REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)
Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Regard, Septembre 2017

REGARD

Par
Me Hubert André-Dumont[1],
Avocat associé, McGuireWoods LLP, Bruxelles; Premier Vice-président du Comité de Droit Minier de l'International Bar Association

RD CONGO – NOUVELLE LOI SUR LA SOUS-TRAITANCE

Loi n° 17/001 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé

[1] Est ici remerciée Me Nathalie Locht, avocate, pour ses patientes recherches et relectures. Une version abrégée de la présente étude a été publiée dans le magazine Perspectives, revue trimestrielle de la Chambre de Commerce Belgique-Luxembourg-Pays ACP d'avril-mai-juin 2017 (http://perspectives-cblacp.eu/en/english-nouvelle-loi-sur-la-sous-traitance/).

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Regard, Septembre 2017

Sommaire

- Résumé en anglais
- Article
- Note biographique de l'auteur

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)
Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Regard, Septembre 2017

Abstract:

DRC: New law on subcontracting in the private sector is not without problems

Hubert André-Dumont, Avocat, Partner, McGuireWoods LLP, Brussels; Senior Vice Chair of the Mining Law Committee of the International Bar Association

The Democratic Republic of Congo adopted Law No. 17/001 on 8 February 2017, regulating subcontracting in the private sector. It entered into force on 17 March 2017, with a one-year transitional period.

The Law defines subcontracting as "a service contract, consensual, onerous and written". In civil law, a service contract is an agreement entered into by the contractor and the contractor's client to perform an agreed service, in return for remuneration.

The law establishes incompletely — and sometimes oddly — certain rules for subcontracting activities in the private sector and restricts, with limited exceptions, subcontracting to Congolese enterprises.

Subcontracting of more than 40 percent of the overall value of a contract is now prohibited. This actually may result in less subcontracting, producing a negative commercial effect on the small and medium-sized enterprises the law aims to promote. Contractors may be less inclined to tender for larger projects, as they will not be able to subcontract much of the work and may end up with too many projects and not enough resources to complete them effectively. As a result, this law may encourage cartels of subcontractors, which is detrimental to the market and to clients and contractors.

Further, certain provision of the law could deprive contractors from an efficient recourse against subcontractors for reasons of defects or bad workmanship.

Because of the law, Congolese SMEs may view subcontracting as too complex and formal a process and decide not to participate, which again would render the law ineffective.

Lastly, the question can be posed as to the compatibility of the Law with international conventions such as the WTO, COMESA, CEEAC, SADC, that promote international trade and free access to local markets.

Une loi adoptée récemment[2] en République Démocratique du Congo (ci-après la "Loi") tend à y régler la sous-traitance dans le secteur privé. Elle est entrée en vigueur dès le 17 mars 2017 avec une période transitoire de douze mois. La mise en œuvre de cette loi étrange par certaines de ses dispositions ne sera pas sans poser un certain nombre de problèmes.

1. Objet et définitions

L'article 1er expose que la Loi[3] vise notamment à fixer "*les règles applicables à la sous-traitance entre personnes physiques ou morales de droit privé*". En ce qui concerne le concept de "sous-traitance", l'article 4 de la Loi dispose que "*la sous-traitance est un contrat d'entreprise, consensuel, onéreux et écrit*".
En droit civil[4], le contrat d'entreprise, aussi qualifié de "louage d'industrie"[5] est un contrat par lequel l'entrepreneur s'engage à l'égard de son client à réaliser une prestation convenue moyennant rémunération[6]. L'objet du contrat est donc un travail *déterminé* et n'est pas *le fait de travailler*, ce qui le distingue du contrat de travail[7].

---

[2] Loi n° 17/001 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé – J.O. du 15 février 2017, pp. 7 à 14.

[3] Voir son texte intégral en annexe ou en ligne https://www.droit-afrique.com/uploads/RDC-Loi-2017-01-sous-traitance-secteur-prive.pdf

[4] Le droit de la RDC étant très largement inspiré du droit belge, il est quelquefois fait référence à des auteurs belges dans le présent article. Cf. aussi le commentaire de l'OHADA: www.ohada.org/index.php/fr/reformes-en-cours-avant-projets-et-revisions-d-actes-uniformes/les-contrats-speciaux-sous-traitance-et-la-franchise-contrats-de-partenariat-public-prive .

