M.E.S., Numéro 121 Vol.2, Janvier-Mars 2022
https://www.mesrids.org
Dépôt légal : MR 3.02103.57117
N°ISSN (en ligne) : 2790-3109
N°ISSN (impr.) : 2790-3095
Mise en ligne le 24 janvier 2022

# LA SURVIVANCE DE L'EXCLUSION DES ETRANGERS DU PETIT COMMERCE A L'EPREUVE DU DROIT OHADA

par

**Benjamin BOLITENGE LOPOKA**

*Chef de Travaux, Faculté de Droit*
*Université de Kinshasa*

**Résumé**

La présente étude démontre qu'en dépit de l'adhésion de la RDC à l'OHADA, l'exclusion des étrangers du petit commerce continue à trouver application au regard des textes juridiques en vigueur.

Mais seulement cette exclusion ne semble pas tenir dans la pratique. En effet, le fait de subordonner l'exercice du petit commerce à la détention de la patente, dont l'obtention exige normalement du requérant la production d'un certificat de nationalité Congolaise, constitue un obstacle pour bon nombre de nos concitoyens. De plus, dans un pays comme la RDC, où il n'y a plus eu de recensements depuis des décennies, on voit mal comment et le tri entre nationaux et étrangers peut-il s'opérer. La conséquence logique demeure l'envahissement dudit secteur par les étrangers figurent majoritairement les ressortissants des pays membres de l'OHADA et des autres pays limitrophes.

La solution plausible reste la levée de cette exclusion, car non seulement qu'elle renvoie un message négatif, mais aussi parce que les Congolais, vivant dans l'espace OHADA et dans les pays limitrophes, vivent grâce aux ressources qu'ils tirent des activités relevant du petit commerce « réciprocité obligé ».

**Mots-clés** : *survivance, exclusion, petit commerce, droit OHADA*

**Abstract**

The current study shows dough DRC adhere to OHADA, excluding foreigners from the small trade still implements regarding current texts.

But only this exclusion does not seem true. However, the fact of obliging the hold of the patent, whose possession requires specially from the defendant having a nationality certificate makes a hindrance for numbers of our citizens. In addition in a country like DRC, where censuses do not take since decades, it is not fair how the sort out between the nationals and foreigners. The real consequence remains the invaded area by foreigners on one hand and by lawless Congolese in the other hand. Among these foreigners include mainly inhabitants of countries members of OHADA and borderlands.

The rational solution remains the raise of this exclusion, then not only it sends a bad message, but also because Congolese residing within OHADA area and borderlands, live thanks to profits they get from smll trade as « reciprocity obliges ».

## INTRODUCTION

Dans le processus de la réalisation d'une thèse de doctorat, le récipiendaire a le devoir de publier anticipativement quelques solutions envisagées en rapport avec certaines préoccupations soulevées.

Cette étude se rapporte à la survivance de l'exclusivité d'exercice du petit commerce réservée

aux nationaux ; entrainant comme conséquence directe l'exclusion des étrangers.

Certes, maintenant que la RDC est devenue membre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, OHADA en sigle, et que cette organisation à vocation régionale prévoit une réglementation particulière en la matière, on est en droit de s'interroger sur le sort d'une telle exclusivité. Cette préoccupation trouve sa raison d'être par le fait que la Constitution du 18 février 2006, telle que modifiée en 2011, en son article 215, consacre la primauté des Conventions et Traités internationaux, régulièrement ratifiés par la RDC sur les lois nationales.

Une autre interrogation légitime serait celle relative au contenu actuel de la notion d'étranger ; celle-ci concerne-t-elle également les autres ressortissants des pays membres de l'OHADA ? L'autre préoccupation, non moins importante, serait celle de rechercher, au cas où il serait établi que cette limitation à l'exercice du commerce survie en dépit de l'adhésion du pays à l'OHADA ; les raisons qui la justifieraient et, au besoin, proposer des voies de sortie en la matière.

Pour y parvenir, deux points vont faire l'objet des analyses succinctes, portant respectivement sur l'exclusivité d'exercice du petit commerce réservée aux nationaux et la survivance de l'exclusivité d'exercice du petit commerce réservé aux nationaux. Une brève conclusion met un terme à ce travail.

## I. L'EXCLUSIVITE D'EXERCICE DU PETIT COMMERCE RESERVE AUX NATIONAUX

Au départ, le droit commercial congolais ne faisait aucune distinction entre commerçants, quant à leurs conditions juridiques, bien qu'il soit peu pratique de les soumettre tous aux mêmes obligations.

