

VEILLE JURIDIQUE EN ENTREPRISE

N°005/DJSF/2017 du 22 Août 2018

LE NOUVEAU CADRE LEGAL ET REGLEMENTAIRE DES ACTIVITES DE LA SOUS-TRAITANCE DANS LE SECTEUR PRIVE EN RDC: QUE FAUT-IL RETENIR ?

Chers membres,

Face au vide légal constaté dans la réglementation des activités de la sous-traitance dans le secteur privé et en vue de créer une classe moyenne au travers la promotion des petites et moyennes entreprises congolaises, en date du 08 février 2017, le Président de la République avait promulgué **la Loi n°17/001 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé**. Cette Loi a été publiée au Journal officiel en date du 15 février 2017 et est entrée en vigueur à partir du 16 mars 2017.

En vue de mettre en application la Loi susvisée, le Premier Ministre a signé, en date du 24 mai 2018, deux Décrets dont l'un porte **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 l'autre porte sur la création, l'organisation et le fonctionnement de l'**Autorité de Régulation de la sous-traitance dans le secteur privé en RDC**, ARSP en sigle. Cette veille est consacrée aux informations essentielles relatives aux activités de la sous-traitance. Que faut-il retenir de ce nouveau cadre légal et réglementaire ?

1. De l'objet et le champ d'application de la Loi sur la sous-traitance

1.1. Objet/que régit La loi sur la sous-traitance ?

La Loi n°17/001 du 08 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé fixe les règles applicables à la sous-traitance entre personnes physiques ou morales de droit privé.

2. Champs d'application/Quelles sont les activités concernées par la

Loi sur la sous-traitance ?

Cette loi constitue le droit commun de la sous-traitance en République Démocratique du Congo et concerne tous les secteurs d'activités, sauf disposition légales contraires régissant certains secteurs d'activité ou certaines professions. Elle porte sur les activités connexes, annexes ou sur une partie de l'activité principale.

3. Formes de la sous-traitance/Quelle forme peut prendre la sous-traitance ?

Au terme des dispositions de l'article 2 alinéa 3 de la loi, les activités de la sous-traitance peuvent prendre l'une des formes suivantes :

- **La sous-traitance de capacité ou conjoncturelle** : qui est une opération par laquelle l'entreprise principale fait appel temporairement à une autre société pour la réalisation d'une tache ou la réalisation d'un produit qu'elle peut exécuter elle-même de manière à faire face aux commandes supplémentaires ;

- **la sous-traitance de spécialité** : qui est une opération par laquelle l'entreprise principale recourt aux services d'une société spécialisée pour l'exécution d'une tache requérant des équipements ou des compétences spécifiques dont elle ne dispose pas, aux fins de la réalisation de l'activité principale ;

- **La sous-traitance de marché** : qui est une opération par laquelle une entreprise principale titulaire d'un marché recourt à une autre entreprise pour l'exécution de certaines obligations du contrat ou du marché.

4. Quelles sont les règles applicables à la sous-traitance ?

En vertu de l'article 1^{er} alinéa 2 du Décret n°18/018 suscité et en application des dispositions des articles 22 et 28 alinéa 3 de la Loi sur la sous-traitance, **les règles applicables à la sous-traitance sont impératives c'est-à-dire s'imposent à tous**.

- La liberté d'exercice de l'activité de la sous-traitance en RDC**

L'activité de la sous-traitance est libre sur toute l'étendue de la République démocratique du Congo, y compris les espaces maritimes de la RDC.

Aucune limite n'a été établie pour sous-traiter dans certains secteurs activités. Toute entreprise est libre de sous-traiter dans le secteur de ses activités.

- Des limites de la sous-traitance dans certains secteurs d'activité**

En dépit du principe de la liberté énoncé ci-haut, il résulte de la lecture combinée de l'article 2 de la Loi susvisée et de l'article 2 du Décret n°18/018 suscité que la sous-traitance trouve des limites en rapport avec les dispositions légales régissant certains secteurs d'activités ou certaines professions.

