



Doc & Juris
By OVK LAW FIRM

**REVUE DE DROIT PRIVÉ
DOCTRINE ET JURISPRUDENCE**

EN PARTENARIAT AVEC

AWA-AFRIKA



ÉLÉMENTS DU RÉGIME DE LA SOUS-TRAITANCE DANS LE SECTEUR PRIVÉ : CAS PARTICULIER DES ACTIVITÉS MINIÈRES.

Par

BIA BUETUSIWA

Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe
Mandataire en Mines et carrières et en Propriété industrielle
Associé et co-fondateur d'OVK LAW FIRM
Chercheur, formateur et conférencier

Co-fondateur et Directeur exécutif du Centre de recherches et de la Revue juridique Doc&Juris,

www.ovklawfirm.com / www.docetjuris.com

RÉSUMÉ

Les entreprises modernes souhaitent, depuis plusieurs années, se concentrer sur leur cœur de métier. Pour ce faire, elles recourent de plus en plus à des exécutants extérieurs pour accomplir des tâches qui n'en relèvent pas. C'est l'origine de la sous-traitance. En République démocratique du Congo (« RDC »), la sous-traitance est régie par La Loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (« Loi sur la sous-traitance »), deux décrets et plusieurs arrêtés. Ce régime de la sous-traitance a vocation à s'appliquer à tous les secteurs économiques. Il vise à favoriser l'entrepreneuriat national et permettre ainsi l'émergence d'une classe moyenne congolaise. En matière minière, particulièrement visée par ce dessein, la Loi n°18/001 du 09 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier (« Code minier ») renvoie au régime de la Loi sur la sous-traitance. Toutefois, elle donne une définition de la sous-traitance moins extensive que cette loi, ce qui n'est pas sans causer de réelles difficultés d'appréhension et d'application du régime. Ce qui contribue à rendre illisible l'application de la Loi sur la sous-traitance, sur laquelle l'Autorité de régulation de la sous-traitance dans le Secteur privé, ARSP est chargé de veiller. Quoi qu'il en soit le régime juridique de la sous-traitance en RDC souffre d'un certain nombre de malfaçon qu'il importe de corriger avec diligence. Mais faut-il le dire, le véritable obstacle à l'émergence d'une classe d'entrepreneurs congolais dans le domaine de la sous-traitance est celui du financement, les nationaux n'ayant pas accès aux capitaux. C'est une question à régler au niveau politique et économique même si le droit peut aider.

INTRODUCTION

1. L'évolution économique et industrielle accélérée par la Révolution industrielle conduisit à l'émergence de grands groupes commerciaux et industriels. Le début du 20ème siècle vit ainsi naître des géants dans presque tous les domaines. Sans que ce modèle ne fût remis en cause, la fin dudit siècle vit naître un phénomène nouveau caractérisé par une réorganisation des entreprises à l'intérieur (décentralisation) et vers l'extérieur (externalisation). Les entreprises ne souhaitant plus « tout faire » eux-mêmes, notamment pour se concentrer sur ce qu'elles considèrent comme leur cœur de métier, ont donc eu recours à des exécutants extérieurs pour accomplir des tâches relevant directement de leur activité principale ou y concourant même indirectement.

2. Le brocard est connu : le fait précède le droit. La notion de sous-traitance fut prise en compte par le droit assez récemment. Cependant, en droit congolais, c'est bien de sous-traitance (en matière de contrat d'entreprise) qu'il s'agit lorsque l'article 82 de la Loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail tel que modifiée et complétée par la loi n° 16/010 du 15 juillet 2016 (« Code du travail ») dispose¹ : « Le sous-entrepreneur est la personne physique ou morale qui passe avec un entrepreneur un contrat écrit ou verbal pour l'exécution d'un certain travail ou la fourniture de certains services moyennant un prix forfaitaire. Il engage lui-même la main-d'œuvre nécessaire ». Là, le législateur ne l'examine que sous l'angle de la gestion du personnel.

3. L'expression « sous-traitance » fut probablement employée dans la législation pour la

¹ L'article 68 de l'Ordonnance-loi n° 67/310 du 9 Août 1967 portant Code du travail telle que modifiée par la suite contenait également la même disposition.

première fois dans la Loi n° 007-2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier (« Code minier de 2002 »). Par la suite, plusieurs actes législatifs ou réglementaires furent dédiés à la sous-traitance ou contiennent des dispositions s'y rapportant. Il s'agit dans l'ordre chronologique, notamment de :

- L'Édit provincial n° 002 du 22 septembre 2009 portant sous-traitance obligatoire la province du Katanga.
- La Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics (« Loi sur les marchés publics »)
- 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 (« Arrêté sur la Sous-traitance minière ») ;
- Loi n° 15/012 du 1er août 2015 portant régime général des hydrocarbures (« Loi sur les hydrocarbures ») ;
- La Loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé (« Loi sur la sous-traitance ») ;
- La Loi n° 007-2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier, telle que modifiée et complétée par la Loi n°18/001 du 09 mars 2018 (« Code Minier ») ;
- Le Décret n° 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement Minier, tel que modifié et complété par le Décret n°18/024 du 08 juin 2018 (« Règlement Minier ») ;
- La Loi n°18/016 du 09 juillet 2018 relative au partenariat public-privé (« Loi sur les PPP ») ;
- L'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°18/019 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 (« Arrêté de mise en œuvre ») ;
- Le 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° 20/024 du 12 octobre 2020 (« Décret des mesures d'application »)
- Le 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 en sigle tel que modifié et complété par le Décret n°20/025 du 12 octobre 2020 (« Décret ARSP ») ;
- Loi n° 20/017 du 25 novembre 2020 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication ;
- L'Arrêté Ministériel n° 01/CAB/MIN/CMPMEA/2021 du 06 janvier 2021 fixant les modalités de recouvrement forcé des ressources dues à l'autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé (« Arrêté de recouvrement ») ;
- 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 (« Arrêté d'identification ») ;
- 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 (« Arrêté des dérogations »).

4. Il est évident que sur les quinze dernières années, l'intérêt du législateur pour le sujet de la sous-traitance s'est particulièrement accru. Les attentes au sujet de cette loi sont énormes : « La Loi sur la sous-traitance dans le secteur privé devrait révolutionner l'économie de la RDC à moyen et long terme² » même si elle « a généré autant d'attentes positives que d'inquiétudes dans le secteur privé³»

5. Le secteur minier est particulièrement prépondérant dans l'économie de la RDC, en témoigne sa contribution significative dans le budget national⁴. Le marché de sous-traitance dans ce secteur est en conséquence d'un poids important. Ce n'est donc pas un hasard si c'est le Code minier qui le premier s'intéresse textuellement à la question de la sous-traitance. La succession et la multiplicité des textes sur le sujet n'est pas sans entraîner sur plusieurs questions des difficultés à saisir en définitive la volonté du législateur, notamment entre la législation générale sur la sous-traitance portée depuis par la loi sur la sous-traitance et les dispositions particulières du code minier sur la sous-traitance en matière minière. Aussi dans le présent article, nous nous attelons à dresser le régime général de la sous-traitance en République démocratique du Congo (« RDC ») (I) avant d'en examiner les spécificités dans les activités minières (II).