Par la suite, le législateur congolais a été amené à légiférer autrement les activités commerciales de moindre importance, qu'on qualifie de « *petit commerce* » ; en lui consacrant un régime juridique particulier.

La particularité du régime juridique consacré en la matière est celle d'exclure les étrangers de l'exercice du petit commerce. Il convient, d'une part, de cerner la notion du petit commerce, avant de relever les conditions de son exercice.

### 1.1. Notion de petit commerce

Deux époques sont en prendre en compte quant à la notion de petit commerce : d'une part, l'époque coloniale et d'autre part, l'époque après l'indépendance.

### 1.2. Notion à l'époque coloniale

Jadis, le législateur colonial n'avait pas établi de distinction entre le « *grand commerce* » et le commerce de moindre importance que l'on désigne sous le vocable de « *petit commerce* ». Les textes sur immatriculation au registre de commerce,[24] sur la publication de conventions matrimoniales[25], sur la tenue des livres de commerce[26], et sur la répression de la concurrence déloyale,[27] devaient s'appliquer à tous ceux qui se livraient au commerce à l'Etat Indépendant du Congo ou au Congo-Belge.

C'est seulement en 1937 que le premier texte fut édicté pour régir les activités commerciales de moindre importance auxquelles se livraient les indigènes, qualifiées de trafiquants ambulants. Il s'agit du Décret du 13 août 1937, qui sera suivi d'autres dont le Décret du 6 mars 1951 et celui du 02 avril 1957. C'est donc à travers ces trois textes qu'il sied de tenter de circonscrire la notion de petit commerce à l'époque coloniale.

La véritable définition à cette époque fut celle consacrée par le Décret du 02 avril 1957 sur le commerce ambulant. A cet effet, le petit commerce, mieux le commerce ambulant était désormais défini comme : le commerce de toutes denrées,

[24] *Décret du 06 mars 1951 instituant le registre du commerce*
[25] *Décret du 24 avril 1920 sur la publication des conventions matrimoniales*
[26] *Décret du 31 juillet 1912 sur les livres de commerce*
[27] *Ordonnance-législative n°41/63 du 24 février 1950 portant répression de la concurrence déloyale*

marchandises ou objets généralement quelconques, effectué par la vente ou l'offre de vente à l'acheteur soit de porte en porte ou de place en place, soit sur la voie publique, soit sur les marchés publics (sauf dans certain cas limitativement prévu par la loi).[28]

Il sied de reconnaitre que cette définition a clarifié la notion de petit commerce et, c'est pourquoi, elle a été quasiment reprise après l'indépendance, en l'adaptant au nouveau contexte.

### 1.3. Notion après l'indépendance

De nombreux textes édictés ont tenté de cerner la notion de petit commerce, dont le principal est l'Ordonnance-loi n°90-046 du 08 août 1990 portant règlementation du petit commerce. Aux termes de l'article 3 : par *petit commerce,* on entend désormais, le commerce effectué par la vente des marchandises en petite quantités et dont la valeur globale mensuelle n'excède pas quatre cent mille zaïres.[29]

Avec l'avènement du Franc Congolais, ce chiffre d'affaires a connu des modifications en 1998 et en 2013. Désormais, relève du petit commerce : les activités économiques dont le chiffre d'affaires annuelles ne dépassent pas 10.000.000 FC.

Mais avec l'adhésion à l'OHADA, une nouvelle donne s'est ajoutée**.** En effet, désormais ceux qui se livrent aux activités relevant du petit commerce acquiert le statut d'entreprenant. Ce dernier est entendu comme : « *Un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration au RCCM, exerce une activité professionnelle* ». L'entreprenant, qui est dispensé d'immatriculation au RCCM, est tenu de déclarer son activité à ce registre.

Le statut de l'entreprenant relève des personnes physiques dont les activités, au regard de leurs chiffres d'affaires annuelles, ne dépassent pas les seuils légaux suivants :

- trente (30) millions de FCFA pour les entreprises de négoce ;
- vingt (20) millions de FCFA pour les entreprises artisanales ;
- dix (10) millions de FCFA pour les entreprises de services.[30]

Dans tous les cas, l'exercice du petit commerce est assorti des conditions d'exercice.

### 1.4. Condition d'exercice du petit commerce

D'une manière générale, l'exercice du commerce est dominé par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; principe consacré à l'article 35 de la Constitution du 18 février 2006, telle que modifiée et complétées en 2011.

Mais, compte tenu du caractère dangereux et risqué de la profession commerciale, certaines limitations ou restrictions ont été prévues par la loi. Et dans le même ordre d'idées, ceux qui sont éligibles, notamment à l'exercice du petit commerce en l'occurrence, les entreprenants, sont soumis principalement à une condition, celle de détenir une patente en cours de validité.