Il s'agit notamment de certaines dispositions légales prévoyant des règles spécifiques ; **c'est le cas des services privés de placement**, tel que régit par les dispositions des articles 207 du Code du Travail et ses mesures d'applications découlant de l'Arrêté ministériel n° 012/CAB.MIN/ETPS/062/08 du 18 septembre 2008 fixant les conditions d'ouverture, d'agrément et de fonctionnement des services privés de placement.

- Des limites de la sous-traitance par rapport à la constitution du capital social (la nationalité des associés):** Au regard de l'article 6 de la Loi susvisée, **l'activité de la 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 en République Démocratique du Congo.

- Il découle de l'article 3 du Décret n°18/018 suscité **qu'il faut entendre par entreprises à capitaux congolais** celle qui réunit les critères suivants : avoir un siège social en RDC ; la majorité du capital social est détenu par les personnes physiques ou morales de nationalité congolaise ; les organes de gestion sont majoritairement administrés par des personnes physiques congolaises ainsi que le personnel est essentiellement constitué des personnes physiques congolaises.

- Des exceptions de l'exercice des activités de la sous-traitance par les étrangers en cas d'indisponibilité ou d'inaccessibilité d'expertise:**

En vertu de l'article 6 alinéa 2 de la Loi susvisée, **en cas d'indisponibilité ou d'inaccessibilité de l'expertise**, et à condition d'en fournir la preuve à l'autorité compétente, l'entrepreneur principal peut recourir à toute entreprise de droit congolais ou à une entreprise étrangère à condition que l'activité ne dépasse pas 6 (six) mois.

Au cas où l'activité de la sous-traitance dépasse 6 mois, cette entreprise étrangère est tenue de créer une entreprise de droit congolais. Dans tous les cas, le Ministre sectoriel ou l'autorité locale doit en être préalablement informé.

Il faut entendre par Ministre sectoriel, conformément à l'article 3 du Décret n°18/018 suscité, le Ministre Provincial ayant dans ses attributions le secteur dont relève la sous-traitance étant entendu qu'au niveau national la structure de contrôle est placée sous la tutelle du Ministre ayant les Petites et Moyennes Entreprises dans ses attributions.

- De la sous-traitance de la sous-traitance et de la co-traitance**

La sous-traitance de la sous-traitance est admise. Dans ce, le sous-traitant de second rang est soumis aux mêmes conditions de forme et fond que le sous-traitant originel. **Néanmoins, les parties au contrat peuvent convenir d'interdire la sous-traitance de la sous-traitance.**

Il est également admis que deux ou plusieurs entreprises peuvent sous-traitées auprès d'un même entrepreneur principal pour la réalisation des ouvrages et des services.

Dans ce cas, chacun de cocontractants est tiers aux contrats passés par l'autre avec l'entrepreneur principal et est responsable de ses prestations en vertu du **principe de la relativité des actes juridiques**.

5. Les conditions d'exercice de la sous-traitance en RDC

Avant tout, il sied de signaler qu'au vu de l'article nous tenons à signaler que la sous-traitance est un contrat d'entreprise, consensuel, onéreux et écrit. Ce dernier est prouvé par toutes les voies de droit. Font partie du contrat de sous-traitance par ordre de primauté dans l'interprétation des engagements des parties : **La convention ; les cahiers de charge** ainsi que **les annexes (art.20 de la Loi susvisée)**.

- Conditions d'éligibilité:** Pour être éligible, tout sous-traitant doit être enregistré au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier ; Il doit avoir une identification nationale et un numéro d'impôt ;

Sur pied de l'article 5 du Décret n°18/018 suscité, il faut préciser que la déclaration faite par l'entrepreneur vaut également immatriculation au Registre de Commerce et Crédit Mobilier au sens de la

Loi sur la sous-traitance. Dans ce cas, il est tenu de produire une attestation fiscale et de présenter une attestation d'affiliation à un organisme de sécurité sociale.

• **Conditions d'accès au marché de la sous-traitance**

Toute sous-traitance fait l'objet soit d'un appel d'offre, soit d'un marché de gré à gré conformément à la Loi relative aux marchés publics.

Elle se conclut de gré à gré lorsque le coût du marché est inférieur à cent millions de franc congolais (-100.000.000 CDF) et elle s'acquiert par appel d'offre lorsque le coût du marché est supérieur à ce montant.

