



**Doc & Juris**  
By OVK LAW FIRM

**REVUE DE DROIT PRIVÉ**  
**DOCTRINE ET JURISPRUDENCE**

EN PARTENARIAT AVEC

**AWA-AFRIKA**



**LE RÉGIME DÉROGATOIRE INSTITUÉ**  
**À L'ARTICLE 6 DE LA LOI 17/001**  
**RELATIVE À LA SOUS-TRAITANCE**  
**DANS LE SECTEUR PRIVÉ :**  
*décryptage en dix points de l'arrêté*  
*fixant les modalités de gestion des*  
*dérogations*

**Kevin ESHIMATA NGIMBI**

Avocat senior au Cabinet OVK Lawfirm SCP  
Assistant et apprenant en IIIe Cycle DES/DEA à la  
Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa.  
Fondateur de la plateforme [awa-afrika.com](http://awa-afrika.com)

## A. CE QU'IL FAUT SAVOIR DE LA NOUVELLE LÉGISLATION SUR LA SOUS-TRAITANCE

Depuis le 8 février 2017, l'ordonnancement juridique congolais a accueilli la Loi n°17/001 **fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé** en République Démocratique du Congo. Cette loi, publiée au journal officiel le 15 février 2017, est venue **préciser les dispositions générales, les principes et modalités d'exercice de la sous-traitance**.

Il ressort du préambule de cette Loi que le législateur congolais a assigné à ce texte la noble mission de contribuer à la promotion des petites et moyennes entreprises congolaises. Dans cet esprit, cette loi réserve la sous-traitance dans le secteur privé aux entreprises congolaises à capitaux congolais (1).

Cette nouvelle législation entend également promouvoir l'accumulation de capital à vocation nationale, permettant ainsi de disposer de plus de capitaux nécessaires pour le financement du développement de l'économie du pays.

Dans une note d'opinion, MADIMBA KADIMA-NZUJI et consort relèvent que : *« ces problématiques ne sont pas nouvelles et plusieurs solutions ont été proposées dans le passé: par exemple, l'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 en République démocratique du Congo, l'édit n°0002 du 22 septembre 2009 portant sous-traitance obligatoire dans la Province du Katanga. »*

Ces réglementations n'ont pas eu les effets escomptés. Après un édit provincial et un arrêté ministériel, il revenait donc au législateur, suivant la hiérarchie des normes, à prendre une Loi pour étendre le champ d'application de la sous-traitance et surtout conférer un poids plus important à cette réforme (2).

Selon cette nouvelle législation, la notion de la sous-traitance est entendue, à l'article 3 de la Loi pré rappelée comme étant : *« une activité ou une opération effectuée par une entreprise dite « sous-traitante », pour le compte d'une entreprise dite « entreprise principale » et qui concourt à la réalisation de l'activité principale de cette dernière, ou à l'exécution d'une ou plusieurs prestations d'un contrat de l'entreprise principale »*. Cette sous-traitance peut ainsi porter sur :

- **l'activité principale** : activité signalée à titre principal dans le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de l'entreprise ou celle faisant l'objet du marché ;
- **l'activité annexe** : toute activité 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 ;
- **l'activité connexe** : tout service, toute production dont l'entreprise a besoin et qui sont liés à la réalisation de l'activité principale.

Il en résulte que la Loi sur la sous-traitance vise des activités plus étendues. Elle va ainsi s'appliquer aux relations de sous-traitance tripartite et tous les autres contrats découlant de l'externalisation. L'on en déduit même qu'en dehors des exceptions clairement établies par cette Loi et les législations sectorielles, cette Loi s'applique sur toutes les prestations de service réalisées auprès des entreprises privées.

Il faut voir dans la rédaction de cette définition une confusion entre la notion de sous-traitants dans les pays de droit civil qui renvoie à la notion de contrat d'entreprise telle qu'analysée par G. KALAMBAY LUMPUNGU considérée comme la tripartite maître d'ouvrage / entreprise principale / sous-traitant) (3) et les pays de la Common Law avec la notion de subcontractor (4).