I. RÉGIME GÉNÉRAL DE LA SOUS-TRAITANCE EN RDC

6. Nous brossons ici un bref aperçu des règles qui s'appliquent à la sous-traitance dans tous les domaines (A) avant de relever certaines prescriptions applicables à la sous-traitance dans certaines activités particulières hormis le secteur minier (B).

A. LES RÈGLES GÉNÉRIQUES DE LA SOUS-TRAITANCE

7. Définition de la sous-traitance. Elle est définie comme le contrat d'entreprise⁵, consensuel, onéreux, écrit⁶ portant sur l'activité ou l'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 entreprise, ou à l'exécution d'une ou de

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 p.7

3 Idem, ibidem, p. 6

4 « En termes de contribution à la croissance, les industries extractives restent la branche prépondérante dans la création des richesses au niveau national. En effet, il a été observé entre 2020 et 2022, dans un contexte de remontée des cours de matières premières, le relèvement de la contribution à la croissance des industries extractives qui a été estimé, en moyenne annuelle à 3,31 points de croissance venant de 2,23 points observée les trois années précédentes. Sur la période prévisionnelle, la contribution de la branche minière devrait se situer autour de 2,10 points de croissance. » (Ministère du Budget, Exposé général du projet de loi de finances pour l'exercice 2023, septembre 2023 in https://www.budget.gouv.cd/wp-content/uploads/budget2023/projet/document_num_2_expose_general_plf_2023.pdf [23 avril 2023])

« Ce sont les secteurs des industries extractives et des services qui tirent l'économie congolaise. Plusieurs facteurs ont contribué à cette prédominance du secteur minier : d'une part, la hausse des cours mondiaux des matières premières ; ainsi que l'augmentation de la production de ces matières qui a suivi l'arrivée d'acteurs internationaux importants dans les années 2000 ; et d'autre part le très faible degré d'industrialisation du pays qui n'a que très peu progressé sur les 15 dernières années. Ainsi en 2013, la RDC dégagait un excédent commercial de 718.9 millions de dollars US pour un déficit de 144 millions de dollars US en 2008. » (MADIMBA KADIMA-NZUJI (Dir.), op.cit., p.8)

5 Article 4 de la Loi sur la sous-traitance.

6 Bien que la loi exige que le contrat de sous-traitance soit écrit, elle précise qu'il peut être « prouvé par toute voie de droit » ; ce qui implique que même le contrat verbal peut être admis.

plusieurs prestations d'un contrat de l'entreprise principale⁷. Le sous-traitant ainsi que l'entreprise principale peuvent être autant des personnes physiques que morales⁸. Cette définition prend en compte aussi bien l'acceptation traditionnelle de la sous-traitance qui suppose une relation traditionnelle, entre le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant que l'acceptation « moderne » congolaise qui n'en suppose que deux⁹. Bien qu'à l'origine notion de droit civil, elle ait prospéré dans le cadre du contrat d'entreprise, on parle alors de contrat de sous-entreprise, la sous-traitance ne suppose plus nécessairement aujourd'hui en droit congolais un contrat d'entreprise originaire. Ainsi, ne partageons-nous pas l'opinion¹⁰ qui considère que la sous-traitance suppose obligatoirement deux contrats en cascade.

8. – L'entreprise principale (ou entrepreneur principal, particulièrement si c'est une personne physique) est la partie au contrat de sous-traitance qui a mobilisé les ressources financières, humaines et techniques en vue de la production des biens ou de la prestation des services et qui en est le bénéficiaire. Tandis que le sous-traitant (ou entreprise de sous-traitance) est la personne 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 principale¹¹.

9. – **Champ d'application.** La Loi sur la sous-traitance s'applique à la sous-traitance entre personnes physiques ou morales de droit privé peu importe que le contrat principal soit un marché public ou privé¹². La sous-traitance peut être mise en œuvre dans tous les secteurs de l'activité économique sauf disposition légale propre à certaines professions particulières. Pour ces professions réglementées, le législateur peut les soustraire à tout ou partie du régime institué par la Loi sur la sous-traitance.

10. – Le Décret des mesures d'application dans son cru du 24 mai 2018 disposait en son article 2 alinéa 3 :

La non-application de la loi sur la sous-traitance dans le secteur privé ne peut se justifier que par l'existence d'une législation particulière régissant un secteur donné. Toutefois, ladite loi constitue le droit commun en matière de sous-traitance.

Cette disposition autorisait les dérogations à la Loi sur la sous-traitance par des législations particulières¹³. Cependant, cet article 2 a été modifié par le Décret du 12 octobre 2020 :

En application des dispositions des articles 2 et 3 de la Loi n° 17/§001 du 08 février 2017 fixant les règles relatives à la sous-traitance dans le secteur privé, les services privés de placement, 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.

Toutefois, si dans l'exécution de son activité principale, de l'objet d'un marché ou d'un

7 Article 3 point 9 de la Loi sur la sous-traitance.

8 Article 1er de la Loi sur la sous-traitance.

9 Dans le même sens que moi : 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>, p.9

10 MADIMBA KADIMA-NZUJI (Dir.), op.cit., p.12

11 Article 3 point 8 de la Loi sur la sous-traitance.

12 Article 1er de la Loi sur la sous-traitance.

13 Article 2 de la Loi sur la sous-traitance.

contrat nommé au sens du Code des contrats ou des obligations conventionnelles, une Entreprise donnée sous-traité 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.

11. Cette écriture est malhabile. L'autorité règlementaire dit dans le premier alinéa que les secteurs énumérés sont exclus du champ d'application de la Loi sur la sous-traitance et dans le second que lorsque cette « sous-traitance » concerne l'activité principale de l'entreprise, la Loi sur la sous-traitance s'applique. Difficile de faire plus floue comme rédaction. La lecture a contrario est que le texte s'applique uniquement lorsque la sous-traitance ne concerne pas l'activité principale de la société. Ce qui réduit sensiblement la portée de l'exception.

