



L'activité de sous-traitance dans le secteur privé est désormais réservée, par principe, au respect de critères qui ont soulevé de vives réactions, principalement des entreprises actives dans le secteur, à savoir, essentiellement, que le capital de l'entreprise sous-traitante doit dorénavant, en principe, être détenu majoritairement par des personnes physiques ou morales congolaises, et que ses organes de gestion doivent être majoritairement composés de personnes physiques congolaises.

Par exception, de manière temporaire et sous certaines conditions, la Loi admet qu'une société étrangère ou qu'une société congolaise ne répondant pas aux critères légaux précités puisse exercer des activités de sous-traitance en RDC «*lorsqu'il y a indisponibilité ou inaccessibilité d'expertise*» en RDC. Pour préciser les modalités de cette exception, qui faisait l'objet de questionnements depuis la promulgation de la Loi, l'arrêté ministériel n°03/CAB/MIN/CMPMEA/2021 du 06 janvier 2021 fixant les modalités de gestion des dérogations aux dispositions de l'article 6 de la Loi fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (ci-après l'«*Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations*») a été pris par le Ministre des PME.

Cependant, l'effectivité de cette exception soulève encore des questions à ce jour en raison de l'absence de définition des termes «*indisponibilité*» et «*inaccessibilité*» d'expertise par l'arrêté précité, qui était pourtant vivement attendu sur ce point. Tout au plus, ce texte prévoit, parmi les conditions d'octroi de la dérogation, que le requérant doit indiquer, dans sa requête au Directeur Général de l'ARSP, la «*justification du recours à la sous-traitance par dérogation*», sans pour autant préciser les critères sur base desquels cette justification peut être admise ou rejetée ou sur base desquels la dérogation peut être octroyée ou refusée.

Par ailleurs, l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations va au-delà du prescrit légal (voire contrevient à celui-ci, selon nous) – en violation de la hiérarchie des normes en ce qu'il permet désormais que, en fonction de la spécificité d'un marché, la dérogation puisse être accordée pour une durée supérieure à six mois ou pour une durée permanente, à la seule discrétion du Directeur Général de l'ARSP.

À défaut de remplir les conditions pour bénéficier de l'exception précitée, les actionnaires des sociétés sous-traitantes, de droit congolais ou de droit étranger, qui, à défaut de vendre ou de fermer leur société, doivent la mettre en conformité avec les nouvelles règles en vigueur, en en cédant le contrôle financier et politique, peuvent envisager de recourir à des solutions juridiques statutaires ou extrastatutaires afin de conserver un tant soit peu de contrôle. Il n'en reste pas moins que l'ARSP semble déjà considérer ces solutions, pourtant prévues par des dispositions du droit OHADA des sociétés (qui priment sur les dispositions nationales contraies), comme potentiellement non conformes à «*l'esprit*» de la Loi.

En outre, d'une part, le législateur a instauré des modalités d'exercice de la sous-traitance telles que l'obligation pour l'entreprise principale de recourir à l'appel d'offres au-delà d'un certain seuil (cent millions de Francs congolais<sup>2</sup>) ou l'interdiction pour cette même entreprise principale de sous-traiter plus de 40 % de la valeur globale d'un marché ; d'autre part, le législateur a mis en place un mécanisme de contrôle du respect des règles en matière de sous-traitance dont l'ARSP a pour mission d'assurer l'effectivité, notamment par des contrôles *a priori* (l'enregistrement) ou *a posteriori*, à des intervalles réguliers, non encore déterminés.

Il convient également de noter que la Loi confère des droits et impose des obligations à l'entreprise principale et au sous-traitant. La loi oblige, par exemple, l'entrepreneur principal à verser au sous-traitant, avant le début des travaux, un acompte couvrant au moins 30

<sup>2</sup> Environ 50.000 USD au taux de parité actuel de 2.000 CDF pour 1 USD

% du prix, et permet au sous-traitant, sous certaines conditions et limitations, de sous-traiter ou de co-traiter avec d'autres sous-traitants.

Dans la mesure où elle s'applique de manière transversale à différents secteurs d'activités, la Loi sur la sous-traitance apporte des précisions quant à l'applicabilité (ou non) aux entreprises principales et sous-traitantes d'un régime spécial en matières sociale, fiscale et douanière, commerciale et financière. On peut relever, à titre illustratif, qu'en matière sociale, c'est la législation générale du travail qui s'applique. De même qu'en matière fiscale et douanière, c'est le droit commun qui est applicable, ce qui est peu incitatif. En revanche, en matière commerciale et financière, outre l'obligation précitée de payer un acompte de 30 %, la Loi dispose, par exemple, que tout paiement fait au bénéfice des sous-traitants ou celui effectué par un sous-traitant au bénéfice de tiers, en rémunération d'un travail exécuté en RDC, doit être effectué, de préférence (ce n'est donc pas obligatoire), dans les banques ou autres institutions financières agréées en RDC. La Loi exige également que les entreprises sous-traitantes souscrivent leurs assurances auprès des sociétés d'assurances agréées en RDC, conformément à la loi congolaise sur les assurances.

Ajoutons à cette synthèse qu'est prévu un régime de sanctions, incluant la nullité du contrat de sous-traitance, l'amende (d'un montant de 50.000.000 à 150.000.000 de Francs congolais<sup>3</sup>) ou encore la mesure administrative de fermeture (d'une durée de 6 mois maximum), étant précisé que ces deux sanctions visent, étonnamment, la seule entreprise principale. Il convient cependant de relever que l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations exonère de l'application du régime de sanctions précité les entreprises bénéficiaires de la dérogation.

Enfin, nous achèverons cette étude par l'examen d'une éventuelle contrariété entre ces nouvelles règles en matière de sous-traitance dans le secteur privé et certains engagements internationaux de la RDC. En effet, si ces dispositions, interprétées stricto sensu, ne paraissent pas directement contraires à la lettre des instruments juridiques de l'OHADA, de la SADC ou de l'OMC, le risque de contrariété aux textes régissant le COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*), dont la RDC est également membre, semble bien réel, ce qui pourrait alors être exploité par certaines entreprises ou par leurs actionnaires.

En l'état, malgré les bonnes intentions de la Loi et des Décrets (à savoir la volonté de contribuer à la promotion d'une classe d'entrepreneurs congolais), il semble nécessaire d'apporter davantage de clarté voire de correctifs au cadre légal et réglementaire existant, eu égard (i) aux craintes de ce qui est vécu par beaucoup de propriétaires d'entreprises comme une forme d'expropriation forcée de leurs entreprises (certains parlant d'une nouvelle « zaïrianisation », de sinistre mémoire), (ii) à l'effet dissuasif de ces dispositions pour les (rares) investisseurs en RDC, et (iii) à l'insécurité juridique qui demeure dans l'interprétation et l'application de la Loi et de ses décrets d'application.

Il est ainsi permis de penser qu'à défaut d'une révision plus profonde de la Loi elle-même, plutôt que de ses décrets d'application, le climat des affaires de la RDC ne se trouvera pas amélioré, et l'objectif de promouvoir une classe d'entrepreneurs congolais ne sera pas nécessairement atteint par ce type de dispositif.

<sup>3</sup> Environ de 25.000 à 75.000 USD

## TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE	1
TABLE DES MATIÈRES	4
INTRODUCTION	5
I. CADRE LÉGAL	7
A. Champ d'application et définition	7
1. Champ d'application	7
2. Définitions	8
B. Critères d'éligibilité à la qualité de sous-traitant autorisé en RDC	10
1. Obligation de procéder à un enregistrement	10
2. Critères d'éligibilité	11
3. Exception légale	14
4. Atténuation statutaire ou extrastatutaire	15
II. PRINCIPES ET MODALITÉS D'EXERCICE DE LA SOUS-TRAITANCE	16
A. Recours à l'appel d'offres et volume du marché	16
B. Contrôle de la sous-traitance	18
III. DROITS ET OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL ET DU SOUS-TRAITANT	19
A. Entrepreneur principal	19
B. Le sous-traitant	19
IV. RÉGIME SOCIAL, FISCAL ET DOUANIER, COMMERCIAL ET FINANCIER	20
A. Régime social	20
B. Régime fiscal et douanier	21
C. Régime commercial et financier	21
V. RÉGIME DES SANCTIONS	22
VI. SUR LA CONTRARIÉTÉ DE CERTAINES DISPOSITIONS CONGOLAISES EN MATIÈRE DE SOUS-TRAITANCE AVEC LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE LA RDC	24
VII. CONCLUSION	26

## INTRODUCTION

Le foisonnement des activités de sous-traitance en RDC, notamment autour du développement des activités minières, a longtemps contrasté avec le traitement lacunaire de la sous-traitance par le législateur, hormis l'adoption d'un arrêté ministériel n°0144/CAB. MIN/MINES/01/2013 du 17 avril 2013 portant sous-traitance des activités minières directes, connexes ou annexes des entreprises minières.

Comme son intitulé l'indique, cet arrêté avait vocation à régir uniquement la sous-traitance dans le secteur minier. Le Gouvernement avait, par cet arrêté, imposé aux sociétés minières de recourir exclusivement, pour l'exercice de leurs activités, à des sociétés de sous-traitance de droit congolais ayant un capital social majoritairement détenu par des Congolais.

Toutefois, quelques années après son entrée en vigueur, les autorités publiques ont dû constater que cette réglementation de la sous-traitance dans le secteur minier n'a pas été rigoureusement appliquée sur le terrain, et que celle-ci n'a pas effectivement profité aux entreprises à capitaux majoritairement congolais.