Dans le cadre de la mise en œuvre de cette nouvelle réglementation, le Gouvernement congolais a entrepris d'édicter les mesures d'exécution afin de clarifier le cadre juridique mis en place. C'est dans ce sens que :

- L'organisation et le fonctionnement de l'Autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé ont été spécifiées par le Décret n°19/018 du 24 mai 2019 tel que modifié et complété par le Décret n°20/025 du 12 octobre 2020. Ce Décret reconnaît à cet Etablissement la compétence de réguler le secteur, de prononcer les sanctions administratives à l'encontre des entreprises défaillantes, d'enregistrer les entreprises éligibles, d'accorder les autorisations de dérogation prévue à l'article 6 alinéa 2 de la Loi 17/001 (article 5 points 1,2 et 3 de ce décret) (5);
- Les modalités d'application de cette nouvelle législation ont été fixées par le Décret n°18/018 du 24 mai 2018 tel que modifié et complété par le Décret n°20/024 du 12 octobre 2024. L'un des mérites de ce Décret est d'avoir apporté la lumière en ce qui concerne la définition de ce qu'on peut entendre par entreprise à capitaux congolais. Ainsi, au sens de l'article 3 de ce Décret : « est réputée « entreprise à capitaux congolais », l'entreprise dont :
  1. le siège social est situé en RDC (sur ce point, on peut se poser la question du sort des succursales de sociétés étrangères dûment enregistrées au RCCM) ;
  2. la majorité de son capital social est détenue par des personnes physiques ou morales de nationalité congolaise ;
  3. les organes de gestion sont majoritairement administrés par des personnes physiques de nationalité congolaise ;
  4. le personnel est essentiellement constitué des personnes physiques de nationalité congolaise. »(6).

En exécution de ces deux Décrets, le Ministre des Classes Moyennes, Petites et Moyennes Entreprises et Artisanat a signé deux Arrêtés d'application. Il s'agit, en effet de : (i) l'Arrêté 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 (7).

Cet arrêté astreint les entreprises éligibles à l'obligation de se faire enregistrer à l'ARSP. De plus, il soumet les associations momentanées non dotées de la personnalité et les entreprises individuelles à cette même obligation (article 3). Il faut, à ce sujet, souligner que cet élan du Ministre tendant à élargir les entités susceptibles de requérir cet enregistrement s'écarte sans doute aux options levées par le législateur.

En sus de cet Arrêté, le Ministre a pris (ii) l'Arrêté n°3/CAB/MINE/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 (8).

## **B. CONTOUR ET PORTÉE DE L'ARRÊTÉ SUR LES MODALITÉS DE DÉROGATION**

Dans un élan de favoriser la mise en œuvre effective de cette nouvelle réforme, le Ministre de tutelle a pris, en date du 06 janvier 2021, l'arrêté n°3/CAB/MINE/CMPMEA/2021. De

l'analyse de cet Arrêté l'on peut retenir que :