12. – Par ailleurs, on peut s'interroger sur le pouvoir d'un règlement de délimiter le champ d'application d'une loi sans permission de celle-ci. En effet, l'article 2 de la Loi sur la sous-traitance précise que seule une « disposition légale » peut déroger au caractère général de son champ d'application. Nous estimons donc que cette disposition du Décret des mesures d'application est illégale, à tout le moins elle ne saurait s'opposer à une norme légale contraire, notamment en ce qu'elle limiterait les domaines exclus du champ d'application de la Loi sur la sous-traitance.

13. – **Condition de nationalité.** Le législateur relève dès l'abord ses intentions : « *(La loi) vise à promouvoir les petites et moyennes entreprises à capitaux congolais, à protéger la main-d'œuvre nationale¹⁴ »* . *L'exposé des motifs est encore plus disert : « La République Démocratique du Congo connaît depuis une décennie, une relance de son «économie, principalement dans les secteurs des mines, des hydrocarbures, du bâtiment et des télécommunications. (La) relance (de l'économie de la RDC dans le secteur des mines, des hydrocarbures, du bâtiment et des télécommunications) ne s'accompagne pas (du) développement intégral du (pays). Un grand nombre d'investisseurs étrangers, soit directement par des entreprises filiales des multinationales, soit indirectement par des entreprises congolaises à capitaux étrangers, exécutent à la fois les activités principales et les activités qui leur sont annexes ou connexes seules ou par des entreprises étrangères recrutées par elles. Cette situation ne laisse pas d'espace aux entreprises congolaises à capitaux congolais constituées essentiellement des petites et moyennes entreprises. Elle occasionne un manque à gagner au Trésor public, ne favorise pas la promotion de l'emploi des congolais et gêne l'émergence de l'expertise nationale. La présente loi vise (à réserver la sous-traitance), quelle que soit sa nature, aux entreprises congolaises à capitaux congolais en vue d'en assurer la promotion et favoriser ainsi l'émergence d'une classe moyenne congolaise »*.

14. – « *L'activité de sous-traitance est réservée aux entreprises à capitaux congolais promues par les congolais, quelle que soit leur forme juridique, dont le siège social est situé sur le territoire national¹⁵* » . Le législateur entend réserver l'activité de sous-traitance aux nationaux. L'intention en a été exprimée clairement comme susdit. Si pour les sous-traitants personnes physiques, l'acception est compréhensible, la personne physique doit

¹⁴ Article 1 alinéa 2.

¹⁵ Article 6 alinéa 1 de la Loi sur la sous-traitance

détenir la nationalité congolaise, la notion d'« entreprises à capitaux congolais promues par les congolais » concernant les personnes morales semble assez confuse.

15. – L'article 3 tiret 2 du Décret des mesures d'application apporte des éclaircissements en définissant l'entreprise à capitaux congolais promue par les congolais comme celle dont (conditions cumulatives) :

- Le siège social est situé en RDC ;
- La majorité du capital social est détenue par des personnes physiques ou morales de nationalité congolaise ;
- Les organes de gestion sont majoritairement administrés par des personnes physiques congolaises ; et
- Le personnel est essentiellement constitué de personnes physiques de nationalité congolaise.

Selon la deuxième condition, les personnes morales de nationalité congolaise (qui doivent être majoritaires dans le capital social) sont notamment les sociétés de droit congolais, c'est-à-dire ayant un siège en RDC donc soumises au droit congolais, peu importe si leur propre capital est détenu par des personnes physiques ou morales étrangères.

16. – Pour éviter que par artifice juridique les capitaux étrangers soient « transformés » aux yeux de la loi en capitaux congolais (le but poursuivi qui est de favoriser des capitaux congolais ne sera alors qu'imparfaitement accompli), par la création d'une société ayant son siège en RDC composé d'associés étrangers, société qui sera elle-même associée dans la société de sous-traitance, faisant de cette dernière une société à capitaux à majorité congolais, l'arrêté de mise en œuvre précise que les personnes morales congolaises qui détiennent la majorité du capital de sociétés de sous-traitance éligibles à la sous-traitance doivent elles-mêmes remplir les critères fixés à l'article 3 tiret 2 du Décret des mesures d'application. Cette explicitation du Décret qui peut être perçue comme une condition supplémentaire, techniquement, ne repousse que le problème. En effet, en repoussant d'une étape supplémentaire, l'artifice pourrait quand même être utilisé. Toutefois, le contrôle de l'ARSP ou la nécessité d'obtenir un certificat de conformité, pourrait mettre à mal une telle stratégie dont le but évident est de contourner le but visé par le législateur. Mais une telle démarche de l'ARSP souffrirait d'un défaut de base textuel pour considérer comme non éligible, une société de droit congolais qui aurait comme détenteur de la majorité de son capital une société de droit congolais dont le capital est lui aussi détenu par une société de droit congolais, celle-ci étant majoritairement contrôlée par des personnes étrangères. Il sied de noter que l'ARSP a de plus en plus une vision très restrictive des conditions légales et à la fois, très large de ses propres pouvoirs. Dans un cas d'espèce rencontré, elle a refusé d'accorder à une société l'agrément, car l'associé non éligible qui possède 49% des parts sociales, possède en plus 49% dans le capital de l'autre associé. L'autorité de régulation a considéré que bien que cet associé non éligible ne possédait la majorité ni dans la société demanderesse de l'agrément, ni chez son coassocié, ainsi il ne pouvait lui être reproché le contrôle de la société, ledit associé avait la possibilité grâce à ces 49% et les 49% possédés dans le capital de son coassocié, bénéficiant de la majorité des dividendes. Il est indiscutable qu'une telle interprétation est en phase avec la volonté politique qui vise à faire pleinement bénéficier les nationaux des marchés de sous-traitance, mais elle risque de pécher par

manque de base légale et ouvrir une voie royale à des possibles abus de l'ARSP.

17. – Le sous-traitant en RDC est une personne physique de nationalité congolaise ou une société de droit congolais à capitaux congolais. Cependant, l'article 6 alinéas 2 et 3 de la Loi sur la sous-traitance prévoit une dérogation aux critères de qualification d'un sous-traitant lorsqu'il y a indisponibilité ou inaccessibilité d'expertise.

Ces dispositions prescrivent :

Toutefois, lorsqu'il y a indisponibilité ou inaccessibilité d'expertise énoncée à l'alinéa ci-dessus, et à condition d'en fournir la preuve à l'autorité compétente, l'entrepreneur principal peut recourir à toute autre entreprise de droit congolais ou à une entreprise étrangère pour autant que l'activité ne dépasse pas six mois ; à défaut, elle crée une société de droit congolais.

Le Ministre sectoriel ou l'autorité locale en est préalablement informé.