[5] Par opposition au "louage de services" qui relève du contrat de travail.

[6] Cf. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge - Tome IV*, Bruylant, 1972, n° 844, p. 968.

[7] Idem.

> Le contrat d'entreprise est avec la vente et la location immobilière le plus répandu des contrats dit "contrats spéciaux" ou "contrats nommés". Son fondement juridique se trouve à l'article 372[8] du Code congolais des Obligations et Contrats, qui le définit comme "contrat de louage d'ouvrage" par lequel l'une des parties "*s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*". L'article 427[9] précise qu'existent "*trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie*", parmi lesquelles "*celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis et marchés*", qui vise donc les contrats de construction, lesquels sont encore régis par les dispositions particulières des articles 434 à 446[10]. Toutefois, le contrat d'entreprise, en tant que contrat de prestation de services de droit commun, ne se limite évidemment pas aux contrats de construction, et peut revêtir une variété infinie de prestations, y compris des prestations intellectuelles[11], telles de la consultance.

Telle qu'également définie par l'article 3.9 de la Loi, la sous-traitance, qui relève donc du contrat d'entreprise en vertu de l'article 4, consiste à prester pour une entreprise principale (définie à l'art. 3.5), laquelle s'est engagée à l'égard de son client, ou maître d'ouvrage (défini à l'art. 3.6), à réaliser une ou plusieurs prestations que ce dernier lui a commandées. La Loi conserve donc à la sous-traitance son sens premier, qui est, pour un "sous-entrepreneur" sous-traitant, de prester pour un entrepreneur principal, lequel s'est engagé par contrat envers son client, le maître d'ouvrage, à réaliser un certain nombre de prestations parmi lesquelles celles qui sont réalisées par le sous-traitant.
L'on ne peut que se réjouir du fait que la Loi utilise les notions de "contrat d'entreprise" et de "sous-traitance" au sens usuel du droit civil des contrats et ne commet pas l'abus de langage de certaines réglementations en matière de ressources naturelles[12] d'avoir qualifié de contrats dits de "sous-traitance" des contrats qui sont en réalité des contrats d'entreprise principale ou des contrats de vente. La Loi s'inscrit donc dans la logique de la chaîne de contrats *client–*

---

8 Son équivalent dans le Code Civil est l'article 1710.

9 Son équivalent dans le Code Civil est l'article 1779.

10 Cf. les articles 1787 à 1799 du Code Civil.

11 Cf. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge - Tome IV*, Bruylant, 1972, n° 840, p. 963.

12 Loi n° 007-2002 du 11 juillet 2002 portant Code Minier (cf. l'art. 1.48); Loi n° 15-012 du 1er août 2015 portant régime général des hydrocarbures (cf. l'art. 2.37); Arrêté Ministériel n° 84/CAB/MIN/ECN-DD/CJ/00/RBM/2016 du 29 octobre 2016 portant conditions et règles d'exploitation des bois d'œuvre (cf. l'art. 2.10).

entrepreneur principal–sous-traitant comme plus amplement explicité à la sous-section 2.b ci-après.

2. Champ d'application et modalités

a. Secteurs exclus

Les règles imposées par la Loi (art. 2 al. 1) s'appliquent à tous secteurs d'activités économiques, sauf les secteurs ou professions régulés par des législations particulières.
De nombreux autres secteurs seront ainsi exclus, tels les secteurs de la construction, des mines, des hydrocarbures, des transports et des services informatiques pour ne citer que ceux-là, car ils sont réglementés par des législations spécifiques. Cela est heureux car l'application de la Loi posera un certain nombre de problèmes fondamentaux (voir les sous-sections 2.d, e, f et h ci-après), dont on ne peut encore mesurer les conséquences.

b. Sous-traitance d'activités connexes ou annexes, et sous-traitance partielle uniquement pour l'activité principale