1. cet acte réglementaire trouve son fondement dans l'article 10 bis du Décret n°18/018 du 24 mai 2018 portant mesures d'application de la Loi n°17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le Secteur Privé, tel que modifié et complété par le décret n°20/024 du 12 octobre 2020 qui dispose : «En application des dispositions de l'article 6 de la Loi, les modalités de gestion des dérogations, du fait de l'indisponibilité ou de l'inaccessibilité de l'expertise locale, sont fixées par Arrêté du Ministre de tutelle, sur proposition de l'Article. » Cet acte réglementaire clarifie ainsi les règles gouvernant les modalités d'admission au régime dérogatoire institué à l'alinéa 2 l'article 6 de la Loi n°17/001 de la Loi sur la sous-traitance.
2. cet arrêté n'apporte pas assez de précision concernant les cas pouvant être pris en compte dans ce qu'il qualifie de « l'indisponibilité ou de l'inaccessibilité de l'expertise locale ». Ce silence de l'autorité réglementaire renforce davantage le pouvoir d'appréciation de l'ARSP dans l'analyse des dossiers qui lui seront soumis (9).
3. l'article 2 de l'Arrêté susvisé assigne à cette dérogation l'objectif de permettre aussi bien une entreprise principale qu'une entreprise non éligible à la sous-traitance suivant les conditions prescrites par la législation en vigueur, de conclure des contrats ou des marchés de sous-traitance dans le secteur privé ;
4. de la lecture combinée des articles 6 de la Loi sur la sous-traitance et 3 de l'Arrêté sur les dérogations se dégage qu'en principe la dérogation est accordée pour une durée maximum de six mois cependant en raison de la spécificité de certains marchés, certaines dérogations peuvent être accordées par l'ARSP de manière permanente ou pour une durée supérieure à six mois. Cet arrêté organise un délai plus long que celui posé par le législateur à l'article 6 de la Loi 17/001. En effet, selon ledit article, en cas d'indisponibilité ou d'inaccessibilité d'expertise, l'entrepreneur principal peut, à la suite de l'autorisation de l'autorité compétente, recourir à toute autre entreprise de droit congolais ou à une entreprise étrangère pour autant que l'activité ne dépasse pas six mois. Non seulement que cet arrêté heurte sensiblement les termes de l'alinéa 1er de l'article 6 de la Loi mais aussi et surtout n'aménage pas les modalités à travers lesquelles les exigences prévues à l'alinéa 3 de l'article 6 de la Loi sont mises en œuvre en ce sens que cet arrêté omet de décrire les modalités d'information du Ministre ayant la sous-traitance et l'autorité locale ;
5. la dérogation peut être sollicitée et accordée sur requête de l'entreprise principale ou de l'entreprise sous-traitante. L'arrêté sous examen précise, à cet effet, les conditions de forme et de fond. Ainsi en termes des conditions de forme l'on retrouve les conditions suivantes :
  - Une copie des statuts sociaux ;
  - Le numéro d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Immobilier (RCCM) ou à un Registre équivalent ;
  - La preuve d'affiliation à un organisme de sécurité sociale, pour les entreprises qui y sont assujetties ;
  - L'Attestation fiscale ou tout autre document équivalent ;
  - La preuve d'une représentation en RDC pour les sociétés étrangères dans le cas de l'exécution d'un contrat ou d'un marché d'une durée supérieure à six mois ;
  - Les informations complètes sur l'entreprise sous-traitante lorsque la demande de dérogation émane d'une entreprise principale ;
6. en sus de ces conditions de forme l'autorité réglementaire fixe les conditions de fond se rapportant à :
  - La justification du recours à la sous-traitance par dérogation. L'entreprise principale ou l'entreprise qui prétend à la sous-traitance doit motiver sa

démarche d'obtention de la dérogation. Elle peut dans ce cas évoquer la rareté ou l'inexistence de l'expertise recherchée, la technicité que requiert la réalisation du projet, les cas des appels d'offre infructueux ;

- La preuve que le requérant dispose d'une politique interne de formation devant permettre aux congolais d'acquérir les qualifications nécessaires dans le domaine concerné ;
7. Il convient de préciser que la décision accordant ou non la dérogation doit intervenir dans un délai de trente jours dès le dépôt de la requête. L'autorisation est accordée à titre personnel, cette dernière ne peut, en aucun cas, être cédée, transmise ou louée. En cas d'octroi de la dérogation, l'entreprise principale ou sous-traitante sera obligée de souscrire à un engagement formel de former les congolais dans la filière concernée. L'arrêté sous examen n'apporte pas de précision concernant le cas de silence de l'ARSP après le délai de 30 jours en ce sens que l'on se demande si un tel silence peut être assimilé à une décision tacite de rejet de la demande ou carrément comme étant une décision implicite d'octroi de la dérogation. Ce silence ne contribue pas à l'amélioration de l'environnement et du climat des affaires car il peut donner lieu aux abus et excès de la part de l'autorité de régulation. Ce point mérite d'être clarifié.
  8. l'entreprise principale ou sous-traitante bénéficiaire d'une dérogation doit se soumettre à l'obligation de paiement des droits de 1, 2% sur le montant facturé à l'occasion de la conclusion d'un marché de sous-traitance, hors TVA (Article 18 du Décret portant création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé).
  9. cet arrêté n'apporte cependant pas de précision concernant le régime juridique des relations que pourrait avoir le sous-traitant bénéficiaire de la dérogation avec ses sous-traitants. Ce texte ne spécifie pas non plus si ces derniers sont aussi soumis au respect de la quotité sous-traitable (40%) et aux règles relatives à la participation des congolais dans le capital social. De même, cet arrêté ne s'est pas appesanti sur la possibilité pour un sous-traitant bénéficiaire de la dérogation ou son sous-traitant ne répondant pas aux conditions de solliciter de nouveau une dérogation.
  10. Ainsi, il apparaît clairement que le silence de cet arrêté sur ces questions offre à l'Autorité de régulation de la Sous-traitance dans le secteur privé une marge d'appréciation large qui risque d'aboutir aux abus (10).
  11. L'inobservance des règles fixées par cet arrêté expose l'entreprise principale ou le sous-traitant aux sanctions prévues à l'article 28 de la Loi 17/001. Il résulte de ces articles que :
  12. Article 28 : « Est puni d'une peine d'amende de 50.000.000 à 150.000.000 de francs congolais, tout entrepreneur principal qui sous-traite avec une entreprise en violation de l'article 6 de la présente loi. En outre, une mesure administrative de fermeture momentanée de l'entreprise est prise, selon le cas, par les Ministres ayant l'Economie, l'Industrie et les Petites et Moyennes Entreprises dans leurs attributions, le Gouverneur de province ou l'autorité administrative locale pour une durée ne dépassant pas six mois. Est nul de plein droit, tout contrat de sous-traitance conclu en violation de l'article 6 de la présente loi. »