Ces dispositions (de rédaction assez confuse), entendent introduire le tempérament à l'interdiction de recourir à un sous-traitant non-national en cas d'indisponibilité ou d'inaccessibilité d'expertise. L'entrepreneur peut ainsi recourir à un sous-traitant étranger au sens de l'article 6 alinéa 1 tel que précisé par l'article 4 point IV de l'Arrêté d'identification. Cette dérogation n'est valable que pour 6 mois après lesquels, la société bénéficiaire de l'exemption doit se conformer.

18. – En exécution de l'article 6, l'Arrêté des dérogations déroge auxdites dispositions. Le Directeur général de l'ARSP peut autoriser les dérogations pour des durées supérieures à 6 mois, voire de manière permanente. Cet arrêté, manifestement, viole l'esprit et la lettre de l'article 6 en allégeant les conditions de recours à la dérogation, rendant extensible un délai exprimé strictement. En revanche, la prescription de l'autorisation préalable du Directeur de l'ARSP n'est pas contraire à l'article 6 de la loi. En effet, l'article 6 soumet le recours au sous-traitant non congolais à la condition de fournir la preuve de l'indisponibilité ou de l'inaccessibilité de l'expertise congolaise à l'autorité compétente. Ce qui implique un examen de cette preuve, donc un pouvoir d'appréciation. Il n'en reste pas moins que malgré son illégalité sur le délai, tant que cet arrêté n'est pas abrogé, il reste d'application, bien que ladite illégalité puisse être éventuellement constaté par un juge judiciaire saisi à titre d'exception.

19. – L'arrêté de mise en œuvre sous prétexte d'explicitier le Décret de mise en œuvre, modifie les conditions fixées par le décret en introduisant carrément une forme de dérogation spéciale : « Sont réputées remplir les critères posés à l'article deuxième tiret du Décret de mise en œuvre, les personnes morales dont la majorité du capital social est détenue par des personnes physiques et/ou morales dont le patrimoine provient d'activités majoritairement exercées en République Démocratique du Congo. Ces personnes morales doivent avoir leur siège social en République Démocratique du Congo et embaucher du personnel essentiellement constitué de personnes physiques de nationalité congolaise. Les sociétés réputées remplir les critères exposés supra, lesquels sont cumulatifs et exclusifs de toute autre condition, se verront établir l'attestation de conformité visée à l'article 3 ci-dessous. ». La condition « société dont le patrimoine provient d'activités majoritairement exercées en République Démocratique du Congo » qui qualifierait les sociétés n'est pas prévue par le décret et pose de sérieux problèmes d'acceptation et de mise en œuvre. Que faut-il entendre

par « patrimoine provenant d'activités exercés en RDC » et concrètement comment s'en fera la vérification ? Cette contorsion de l'arrêté paraît être une manière de contourner les conditionnalités réglementaires et qualifier des sociétés qui n'y répondent pas en se basant sur le fait qu'elles ont des activités économiques en RDC. Quoi qu'il en soit, il ne revenait pas à l'arrêté de modifier ainsi le régime fixé par le Décret. Il y a là une nouvelle irrégularité. Les sociétés postulant pour ce régime dérogatoire doivent obtenir une certification auprès du Guichet de certification créé par l'arrêté ministériel n°006/CAB/MIN-PME/01/BLN/2018 du 14 septembre 2017¹⁶.

20. – Sous-traitants étrangers. Comme cité ci-haut, l'article 6 alinéa 1 de la Loi sur la sous-traitance prescrit que les activités de sous-traitance sont réservées aux personnes dont le siège juridique est situé en RDC. Il s'ensuit que les sociétés de droit étranger, et les personnes physiques dont le siège professionnel est situé à l'étranger ne peuvent pas fournir des prestations rentrant dans la définition de la sous-traitance à des entreprises basées en RDC, sauf l'exception prévue par l'article 6, alinéa 2. Cette disposition prévoit que l'entreprise principale peut recourir à titre exceptionnel à une entreprise étrangère en cas d'indisponibilité ou d'inaccessibilité d'expertise.

21. – Conditions d'éligibilité. L'article 9 de la Loi sur la sous-traitance fixe les conditions d'éligibilité pour tout sous-traitant qui est tenu d'avoir un Registre de Commerce et du Crédit Mobilier, une identification nationale et un numéro d'impôt, de produire un document établissant qu'il est en règle avec l'administration fiscale et de présenter l'affiliation à un organisme de sécurité sociale. Toutefois, une formation médicale même non commerciale est éligible à la sous-traitance si elle est constituée conformément à la loi. La disposition semble sous-entendre que seul un commerçant peut exercer une activité de sous-traitance. On peut le déduire de la référence au RCCM ainsi qu'à contrario de l'exception admise, « formation médicale non commerciale ». Ainsi, seuls les commerçants et les entrepreneurs sont admis à exercer des activités de sous-traitance. Cette disposition est à mettre en rapport avec l'article 6 du Décret de mise en œuvre qui exclut notamment les professions libérales (l'un des derniers refuges, bien qu'assiégé, de l'activité économique non commerciale).

22. – Toute sous-traitance fait l'objet soit d'un appel d'offres, soit d'un marché de gré à gré. Elle se fait par appel d'offres lorsque le coût du marché est supérieur ou égal à cent millions de francs congolais¹⁷. Il n'existe pas en droit congolais de procédures des marchés privés qui régleraient ce régime d'appel d'offres ou de gré à gré. Par conséquent, outre le plafond en dessous duquel le marché de gré à gré est autorisé, la loi elle-même fixe les conditions de publicité des appels d'offres. Les autres règles sont à déterminer librement par les procédures internes des entreprises principales tout en veillant au respect des principes généraux de libre concurrence, d'égalité et de non-discrimination. De lege ferenda, il serait judicieux que le législateur fixe les principes de la commande privée lorsque par le vœu de la loi, elle est soumise à une exigence de mise en concurrence.

23. – **Régulation et contrôle.** Suivant l'article 21 de la Loi sur la sous-traitance, « *L'autorité nationale, provinciale ou locale compétente, chacune en ce qui la concerne, est chargée du contrôle de la sous-traitance dans les entreprises sous-traitantes* ». La loi ne

¹⁶ Nous ne sommes pas en mesure de confirmer si ce Guichet a réellement fonctionné. Toutefois, il ressort de mes investigations qu'il ne fonctionne pas en ce moment. Nous ne sommes pas en mesure d'affirmer si cet arrêté a formellement été rapporté ou abrogé.

¹⁷ Article 10 de la Loi sur la Sous-traitance

précise pas de quelles autorités il s'agit, ni ne précise la modalité de désignation de ces autorités. Toutefois, la loi dispose :

- Les Ministres ayant l'Économie, l'Industrie et les Petites et Moyennes Entreprises dans leurs attributions (l'un à défaut de l'autre ? conjointement ? il semble bien que la décision doit être conjointe), le Gouverneur de province ou l'autorité administrative locale (laquelle ?) peuvent prendre une mesure administrative de fermeture momentanée de l'entreprise pour une durée ne dépassant pas six mois¹⁸. La loi ne précise pas dans quel cas ce sont les autorités nationales qui agissent et dans quel autre cas les autorités provinciales ou locales prennent le relais.
- Le Ministre sectoriel ou l'autorité locale est préalablement informé de tout recours à un sous-traitant ne remplissant pas la condition de nationalité.