Pour pallier cette carence, et rendre le principe susvisé applicable à tous les secteurs, le législateur a adopté la Loi sur la sous-traitance, avec notamment comme objectif de favoriser les petites et moyennes entreprises congolaises et donc l'émergence d'une classe moyenne congolaise.

Au cœur de la Loi se trouve une disposition capitale qui impose, désormais, aux entreprises étrangères titulaires de contrats de sous-traitance de, notamment, se constituer en société de droit congolais avec capital majoritairement détenu par des Congolais ou de céder une majorité de leur capital social à des Congolais personnes physiques ou morales afin d'être en conformité avec la Loi.

Pour mettre en œuvre la Loi, deux décrets d'application ont été pris : il s'agit, d'une part, du Décret n°18/018 du 24 mai 2018 portant mesures d'application de la loi 17-001 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (ci-après le «Décret»), et, d'autre part, du Décret n°18/019 du 24 mai 2018 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé («ARSP») (ci-après le «Décret ARSP»).

Ces décrets, qui ont été fortement critiqués par de nombreux praticiens du droit des affaires et des opérateurs économiques (pas seulement contrôlés par des étrangers), ainsi que par des diplomates étrangers inquiets pour les entreprises contrôlées par des ressortissants étrangers, ont fait récemment l'objet, après des concertations clôturées en juin 2020, de modifications par deux nouveaux décrets n°20/024 et n°20/025 datés du 12 octobre 2020 (et publiés au Journal Officiel de la RDC n°20-I du 15 octobre 2020).

Ces décrets ont été complétés par deux nouveaux arrêtés à savoir l'arrêté ministériel n°02/CAB/MIN/CMPMEA/2021 du 06 janvier 2021 fixant les conditions et les modalités d'identification et d'enregistrement des entreprises éligibles à l'exercice des activités de la sous-traitance dans le secteur privé (ci-après l'«Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles») et l'arrêté ministériel n°03/CAB/MIN/CMPMEA/2021 du 06 janvier 2021 fixant les modalités de gestion des dérogations aux dispositions de l'article 6 de la Loi fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (ci-après l'«Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations»).

Nous présenterons tout d'abord le cadre légal (I) comprenant le champ d'application de la Loi et les définitions (A), puis les critères d'admissibilité à la sous-traitance en RDC (B). Il sera question ensuite d'exposer les principes et modalités d'exercice de la sous-traitance (II) qui comprennent le recours à l'appel d'offres et le volume du marché (A) ainsi que le contrôle de la sous-traitance (B). Il conviendra également d'aborder la question des droits et obligations des parties au contrat de sous-traitance (III). Nous traiterons en outre de l'essentiel des règles et modalités pratiques des principaux régimes (IV) retenus par la Loi, à savoir le régime social (A), le régime fiscal et douanier (B) et le régime commercial et financier (C). Par ailleurs, il importera d'évoquer le régime des sanctions des violations à la Loi (V). Enfin, nous achèverons cette étude générale par un bref exposé sur la possible contrariété entre les règles congolaises en matière de sous-traitance et certains engagements internationaux de la RDC (VI), avant de conclure (VII).

## I. CADRE LÉGAL

### A. Champ d'application et définition

#### 1. Champ d'application

Le législateur a érigé la Loi sur la sous-traitance en droit commun de la sous-traitance dans le secteur privé. Cette loi s'applique à tous les secteurs d'activités dans le domaine privé sauf si, comme le prévoit son article 2, d'autres dispositions légales régissent certains secteurs d'activités ou certaines professions quant au sujet de la sous-traitance.

À titre illustratif, la Loi n'a pas vocation à s'appliquer à la sous-traitance dans le secteur public, celle-ci étant encadrée par les dispositions de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics. Il en va de même pour la sous-traitance dans le secteur des hydrocarbures, qui est régie par la loi n°15/012 du 1<sup>er</sup> août 2015 portant régime général des hydrocarbures.

De plus, le décret n°20/024 du 12 octobre 2020 est venu préciser, en son article 1<sup>er</sup>, qui a modifié l'article 2 du Décret, que *« les services privés de placement [de personnel], les assurances (réassurance, coassurance et courtage d'assurance), les banques et les professions libérales (avocats, experts comptables, notaires, huissiers, médecins, pharmaciens, etc.) sont, en principe, exclus du champ d'application de la sous-traitance »*.

Cette précision louable a toutefois été critiquée, notamment par la Fédération des Entreprises du Congo (FEC), du fait que cette disposition doit être interprétée comme fixant une liste exhaustive de secteurs exclus du champ d'application de la Loi sur la sous-traitance, alors qu'il ressortait du contenu du procès-verbal des résolutions adoptées le 03 juin 2020 à l'issue des concertations entre les autorités congolaises et le secteur privé, que cette liste devait être indicative (cf. article 14 littera A du procès-verbal)<sup>4</sup>.

Surtout, cette exclusion n'est prévue qu'à titre de « principe », nuancé à l'alinéa 2 de l'article 2 précité du Décret modifié, rédigé comme suit : *« Toutefois, si dans l'exécution de son activité principale, de l'objet d'un marché ou d'un contrat nommé au sens du Code des contrats ou des obligations conventionnelles, une entreprise donnée sous-traite une partie de son activité ou devient sous-traitante d'une autre entreprise, ce nouveau lien juridique se conforme à la législation sur la sous-traitance. »* !

Par ailleurs, dans le secteur minier, qui recourt le plus aux entreprises de sous-traitance, le Code minier, tel que modifiée le 9 mars 2018 (le « Code minier révisé ») dispose expressément en son article 108 *quinquies* que la Loi sur la sous-traitance s'applique à la sous-traitance minière. Pourtant une difficulté majeure réside dans le fait que le Code minier révisé définit la sous-traitance de manière plus restreinte que la définition donnée par la Loi sur la sous-traitance, en la limitant aux seules activités de sous-traitance nécessaires pour l'accomplissement des activités minières de l'entreprise titulaire de droits miniers<sup>5</sup>, alors que la Loi sur la sous-traitance élargit le champ d'application de la sous-traitance aux activités « annexes » et « connexes » à l'activité principale de l'entreprise qui fait appel à un sous-trai-

<sup>4</sup> Lettre réf. DJSF/DS/CKN/BL/F.1105/2020 du 04 novembre 2020 adressée par la FEC au Ministre des PME.

<sup>5</sup> Article 1 point 48 du Code minier révisé : *« toute personne morale de droit congolais à capitaux congolais fournissant du matériel ou effectuant des travaux et/ou prestations des services nécessaires pour le compte du titulaire dans le cadre de ses activités minières en vertu de son titre minier et comprenant notamment la construction des infrastructures industrielles, administratives, socio-culturelles et autres nécessaires au projet ainsi que toutes autres prestations directement liées au projet minier »*.

tant<sup>6</sup>, ce qui constitue une définition très vague et donc très (voire trop) large de l'activité de sous-traitance.

Ce renvoi fait par le Code minier révisé à la Loi sur la sous-traitance est donc source de discussions sans fin entre les partisans de chaque thèse sur le point de savoir si la définition retenue par la Loi sur la sous-traitance avait quand même vocation à s'appliquer au secteur minier, ou si la définition plus restreinte de la notion de sous-traitance énoncée par le Code minier révisé devait s'appliquer, en vertu, notamment, du principe classique de droit selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales («*specialia generalibus derogant*»)<sup>7</sup>.

Quoiqu'il en soit, le débat sur l'étendue du champ d'application de la Loi sur la sous-traitance dépasse le cadre de la présente étude générale. Tout au plus peut-on indiquer ici qu'il appartiendra au législateur, aux cours et tribunaux et, dans une moindre mesure, à l'ARSP, de clarifier ce point.

Les développements qui précèdent nous conduisent maintenant à détailler ce que la Loi considère comme relevant de la sous-traitance.

## 2. Définitions

De manière générale, la sous-traitance est définie par la Loi (en son article 3) comme une «*activité ou opération effectuée par une entreprise dite sous-traitante, pour le compte d'une entreprise dite principale et qui concourt à la réalisation de l'activité principale de cette entreprise ou à l'exécution d'une ou de plusieurs prestations d'un contrat de l'entreprise principale*».

L'entreprise sous-traitante est elle-même définie comme une «*[p]ersonne physique ou morale dont l'activité, à titre habituel, temporaire ou occasionnel, est liée, par un contrat ou une convention, à la réalisation de l'activité principale ou à l'exécution d'un contrat d'une entreprise principale*».

La Loi a recours également à la notion du maître d'ouvrage, défini comme la «*[p]ersonne physique ou morale qui confie l'exécution de travaux ou d'une prestation de services à une entreprise principale*»<sup>8</sup>.

À la lecture de ces définitions, la Loi devrait logiquement s'appliquer à une relation tripartite, à savoir, la relation entre un maître d'ouvrage, une entreprise principale et une entreprise sous-traitante. Cette approche correspond, par ailleurs, à la définition de la législation française (qui semble avoir inspiré partiellement les rédacteurs de la Loi) selon laquelle la sous-traitance (dite de marché) «*suppose la présence de trois personnes : le maître de l'ouvrage (au sens propriétaire de l'ouvrage), l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Ce dernier peut d'ailleurs faire appel à un autre sous-traitant et ainsi de suite (...). L'entrepreneur principal qui est lié au maître de l'ouvrage par un premier contrat, passe un contrat distinct du premier avec un sous-traitant tout en conservant la responsabilité de l'ensemble des travaux envers le maître de l'ouvrage*»<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Selon d'ailleurs la même terminologie que celle qui était prévue par l'arrêté ministériel n°0144/CAB.MIN/MINES/01/2013 du 17 avril 2013, précité.