De l'analyse de cet article résulte les observations juridiques suivantes :

- Ce texte organise des peines de trois ordres : l'amende de 50.000.000 à 150.000.000 de francs congolais, la sanction administrative de fermeture momentanée de l'entreprise et la nullité de plein droit, de tout contrat de sous-traitance conclu ;
- Les infractions et violations de la Loi sur la sous-traitance sont constatées par les officiers de police judiciaire assermentés de l'ARSP;
- Les sanctions administratives de fermeture momentanée pour une durée ne dépassant

pas six mois visent, par contre, les parties au contrat c'est-à-dire l'entreprise principale et le sous-traitant. Cette décision relève de la compétence selon le cas, des Ministres ayant l'Economie, l'Industrie et les Petites et Moyennes Entreprises dans leurs attributions, le Gouverneur de province ou l'autorité administrative locale sur requête de l'ARSP :

- La nullité du contrat est constaté par le juge sur saisine de l'ARSP.

Il convient de relever qu'en violation de l'alinéa 2 de l'article 28 de la Loi 17/001 qui reconnaît, selon les cas, aux Ministres ayant l'économie, l'industrie ainsi que celui ayant les petites et moyennes entreprises dans leurs attributions, la compétence d'infliger les sanctions administratives de fermeture momentanée de l'entreprise, l'article 5 point 3 du Décret n°19/018 du 24 mai 2019 tel que modifié et complété par le Décret n°20/025 du 12 octobre 2020 **confie cette compétence à l'ARSP.**

Il s'observe par ailleurs dans la pratique que l'ARSP inflige les sanctions de radiation. Ces sanctions ne sont pas prévues dans la Loi sur la sous-traitance et encore moins organisées dans ses mesures d'application (11).

### C. EN GUISE D'ÉPILOGUE

Dans l'exposé des motifs de la Loi 17/001, le législateur précise que les entreprises congolaises ne profitent pas de la relance économique et le monde des affaires appartient essentiellement aux étrangers. La Loi est une réponse à cet état de fait que dénonce le législateur : « Cette situation ne laisse pas d'espace aux entreprises congolaises à capitaux congolais constituées essentiellement des petites et moyennes entreprises »

Au-delà de l'existence des PME, cette emprise affirmée, par le législateur, de l'économie par des capitaux étrangers génère non seulement un manque à gagner fiscal mais empêche aussi « la promotion de l'emploi des congolais » et « l'émergence de l'expertise nationale ».