24. – L'Autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé. Le Décret des mesures d'application dans sa version de 2018 prévoyait que le contrôle de la mise en œuvre de la sous-traitance dans le secteur privé était assuré par une structure dont la création, l'organisation et le fonctionnement, étaient prévus par Décret du Premier Ministre. Mais la modification de cet article 12 en 2020 laisse penser que l'autorité réglementaire s'est rendu compte que le fait qu'un décret donne pouvoir à un autre décret de déterminer quel organe assurera le contrôle prévu par la loi, faisait désordre, elle a préféré faire référence à la loi, « Le contrôle de la sous-traitance dans le secteur privé se fait conformément aux prescrits de l'article 21 de la Loi n°17/001 du 8 février 2017 fixant les règles relatives à la sous-traitance dans le secteur privé ». Il n'en reste pas moins qu'il aurait été de meilleure rédaction que la loi détermine le type de structure qui sera chargé du contrôle et non pas que d'une certaine manière, un décret « s'autosaisisse » dans le cadre de la mise en œuvre de la loi.

– C'est le Décret ARSP, qui crée sous la dénomination « Autorité de Régulation de la Sous-traitance dans le Secteur Privé » en sigle « ARSP », un établissement public à caractère administratif doté de la personnalité juridique, placé sous la tutelle du Ministre ayant les Petites et Moyennes Entreprises dans ses attributions¹⁹. L'ARSP a pour objet²⁰ la régulation des activités de la sous-traitance commandée par les entreprises privées opérant dans tous les secteurs de l'économie. Elle a pour missions²¹ : la planification²² ; la consultation²³ et le contrôle²⁴. La modification du Décret de 2020 a supprimé, à juste titre, la mission

18 Article 28 de la Loi sur la Sous-traitance

19 Article 1er du Décret ARPS. Il faut noter que l'établissement public est toute personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public. Il est créé par un Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres. (Article 2 et 5 de la Loi n° 08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics)

20 Article 4 du Décret ARPS

21 Article 5 du Décret ARPS

22 Concevoir, assurer la mise en œuvre et le suivi-évaluation de la politique nationale ainsi que des politiques sectorielles du contenu local. Conclure avec les entreprises privées du secteur notamment des mines, des hydrocarbures et des infrastructures des contrats spécifiques de réalisation en leurs seins des objectifs des politiques sectorielles du contenu local et en assurer le suivi.

23 Concevoir et proposer des réformes ultérieures sur les 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 et donner un avis consultatif sur toute mesure initiée par le Gouvernement en cette matière ; Concevoir et proposer aux Ministres sectoriels les arrêtés d'application de la Loi n°17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé ; Assister les entreprises privées dans la mise en œuvre des décisions publiques et de leur propre politique du contenu local dans le cadre de la responsabilité sociétale des entreprises

24 Veiller au respect de l'application des conditions requises dans la conclusion des contrats et dans l'exercice des activités de sous-traitance ; Appliquer les sanctions appropriées prévues en cas de violation des dispo-

contentieuse de l'ARSP. Auparavant elle avait dans le cadre cette mission les compétences « de médiation et d'arbitre », sans que l'on sache ce que contenait ces expressions, en cas de litige entre parties à une sous-traitance. En attribuant à l'ARSP le pouvoir de « *Procéder, suivant les conditions fixées par Arrêté du Ministre de Tutelle, 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 ; Publier la liste des sous-traitants éligibles selon leurs domaines d'activités*²⁵ », le décret ARSP se rend coupable d'un excès de pouvoir. En effet, sous le couvert d'un contrôle a priori, il institue une procédure d'agrément non prévue par la loi. En instituant une « taxe » à son article 18 de 5% sur le montant facturé à l'occasion de la conclusion d'un marché de sous-traitance, le Décret ARSP viole l'article 5 de l'Ordonnance-loi n° 18/003 du 13 mars 2018 fixant la nomenclature des droits, taxes et redevances du Pouvoir central, selon lequel : « *Il ne peut être institué d'autres droits, taxes et redevances au profit du Pouvoir central qu'en vertu d'une loi, après avis préalable des Ministres ayant le budget et les finances dans leurs attributions* ». De telles mesures constituent une véritable entrave au libre exercice des affaires et une dégradation manifeste du climat des affaires.

B. RÈGLES PARTICULIÈRES DANS CERTAINS SECTEURS

25. – Dans le secteur des hydrocarbures. La Loi des hydrocarbures définit le sous-traitant : comme la personne physique ou morale fournissant du matériel ou effectuant des travaux et/ou prestations de services nécessaires pour le compte du contractant, dans le cadre des activités de celui-ci ; ces travaux incluant notamment la construction des infrastructures industrielles, administratives, socioculturelles, et autres nécessaires au projet²⁶. Cette définition est conforme à celle de la Loi sur la sous-traitance qui lui est postérieure. L'article 7 de la Loi sur les hydrocarbures dispose que priorité est accordée aux entreprises locales dans le cadre de la sous-traitance à qualités techniques et conditions commerciales égales. La Loi n'a pas précisé le sens d'« entreprises locales », dans tous les cas, le régime de la condition de la nationalité telle qu'organisée par la Loi sur la sous-traitance s'appliquera. BATAJON et TSHIBANGU²⁷ estiment que la Loi sur sous-traitance n'a pas vocation à s'appliquer au secteur des hydrocarbures, avis que nous ne partageons pas et dont le fondement nous semble assez peu évident.

26. – Dans les marchés publics. La Loi sur les marchés publics autorise le titulaire d'un marché public de travaux ou de services à en sous-traiter l'exécution de certaines parties à condition que cette possibilité soit prévue dans le dossier d'appel d'offres et d'avoir obtenu de l'autorité contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. Ladite sous-traitance sera régie par la Loi sur la sous-traitance sauf

sitions légales, réglementaires et contractuelles en matière de sous-traitance ; Appliquer la sanction administrative de fermeture d'une entreprise prévue à l'article 28 alinéa 2 de la loi fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé ; Procéder, suivant les conditions fixées par Arrêté du Ministre de Tutelle, 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; Publier la liste des sous-traitants éligibles selon leurs domaines d'activités .