C'est ce qui ressort de l'article 1er de l'Ordonnance-loi n°002/2012 du 21 septembre 2012 modifiant et complétant certaines dispositions de l'Ordonnance-loi n°90-046 du 08 août 1990 portant réglementation du petit commerce ; au terme duquel : « *Par dérogation aux dispositions du Décret du 06 mars 1951 portant institution du registre du commerce, l'exercice du petit commerce n'est subordonné qu'à la détention de la patente* ».

### 1.5. Notion de patente

Le législateur congolais ne définit pas la patente. Il fallait rechercher cette définition dans la doctrine. A cet effet, Raymond Guillien et Jean Vincent considèrent la patente comme un impôt direct local remplacé en 1976 par la taxe professionnelle.[31] Il a fallu attendre 2012 pour que la patente soit légalement définie comme une autorisation

[28] Art. 1, *Décret du 02 avril 1957 sur le commerce ambulant*
[29] Art. 3, *Ord-loi n°90-046 du 8 août 1990 portant réglementation du petit commerce*
[30] Art. 13, *Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises*
[31] GUILLIEN (E.) et VINCENT (J.), *Lexiques des termes juridiques,* 4ème éd. Dalloz, Paris, 2003, p.423

administrative annuelle d'exercice du petit commerce.[32]

Mais avec l'adhésion de la RDC à l'OHADA, une certaine évolution semble se constater, car en dépit du fait que l'exigence d'immatriculation ne soit pas de mise ; ceux qui se livrent aux activités relevant du petit commerce sont soumis à l'obligation de faire la déclaration de leurs activités au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM).

Ainsi définie, la patente a un caractère obligatoire, un caractère nominatif ou personnel et un caractère limitatif. Certes, l'obtention de la patente est assortie d'un certain nombre des conditions, à relever dans le point qui suit.

### 1.6. Conditions d'obtention de la patente

L'obtention de la patente est subordonnée à la réunion des conditions limitativement prévues par la loi sur le petit commerce. En effet, l'article 4 de l'Ordonnance-loi n°090-046 du 08 août 1990, prévoit trois conditions d'obtention :

- être de nationalité congolaise ;
- absence d'incompatibilité et de déchéances professionnelles ;
- paiement d'une taxe sur la patente.

De ces trois conditions, c'est celle subordonnant la détention de la patente à la preuve de la nationalité congolaise qui consacre l'exclusion des étrangers du petit commerce. D'où la préoccupation de savoir si l'exclusivité d'exercice du petit commerce réservée aux nationaux, survie à la suite de l'adhésion de la RDC à l'OHADA.

## II. LA SURVIVANCE DE L'EXCLUSIVITE D'EXERCICE DU PETIT COMMERCE RESERVEE AUX NATIONAUX

La République Démocratique du Congo est devenue membre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, OHADA en sigle, depuis le 12 septembre 2012. Cette adhésion a connu un long processus, lequel a pris pratiquement une décennie de préparation. Le processus d'adhésion de la RDC à l'OHADA a été clairement relaté par le professeur Roger Masamba Makela et son groupe de travail à travers l'ouvrage « *L'OHADA en RDC Manuel de vulgarisation* ».[33]

Etant membre à part entière, désormais, tous les actes uniformes s'appliquent en RDC. Parmi ceux-ci figurent l'Acte uniforme du 15 Décembre 2010 sur le droit commercial général, lequel prévoit un régime juridique sur le statut d'entreprenant.

En effet, aux termes de l'article 10 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, tel que révisé le 17 octobre 2008, publié au J.O de l'OHADA n°20 du 01/11/2009 : « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toutes dispositions contraires du droit interne antérieures ou postérieures* ».

C'est pour cette raison que le fait pour l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 précité, de prévoir quelques dispositions relatives au statut d'entreprenant, il est clair que l'exclusivité d'exercice du petit commerce réservée aux nationaux ou l'exclusion des étrangers du petit commerce va s'apprécier en analysant les dispositions du droit communautaire.

### 2.1. Dispositions du droit communautaire sur le statut d'entreprenant

Comme précédemment relevé, le législateur communautaire s'est limité à définir l'entreprenant, à dégager les obligations comptables auxquelles ce dernier est soumis et avoir précisé le seuil en terme des chiffres d'affaires annuelles pour que l'on acquiert le statut de l'entreprenant.