C'est pourquoi, l'édiction du cadre juridique en rapport avec les dérogations aux règles posées par la Loi ne devrait pas se présenter comme une brèche permettant aux entreprises principales ou aux sous-traitants d'échapper à cette nouvelle législation mais plutôt comme un dispositif donnant lieu à une transition. L'impression reste tout autre lorsqu'on scrute l'arrêté sur les dérogations en ce sens que :

- ce texte reste imprécis sur les cas pouvant concrètement donner lieu à cette dérogation en n'apportant pas de lumière sur ce qu'il faille comprendre par l'indisponibilité ou de l'inaccessibilité de l'expertise,
- cet arrêté institue la possibilité pour l'ARSP d'accorder une dérogation permanente en contradiction avec l'alinéa 2 de l'article 6 qui ne prévoit qu'une dérogation dont la durée ne peut dépasser 6 mois.

Au-delà de tous les écueils relevés ci-haut, cette nouvelle réforme introduite depuis 2017 en droit congolais, a le mérite de placer la classe moyenne et l'entrepreneuriat au centre de toutes les préoccupations. Nous suggérons enfin la mise en cohérence du cadre juridique sur la sous-traitance sur les différents points analysés ci-haut afin de faciliter la compréhension et la mise en œuvre.

### D. BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- (1) Loi n°17/001 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans

le secteur privé en République Démocratique du Congo.

(2) MADIMBA KADIMA-NZUJI (Dir.), Note d'opinion, La sous-traitance dans le secteur privé en République Démocratique du Congo : entre ambitions législatives et réalités économiques, Ed. Génération Congo, Kinshasa, 2020 pp. 6 à 8.

(3) G. KALAMBAY LUMPUNGU, Droit congolais de la construction, Editions Espérance, Paris, 2021, p.248 à ce sujet lire également KATUALA KABA KASHALA, code civil congolais annotés : des contrats et des obligations conventionnelles, 11<sup>e</sup> édition, Editions Batena, Kinshasa, 2009, p.283.

(4) MADIMBA KADIMA-NZUJI Les 3 péchés de la loi sur la sous-traitance in <https://www.ohada.com/actualite/3375/les-3-peches-de-la-loi-sur-la-sous-traitance-par-madimba-kadima-nzuji.html> consulté le 21 mars 2024 à 08h42.

(5) 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 tel que modifié et complété par le Décret n°20/025 du 12 octobre 2020.

(6) Décret n° 18/018 du 24 mai 2018 portant mesures d'application de la Loi sur la sous-traitance tel que modifié et complété par le Décret n°20/025 du 12 octobre 2020.

(7) Arrêté ministériel n°2/CAB/MIN/CMPMEA/2021 du 06 janvier 2021 fixant les conditions et les modalités d'identification et d'enregistrement d'entreprises éligibles à l'exercice des activités de la sous-traitance dans le secteur privé.

(8) Arrêté n°3/CAB/MINE/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.

(9) Romain BATAJON et Arnaud TSHIBANGU MUKENDI, Le régime légal de la sous-traitance dans le secteur privé en République démocratique du Congo, in <https://www.daldewolf.com/wp-content/uploads/2021/05/Régime-legal-de-la-sous-traitance-dans-le-secteur-privé-en-RDC.pdf>,

(10) On comprend ainsi facilement les doléances des acteurs économiques, qui appellent à définir plus clairement et de façon plus stricte le régime de la « sous-traitance » en RDC et à mieux définir le champ d'application de la loi générale qui la gouverne. In Yves MADRE et Jennyfer ILUNGA, RDC et loi sur la sous-traitance dans le secteur privé : un champ d'application incertain in <https://blog.avocats.deloitte.fr/rdc%E2%80%AFet-loi-sur-la-sous-traitance-dans-le-secteur-privé%E2%80%AF-un-champ-dapplication-incertain> consulté le 21 mars 2024 à 09h26.

(11) Annonce de radiation par l'ARSP des entreprises défaillantes <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20230921-rdc-les-autorit%C3%A9s-annoncent-la-radiation-de-1200-soci%C3%A9t%C3%A9s-de-sous-traitance> consulté le 21 mars 2024 à 09h26.

# REVUE DE DROIT PRIVÉ DOCTRINE ET JURISPRUDENCE

EN PARTENARIAT AVEC

## AWA-AFRIKA



**Doc & Juris**

By OVK LAW FIRM



**VOL 4**  
2023 -2024