25 Article 5 du Décret ARSP

26 Article 2 point 37 de la Loi sur les hydrocarbures.

27 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>

les dispositions dérogatoires contenues dans la loi. En effet, la relation entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant reste une relation de droit privé régie par le droit commun de la sous-traitance sauf disposition particulière telle que les conditions précitées d'admissibilité de la sous-traitance dans un marché public²⁸. L'interdiction de sous-traiter plus de quarante pourcents du marché est identique à la règle prévue par l'article 11 de la Loi sur la sous-traitance.

27. – Dans les Partenariats Public-Privé. Selon la Loi sur les PPP, le recrutement des sous-traitants s'opère conformément à la Loi sur la sous-traitance²⁹. Cependant, en principe, le partenaire privé exécute le contrat personnellement sauf si l'Autorité contractante l'autorise à sous-traiter une partie de ses obligations. Sous peine de résiliation du contrat, le sous-traitant direct du partenaire privé appelé à exécuter des prestations de service sur le territoire de la République Démocratique du Congo se constitue après la signature du contrat, soit en une société commerciale de droit congolais, soit en une succursale conformément à la législation congolaise en la matière³⁰. L'application de cette disposition admet-elle la dérogation prévue par la Loi sur la sous-traitance³¹ ? Il nous semble bien que non. Disposition à la fois spéciale (sous-traitance dans le domaine des PPP) et postérieure, c'est la prescription de la Loi PPP qui s'appliquera qui n'a pas permis de dérogation.

28. – Dans le droit du numérique. Suivant le Code du Numérique³², le traitement des données personnelles est soumis à une déclaration ou une autorisation préalable, selon les cas, auprès de l'Autorité de protection des données³³. Cette déclaration ou demande d'autorisation doit contenir la mention du recours à un sous-traitant, s'il y a lieu. Notons que le Code du Numérique définit les termes sous-traitant et sous-traitance en reprenant les termes de la Loi sur la sous-traitance³⁴. Il n'institue pas de régime dérogatoire de la sous-traitance dans son domaine. L'article 224 du Code du numérique renvoie expressément au respect de la loi sur la sous-traitance. Mais le Code du numérique soumet le sous-traitant qui intervient dans le traitement des données personnelles à un régime supplémentaire d'obligations, de contrainte et de responsabilité en raison de la spécificité du secteur et de la nécessité de respect de la vie privée liée à la manipulation desdites données.

II. RÈGLES SPÉCIFIQUES DE LA SOUS-TRAITANCE DANS LE SECTEUR MINIER

29. – L'article 108 quinquies du Code minier dispose : « Les activités de sous-traitance déterminées à l'article 1 point 48 du présent Code sont exercées conformément à la Loi n° 17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé ». Le Code Minier a donc soumis l'exercice de la sous-traitance dans le secteur minier aux dispositions de la Loi sur la sous-traitance. Le législateur minier congolais renvoie à la loi dédiée à la question de la sous-traitance, ce qui pourrait faire penser qu'il n'entendait pas intervenir sur la question. Cependant, l'article 1er point 48 définit le sous-traitant comme :

Toute personne morale de droit congolais à capitaux congolais fournissant du

28 Article 59 de la Loi sur les marchés publics.

29 Article 12 de la Loi sur les PPP.

30 Article 57 de la Loi sur les PPP.

31 En sens contraire, lire Romain BATTAJON et Arnaud TSHIBANGU MUKENDI, op.cit.,

32 Ordonnance-loi n° 23/ 010 du 13-mars 2023 portant code du numérique.

33 Articles 186 et 188 du Code du numérique.

34 Article 2-75, 2-76 du Code du numérique.

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 ;

Cette définition diffère de celle de la loi sur la sous-traitance sur deux points :

- Elle exclut les personnes physiques de la sous-traitance en matière minière ; et
- Elle exclut les prestations indirectement liées au projet minier (activités annexes) de la sous-traitance en matière minière. En l'espèce, sont exclues les fournitures des biens et services liées à l'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.

Dès lors se pose la question de savoir laquelle des règles s'appliquerait à la sous-traitance en matière minière.

30. – La Loi sur la sous-traitance s'applique à l'ensemble des activités liées à la sous-traitance en RDC. Elle concerne tous les secteurs d'activités notamment les activités annexes ou connexes telle que la fourniture des biens et services. «Avec cette nouvelle Loi, tout le monde est le sous-traitant de tout le monde » comme le dit si bien MADIMBA³⁵.

31. – L'article 2 de la Loi sur la sous-traitance précise que, non seulement la sous-traitance concerne tous les secteurs d'activité, mais aussi elle porte sur les activités connexes, annexes ou sur une partie de l'activité principale.

32. – L'article 3 point 2 de la même loi définit l'activité annexe comme 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'article 3 point 3 quant à lui définit l'activité connexe comme étant tout service, toute production dont l'entreprise a besoin et qui sont liés à la réalisation de l'activité principale. Il ressort de tout ce qui précède que l'activité de fourniture des biens et services est bel et bien considérée comme une activité de sous-traitance peut être soumise à la Loi sur la sous-traitance. Au sujet de la fourniture des biens et services, le Directeur général de l'ARSP, le très actif Miguel Kashal affirme : « Je peux vous rassurer que l'ARSP n'est pas en dehors de la loi. Tout ce qui est fait, est fait conformément à la Loi qui régit l'ARSP. Aujourd'hui enlever la fourniture dans la Loi sur la sous-traitance, c'est fini! La sous-traitance est tuée car 90% de la loi sur la sous-traitance c'est la fourniture³⁶ » .

33. – La règle selon laquelle la norme postérieure abroge la règle antérieure connaît des exceptions notamment lorsque la règle postérieure est une règle spéciale, elle déroge

35 MADIMBA KADIMA-NZUJI (Dir.), op.cit., p.12.

36 « RDC : l'ARSP et la FEC discutent sur la mise en place d'un guide sectoriel déterminant le champ d'application de la nouvelle loi sur la sous-traitance », in https://actualite.cd/2024/01/12/rdc-larsp-et-la-fec-discutent-sur-la-mise-en-place-dun-guide-sectoriel-determinant-le#google_vignette [30 septembre 2024]

(n'abroge donc pas) à la règle générale antérieure.

34. – La disposition précitée du Code minier constitue une règle spéciale sur la matière de la sous-traitance (sous-traitance en matière minière), par ailleurs elle est postérieure. En matière de contrariété des normes, la règle principale est que la règle postérieure abroge la règle antérieure. En application de cette règle, c'est la définition du Code minier qui s'appliquerait car, datant du 9 mars 2018 alors que la Loi sur la sous-traitance 8 février 2017. Le texte du Code minier suivant la réforme de 2018, est différent de celui de 2002. En effet, par exemple, en définissant le sous-traitant, le législateur minier de 2002 incluait les personnes physiques tandis que celui de 2018 les exclut. Par ailleurs, 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 avait lui aussi malgré une rédaction moins heureuse inclus les personnes physiques. Ce qui pourrait laisser penser que sur la question de l'exclusion des personnes physiques (et donc sur l'autre question de l'exclusion des activités annexes), il y a eu véritable volonté du législateur de déroger aux règles existantes y compris celles de la Loi sur la sous-traitance.