Elle doit également faire l'objet de la publicité, notamment, dans la presse écrite ou audiovisuelle ou dans les sites internet dans les formes fixées par l'autorité provinciale. **Toutefois, il sied de préciser et de retenir qu'il est impérativement interdit la sous-traitance de plus de quarante pourcent (40%) de la valeur globale d'un marché.**

6. De l'autorité et du contrôle de la sous-traitance en RDC:

Le contrôle de la sous-traitance est assuré par une Autorité de Régulation suivant le Décret n°18/019 portant création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation de la sous-traitance dans le secteur privé qui a pour missions principales la consultation, la planification, le contrôle et le règlement de contentieux (par voie d'arbitrage ou en qualité compositeur) des activités de la sous-traitance dans toute l'étendue de la République Démocratique du Congo.

Parmi les ressources financières de cet Etablissement, il y a lieu de signaler notamment que **5% du montant facturé à la conclusion d'un marché de sous-traitance est rétrocédé à l'ARSP.**

La nature de cette perception (fiscale ou administrative ?) reste à élucider et déterminer également qui, entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, qui devra effectuer le paiement de ce 5%.

7. Du régime social, douanier, fiscal, commercial et financier

- **Du régime social:** Les entreprises sous-traitantes sont soumises à la législation du Travail en vigueur, en l'occurrence la Loi n°015-2002 du 16 octobre 2002 portant Code du Travail tel que modifié et complété à ce jour ainsi que toutes ses mesures d'applications.

Toutefois, dans le cadre des activités de la sous-traitance, il sied de retenir que non seulement il est interdit le prêt illicite de la main d'œuvre et le travail dissimulé **mais également tout débauchage du personnel du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ou par l'entrepreneur principal.**

- **Régime fiscal et douanier:** Les entreprises sous-traitantes sont régies par la législation fiscale et douanière du droit commun.
- **Régime financier :** Les paiements effectués au bénéfice des sous-traitants ou ceux effectués par ceux-ci au bénéfice des tiers, en rémunération d'un travail exécuté sur le territoire national, se font, de préférence, dans des banques ou institutions financières congolaises.

8. Des sanctions en cas de violation : Tout entrepreneur principal qui contracte avec les entreprises sous-traitantes en violation des limites imposées par Loi en ce qui concerne les entreprises à capitaux congolais est passible d'une peine **d'amende de 50.000.000 FC à 150.000.000 FC ou d'une mesure administrative de fermeture.**

La loi prévoit enfin **la nullité de plein droit pour tous les contrats de sous-traitance conclus en violation des restrictions qu'elle impose**, particulièrement en ce qui concerne l'exigence de sous-traiter avec les entreprises congolaises à capitaux congolais promues par les congolais.

Toutefois, il résulte de l'article 14 du Décret n°18/018 suscité que les modalités d'application des sanctions susmentionnées sont fixées par l'Autorité chargée du contrôle de la sous-traitance **après approbation du Ministre ayant les PME dans ses attributions.**

En guise de conclusion, la Loi fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé en RDC constitue dorénavant le droit commun des activités de la sous-traitance avec comme objectif, notamment, la promotion de la classe moyenne congolaise et l'épanouissement des PMEs.

Cependant, Les observations pertinentes relevées à l'endroit de ce cadre légal et réglementaire, si elles ne sont pas prises en compte risquent de compromettre l'atteinte desdits objectifs.

A ce propos, il y a lieu d'améliorer ce cadre par l'édition des mesures fiscales et douanières incitatives en faveur des entreprises sous-traitantes d'une part et d'harmoniser les vues sur la définition d'une PME d'autre part. Car, à ce jour, le critérium fiscal sert de plus en plus de référence pour qualifier une entreprise de PME.

C'est pourquoi, à la fin du moratoire accordé aux entreprises en vue de se conformer aux dispositions impératives de la loi, nous restons convaincu qu'une évaluation de la situation sur terrain s'impose, afin de relever les difficultés réelles d'application et d'améliorer le cadre légal ainsi institué.

TSHIBANGU KATUALA
Conseiller Juridique