La Loi pose pour principe que la sous-traitance porte sur les "*activités connexes* [et/ou] *annexes*" ou "*sur une partie de l'activité principale*" (art. 2 al. 2), telles que ces activités sont définies aux articles 3.1, 3.2 et 3.3 de la Loi (voir le texte de la Loi en annexe).
L'on peut percevoir ici un objectif sous-jacent de la Loi, qui est de porter sur la sous-traitance des activités dites "annexes", telles 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*" (cf. la définition d'"activité annexe" – art. 3.2), ou "connexes" telles "*tout service, toute production dont l'entreprise a besoin et qui sont liés à la réalisation de l'entreprise* principale" (art. 3.3), et de faire en sorte que ces activités soient confiées à des entreprises congolaises (voir la sous-section 2.c ci-dessous).
Encore faut-il concilier cet objectif avec la limitation de 40% imposée par la Loi (voir la sous-section 2.d ci-dessous) et l'appréhender dans le cadre de la chaîne de contrats *client–entrepreneur principal–sous-traitant*.

Problématique

Le champ d'application de la Loi ainsi posé dans la chaîne de contrats *client-entrepreneur principal-sous-traitant* est vaste, mais l'est-il à un point tel qu'en fin de compte, l'on pourrait qualifier de sous-traitant tout fournisseur de tous biens et services de toute entreprise principale ?

Assurément non, car la Loi interdit par ailleurs la sous-traitance de plus de 40% d'un marché (voir la sous-section 2.d ci-après). Raisonner autrement viderait de son sens la notion de sous-traitance et pourrait par exemple revenir à imposer à un entrepreneur de construction (pour autant que la Loi s'applique à ce secteur réglementé – *quod non*) de devoir fabriquer son ciment et ses briques lui-même ! Autre exemple, en matière de transport (pour autant que la Loi s'applique à ce secteur réglementé – *quod non*), le transporteur doit se fournir en véhicules et pièces de rechange ainsi qu'en carburant, mais aussi en matériel et fournitures de bureau etc. En général, tout entrepreneur ou fournisseur de prestations non exclusivement intellectuelles doit se fournir en matériaux et équipements divers pour pouvoir remplir ses obligations, sans que l'on puisse raisonnablement considérer que les fournisseurs de tels matériaux et équipements divers soient des sous-traitants. Comment tracer une distinction objective entre les besoins généraux de l'entreprise principale et ses besoins spécifiques pour réaliser un marché donné d'une part, et de la véritable sous-traitance d'autre part ? Des problèmes d'interprétation se poseront sans nul doute.

c. Activité réservée aux entreprises congolaises - Entreprises visées

La Loi pose pour principe, conformément au droit commun du contrat d'entreprise, que "*l'activité de sous-traitance est libre*" (art. 5 al. 1) et que "*toute entreprise est libre de sous-traiter dans le secteur de ses activités*" (art. 5 al. 2).
La Loi dispose néanmoins ensuite que "*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 national*" (ci-après "entreprises congolaises") (art. 6 al. 1).
Enfin, la Loi prévoit que "*sauf dispositions contractuelles contraires, le sous-traitant peut sous-traiter*" (art. 7). La Loi n'indique cependant pas de qui doivent ou peuvent émaner de telles dispositions contractuelles contraires : du maître d'ouvrage (qui imposerait à l'entrepreneur d'interdire à son sous-traitant de lui-même faire sous-traiter) ou de l'entrepreneur (qui interdirait à son sous-traitant de faire sous-traiter) ?

Problématiques

Rappelons que ces principes ont trait au contrat de sous-traitance et donc pas au contrat principal d'entreprise ou de vente. La Loi impose donc de ne sous-traiter qu'à des entreprises congolaises. En revanche, l'entrepreneur principal peut parfaitement être une entreprise étrangère ou une entreprise congolaise à capitaux étrangers et promue par des étrangers. Ce n'est donc que si l'entrepreneur principal recourt à des sous-traitants qu'il sera soumis à la Loi.

S'agissant de la "sous-sous-traitance", que des dispositions contractuelles contraires peuvent interdire, il faut admettre dans le silence de la Loi que tant le maître d'ouvrage que l'entrepreneur sont admis stipuler des dispositions l'interdisant.