35. – Il n'y a pas de doute que la disposition sur la sous-traitance en matière minière du Code minier de 2018 est spéciale, spécialité lié au secteur minier. En outre, le Décret n°18/018 du 24 mai 2018 portant mesures d'application de la Loi sur la sous-traitance dispose en son article 2 alinéa 3 :

La non-application de la loi sur la sous-traitance dans le secteur privé ne peut se justifier que par l'existence d'une législation particulière régissant un secteur donné. Toutefois, ladite loi constitue le droit commun en matière de sous-traitance.

Cette disposition autorise les dérogations à la Loi sur la sous-traitance par des législations particulières telles que les dispositions du Code minier sur la sous-traitance en matière minière ainsi que l'arrêté ministériel de 2013 précité. Cependant, cet article 2 a été modifié par le Décret du 12 octobre 2020 qui énumère limitativement les matières dans lesquelles les règles de sous-traitance peuvent déroger à la Loi sur la sous-traitance. Ce Décret (acte réglementaire) ne peut, bien que postérieure, s'opposer à la loi (Code minier).

36. – En matière minière, la définition et la qualification de la sous-traitance à retenir sont celles de l'article 1er point 48 du Code minier. Toutefois, étant donné que l'article 108 quinquies du Code minier renvoie à la Loi sur la sous-traitance, les dispositions de cette loi s'appliqueront à la sous-traitance en matière minière sauf, la définition du sous-traitant minier. Ce régime de la Loi sur la sous-traitance portera avec lui ses mesures d'application dont le Décret n° 018/019 du 24 mai 2018 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé modifié et complété par le Décret n° 20/025 du 12 octobre 2020. Ce dernier texte crée l'ARSP lui donnant la compétence de régulation des activités de la sous-traitance dans le secteur privé en référence à l'article 21 de la Loi sur la sous-traitance. Il s'en suit que dans l'exercice de ses missions, l'ARSP applique (à tort) l'acception plus large du sous-traitant prescrit par la Loi sur la sous-traitance, plutôt que celle (plus restrictive) applicable à notre avis du Code minier. Il n'est pas exact de soutenir que « le renvoi prescrit par l'article 108 quinquies crée une circularité

qui rend inapplicable en droit et en fait le régime de la sous-traitance » car le code minier ne restreint que la définition de la sous-traitance (et donc le champ d'application de la législation sur la sous-traitance, excluant de ce champ les activités annexes). En effet, il y a aucune difficulté juridique dans le fait que la définition du Code minier s'applique à la sous-traitance dans le secteur minier et que par ailleurs, le régime juridique édicté par la Loi sur la sous-traitance auquel renvoie le Code minier s'applique. En effet, en renvoyant à ladite loi, tout en définissant plus de manière plus restrictive la sous-traitance, le législateur minier de 2018, a voulu l'application de cette loi sauf en ce qui concerne la définition de la sous-traitance dans son domaine. Cependant « L'effet juridique recherché par la Loi serait donc nul (non pas nul mais restreint) puisque les activités annexes et connexes (les activités connexes sont bien comprises dans la définition du Code minier) resteraient aux mains des investisseurs étrangers³⁷ » si la définition du Code minier s'appliquait à la sous-traitance en matière minière.

37. Ce n'est pas le choix fait par l'ARSP, qui comme on l'a lu plus haut, tient notamment à inclure les marchés des fournitures parmi les activités de sous-traitance et a donc choisi la conception extensive de la Loi sur la sous-traitance plutôt que celle plus restrictive du Code minier. En réalité, cette vision extensive est inapplicable dans les faits. C'est la raison pour laquelle, l'ARSP rédige, en concertation avec la Fédération des entreprises du Congo (FEC), des guides sectoriels qui permettent de fixer le champ de son action pour chaque secteur de la vie économique. En 2022, 8 guides sectoriels ont été rédigés par l'ARSP, se sont tenu, du 27 au 29 février 2024 au siège de la FEC, les travaux d'élaboration des guides sectoriels des activités usuelles des entreprises entre la FEC et l'ARSP dans le cadre de la sous-traitance dans le secteur privé (Industries manufacturières, pharmacie, importation, bâtiments et travaux publics, transports, hydrocarbures, télécommunications et mines et carrières). Les travaux sont en cours pour d'autres guides sectoriels. « Les guides sectoriels³⁸, sans se substituer à la loi n°17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé et ses mesures d'exécution, ont pour vocation de rendre aisée l'application de celles-ci³⁹. »

38. Selon le Guide sectoriel pour les mines et carrières, relèvent de la Loi sur la sous-traitance, notamment : Les travaux de recherche (sondages, ouvrages souterrains, fouilles, puits (à usage domestique), levées géophysiques, prospection géochimique, s'ils sont exécutés par une personne morale ou physique autre que le titulaire du permis de recherche ; la manutention de ses produits miniers marchands, dans le cadre de l'exploitation, si les titulaires des permis miniers (entreprise principale) recourent aux services d'un partenaire extérieur pour l'assurer ; l'élaboration d'une étude de faisabilité si le titulaire d'un permis de recherche fait recours à un prestataire externe pour exécuter cette opération ; les travaux d'ingénierie et construction ou d'infrastructure lorsque ils relèvent d'un contrat d'entreprise

37 MADIMBA KADIMA-NZUJI (Dir.), op.cit., p.15. Le texte entre parenthèse est de moi.

38 « Poursuite des travaux FEC-ARSP sur l'élaboration des guides sectoriels des activités usuelles des entreprises dans le cadre de la sous-traitance dans le secteur privé » in <https://fec-rdc.com/poursuite-des-travaux-fec-arsp-sur-lelaboration-des-guides-sectoriels-des-activites-usuelles-des-entreprises-dans-le-cadre-de-la-sous-traitance-dans-le-secteur-prive/> [30 septembre 2024]

39 Idem, ibidem.

conclu par l'entrepreneur principal (entreprise minière) et des personnes morales ou des personnes physiques non inscrites au tableau de l'ordre national des ingénieurs civils ou des architectes ; la sécurité et la gestion des risques, si un titulaire du permis minier recourt aux services d'un prestataire extérieur ;

39. Ne relèvent pas de la Loi sur la sous-traitance : les analyses ou essais industriels auprès d'un laboratoire agréé par le Ministre des Mines, car il s'agit d'une exigence légale réglementée ; l'entreposage ou stockage de ses produits miniers (location des sites) même si les titulaires des permis miniers recourent aux sites des tiers pour cette opération, car la location des entrepôts est un contrat de bail à usage professionnel, qui est un contrat nommé ; les prestations des mandataires en mines et carrières, car c'est une profession libérale, réglementée.