<sup>7</sup> Par exemple : Génération Congo, «*La sous-traitance dans le secteur privé en République Démocratique du Congo : entre ambitions législatives et réalités économiques*», publié le 13 mars 2020 sur : <https://www.document-pdf.fr/2020/03/13/note-dopiniongc-soustraitance/?>, pp. 14-15.

<sup>8</sup> Article 3, point 6 de la Loi sur la sous-traitance.

<sup>9</sup> J.-P. BABANDO, *La sous-traitance dans la construction. Marchés publics, marchés privés*, 2<sup>e</sup> édition, LexisNexis, Paris, 2005, p. 2.



Cependant, en sus de la définition générale précitée de la sous-traitance (qui fait donc état d'une relation tripartite), la Loi précise aussi que la sous-traitance peut porter sur les activités « annexes », « connexes » ou sur « une partie de l'activité principale » de l'entreprise principale.

Ces notions clés sont définies par le législateur comme suit :

- **l'activité annexe** est celle « qui concourt de manière indirecte à la réalisation de l'activité principale en fournissant les biens et services notamment le transport des produits ou du personnel, la restauration du personnel, la buanderie, la garde industrielle, la police anti-incendie, la prise en charge des soins de santé du personnel »<sup>10</sup>.
- **l'activité connexe**, quant à elle, consiste en « tout service, toute production dont l'entreprise a besoin et qui sont liés à la réalisation de l'activité principale »<sup>11</sup>.
- enfin, **l'activité principale** est celle mentionnée « à titre principal dans les statuts de la société et le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) de l'entreprise, ou celle faisant l'objet du marché »<sup>12</sup>. D'où l'importance de la rédaction claire et précise de la clause des statuts de la société déterminant son objet.

Pour ajouter encore à la largeur de la définition de la sous-traitance, le législateur a prévu que la sous-traitance peut prendre l'une des formes suivantes :

- la « **sous-traitance de capacité** », définie comme une opération par laquelle l'entreprise principale fait appel temporairement à une autre société pour la réalisation d'une tâche ou la fabrication d'un produit qu'elle peut exécuter elle-même afin de faire face à des commandes supplémentaires;
- la « **sous-traitance de spécialité** », définie comme une opération par laquelle l'entreprise principale recourt aux services d'une société spécialisée pour l'exécution d'une tâche requérant des équipements ou des compétences spécifiques dont elle ne dispose pas, aux fins de la réalisation de l'activité principale;
- et enfin la « **sous-traitance de marché** », définie comme une opération par laquelle une entreprise principale titulaire d'un marché recourt à une autre entreprise pour l'exécution de certaines obligations du contrat ou du marché.

Ainsi, la sous-traitance, telle qu'encadrée par la Loi et les Décrets d'application, recouvre en réalité tant la sous-traitance tripartite (au sens strict de cette notion juridique) que tous les contrats par lesquelles une entreprise principale « sous-traite » (au sens usuel et non au sens juridique du terme), c'est-à-dire externalise, à une entreprise tierce une activité qui concourt, directement ou indirectement, à son activité principale.

L'ARSP s'est d'ailleurs exprimée à plusieurs reprises dans un sens pouvant laisser entendre que d'autres activités que celles portant sur une partie de l'activité principale pourraient être considérées comme des activités de sous-traitance, dès lors qu'elles concourent à la réalisation de l'activité principale de l'entreprise (par exemple le transport, la restauration, le gardiennage, la gestion et la maintenance du réseau informatique, les prestations informatiques, etc.)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Article 3, point 2 de la Loi sur la sous-traitance.

<sup>11</sup> Article 3, point 3 de la Loi sur la sous-traitance.

<sup>12</sup> Article 3, point 1 de la Loi sur la sous-traitance.

<sup>13</sup> Voir not. Interview du DG de l'ARSP au magazine Mining & Business n° 28, janvier/février 2020, pages 35-37.

Ainsi, selon un auteur qui fait autorité, «*par extension, chaque entreprise devient le sous-traitant de l'autre dès qu'elle fournit un bien ou un service. Avec cette nouvelle loi, tout le monde est le sous-traitant de tout le monde*»<sup>14</sup>.

Le secteur privé attendait une réécriture de la définition de la sous-traitance dans la Loi, dans un sens plus restrictif, mais cette hypothèse a été écartée, pour le moment, au profit de quelques modifications et compléments apportés aux deux décrets d'application du 24 mai 2018 par deux décrets du 12 octobre 2020 puis deux arrêtés ministériels du 6 janvier 2021, qui ne règlent donc pas la problématique principale de la définition et du champ d'application de la Loi.

Il importe à présent d'identifier les critères d'éligibilité à la sous-traitance d'une entreprise dont les activités entrent dans le champ d'application de la Loi.

## B. Critères d'éligibilité à la qualité de sous-traitant autorisé en RDC

### 1. Obligation de procéder à un enregistrement

La Loi et les premiers Décrets n°18/018 et 18/019 du 24 mai 2018 ne mentionnaient nulle part que l'ARSP aurait le pouvoir de soumettre les entreprises voulant œuvrer dans des activités de sous-traitance en RDC à une procédure préalable d'agrément pour pouvoir être admises à exercer des activités de sous-traitance.

Pourtant, au titre de ses missions de contrôle *a priori* des activités de sous-traitance, l'ARSP avait d'elle-même fixé une telle obligation administrative en exigeant que chaque entreprise souhaitant exercer ce type d'activités en RDC sollicite un agrément auprès d'elle, ce qui avait suscité un vif émoi parmi les opérateurs économiques.

Ensuite des résolutions signées le 3 juin 2020 en clôture des concertations susévoquées entre les autorités congolaises et le secteur privé, le nouveau décret n°20/025 modifiant et complétant le Décret ARSP, est venu préciser que l'ARSP, au titre de sa mission de contrôle, devra «*[p]rocéder, suivant les conditions fixées par Arrêté du Ministre de Tutelle<sup>15</sup>, à l'enregistrement et à l'identification des sous-traitants éligibles en vue de constituer une banque de données devant servir notamment de base aux appels d'offres et au contrôle effectué par l'ARSP*»<sup>16</sup>.

Ainsi, bien que le Décret ARSP modifié n'utilise toujours pas le terme «agrément», mais plutôt les termes «enregistrement» et «identification», il s'agit bien, de manière à peine déguisée, d'une forme d'agrément préalable, donnant lieu à un contrôle *a priori* par l'ARSP des critères d'éligibilité à l'activité de sous-traitance, puisque le texte précité parle des «*sous-traitants éligibles*» et prévoit que la banque de données à constituer par l'ARSP devra servir «*notamment de base aux appels d'offres et au contrôle de l'ARSP*» (contrôle *a posteriori* cette fois-ci).

Ajoutons que «*la liste des sous-traitants éligibles selon leurs domaines d'activités*» doit être publiée par l'ARSP<sup>17</sup>, ce qui laisse entendre qu'une entreprise principale devrait choisir ses sous-traitants parmi les seules entreprises identifiées sur cette liste (sauf, bien sûr, si elle peut recourir à l'exception qui sera traitée ultérieurement).

<sup>14</sup> M. KADIMA-NZUJI, «Les 3 pêchés de la loi sur la sous-traitance», publié sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com), mars 2017.

<sup>15</sup> À savoir le Ministre ayant les Petites et Moyennes Entreprises dans ses attributions.

<sup>16</sup> Article 5 point 3, dernier tiret du Décret ARSP modifié et complété

<sup>17</sup> Article 5 point 3, dernier tiret du Décret ARSP modifié et complété, précité

C'est dans ce contexte et en application du Décret ARSP que l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles a été pris. À cet égard, l'Arrêté confirme l'ARSP dans sa mission d'identification et d'enregistrement des sous-traitants éligibles<sup>18</sup>, précisant que les entreprises sujettes à l'identification et l'enregistrement sont les personnes morales, les associations momentanées congolaises non dotées de la personnalité morale et les entreprises individuelles<sup>19</sup>.

Cette mission semble s'apparenter à un contrôle a priori dans la mesure où l'Arrêté prévoit que le requérant (personne physique commerçante, l'entrepreneur, l'association momentanée et la personne morale) doit satisfaire à plusieurs conditions pour être identifié et enregistré, à savoir notamment, pour les personnes physiques, avoir la nationalité congolaise et, pour les personnes morales, avoir un capital social, un organe de gestion et un personnel majoritairement congolais<sup>20</sup>.

S'agissant des modalités d'identification et d'enregistrement, la requête doit s'accompagner de la documentation énumérée dans l'Arrêté<sup>21</sup> et être introduite par voie électronique, soit en remplissant un Formulaire *ad hoc*, disponible en ligne sur le site internet de l'ARSP soit en accédant à des applications mobiles développées par l'ARSP à cette fin<sup>22</sup>.

Au terme de l'identification et l'enregistrement, une attestation d'enregistrement est délivrée au requérant dans les 7 jours ouvrables à compter de la réception du dossier complet. Au-delà de ce délai, l'enregistrement est réputé acquis<sup>23</sup>. La liste des entreprises enregistrées sera ensuite publiée par catégorie professionnelle sur le site internet de l'ARSP<sup>24</sup>.

En outre, pour éviter les contrôles a posteriori intempestifs, il est précisé par le Décret n°18/018 modifié que « le contrôle effectué par l'Autorité de Régulation de la Sous-traitance dans le secteur privé (ARSP) se déroule suivant un calendrier bien déterminé, afin de ne pas donner lieu à des contrôles multiples et simultanés sur un même opérateur économique par deux ou plusieurs services public »<sup>25</sup>. Ce calendrier n'a pas encore été établi à ce jour, ou, à tout le moins, communiqué aux opérateurs économiques concernés.