Exception

La Loi prévoit toutefois une exception à l'obligation de recourir à des "entreprises congolaises" telles que définies ci-dessus. Un entrepreneur pourra recourir à toute autre entreprise de droit congolais ou à une entreprise étrangère "*lorsqu'il y a indisponibilité ou inaccessibilité d'expertise*" (art. 6 al. 2). Cette exception est soumise à deux autres conditions :

i. l'entrepreneur doit fournir "*à l'autorité compétente*" la preuve de cette indisponibilité ou inaccessibilité ; et

ii. l'activité de telle sous-traitance à toute autre entreprise de droit congolais ou à une entreprise étrangère est permise "*pour autant que l'activité ne dépasse pas six mois, à défaut elle crée une société de droit congolais*".

Cette disposition pèche par manque de clarté : quelle est cette "*autorité compétente*" ? Quid si le sous-traitant étranger n'exerce pas en société ou crée une succursale au Congo ? Par ailleurs, selon quels critères la preuve de cette "*indisponibilité ou inaccessibilité d'expertise*" sera-t-elle évaluée ?
Il est également prévu que "*le Ministre sectoriel ou l'autorité locale en [soit] préalablement informé*" (art. 6 al. 3). Quid s'il n'existe pas de ministre sectoriel : le Ministre de l'Économie sera-t-il le ministre qui sera en charge par défaut ? S'il existe un ministre sectoriel, cela signifie-t-il que le secteur d'activités concerné est régi par des dispositions légales spécifiques et que donc ledit secteur d'activités est exclu du champ d'application de la Loi en vertu de l'article 2 alinéa 1 de la Loi (voir la sous-section 4.a ci-avant) ? Et quelle est cette "*autorité locale*" ? La même question se pose en matière de fermeture administrative (voir la sous-section 5.c ci-après).

De telles imprécisions risquent d'ouvrir la voie à des dérives peu compatibles avec les déclarations et efforts régulièrement faits au niveau gouvernemental en vue d'assainir le climat des affaires au Congo. Elles risquent également de rendre plus frileux encore les investisseurs potentiels, toujours demandeurs de stabilité et de sécurité juridique.

d. Limitation à 40% de la valeur d'un marché

L'article 11 de la Loi prévoit qu'"*est interdite, la sous-traitance de plus de quarante pourcents de la valeur globale d'un marché*[13]". Cette limitation, qui déroge au droit commun du contrat d'entreprise, est générale et s'impose à toute activité, qu'elle soit principale, connexe ou annexe de l'entreprise (voir la sous-section 2.b ci-avant).

La Loi restreint donc considérablement la possibilité pour une entreprise de faire appel à un sous-traitant pour l'exécution de son contrat avec son client, le maître d'ouvrage, puisque seuls 40% en pourront être sous-traités. Ceci implique également que l'entrepreneur devra mobiliser les ressources suffisantes, humaines et matérielles, pour réaliser lui-même 60%, soit la plus grande partie des prestations commandées par le client. Si cette limitation vise à mettre en œuvre une mesure en vue de protéger la main d'œuvre nationale au sens de l'article 1er alinéa 2 *in fine*, elle réduit en tout cas les chances des sous-traitants potentiels de l'entrepreneur principal d'accéder à des contrats de sous-traitance et ainsi atteindre l'objectif de l'article 1er alinéa 2 *ab initio* qui est de promouvoir les PME à capitaux congolais.

> Ainsi, par exemple si une société souhaite conclure un contrat d'un montant de 100.000 USD, l'entrepreneur auquel cette société fait appel ne pourra sous-traiter qu'une partie des prestations, à concurrence de 40.000 USD. Elle devra donc réaliser elle-même des prestations pour 60.000 USD, tandis que son sous-traitant ne pourra lui-même faire appel à un sous-traitant que pour 16.000 USD (soit 40% des 40.000 USD).

Par ailleurs, cette limitation implique certes que le maître d'ouvrage est protégé contre un abus de la sous-traitance par l'entreprise à laquelle il recourt à titre principal. Mais tel n'est pas le but de la Loi tel que l'exposé des motifs l'indique (voir en annexe). Par ailleurs, le maître d'ouvrage ne dispose plus, aux termes de la Loi, de la liberté contractuelle consacrée par le droit congolais des contrats, pour convenir d'une autorisation ou limitation de la sous-traitance hors du cadre tracé par la Loi. C'est ainsi que le maître d'ouvrage ne peut désormais plus interdire la sous-traitance, ni l'autoriser au-delà de la limite des 40% de l'article 11. En effet, l'article 22 de la Loi prévoit que "*sont nuls, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui violent les dispositions de la présente loi*".