Ceci renseigne clairement que les conditions d'exercice du petit commerce relèvent de la compétence du législateur national. Par conséquent, ces conditions d'exercice du petit commerce

[32] Art. 1er, *Ordonnance-loi n°002/2012 du 21 septembre 2012 modifiant et complétant certaines dispositions de l'Ordonnance-loi n°90-046 du 08 août 1990 portant réglementation du petit commerce*

[33] Ouvrage publié le 19 septembre 2012, sur www.congolegal.cd.

continuent de relever du droit interne congolais. Et, en droit congolais en particulier, c'est la détention de la patente qui demeure la condition principale pour qu'une personne physique exerce les activités relevant du petit commerce.

Cependant, les chiffres d'affaires à prendre en considérations sont ceux prévus par l'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises, entré en vigueur le 1er janvier 2001.

Or, parmi les conditions de son obtention, le demandeur doit apporter la preuve de sa nationalité congolaise ; ce qui montre clairement la survivance de l'exclusion des étrangers du petit commerce.

Néanmoins, cette preuve de nationalité congolaise n'est juridiquement valable que par la production d'un certificat de nationalité ; ce qui n'est pas une formalité simple, dès lors qu'il est connu de tous que la majorité des entreprenants sont des « *gagne-petits* ».

Exerçant des activités de survie, les entreprenants, qui s'y livrent, n'ont pas toujours des moyens susceptibles de leur permettre de se procurer un certificat de nationalité. A ce jour, il s'agit d'une condition qui n'est pas compatible avec les réalités socio-économiques de l'heure.

Conscientes de cette difficulté, les autorités locales, chargées de la délivrer, se contentent du versement par le requérant du taux de la taxe sur la patente pour la délivrer.

Dans un pays comme la RDC, sans grande tradition de recensements de la population depuis des décennies, et même pendant les divers processus électoraux, on voit mal comment une telle disposition peut trouver application sur terrain.

On ne peut non plus s'attendre à une rigueur en cette matière de la part des autorités locales, étant donné que la patente génère des ressources importantes pour le bon fonctionnement des Entités Territoriales Décentralisées.

C'est dans ce contexte qu'il faut relativiser le principe même d'exclusion des étrangers du petit commerce, surtout en ce qui concerne les ressortissants des pays membres de l'OHADA.

### 2.2. Le sort des ressortissants de l'espace OHADA

A ce niveau, il se pose la question de savoir si la notion d'étranger doit s'élargir aux ressortissants des pays membres de l'OHADA, dès lors que tous ces pays jouissent d'un droit des affaires harmonisé d'une manière générale, et qu'en légiférant sur le statut de l'entreprenant, le législateur communautaire n'en a fait allusion.

Il y a lieu de penser en principe que les ressortissants de l'espace OHADA, autres que les congolais, demeurent des étrangers. Et, à ce titre, ils sont exclus de l'exercice du petit commerce en RDC. Par ailleurs, il est inconcevable qu'un étranger quitte son pays, en remplissant toutes les formalités administratives afférentes à l'immigration, lesquelles sont généralement couteuses, pour s'établir en RDC aux fins d'y exercer les activités relevant du petit commerce. Ce raisonnement de bon sens peut ne pas tenir débout au regard de certaines évidences.

En effet, certains étrangers ne les sont que des noms, car nés, grandis et résidant exclusivement en RDC. On voit mal comment priver à cette catégorie d'étrangers, le droit de se débrouiller pour survivre grâce aux revenus susceptibles d'être générés en exerçant les activités relevant de petit commerce.

Il en est de même des étrangers qui résident en RDC depuis des décennies et, qui, malheureusement ont connu des difficultés de tout genre, lesquelles les ont appauvries. On comprendrait mal que cette catégorie d'étrangers soit privée du droit de se débrouiller pour survivre, en exerçant des activités relevant du petit commerce.

De plus, la majorité des Congolais résidant particulièrement dans les autres pays de l'espace OHADA, ne survivent que des revenus générés par les activités relevant du petit commerce dans les pays hôtes. Au nom du principe de réciprocité, ils seraient par conséquent privés du droit de se débrouiller, en exerçant les activités de survie.

Il y a lieu de reconnaitre que cette exclusivité réservée aux Congolais envoie un message négatif dans l'opinion des Congolais, car c'est comme si les congolais sont condamnés à des activités de moindre importance et que les plus importantes activités soient l'apanage des étrangers.

Il est donc temps pour le législateur congolais de changer de politique dans ce secteur ; en prenant en compte les quelques voies de sortie qu'il sied de proposer dans le cadre de la conclusion de cette étude.

