'exécution, plutôt qu'aux contentieux d'attribution en imposant une procédure rigoureuse d'admission d'une clause arbitrale dans différents contrats administratifs. A l'exemple du droit français où recours à l'arbitrage pour certains contrats est autorisé par le ministre compétent selon le cas¹⁷. La préservation de ses intérêts devrait emmener à consacrer un régime d'autorisation qui doit passer par le conseil de ministre en l'insérant de manière expresse dans l'Ordonnance n°20/016 du 27 mars 2020 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les Membres du Gouvernement. Autant les ministres sectoriels ne sont pas des sujets de droit international autonome pour agir en justice sans le couvert de la République, autant, ils ne doivent décider de compromettre quand les intérêts de l'ordre juridique international ont mis en jeu sans se rassurer de l'approbation expresse du gouvernement.

L'approbation plutôt qu'une simple formalité, peut se traduire par un réel contrôle du contenu d'une clause arbitrale, étudiant l'ensemble des contours de l'intérêt général qui sera mis en jeu, les menaces des attributs de l'Etat et conséquences sur le portefeuille de l'Etat en cas d'une quelconque condamnation, au besoin, ménager des anticipations par la préparation des conseils techniques. Elle peut servir également à formuler des réserves ou des doutes sur l'applicabilité de la clause.

Au-delà de l'encadrement et la limitation de l'arbitrage, l'Etat congolais en consacrant l'arbitrage dans son arsenal juridique se doit de se préparer, en mettant en place une politique de formation des professionnels, potentiels arbitres dans tous les domaines et de les accompagner dans la procédure d'affiliations dans des chambres d'arbitrage.

CONCLUSION

Logiquement, en RDC, le règlement des différends des contrats administratifs ne devrait souffrir d'aucunes difficultés du fait de l'installation des juridictions administratives (quoiqu'incomplète) depuis la loi 2016 avec l'entrée des référés précontractuels. A cela s'ajoutent les organes hiérarchiques, administratifs et techniques qui privilégient le règlement à l'amiable et préalable des différends.

Par ailleurs, l'analyse de la réglementation des contrats administratifs congolais laisse constater une place si pas obligatoire, optionnelle de l'arbitrage pour les différends qui peuvent en découler. Sans être hasardeux, le recours légal et légitime d'une justice privée dans les contrats administratifs peut se traduire selon les cas, comme un aveu des faiblesses de la justice locale, soit comme une adaptation du marché international ou bien encore, comme une contrainte du marché d'investissement.

Mais, sans être la seule voie parfaite et dans le souci de protéger sa souveraineté, la présente étude révèle que l'Etat devrait étudier les mécanismes d'encadrement de l'arbitrage des contrats administratifs ou mieux le limiter, tout en mettant en place, une politique interne expresse d'autorisation de la clause compromissoire dans un conseil de ministre et aussi penser à la formation d'arbitres.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. Textes officiels

- Code de la Commande publique française
- Convention de New-York sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.
- Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatif aux Investissements entre Etats ressortissants du 16 mars 1965.

¹⁵ Pour l'arbitrage CIRDI, il suffit qu'une des parties, notamment l'Etat de la nationalité de l'investisseur soit étranger pour que sa protection soit mise en scène.

¹⁶ C'est le cas des marchés de travaux et des fournitures unique pour les litiges en rapport avec la liquidation des dépenses. Article 2193-6 du code de la commande publique français et l'article 128 du code des marchés publics. Le seul cas où l'arbitrage est permis par voie de clause une fois un litige venait à naître.

¹⁷ Article 2197 et 2397 du code de la Commande publique français.

- Loi n°004/2002 DU 21 février 2002 portant Code des Investissements
- Loi n°007/2002 du 11 juillet 2002 portant code minier telle que modifiée et complétée par la loi n°18/001 du 09 mars 2018.
- Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.
- Loi n°15/012 du 01 Août 2015 portant régime général des hydrocarbures ainsi que les mesures d'application.
- Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.
- Acte uniforme relatif au droit d'Arbitrage du 23 novembre 2017.
- Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public et privé.
- Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics, Journal officiel numéro spécial du 07 mars 2023.
- Décret n°23/38 du 26 octobre 2023 portant modalités d'application de la Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public et privé.

II. Thèses

- ABDALLHKIM ZAMITT, « L'Arbitrage dans les contrats administratifs : Approche comparative Franco-Libyenne », Thèse de doctorat, Université Aix Marseille, 2022.
- ELBEHERRY IBRAHIM, « Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux », Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia-Antipolis, France, 2009.
- GREGORY KALFLECHE, « Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés Publics », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004.
- LUKAS PERICHON, « les entreprises françaises et la Commande publique en Afrique », Thèse de Doctorat, Ecole doctorale n°578, sciences juridiques, Université Paris-Saclay, 2019.
- SALCEDO CASTRO M., « L'Arbitrage dans les contrats administratifs colombiens », Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris, 2012.
- SEYNABOU SAMB, « Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone : contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Fasso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun », Université de Bordeaux, Thèse de doctorat, Ecole doctorale de Droit, Paris, 2015.