Or, pour être sûr d'avoir du travail, les entrepreneurs accumulent généralement les soumissions, sachant que normalement ils devraient n'en emporter qu'une partie. Mais il arrive que ces entrepreneurs se trouvent confrontés à un nombre tel de projets emportés avec

[13] Cette disposition est une copie conforme de l'article 59 alinéa 3 de la Loi n° 10-010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

succès qu'ils n'ont d'autre choix que de sous-traiter, souvent avec des soumissionnaires non retenus. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, en droit des marchés publics, la sous-traitance est le plus souvent de droit[14]. Cependant, tant dans le cadre de la loi congolaise précitée sur les marchés publics, que dans le cadre imposé par la Loi, cette facilité de sous-traiter qu'ont les entrepreneurs et - *mutatis mutandis* - leurs propres sous-traitants, est interdite pour plus de 40% du marché (ou du "sous-marché"). Il y a malheureusement lieu de constater que cette limitation est au détriment des petits entrepreneurs, qui n'oseront pas soumissionner de peur d'avoir trop de projets et de ne pouvoir les réaliser à l'aide de leurs propres sous-traitants. À l'opposé, l'on risque d'être confronté à des pratiques d'ententes et de cartels entre sous-traitants, au détriment tant du marché en général et des maîtres d'ouvrages que des entrepreneurs principaux.

Loin d'être promues par la Loi comme l'indiquent l'exposé des motifs et l'article 1er alinéa 2, les PME risquent donc d'être les victimes des restrictions imposées par la Loi.

e. Obligation de recourir à appel d'offres

La Loi impose de recourir à appel d'offres "*lorsque le coût du marché est supérieur ou égal à cent millions de francs congolais*" (art. 10 al. 2). Il en résulte que seule la sous-traitance pour un marché inférieur à 100 000 000 CDF (52 000 USD) peut se faire de gré à gré. À partir de ce seuil, la sous-traitance doit faire l'objet d'un appel d'offres.

La Loi ne précise pas s'il s'agit du "marché" du maître d'ouvrage envers l'entrepreneur, auquel cas l'entrepreneur ne pourra passer de contrat de sous-traitance de gré à gré si celui-ci vaut plus de 40 000 000 CDF (21 000 USD) en vertu de la limitation des 40% (art. 11). Il devra alors passer à appel d'offres. S'il s'agit de la valeur du contrat que l'entrepreneur envisage de confier à un sous-traitant, le gré à gré ne sera pas permis à partir de 100 000 000 CDF (52 000 USD). Nul doute que cette ambiguïté suscitera quelques débats.

Étrangement, mis à part le seuil précité de 100 000 000 CDF (52 000 USD), la Loi ne prévoit aucune exception, contrairement au régime prévalant pour les appels d'offres dans le cadre de marchés publics. Un marché public peut en effet être passé de gré à gré notamment en cas

[14] Cf. par ex. la Directive 2014/24 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, ainsi que l'arrêt du 14 juillet 2016 de la Cour de Justice de l'Union européenne (aff. C-406/14) qui répètent le principe de liberté de sous-traiter en matière de marchés publics dans l'Union européenne.

d'extrême urgence ou lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques ou artistiques[15].

Toujours est-il que la relative modicité de ce seuil aura pour conséquence que devront passer par des appels d'offres la plupart des contrats ou "sous-contrats" que les grandes et très grandes entreprises établies en RDC confieront à des entrepreneurs faisant appel à des sous-traitants.

En droit public, le recours à appel d'offres est justifié par le besoin de défendre au mieux les intérêts de la collectivité en obtenant des commandes publiques aux meilleures conditions, tout en évacuant toute suspicion de favoritisme ou de fraude[16]. Dans le cadre de l'objectif poursuivi par la Loi (voir la section 2 ci-avant), il ne s'agit évidemment pas de défendre au mieux les intérêts des maîtres d'ouvrage ou des entrepreneurs, mais plutôt de donner leur chance aux candidats sous-traitants en leur donnant la possibilité de soumissionner pour des marchés dans lesquels les entrepreneurs principaux feraient appel à la sous-traitance.