Il convient, au vu de ce qui précède, d'aborder la question déterminante, et tout aussi controversée, des conditions requises pour être considéré comme un sous-traitant éligible.

## 2. Critères d'éligibilité

L'objectif ayant motivé l'adoption de la Loi, à savoir favoriser l'émergence d'entrepreneurs congolais et la création d'emploi pour les nationaux, en constitue tant sa raison d'être, tout à fait louable au demeurant (c'est d'ailleurs une politique généralement partagée dans le Monde, notamment en Afrique) que le principal point d'achoppement à sa mise en œuvre rapide et efficace.

<sup>18</sup> Article 2 de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles.

<sup>19</sup> Article 3 de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles.

<sup>20</sup> Article 7 de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Article 5 de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles.

<sup>23</sup> Article 6 de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles.

<sup>24</sup> Article 7 de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles.

<sup>25</sup> Article 12 alinéa 2 du Décret n°18/018 modifié et complété par l'article 1<sup>er</sup> du Décret n°20/024.

En effet, bien que la Loi affirme d'abord que la sous-traitance est « libre » en RDC, elle réserve celle-ci en principe aux entreprises à capitaux congolais, promues par des Congolais, quelle que soit leur forme juridique, dont le siège social est situé en RDC<sup>26</sup>.

L'article 3 (2<sup>e</sup> tiret) du Décret n°18/018 précise cette disposition de la Loi en prévoyant que l'entreprise à laquelle l'activité de sous-traitance est réservée doit réunir les critères ci-après :

- son siège social est situé en RDC;
- la majorité de son capital social est détenue par des personnes physiques ou morales de nationalité congolaise;
- ses organes de gestion<sup>27</sup> sont majoritairement administrés par des personnes physiques congolaises;
- son personnel est essentiellement constitué de personnes physiques de nationalité congolaise.

Des précisions ont été apportées par un arrêté ministériel daté du 19 septembre 2018 mais publié seulement au Journal Officiel de la RDC du 15 octobre 2020 :

- les personnes morales congolaises qui détiennent la majorité du capital de sociétés de sous-traitance éligibles doivent elles-mêmes remplir les critères fixés à l'article 3 (2<sup>e</sup> tiret) du Décret n°18/018, précité<sup>28</sup>;
- les critères susvisés sont réputés remplis lorsque ces personnes morales ont leur siège social en RDC, embauchent du personnel majoritairement congolais, et ont un capital détenu majoritairement « *par des personnes physiques et/ou morales dont le patrimoine provient d'activités majoritairement exercées en RDC* »<sup>29</sup>. Ce critère diffère de l'exigence que l'ARSP avait exprimé que ces personnes morales soient elles-mêmes détenues majoritairement par des personnes physiques congolaises, et ce qui amènera sans nul doute encore bien des discussions autour de la preuve à rapporter (ou à combattre, selon le point de vue) que le patrimoine de cette personne morale provient d'activités majoritairement exercées en RDC.

Cet arrêté ministériel ajoute que les critères prévus à ses articles 1 et 2 sont cumulatifs et exclusifs de toute autre condition...

Il prévoit en outre une disposition (jusqu'à là passée plutôt inaperçue, semble-t-il) indiquant que les sociétés qui n'ont pas déjà reçu une certification en qualité de PME par le Guichet de certification créé par l'arrêté ministériel n°006/CAB/MIN-PME/01/BLN/2018 du 14 septembre 2017<sup>30</sup> et qui remplissent les critères prévus par les dispositions susvisées,

<sup>26</sup> Article 6 de la Loi sur la sous-traitance

<sup>27</sup> La notion d' « organe de gestion » n'est pas prévue et donc pas définie en droit OHADA/congolais des sociétés.

*A priori*, l'on peut l'on peut supposer ici que, dans une société anonyme (SA), il s'agira des dirigeants sociaux tels que repris dans les actes de société et publiés au RCCM, ainsi que les membres du conseil d'administration s'il y en a un. Dans une société à responsabilité limitée (SARL), hormis le gérant ou les co-gérants, il n'y a pas d'autre organe de gestion prévu par la loi. Dans une société par actions simplifiées (SAS), hormis son Président, d'autres organes pourraient être considérées comme organes de gestion selon ce que les statuts auront prévu (conseil d'administration; comité de direction, etc.).

<sup>28</sup> Arrêté ministériel n°020/CAB/MIN-PME/01/BLN/2018 du 19 septembre 2018 relatif à la mise en œuvre de l'article 3 du décret n°18/018 du 24 mai 2018, article 1<sup>er</sup>

<sup>29</sup> *Ibid*, article 2

<sup>30</sup> Ce guichet de certification a été inauguré le 13 novembre 2017 (voir notamment : <https://actualite.cd/2017/11/13/rdc-inauguration-ce-lundi-du-guichet-de-certification-des-pme>)

↗ Ce guichet de certification a été inauguré le 13 novembre 2017 (voir notamment : <https://actualite.cd/2017/11/13/rdc-inauguration-ce-lundi-du-guichet-de-certification-des-pme>)

↗ Ce qui constitue finalement de nouvelles conditions qui s'ajoutent aux critères pourtant exclusifs fixés aux articles 1 et 2 de l'arrêté du 19 septembre 2018 et à l'article 3 du Décret n°08/018 !

se verront remettre une attestation de conformité (d'une durée de 5 ans) établie par le Ministre des PME, sur avis motivé de l'ARSP. Cette attestation autorise ces sociétés à détenir la majorité du capital social d'une ou plusieurs entreprises de sous-traitance éligibles, à la double condition que cette société actionnaire existe en RDC depuis au moins dix ans et qu'elle justifie d'une politique de formation permettant aux Congolais d'acquérir la technicité et l'expérience nécessaires <sup>31</sup>.

Il est assez surprenant, dans un contexte où l'État congolais cherche à attirer des investisseurs étrangers, notamment en améliorant son classement dans le rapport annuel Doing Business publié par la Banque Mondiale, de constater que, via un arrêté ministériel, le Gouvernement a fait le choix d'instaurer un régime (fort peu libéral) d'autorisation préalable pour qu'une personne morale puisse détenir la majorité du capital d'une entreprise de sous-traitance éligible en RDC.

Par ailleurs, au sein même de cette réglementation critiquable, il est encore incompréhensible qu'il soit prévu, à bien lire l'article 3 de l'arrêté ministériel du 19 septembre 2018, d'exonérer de l'obligation d'obtenir une telle attestation de conformité les entreprises qui disposeraient déjà d'un certificat de PME, alors que le certificat de PME ne concerne pas l'application de la réglementation sur la sous-traitance dans le secteur privé et peut donc être octroyé à des sociétés ne répondant pas aux conditions fixées en matière de sous-traitance.

En l'état actuel de la législation en vigueur en RDC, les associés ou actionnaires majoritaires non congolais d'une entreprise exerçant des activités de sous-traitance doivent donc en principe, pour être en conformité avec la Loi et ses décrets d'application, soit céder la majorité du capital de leur entreprise à un partenaire congolais (personne physique ou personne morale réunissant les critères fixés par l'arrêté ministériel précité du 19 septembre 2018), soit constituer avec des associés congolais une nouvelle entité dans laquelle ces derniers détiendraient la majorité du capital et à laquelle les actionnaires initiaux apporteront soit le fonds de commerce soit les actifs de la société originelle. Ils devront aussi céder à des Congolais la majorité des postes au sein des organes de gestion de la société.

Il convient de noter, s'agissant du partenaire congolais, que, en pratique, celui-ci peut être un partenaire actif, apportant une « plus-value » réelle à l'entreprise sous-traitante (dans la gestion opérationnelle, l'élaboration de la stratégie, le développement des affaires, etc.), ou n'être, au contraire, qu'un associé « passif » ou « dormant », dont le contrôle financier et politique pourrait alors être encadré par des dispositions statutaires ou extrastatutaires (pacte d'actionnaires) discutées avec celui-ci.

En complément des conditions précitées, la Loi dispose que, pour pouvoir contracter en tant qu'entreprise sous-traitante en RDC, ladite entreprise doit impérativement réunir les conditions suivantes :

- avoir un numéro de RCCM, un numéro d'identification nationale et un numéro d'im-pôt;
- produire un document établissant qu'elle est en règle avec l'administration fiscale;
- justifier de son affiliation à un organisme de sécurité sociale.

<sup>31</sup> Ce qui constitue finalement de nouvelles conditions qui s'ajoutent aux critères pourtant exclusifs fixés aux articles 1 et 2 de l'arrêté du 19 septembre 2018 et à l'article 3 du Décret n° 08/018 !

Le principe étant fixé, la Loi a prévu une dérogation à l'obligation de remplir les critères d'admissibilité à la sous-traitance, notamment le critère du capital détenu majoritairement par des Congolais, suivant les conditions exposées ci-après.

### 3. Exception légale

La Loi prévoit la possibilité de passer un contrat de sous-traitance en RDC avec une société étrangère ou une société congolaise ne répondant pas aux critères légaux, «*lorsqu'il y a indisponibilité ou inaccessibilité d'expertise*»<sup>32</sup> en RDC, à savoir lorsqu'il s'avère qu'il n'y a pas en RDC d'entreprises de sous-traitance répondant aux critères précités ou qu'il n'y a pas, parmi les entreprises de sous-traitance répondant à ces critères, l'expertise suffisante dans un secteur donné<sup>33</sup>.