## CONCLUSION

La survivance de l'exclusion du petit commerce des étrangers ou de l'exclusivité d'exercice du petit commerce réservée aux nationaux, est une réalité en République Démocratique du Congo. Mais sa mise en œuvre connait d'énormes difficultés pratiques.

En effet, le fait de conditionner l'exercice du petit commerce par la détention de la patente ayant cours de validité et renouvelable chaque année, n'est pas de nature à faciliter les choses, car son obtention est conditionnée à la production par le requérant de la preuve de la nationalité congolaise.

Il s'agit d'une exigence difficile à traduire dans le concret dans un pays où sévit la pauvreté ; la population vivant sous le seuil de pauvreté chronique. Etre rigoureux dans ce domaine, ce serait empêcher la majorité de la population de se débrouiller légalement et régulièrement pour la survie personnelle et de celle leur famille.

Les étrangers, notamment les ressortissants des pays membres de l'OHADA, qui connaissent cette pauvreté ou qui vivent cette pauvreté à l'instar des Congolais, ne sauraient être exclus du secteur du petit commerce.

En effet, les soumettre à cette exigence, ce serait les condamner à la pauvreté ; surtout que les Congolais qui vivent ailleurs, notamment dans les pays de l'espace OHADA, ne se procurent des ressources, dans leurs grandes majorités que grâce à l'exercice des activités relevant du petit commerce.

Par ailleurs, cette exclusivité réservée aux nationaux est un message, moral et politique négatif, les pouvoirs publics sont invités à créer un climat favorable à l'exercice du commerce et à l'investissement pour que les Congolais soient compétitifs dans les affaires.

Dans le même ordre d'idées, les pouvoirs publics sont invités à reconsidérer leur politique en la matière ; et faire en sorte que l'environnement socio-économique permette aux entreprenants de viser plus haut, en musant sur les mesures d'encouragement à mettre en place pour, notamment faciliter la circulation du crédit, ainsi la suppression de certaines taxes et impôts que doivent supporter les entreprenants.

C'est le cas, de l'impôt forfaitaire à charge de micro-entreprise, prévu par l'Ordonnance-loi n°13/006 du 23 février 2013 portant régime fiscal applicable aux entreprises de petite taille en matière d'impôt sur les bénéfices et profits, à son article 11, devrait être supprimé parce qu'il s'agit d'une véritable double imposition. En effet, les entreprenants doivent payer à l'administration centrale 50.000fc par an et s'acquitter de la patente annuelle dont le taux moyen est égal à 50.000FC ; dit-on « *Trop d'impôt tue l'impôt* ».

Comme on le voit, bien que l'adhésion à l'OHADA ne mette pas fin à l'exclusion des étrangers du petit commerce, il y a lieu d'inviter l'autorité publique à reconsidérer cette exclusion aux ressortissants des pays membres de l'OHADA et à ceux des pays limitrophes à la République Démocratique du Congo.

## BIBLIOGRAPHIE

I. Textes juridiques

- Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises, entré en vigueur le 1er janvier 2001 ;
- Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur le droit commercial général ;
- Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la Loi n°11/002 du

20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, Journal Officiel de la RDC, n°spécial, 5 févier 2011 ;
- Décret du 02 avril 1957 sur le commerce ambulant ;
- Décret du 06 mars 1951 instituant le registre du commerce ;
- Décret du 24 avril 1922 sur la publication des conventions matrimoniales ;
- Décret du 31 juillet 1912 sur les livres de commerce ;
- Ordonnance-loi n°90-046 du 08 août 1990 portant réglementation du petit commerce
- Ordonnance-loi n°002/2012 du 21 septembre 2012 modifiant et complétant certaines dispositions de l'Ordonnance-loi n°90-046 du 08 août 1990 portant réglementation du petit commerce.
- Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du droit des affaires, tel que révisé le 17 octobre 2008, publié au J.O de l'OHADA n°20 du 01/11/2009.

II. Ouvrages

- AMBOULOU HYGUIN (D.), *Le droit des affaires dans l'espace OHADA,* 1ère éd., L'Harmattan, Paris, 2014 ;
- BROSSET (G.) et JPELEI (J.), *Manuel de droit commercial usuel,* Editions Commerciales Romanoles, Lausanne, 1944 ;
- CALEWAERT (J.), GOETHEM (V.) et ROMPU (G.), *Principales du droit commercial,* éd. AD. Wesmael-Charlier, Namur, 1961 ;
- CHIRIBAGULA NYUMPA-BASHIMBA (L.), *Précis de droit commercial général,* 1ère éd. CEDI, Kinshasa, 2015 ;
- COMLAN (A.), *Traité de Droit Commercial Congolais,* Tome 1, NEA, Paris, 1971.