L'entreprise principale devra publier son appel d'offres (voir l'art. 10 al. 3 de la Loi en annexe). Cette formalités augmentera inévitablement les coûts pour l'entreprise principale et ralentira le processus de lancement des prestations commandées par le maître d'ouvrage avec les désagréments, voire les sanctions y inhérents.

Étrangement également, et au contraire de ce qui est prévu dans la loi sur les marchés publics, aucune procédure de soumission et de sélection n'est prévue, pas même les critères de sélection des offres et les délais de soumission et de réponse, ni les moyens de contrôle, essentiels au bon déroulement des opérations. Ceci est donc laissé à la discrétion de l'entrepreneur principal, ce qui implique que des erreurs et fautes, même commises de bonne foi, sont évidemment possibles, tout comme des fraudes et abus.

Exception

---

15 Art. 42 de la Loi n° 10-010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics.

16 Cf. M.-A. Flamme et P. Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Tome 1A, Confédération Nationale de la Construction, Bruxelles, 1997, pp. 2 et 6; J. Nöel (coord.), *Les marchés publics – Droit belge et européen*, Quorum, Bruxelles, 2001, p. 28.

Notons qu'aucune disposition de la Loi n'interdit la division d'un marché en lots en vue de rester sous le seuil imposant le recours à appel d'offres. Ceci permettra, sans infraction à la loi, d'organiser les marchés pour pouvoir les passer de gré à gré.

f. Obligation de publication du chiffre d'affaires réalisé avec des sous-traitants

La Loi impose encore aux entreprises l'obligation de publier annuellement le chiffre d'affaires réalisé avec les sous-traitants et la liste de ces derniers (art. 12 al. 1). Il n'est pas précisé où ni comment cette publication doit avoir lieu. Suffirait-il alors d'inclure ces données dans les états financiers annuels déposés au Registre du commerce et du crédit mobilier ?

Or, toute société commerciale est déjà tenue légalement de déposer au Registre du commerce et du crédit mobilier ses états financiers de synthèse comprenant notamment ses charges d'exploitation[17], dans lesquelles devraient se trouver les coûts résultant du recours à des fournisseurs de biens et services.
Par ailleurs, l'obligation de publier la liste des sous-traitants est de nature à porter atteinte au secret d'affaires des entreprises principales en rendant accessible à tout un chacun les noms des entreprises auxquelles elles recourent pour leurs fournitures de biens et services. En cela, cette obligation pourrait également faciliter les ententes et cartels entre sous-traitants, au détriment tant de maîtres d'ouvrages que d'entrepreneurs principaux.

g. Obligation de souscrire les assurances en RDC

En vertu de l'article 27 de la Loi, "*les entreprises sous-traitantes souscrivent leurs assurances auprès de sociétés d'assurances installées en République Démocratique du Congo*".
Cette mesure, qui n'est pas assortie de sanction, empiète sur la législation congolaise réglementant le secteur des assurances. En outre, elle néglige de prévoir les cas de non disponibilité de couverture sur le marché national congolais, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 6 alinéa 2 (voir la sous-section c ci-avant).

h. Paiement du solde par l'entrepreneur principal au sous-traitant

[17] Art. 269 de l'Acte Uniforme OHADA révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

L'article 16 alinéa 2 de la Loi impose que le "*procès-verbal provisoire de réception"* ne devient définitif "*qu'après paiement par l'entrepreneur principal du solde*[18] *dans les trente jours de remise de l'ouvrage à compter de la réception*".
À l'évidence, cette disposition vise à protéger le sous-traitant d'un défaut de paiement du solde lui étant dû par l'entrepreneur principal.
Problématique
La protection recherchée est maladroite car elle procède d'une confusion et d'une méconnaissance de la pratique de la "réception provisoire" et de la "réception définitive" et de la période de garantie s'écoulant entre ces deux réceptions. Il conviendrait en pratique donc de distinguer le "*procès-verbal* provisoire *de réception*" et le "*procès-verbal* définitif *de réception*", visés par la Loi, du "*procès-verbal de réception provisoire*" et du "*procès-verbal de réception définitive*" usuels en droit des contrats de construction (pour autant que la Loi s'applique à ce secteur réglementé – *quod non*), de travail à façon, de vente d'équipements et machineries ou d'autres prestations, par exemple dans le secteur informatique (pour autant que la Loi s'applique à ce secteur réglementé – *quod non*). La réception provisoire vise à constater les vices et malfaçons apparents et fait courir la période de garantie, tandis que la réception définitive fixe l'écoulement de la période de garantie et constate les éventuels derniers défauts et malfaçons à réparer. La période de garantie est généralement fixée à une période entre six mois et deux voire trois ans. Il ne peut être raisonnablement envisagé que le législateur ait voulu limiter la période de garantie aux trente jours de l'alinéa 2 de l'article 16…