40. L'ARSP retient que les professions libérales et les activités réglementées et les contrats nommés ne relèvent pas de la sous-traitance. Elle répond ainsi à la nécessité pratique d'affiner des frontières floues du champs d'application de la loi dont elle est chargée de réguler l'application. On peut aussi noter l'effort qui est fait de maintenir le dialogue avec les acteurs concernés notamment la FEC. Toutefois, il importe que la Loi soit clarifiée et que l'ARSP ne soit pas mise dans les conditions de compléter la législation et la réglementation dont elle n'est sensée être qu'un veilleur.

III. CONCLUSIONS

41. – De 2002 à ce jour, le législateur et l'autorité règlementaire congolais ont mené, pendant dix ans, l'érection d'un régime de la sous-traitance malheureusement marquée du sceau de la précipitation, de l'incohérence et de la malfaçon.

42. Nous concluons, en l'état actuel de la législation, que :

- 1) Loi sur la sous-traitance s'applique à l'ensemble des activités liées à la sous-traitance en RDC y compris à la sous-traitance en matière minière ;
- 2) Le sous-traitant doit être une personne physique congolaise ou une personne morale de droit congolais à capitaux congolais sauf dérogation de l'ARSP ou certification par le Guichet du Ministère des PME ;
- 3) Le sous-traitant en matière minière relève de la définition du Code minier qui est seule applicable à son espèce ;
- 4) Le sous-traitant en matière minière relève de l'autorité de l'ARSP qui lui applique la loi sur la sous-traitance, sauf en ce qui concerne la définition.
- 5) L'ARSP s'emploie à définir en concertation avec les acteurs de la sous-traitance à définir des limites au champs d'application de la loi.

43. – Il y a donc lieu à une véritable refonte de la loi sur la sous-traitance, pour plus de cohérence et de clarté, notamment sur le critère de nationalité, son champ d'application et le rapport entre cette loi et les législations particulières notamment dans le secteur minier. Les tentatives règlementaires de pallier les carences de la loi ont créé un véritable chaos. Le régime légal doit être clair, et les interventions règlementaires cadrés et encadrés.

44. – Plus généralement, le principal obstacle à la réussite de la vision politique de la promotion de la sous-traitance par des entrepreneurs congolais, n'est pas légale. Il est

lié à la corruption des services administratifs, aux insuffisances techniques, au défaut de soutien financier et plus généralement au manque de capitaux congolais⁴⁰. La corruption et l'inexistence d'un véritable écosystème financier permettant de financer les entrepreneurs congolais sont le vrai obstacle à la promotion de la sous-traitance par les nationaux. Les solutions à ces questions ne sont pas juridiques (ou si peu) mais politiques. Toutefois, le droit peut faciliter la tâche, en assouplissant par exemple les modalités de participation au capital par les nationaux. Ainsi leurs apports en industrie pourraient être encouragés, ce qui leur permettraient de mettre en valeur leur connaissance du terrain commercial local, des marchés, des institutions et de leurs animateurs ainsi donc de faire valoir leur entregent. Elles pallieraient ainsi le manque de capitaux dont souffrent les entrepreneurs congolais. Ceux-ci pourraient s'associer ainsi à des personnes étrangères. Toutefois, dans ce cas, soit l'apport en numéraire resterait nécessaire, car l'apport en industrie ne peut donner droit à plus de 25 % des parts sociales⁴¹, soit la RDC consacrerait un régime particulier dérogatoire des sociétés à statut particulier⁴² par lequel une norme spéciale autoriserait les nationaux à recevoir en échange de leur apport en nature plus de 50 % des parts sociales. Il reste néanmoins clair que toutes ces mesures éventuelles ne remplaceront pas des politiques de financement des entrepreneurs congolais. Sinon les termes de l'équation resteront longtemps inchangés, soit la loi sera appliquée fermement, la production en souffrira, les opérateurs congolais n'ayant encore ni l'expertise, ni les capitaux pour répondre à la demande des secteurs pointus tels que les mines ou les hydrocarbures, soit la corruption permettra d'échapper par diverses techniques (prête-nom, contre-lettre, falsification des documents) à la rigueur.

45. – Bien que la loi souffre de malfaçon et appelle une sérieuse revue, c'est la volonté politique avec des moyens conséquents (notamment des solutions intelligentes) qui pourra changer la donne. La plus belle loi du monde ne pourra donner que ce qu'elle a.

40 Interrogé à ce sujet, Landry Meya (AKATA RDC) l'un des acteurs importants de la sous-traitance dans le secteur minier, pointe du doigt les sociétés principales et un déficit de collaboration entre les sous-traitants et l'ARSP : « La loi 17 / 001 existe, mais c'est aux hommes de faire appliquer et à faire respecter cette loi. Aujourd'hui ce que j'estime à ce jour les sociétés principales à 90% ne sont pas en mesure ou ne sont pas encore prêtes à respecter cette loi. C'est aussi ça le problème que nous avons en RDC, voilà pourquoi nous avons ce souci de concurrence déloyale qui existe entre nos sociétés locales et les sociétés étrangères qui continuent à attraper des marchés dans des mines [des sociétés principales]. Et donc il faut qu'il y ait une certaine volonté de ces sociétés principales qui se trouvent dans notre pays de respecter de respecter cette disposition. Nous pensons que l'autorité de régulation de la sous-traitance (ARSP) a un rôle très important à jouer dans le respect de cette loi » in <https://mines.cd/probleme-dapplication-de-la-loi-sur-la-sous-traitance-landry-meya-recommande-a-larsp-de-collaborer-avec-les-sous-traitants-pour-trouver-des-solutions/>. Le diagnostic est posé, mais nous pensons qu'il ne faudrait pas attendre des sociétés principales qu'elles œuvrent spontanément pour la promotion de la sous-traitance des nationaux. Il faut : 1. qu'elles y trouvent intérêt 2. Qu'elles y soient contraintes. Tout en soulignant que la répression sans que des solutions soient mises en œuvre pour promouvoir l'expertise et le financement des nationaux, serait improductive.

41 Article 50-3 de l'acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (« AUSCGIE »)

42 Article 916 alinéa 1er de l'AUSCGIE : « Le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties. »

REVUE DE DROIT PRIVÉ DOCTRINE ET JURISPRUDENCE

EN PARTENARIAT AVEC

AWA-AFRIKA



Doc & Juris

By OVK LAW FIRM