Cette possibilité de déroger aux critères légaux précités est cependant soumise à la double condition (i) d'en fournir la preuve à l'autorité compétente (*i.e.* l'ARSP), et (ii) que l'activité confiée à une entreprise étrangère dans le cadre de cette exception ne dépasse pas six mois. Au-delà de ce délai de six mois, cette entreprise étrangère devra créer une société de droit congolais pour poursuivre cette activité en RDC. Concrètement, cela incitera les entreprises étrangères à ne pas accepter d'autre contrat de sous-traitance en RDC que ceux de moins de six mois. Il eût peut-être été pertinent de laisser la possibilité à l'entreprise étrangère de constituer une succursale en RDC, dans les limites et conditions prévues par le droit OHADA, plutôt que d'imposer la création, après un délai court de six mois seulement, d'une société de droit congolais.

Notons, à cet égard, que la Loi ne précise pas si la société étrangère qui bénéficie de l'exception précitée devra, si elle constitue une société de droit congolais après six mois, satisfaire à l'obligation de s'enregistrer auprès de l'ARSP et donc d'être détenue majoritairement par des Congolais. Ou bien si elle pourra maintenir ses activités en tant que société congolaise non conforme aux critères légaux mais autorisée comme sous-traitante sur la base de l'exception légale susvisée. Il y a fort à parier que l'ARSP plaidera pour la 1<sup>re</sup> option...

Du reste, une autre question, non moins significative, demeure, qui est celle de savoir si l'exception légale porte uniquement sur les critères d'éligibilité à la sous-traitance ou si elle englobe également toutes les obligations découlant de la Loi, telles que l'obligation pour l'entreprise principale de préfinancer 30% du coût de l'activité faisant l'objet de la sous-traitance ou celle du sous-traitant de payer un pourcentage sur la valeur du contrat de sous-traitance.

À cette question, les nouveaux décrets n'apportent pas davantage de réponses au détriment de la sécurité juridique pourtant indispensable en la matière.

Ainsi, pour répondre à ces interrogations et apporter plus de clarté à la réglementation existante, l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations a été pris tel que l'annonçait le Décret<sup>34</sup>.

Cet arrêté prévoit que la requête de dérogation doit être introduite auprès du Directeur Général de l'ARSP.

<sup>32</sup> Article 6, al. 2, de la Loi.

<sup>33</sup> Dans ce cas de figure, l'entreprise principale doit également informer au préalable le ministre sectoriel ou l'autorité locale de son intention de recourir à toute autre entreprise de droit congolais ou à une entreprise étrangère.

<sup>34</sup> Article 2 du Décret.

La requête doit être accompagnée d'une série d'éléments, notamment, de la preuve d'une « représentation » en RDC pour les sociétés étrangères devant exécuter un contrat ou un marché d'une durée supérieure à six mois, de la justification du recours à la sous-traitance par dérogation ou encore de la preuve que le requérant a mis en place une politique interne de formation des Congolais qui n'ont pas d'expertise dans le domaine considéré<sup>35</sup>.

Le Directeur Général de l'ARSP doit se prononcer dans les 30 jours suivant le dépôt de la requête<sup>36</sup>. Son refus doit être motivé et est susceptible de recours devant les juridictions compétentes (le type de recours n'est pas précisé par l'Arrêté)<sup>37</sup>. Son autorisation est accordée sans frais et à titre personnel c'est-à-dire qu'elle est incessible<sup>38</sup>. De plus, le bénéficiaire de cette autorisation doit formellement s'engager à assurer la formation du personnel congolais dans le secteur d'activités concernée<sup>39</sup>.

Par ailleurs, il importe de souligner qu'en dépit du prescrit légal qui limite la dérogation à six mois, l'autorisation peut être accordée pour une durée supérieure à six mois ou pour une durée permanente en fonction de la spécificité de certains marchés<sup>40</sup>. Il est étonnant que cette autorisation qui semble, au regard de l'Arrêté, être laissée à la libre appréciation du Directeur Général de l'ARSP, ne soit pas encadrée par des critères objectifs. En effet, en prévoyant, par exemple, que le requérant doit apporter la « justification du recours à la sous-traitance par dérogation », l'Arrêté ne précise pas les critères sur base desquels cette justification peut être admise ou rejetée ; cette appréciation étant laissée à l'entière discrétion du Directeur Général de l'ARSP.

S'agissant de la portée de la dérogation, l'Arrêté prévoit que l'entreprise qui en bénéficie n'encourt aucune des sanctions prévues par la Loi sur la sous-traitance<sup>41</sup>. Toutefois, le bénéficiaire de la dérogation reste tenu au paiement du prélèvement de 1,2 %, hors TVA, du montant facturé à l'occasion de la conclusion d'un marché de sous-traitance<sup>42</sup>.

La portée de la dérogation, quoique limitée, est sujette à contestation dans la mesure où elle exonère ses bénéficiaires de toute sanction prévue par la Loi, ce qu'un Arrêté n'a en principe pas le pouvoir de faire. Ainsi, même si l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations apporte à juste titre certains éclaircissements, il n'échappera sans doute pas à un flot légitime de critiques et/ou contestations, voire à une censure juridictionnelle, en ce qu'il outrepasserait le cadre légal et paraît même, par moment, y contrevenir.

Eu égard à ce qui précède, d'autres pistes juridiques peuvent être envisagées lorsqu'une entreprise ne remplit pas les conditions pour bénéficier de l'exception légale en vue d'atténuer la perte de contrôle découlant de l'obligation pour une entreprise sous-traitante d'être majoritairement détenue par des Congolais conformément à l'article 6 de la Loi.

#### 4. Atténuation statutaire ou extrastatutaire

Comme indiqué précédemment, il serait juridiquement possible pour les associés ou actionnaires majoritaires originels d'une entreprise sous-traitante exerçant en RDC, détenue majoritairement par des étrangers et ne bénéficiant pas de l'exception susévoquée,

<sup>35</sup> Article 4 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>36</sup> Article 6 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Articles 6 et 7 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>39</sup> Article 5 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>40</sup> Article 3 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>41</sup> Article 7 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>42</sup> Article 8 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.



d'atténuer les effets juridiques de la perte de contrôle de leur entreprise, en prévoyant soit dans les statuts (notamment pour des SAS, qui laissent plus de souplesse aux actionnaires) soit, plus généralement, dans un pacte d'actionnaires, des actions de préférence<sup>43</sup>, avec un droit de vote double (en accord avec les associés/actionnaires majoritaires congolais), ou un mécanisme de démembrement de propriété (scindant la nue-propriété et l'usufruit) des titres détenus par les associés/actionnaires majoritaires congolais de la société. Il serait aussi possible de convenir d'une règle de paiement privilégié des dividendes, ce qui est autorisé par l'Acte uniforme OHADA révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique<sup>44</sup>.

Selon nous, de tels contrats entre associés/actionnaires d'une société ne devraient pas risquer la sanction de la nullité des clauses, stipulations et arrangements qui violeraient les dispositions de la Loi sur la sous-traitance. En effet, il n'y aurait pas là de violation de ces dispositions, mais seulement un aménagement des effets du respect de ces dispositions, et ce par la voie de techniques juridiques prévues par le droit OHADA des sociétés, qui, en tant que norme supranationale à laquelle la RDC a adhéré, ne peut se voir contrarié ou empêché d'être appliqué par le fait de dispositions nationales contraires<sup>45</sup>.

Notre étude sur les critères d'éligibilité des sociétés sous-traitantes étant achevée, il nous incombe d'examiner maintenant les principales règles encadrant la conclusion des contrats de sous-traitance.

## II. PRINCIPES ET MODALITÉS D'EXERCICE DE LA SOUS-TRAITANCE

### A. Recours à l'appel d'offres et volume du marché

La Loi dispose qu'un contrat de sous-traitance doit passer par une procédure d'appel d'offres lorsque le coût du marché est supérieur ou égal à cent millions de Francs congolais<sup>46</sup>, et peut être conclu de gré à gré lorsqu'il est inférieur à ce montant.

L'appel d'offres doit faire l'objet de publicité via la presse écrite ou les médias audiovisuels, au niveau national ou provincial, ou via les sites Internet, l'affichage de l'avis de recrutement dans l'enceinte de l'entreprise principale ou encore via la transmission de l'information aux bureaux les plus proches des structures spécialisées et spécifiques.

L'autorité provinciale est compétente pour fixer les modalités de publicité prévues ci-dessus<sup>47</sup>, mais, à ce jour, ces modalités n'ont pas encore été arrêtées.

En outre, la Loi interdit la sous-traitance par une entreprise principale de plus de 40 % de la valeur globale d'un marché. Cette interdiction pèse également sur le sous-traitant qui voudrait lui-même sous-traiter une partie de son marché.

<sup>43</sup> Cf. Articles 755 et 778-1 et suivants de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE).

<sup>44</sup> Articles 144-146 de l'AUSCGIE.

<sup>45</sup> Article 10 du Traité OHADA.

<sup>46</sup> Soit environ 50.000 USD au taux CDF/USD actuel, ce qui est assez faible.

<sup>47</sup> Article 7 du Décret n°18/018.



Ce seuil de 40 % trouverait donc à s'appliquer en cas de sous-traitance « stricte », impliquant une relation tripartite; mais, en cas d'externalisation par l'entreprise principale à une autre entreprise (sous-traitance de spécialité, sous-traitance de capacité...), cette externalisation pourrait porter sur 100 % d'une fourniture de biens ou services, et c'est alors le cocontractant qui ne pourrait pas sous-traiter à une entreprise tierce plus de 40 % de ce marché qu'elle aura obtenu de l'entreprise principale.