Par ailleurs, il est d'usage de réserver un montant de 5% à 10%, à libérer après la constatation sans réserve lors de la réception définitive ou ultérieurement après réparation des derniers vices et malfaçons y constatés. L'obligation faite à l'entrepreneur principal de payer l'intégralité du solde dû au sous-traitant mettra sans nul doute l'entrepreneur principal en porte-à-faux par rapport au maître d'ouvrage à l'égard duquel il aura normalement souscrit les obligations d'usage décrites ci-avant.

Encore une fois, une telle mesure ne peut que nuire au secteur de la sous-traitance, les entrepreneurs principaux devant bien se garder de sous-traiter sous peine de se voir privés de l'efficacité des garanties usuelles, sauf évidemment dans les secteurs régis par une règlementation particulière (voir la sous-section 4.a ci-avant) qui les exclut du champ d'application de la Loi.

[18] L'entrepreneur principal doit payer à son sous-traitant un acompte d'au moins 30% avant le début de travaux (art. 16 al. 1).

3. Conventions internationales

Il y a lieu de poser la question de savoir si la Loi, poursuivant un but protectionniste de "patriotisme économique"[19] en visant à réserver les activités de sous-traitance "*aux entreprises à capitaux congolais promues par les congolais*", est compatible avec les conventions internationales conclues par la RDC ayant pour but de supprimer les obstacles à la libre circulation des biens et des services.
Plus précisément, la Loi est-elle compatible avec le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), du Marché Commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique Australe (COMESA), de la Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale (CEEAC) et de la Communauté de Développement de l'Afrique Australe (SADC) ? L'avenir révèlera si d'autres pays membres des organisations précitées ou des entreprises de ces pays membres exerceront des recours au motif que la Loi les exclut des marchés de sous-traitance en RDC.

[19] Cf. Madimba Kadima-Nzuji, "Les trois péchés de la loi sur la sous-traitance", Economico.CD, 6 mars 2013

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Regard, Septembre 2017

Note biographie de l'auteur

CONTACT

Tél. bureau: + 32 2 629 42 60
handredumont@mcguirewoods.com

FORMATION

Northwestern University Kellogg School of Management (Chicago, USA), Advanced Leadership Program, 2009

University of Bristol (UK), LLM in Commercial Law (Master en droit commercial), 1985

Université Catholique de Louvain, Licence en droit, 1982

ADMISSION AU BARREAU

Bruxelles, 1982

LANGUES

Français, Anglais, Néerlandais

Allemand et Espagnol (basique)

HUBERT ANDRÉ-DUMONT

Après sa licence en droit, Hubert André-Dumont s'est inscrit au barreau de Bruxelles en 1982 où il est toujours actif. Depuis 2002, il est associé dans le cabinet américain McGuireWoods LLP, dont il dirige le bureau de Bruxelles depuis 2009.
Hubert André-Dumont a trente-cinq ans d'expérience comme avocat d'affaires. Il intervient en droit commercial, des sociétés et des associations, de l'immobilier et de la construction, en droit minier, ainsi qu'en financement de projets et en fusions et acquisitions.
Il a écrit de nombreux articles et a donné de nombreuses conférences en droit international des affaires et des cours de droit des affaires dans une école de gestion. Il est correspondant à Bruxelles de l'International Construction Law Review, basée à Londres. Il est également "Senior Vice Chair" du Mining Law Committee de l'International Bar Association (association internationale d'avocats).
Également actif dans le secteur non marchand, Hubert André-Dumont est administrateur de plusieurs associations et fondations.

La Revue du Droit des Affaires en Afrique est publiée grâce au soutien de :