Cette restriction devrait donc être également incluse dans les termes de référence des appels d'offres que l'entreprise principale fera ou dans les contrats de gré à gré qu'elle sera amenée à signer.

La Loi prévoit ainsi, pour garantir le respect de cette obligation, que toute entreprise installée en RDC a l'obligation de publier annuellement le chiffre d'affaires réalisé avec les sous-traitants et la liste de ces derniers.

À cet égard, l'article 9 al. 1 du Décret n°18/018 précise que cette obligation est remplie par le dépôt des états financiers de synthèse conformément à l'article 269 de l'AUSCGIE.

De plus, la liste des sous-traitants doit être communiquée à l'ARSP dans les formes et délais qu'elle fixera.

Par ailleurs, la Loi impose à ces entreprises de mettre en œuvre, en leur sein, une politique de formation devant permettre aux Congolais d'acquérir la technicité et la qualification nécessaire à l'accomplissement de certaines activités. L'ARSP doit veiller au respect de cette obligation<sup>48</sup>.

Précisons que la Loi n'a prévu aucune sanction en cas de non-respect des modalités de publicité des appels d'offres ni en cas de violation de l'interdiction de sous-traiter plus de 40 % de la valeur globale d'un marché, ni même en cas de non mise en place d'une politique de formation des Congolais.

Cela dit, rappelons aussi que le Décret ARSP confère à l'ARSP le pouvoir de sanctionner de manière « appropriée » (sic!)<sup>49</sup> les violations des dispositions légales et réglementaires en matière de sous-traitance, ce qui donne à l'ARSP un pouvoir d'appréciation (trop) large, voire discrétionnaire, pour déterminer les sanctions qu'elle estime « appropriées » en cas de violation de la Loi et des décrets d'application, d'autant que l'ARSP a démontré depuis sa mise en place une tendance à interpréter assez librement les textes, et à les compléter parfois de sa propre initiative, au motif de faire respecter « l'esprit » de la Loi.

Ce large pouvoir de l'ARSP a justement été vivement contesté au cours des concertations ayant réuni, notamment, des membres du Gouvernement, de l'ARSP et des représentants de la Fédération des Entreprises Congolaises (FEC) outre d'autres organisations du secteur privé, au terme desquelles il a été proposé que ce pouvoir de sanction de l'ARSP soit fortement réduit par une modification de l'article 5, 3<sup>e</sup>), 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> tirets du Décret ARSP<sup>50</sup>. Cela a effectivement été décidé par les décrets n°20/024 et 20/025 du 12 octobre 2020, prévoyant que « les infractions ainsi que toute autre violation à la Loi pouvant donner lieu à l'application des amendes prévues en ses articles 28 alinéa 1<sup>er</sup> et 29 sont consta-

<sup>48</sup> Article 10 du Décret n°18/018. Article 5.3, 3<sup>e</sup> tiret du Décret ARSP modifié et complété

<sup>49</sup> Article 5.3, 3<sup>e</sup> tiret du Décret ARSP modifié et complété

<sup>50</sup> Procès-verbal des concertations autour de la Loi sur la sous-traitance dans le secteur privé, publié sur le site internet [https://www.ccife-rdcongo.org/fileadmin/cru-1597818178/repcongo/user\\_upload/pv\\_des\\_concertations\\_loi\\_sous-traitance\\_signe.pdf-compresse\\_0-2.pdf](https://www.ccife-rdcongo.org/fileadmin/cru-1597818178/repcongo/user_upload/pv_des_concertations_loi_sous-traitance_signe.pdf-compresse_0-2.pdf), 2020, pp. 6-7.

tées par les Officiers de Police Judiciaire assermentés, conformément aux dispositions légales en vigueur en la matière»<sup>51</sup>. Il a en outre été prévu que la nullité des contrats, sur initiative de l'ARSP, doit être prononcée par un juge<sup>52</sup> (et non par l'ARSP elle-même) et que la mesure de fermeture administrative d'une société considérée comme étant en infraction puisse faire l'objet d'un recours administratif voire judiciaire, conformément à la loi n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif<sup>53</sup>.

## B. Contrôle de la sous-traitance

L'ARSP a été instituée par un Décret n°18/019 du 24 mai 2018 et les membres de son conseil d'administration ont été nommés par une Ordonnance du 27 décembre 2018.

L'ARSP est un établissement public à caractère administratif doté de la personnalité juridique placé sous la tutelle du Ministre des PME<sup>54</sup>. Elle exerce ses activités sur toute l'étendue de la RDC et peut, pour les besoins de son fonctionnement, ouvrir une direction provinciale dans une province, ou un bureau local dans une entité territoriale décentralisée.

Elle a pour objet la régulation des activités de sous-traitance auxquelles ont recours les entreprises privées opérant dans divers secteurs de l'économie de la RDC<sup>55</sup>. Elle est notamment chargée de veiller au respect des conditions requises dans la conclusion des contrats de sous-traitance.

Pour rappel, chaque entreprise qui souhaite effectuer des opérations de sous-traitance en RDC doit se faire enregistrer auprès de l'ARSP suivant les modalités de l'Arrêté relatif à l'identification et l'enregistrement des sous-traitants éligibles, exposées ci-avant.

Dans une volonté de rationaliser les contrôles effectués par l'ARSP et d'éviter que ceux-ci ne soient effectués de manière abusive et désordonnée, le Décret n°18/018 modifié et complété exige que le contrôle effectué par l'ARSP se déroule suivant un calendrier bien déterminé<sup>56</sup>, lequel doit encore être fixé par l'ARSP et communiqué aux parties concernées.

S'agissant du pouvoir de sanction de l'ARSP, il a été mieux encadré : dorénavant les infractions donnant lieu aux amendes prévues par l'article 28 de la Loi devront être constatées par des Officiers de Police Judiciaire assermentés, la sanction de nullité d'un contrat de sous-traitance doit être prononcée par le juge compétent, saisi par l'ARSP, et la sanction de fermeture administrative provisoire peut faire l'objet d'un recours administratif puis d'un recours devant les juridictions administratives<sup>57</sup>.

Une fois évoquée la question du contrôle a priori effectué par l'ARSP sur les entreprises candidates à la sous-traitance, il convient ensuite de préciser les droits et obligations des entreprises admises à la sous-traitance.

<sup>51</sup> Nouvel article 14 alinéa 2 du Décret.

<sup>52</sup> Nouvel article 14 dernier alinéa du Décret.

<sup>53</sup> Nouvel article 14 avant-dernier alinéa du Décret.

<sup>54</sup> La tutelle du Ministre des PME s'exerce conformément aux dispositions de la Loi n°08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics, plus particulièrement en ses articles 25 à 29.

<sup>55</sup> Article 4 du Décret ARSP.

<sup>56</sup> Nouvel article 12.

<sup>57</sup> Nouvel article 14 du Décret n°18/018.

### III. DROITS ET OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL ET DU SOUS-TRAITANT

#### A. Entrepreneur principal

L'entrepreneur principal a l'obligation de payer au sous-traitant le prix de l'activité sous-traitée conformément aux modalités et conditions convenues dans le contrat de sous-traitance.

La Loi interdit à l'entrepreneur principal d'obliger le sous-traitant à préfinancer totalement le coût de l'opération ou de l'activité faisant l'objet de la sous-traitance. Donc l'entrepreneur principal doit verser, avant le début des travaux, un acompte couvrant au moins 30 % du contrat de sous-traitance, ce qui, pour certains marchés très importants, peut représenter un montant considérable à décaisser dès le début de l'opération.

À la fin de l'opération ou de l'activité, un procès-verbal provisoire de réception doit être signé. Celui-ci ne devient définitif qu'après paiement par l'entrepreneur principal du solde dans les 30 jours de la remise de l'ouvrage à compter de la réception. Toutefois, ce délai de 30 jours peut être prolongé en fonction de la spécificité du marché<sup>58</sup>.

À défaut dudit procès-verbal, la mise en service ou la viabilité de l'ouvrage suffit pour obliger l'entrepreneur principal à payer le solde dû au sous-traitant.

À cet égard, il apparaît que ces notions de «*procès-verbal provisoire de réception*» et de «*procès-verbal définitive de réception*», visées par la Loi, se distinguent légèrement mais se rapprochent des notions de «*procès-verbal de réception provisoire*» et de «*procès-verbal de réception définitive*» qui se rencontrent principalement en matière de contrats de construction ou de fourniture d'équipements. Or, ces notions ne sont pas forcément adaptées à d'autres types de contrats de sous-traitance.

De plus, alors que le recours à ces notions par le législateur vise plutôt à protéger le sous-traitant d'un défaut de paiement du solde lui étant dû par l'entrepreneur principal, rappelons qu'en matière de construction, l'établissement des procès-verbaux de réception provisoire ou définitive a surtout pour intérêt de déterminer le point de départ de la garantie contre les vices cachés et les malfaçons<sup>59</sup>.

Parmi les autres obligations de l'entrepreneur principal, citons ici qu'il doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant par le maître de l'ouvrage.

#### B. Le sous-traitant

La Loi donne la possibilité au sous-traitant de sous-traiter à son tour, sauf bien sûr si l'entreprise principale l'interdit dans le contrat de sous-traitance. Dans ce cas, le sous-traitant de second rang est soumis aux mêmes conditions de forme et de fond que le sous-traitant originel.

<sup>58</sup> Article 11, al. 2 du Décret n°18/018.

<sup>59</sup> Voir H. ANDRÉ-DUMONT, «RD Congo – Nouvelle loi sur la sous-traitance», in *Revue du Droit des Affaires en Afrique*, 2017, spéc. p. 13.

À l'instar de l'entrepreneur principal vis-à-vis de son sous-traitant, le premier sous-traitant a l'obligation de payer au sous-traitant de second rang le prix de l'activité sous-traitée conformément aux modalités et conditions convenues. De même, il est également soumis à l'interdiction de sous-traiter plus de 40% de la valeur globale d'un marché qui lui a été attribué<sup>60</sup>.

La Loi permet par ailleurs à deux ou plusieurs sous-traitants de co-traiter. En cas de co-traitance, chacun des co-contractants est tiers (c'est-à-dire n'est pas partie) aux contrats passés par l'autre avec l'entrepreneur principal et n'est donc responsable que de ses propres prestations.

Sous réserve de sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle (c'est-à-dire hormis le cas où il aurait commis un fait illicite qui aurait causé un dommage à autrui), le sous-traitant est également tiers au contrat passé entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage.

Bien entendu, le sous-traitant doit couvrir sa responsabilité par une assurance, qui devra être contractée auprès d'une compagnie agréée en RDC, conformément à la législation congolaise sur les assurances.

## IV. RÉGIME SOCIAL, FISCAL ET DOUANIER, COMMERCIAL ET FINANCIER

### A. Régime social

Les entreprises sous-traitantes sont, en matière de droit social, régies par le droit commun du travail.

Conformément à cette législation, elles ont l'interdiction de recourir au prêt illicite de main-d'œuvre<sup>61</sup> et au travail dissimulé, sous peine d'une amende allant de 10.000.000 à 50.000.000 de Francs congolais<sup>62</sup>, sans que l'on sache si cette sanction est applicable de manière globale à l'entreprise qui aura recouru au prêt illicite de main d'œuvre ou au travail dissimulé, ou si elle est applicable pour chaque employé concerné. Mais, en principe, en matière pénale, puisqu'il s'agirait bien ici d'infractions de nature pénale, il n'y a pas de cumul des peines pour la même infraction commise à plusieurs reprises. Il appartient cependant au législateur d'éclaircir cette zone d'ombre pour permettre aux entreprises principales de mieux appréhender les risques posés par le recours massif à des personnels mis à disposition par des agences de placement.

La question peut alors se poser de savoir si les contrats conclus avec les services privés de placement auxquels une entreprise principale a recours pourraient être qualifiés de prêt illicite de main-d'œuvre au sens de la Loi, à savoir une opération frauduleuse qui fait disparaître la qualité de salarié entre le prêteur et l'emprunteur dans le but de tirer bénéfice sur le prix qu'il aurait dû payer pour un emploi similaire.

<sup>60</sup> Article 8 du Décret n°18/018.

<sup>61</sup> Cette infraction est assez proche, quoique différente, de l'infraction de détournement de main d'œuvre déjà prévue par l'article 97 du Code pénal.

<sup>62</sup> Soit environ de 5.000 USD à 25.000 USD aux taux actuel

Dès lors que les agences privées de placement et l'entreprise principale respectent la réglementation encadrant cette activité, il n'y aurait pas de risque réel pour l'entreprise principale. En revanche, si ces dispositions étaient violées ou contournées, le risque de non-conformité serait assez élevé.

Le risque peut apparaître sérieux si les personnels mis à disposition, qui sont pourtant censés rester sous l'autorité de l'agence de placement qui l'emploie et le met à disposition d'une entreprise utilisatrice, sont en réalité sous la seule autorité de l'entreprise principale utilisatrice, et si leur emploi est pérenne dans l'entreprise (ce qui, en pratique, est assez souvent le cas en RDC). Cela pourrait alors apparaître comme constituant essentiellement une stratégie d'optimisation des coûts des ressources humaines et d'évitement des risques judiciaires.

Cela dit, si l'entreprise utilisatrice ne réalise pas de bénéfice en recourant aux personnels mis à disposition, cet élément constitutif de l'infraction de prêt illicite de main d'œuvre manquerait.

S'agissant de l'infraction de travail dissimulé, elle est caractérisée lorsqu'une entreprise embauche du personnel sans en faire la déclaration à l'Office National de l'Emploi (ONEM) et aux organismes sociaux (Caisse Nationale de Sécurité Sociale, Institut National de Préparation Professionnelle).

À cet égard, l'entreprise principale devrait insérer dans les contrats de sous-traitance des clauses strictes obligeant les agences de placement avec lesquelles elle travaille à produire les justificatifs de déclaration et versement des impôts et cotisations, et pas seulement des engagements de procéder à ces déclarations et versements, et ce pour éviter un risque de poursuites en cas de non déclaration ou de sous-déclaration, et/ou de non-paiement effectif.

L'entrepreneur principal ou le maître d'ouvrage ont également l'interdiction de débaucher le personnel du sous-traitant. La Loi prévoit que la violation de cette disposition est assortie des mêmes peines que celles infligées par le Code pénal en cas de détournement de main-d'œuvre, à savoir une peine d'emprisonnement allant de 3 mois à 5 ans et/ou une amende de maximum 1.000 Francs congolais<sup>63</sup>.

## B. Régime fiscal et douanier

Les entreprises sous-traitantes sont assujetties à la législation fiscale et douanière de droit commun.

Elles ne bénéficient pas d'un régime plus favorable découlant de la Loi, à moins qu'elles soient par ailleurs agréées au titre du Code des investissements.

## C. Régime commercial et financier

Les paiements effectués au bénéfice des sous-traitants ou ceux effectués par ceux-ci au bénéfice des tiers, en rémunération d'un travail exécuté en RDC, se font, « de préférence », dans les banques ou autres institutions financières agréées en RDC<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Article 97 du Code pénal.

<sup>64</sup> Article 26 de la Loi sur la sous-traitance.

En outre, les entreprises sous-traitantes ont l'obligation de souscrire leurs assurances auprès des sociétés d'assurances installées en RDC<sup>65</sup>, conformément aux dispositions du Code des assurances. La Loi ne précise cependant pas si l'obligation précitée incombe également aux entreprises sous-traitantes étrangères qui bénéficieraient de la dérogation légale pour exercer leurs activités pendant le délai de six mois prévu par la Loi. L'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations n'apporte pas davantage de précisions sur ce point. Nous présumons, toutefois, que cette obligation de souscrire leurs assurances auprès des sociétés d'assurances ayant leur siège en RDC pèsera sur les entreprises sous-traitantes étrangères qui devront, au terme de la période de six mois, se constituer en société de droit congolais pour poursuivre leur activité en RDC.

Il importe ici, pour mesurer l'impact financier de la Loi et de ses décrets d'application sur les activités de l'entreprise principale et des entreprises sous-traitantes, de préciser que l'article 18, 2° du Décret ARSP dispose que, parmi les ressources financières de l'ARSP, figure un prélèvement de 1,2 % hors TVA du montant facturé par l'entreprise sous-traitante à l'occasion de la conclusion d'un marché de sous-traitance<sup>66</sup>. L'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations confirme que ce prélèvement reste dû à l'ARSP même pour les entreprises bénéficiaires de la dérogation<sup>67</sup>.

Il est précisé que le redevable légal de ce montant à verser à l'ARSP est l'entreprise principale et que le redevable réel est l'entreprise sous-traitante. Il appartiendra donc à l'entreprise sous-traitante, une fois payée par l'entreprise principale, de reverser ces 1,2 %, pour compte de l'entreprise principale, sur un compte bancaire de l'ARSP, dans les 15 jours suivant le paiement reçu<sup>68</sup>.

Abordons à présent le point des sanctions prévues par la Loi en cas de violation des dispositions légales et réglementaires.

## V. RÉGIME DES SANCTIONS

La Loi prévoit que la conclusion d'un contrat de sous-traitance avec une entreprise qui ne se conforme pas aux dispositions légales et réglementaires pertinentes est sanctionné par, cumulativement, (i) une amende allant de 50.000.000 à 150.000.000 de Francs congolais, infligée à l'entreprise principale (et non au sous-traitant), (ii) une mesure administrative de fermeture momentanée de l'entreprise principale (et non du sous-traitant) pour une durée de 6 mois maximum, et (iii) la nullité du contrat de sous-traitance.

À cet égard, l'article 14, al. 2 du Décret n°18/018 modifié et complété précise que les modalités d'application des sanctions susvisées sont fixées par une décision de l'ARSP, après approbation du Ministre des PME.

Comme indiqué précédemment, en ce qui concerne les infractions donnant lieu aux amendes prévues par l'article 28 de la Loi, ceux-ci doivent être constatées par des Officiers

<sup>65</sup> Article 27 de la Loi sur la sous-traitance.

<sup>66</sup> Nouvel article 18 du Décret ARSP.

<sup>67</sup> Article 8 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

<sup>68</sup> Nouvel article 18 bis alinéa 2 du Décret ARSP.

de Police Judiciaire assermentés<sup>69</sup>. En fin d'année 2020, l'ARSP a d'ailleurs communiqué sur le fait que des agents suivaient une formation en vue de recevoir cette qualité d'OPJ.

S'agissant de la sanction administrative de fermeture momentanée de l'entreprise, celle-ci est prise, sur requête motivée de l'ARSP et selon le cas, (i) par un arrêté interministériel des Ministres ayant l'Économie, l'Industrie et les Petites et Moyennes Entreprises dans leurs attributions, (ii) par un arrêté du Gouverneur de Province ou (iii) par une décision de l'autorité administrative locale, et pour une durée ne dépassant pas six mois<sup>70</sup>. Les autorités susmentionnées sont tenues de communiquer leurs arrêtés ou décisions à l'ARSP dans les 7 jours, pour mise en application<sup>71</sup>.

L'entreprise sanctionnée peut introduire un recours contre la mesure administrative de fermeture momentanée de l'entreprise, dans les conditions prévues par la Loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif<sup>72</sup>.

Quant à la sanction de la nullité d'un contrat de sous-traitance, celle-ci doit être prononcée par le juge compétent, qui doit être saisi par l'ARSP dans les 15 jours à compter de la connaissance des faits<sup>73</sup>.

Rappelons ici que les clauses, stipulations et arrangements qui violeraient les dispositions de la Loi sont réputés nuls, quelle qu'en soit la forme.

Il convient, toutefois, de noter que le régime de sanctions de la Loi ne s'applique pas aux entreprises bénéficiaires de la dérogation<sup>74</sup>.

Enfin, nous avons déjà mentionné que la Loi sur la sous-traitance prévoit également des sanctions pour toute partie à un contrat de sous-traitance qui violerait la législation du travail, notamment en cas d'infraction de travail dissimulé ou de prêt illicite de main d'œuvre.

En dernier lieu, nous pouvons nous interroger également sur la compatibilité de la Loi sur la sous-traitance avec les règles édictées par des organisations supranationales dont la RDC est membre.

<sup>69</sup> Nouvel article 14, al. 1 du Décret n°18/018 modifié et complété.

<sup>70</sup> Nouvel article 14, al. 2 du n°18/018.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Nouvel article 14, al. 3 du Projet de Décret modifiant et complétant le Décret n°18/019.

<sup>74</sup> Article 7, al. 2 de l'Arrêté relatif aux modalités de gestion des dérogations.

## VI. SUR LA CONTRARIÉTÉ DE CERTAINES DISPOSITIONS CONGOLAISES EN MATIÈRE DE SOUS-TRAITANCE AVEC LES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX DE LA RDC

Il convient, pour clore cette analyse juridique, de se demander si la Loi et les Décrets sur la sous-traitance dans le secteur privé ne pourraient pas être en contradiction avec certaines règles édictées par les principales organisations internationales ou régionales dont la RDC est membre, notamment l'OHADA, la SADC, l'OMC et le COMESA.

Au regard des règles de l'OHADA, tout d'abord, la Loi sur la sous-traitance ne recèle, selon nous, aucune contrariété avec ces règles dans la mesure où les États membres conservent le droit de réglementer des domaines qui ne sont pas régis par les Actes unifiés de l'OHADA. C'est le cas d'espèce concernant la sous-traitance, puisque le droit OHADA ne fixe pas de principe général interdisant aux États membres de restreindre l'accès à certaines activités à ses ressortissants.

Toutefois, il faudra rester vigilant sur certaines violations possibles des dispositions du droit OHADA des sociétés commerciales, notamment dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions congolaises relatives au contrôle du capital des sociétés de sous-traitance, notamment dans le contrôle qu'en fera l'ARSP, par exemple en cas de clauses statutaires ou extrastatutaires conformes au droit OHADA mais qui pourraient être considérées comme nulles par l'ARSP ou un juge congolais.

S'agissant des règles édictées par la SADC (*South African Development Community*), ni le Traité constitutif ni les Protocoles de la SADC, notamment, le Protocole sur le commerce dans les services, n'interdisent aux États membres de favoriser leurs ressortissants dans le secteur économique local. À titre illustratif, l'Afrique du Sud, qui en est aussi membre, a mis en place depuis 2007 un ensemble de règles visant à favoriser la prise de participation de ses ressortissants de «couleurs» (noirs, indiens, etc.) dans le capital et les organes de gestion des entreprises minières (*Broad-Based Black Economic Empowerment*).

Cet exemple sud-africain aurait d'ailleurs pu être utilement suivi, notamment dans son aspect progressif, au fur et à mesure des années, (quant aux secteurs concernés et quant aux pourcentages de participation exigés), au lieu de choisir une règle stricte et quasiment immédiate de majorité de capital et de dirigeants congolais dans les sociétés sous-traitantes.

En ce qui concerne les règles de l'OMC (Organisation Mondiale du Commerce), celles-ci ont vocation à réduire les obstacles au commerce des marchandises et des services, par exemple les droits de douane (ou tarifs) et les mesures telles que les interdictions ou les restrictions à l'importation, et à assurer le traitement égal des produits importés et des produits de fabrication locale (du moins une fois que le produit importé a été admis sur le marché). Mais les règles de l'OMC autorisent les pays en développement à déroger à certaines règles relatives à l'égalité de traitement (ex. accords de libre-échange entre pays d'un même groupe régional, droits de douanes réduits pour les pays transfrontaliers, etc.).

À cet égard, la Loi congolaise sur la sous-traitance ne contrevient visiblement pas aux règles de l'OMC.

En revanche, au regard des règles instaurées par le COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*), il pourrait, nous semble-t-il, être envisagé de soulever devant les juridictions compétentes la contrariété de la Loi sur la sous-traitance et de ses décrets



d'application au Traité du COMESA, dont l'article 4, para. 6, point e) dispose que les États membres doivent faire en sorte de «*supprimer les obstacles à la libre-circulation des personnes, de la main d'œuvre et des services, au droit d'établissement des investisseurs et au droit de résidence au sein du Marché Commun*».

Ainsi, il est permis de se demander si l'article 6 de la Loi sur la sous-traitance<sup>75</sup> ne constitue pas une entrave au droit d'établissement des investisseurs ressortissants du COMESA, en dépit de la dérogation (très limitée) prévue par la Loi lorsqu'il y a inaccessibilité ou indisponibilité d'expertise.

Un autre argument pourrait reposer sur la violation de l'article 81 du Traité COMESA qui prévoit que «*les États membres s'engagent à permettre la libre circulation des capitaux au sein du Marché commun et d'intégrer leurs structures financières. À cet égard, ils conviennent de : (...) permettre aux citoyens et aux résidents des États membres d'acquérir des stocks, des actions et autres valeurs, ou d'investir dans les entreprises établies sur les territoires des autres États membres*».

Il s'ensuit qu'on peut s'interroger sur la question de savoir si, en limitant à moins de 50% la participation au capital qu'un étranger (ressortissant ou non des pays membres du COMESA) peut acquérir dans une entreprise sous-traitante congolaise, la Loi ne violerait pas l'article 81 du Traité COMESA.

Pour rendre effective cette faculté d'agir contre des dispositions nationales contraires au Traité du COMESA, l'article 26 dudit Traité prévoit que «*toute personne [morale et physique] résidant dans un État membre peut demander à la Cour de se prononcer sur la légalité de tout acte, réglementation, directive, ou décision du Conseil ou d'un État membre, si elle estime que cet acte, directive, décision ou réglementation est illégal ou constitue une violation du Traité*». Cependant, si la violation alléguée émane d'un État membre, la personne ne peut saisir la Cour que si elle a épuisé toutes les instances des cours et tribunaux nationaux de l'État concerné<sup>76</sup>.

En outre, il sied de noter que la Conférence des chefs d'État ou de Gouvernement des États membres, qui est l'organe suprême du COMESA, peut prendre des sanctions spécifiques afin de garantir le respect, par les États membres, des obligations définies par le Traité<sup>77</sup>. Ces sanctions vont de la suspension de l'exercice par cet État membre de ses droits et privilèges de membre à son expulsion de l'organisation en passant par l'imposition de sanctions financières à cet État<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Cf. exigence de contracter avec des entreprises sous-traitantes dont le capital est majoritairement détenu par des Congolais.

<sup>76</sup> Article 26, al. 2 du Traité COMESA.

<sup>77</sup> Article 171 du Traité COMESA.

<sup>78</sup> *Ibid.*

## VII. CONCLUSION

La Loi et les Décrets ont le mérite d'apporter en RDC un cadre légal et réglementaire dans un domaine d'activités composant une grande partie de l'économie congolaise, et de vouloir promouvoir l'entrepreneuriat des Congolais.

Cependant, dans sa volonté d'étendre le plus largement possible le champ d'application de la Loi et de recourir à des termes imprécis et non définis, le législateur a provoqué une vague de contestations, de la part aussi bien de la communauté des affaires et de la diplomatie économique, que de nombreux juristes, ce qui a contraint le Gouvernement à procéder à une atténuation par la voie réglementaire des effets perçus comme négatifs de la Loi.

Bien que souhaitable, cet ajustement est forcément incomplet dans la mesure où il est limité par la primauté de la loi sur les décrets ou arrêtés, qui ne peuvent réglementer au-delà du cadre fixé par la loi mais uniquement en préciser les termes.

En attendant une éventuelle révision de la Loi sur la sous-traitance, les efforts conjugués du Gouvernement pour apporter plus de clarté au cadre réglementaire, par la prise de nouveaux décrets et arrêtés, n'ont pas permis d'atteindre un niveau de sécurité juridique suffisant pour rassurer les personnes (physiques et morales) auxquelles la Loi et ses mesures d'exécution ont vocation à s'appliquer.

Il reste encore des efforts supplémentaires considérables à fournir pour permettre aux nouvelles règles en matière de sous-traitance de se déployer sans blocages, juridictionnels ou politiques, d'être appliquées de manière efficiente et, surtout, de constituer véritablement un levier de croissance pour la RDC et son secteur privé.

Kinshasa, le 21 janvier 2021

Romain BATAJON - [rob@daldewolf.com](mailto:rob@daldewolf.com)

Arnaud TSHIBANGU MUKENDI - [atm@daldewolf.com](mailto:atm@daldewolf.com)

