

Liber Amicorum

Clément KABANGE NTABALA

**ETAT DE DROIT, ADMINISTRATION ET ENTREPRISES
PUBLIQUES DANS LA DYNAMIQUE DU DEVELOPPEMENT**

**Volume II - Droit Public Économique, Droit des Affaires et
Droit International**

Sous la direction de

*Dieudonné KALUBA DIBWA
Christian-JR. KABANGE NKONGOLO
Félicien KALALA MUPINGANI*

Préface de

Jean-Louis ESAMBO KANGASHE



BARNES & NOBLE PRESS

**BARNES
& NOBLE
PRESS**

ÉTAT DE DROIT, ADMINISTRATION ET ENTREPRISES PUBLIQUES DANS LA DYNAMIQUE DU DEVELOPPEMENT

Volume II : Droit public économique, Droit des affaires et Droit
international

Mélanges en l'honneur du Professeur Émérite

Clément KABANGE NTABALA

Tous droits de reproduction et d'adaptation réservés pour tous les
pays

*Printed in the United States. All rights reserved under international law.
Contents and cover may not be reproduced without the express consent of the
publisher.*

PROBLÉMATIQUE DE LA RÉMUNÉRATION DES MANDATAIRES PUBLICS EN DROIT CONGOLAIS

■ OKITONEMBO WETSHONGUNDA *Laurent*

Introduction

De manière générale, un mandataire public est une personne qui exerce un mandat dans un organisme public ou privé ou est membre d'un organe de gestion d'un organisme public ou privé en tant qu'expert ou avec voix consultative soit en raison des fonctions qu'il exerce auprès d'une administration de l'État, d'une région, d'une communauté, d'une province, d'une commune ou d'un organisme public, soit en qualité de représentant de l'État, d'une région, d'une communauté, d'une province, d'une commune ou d'un organisme public. Il s'agit de l'application ici de la théorie du mandat fondé sur l'article 526 du décret du 30 juillet 1888 portant sur *les contrats et les obligations conventionnelles en générales* communément appelé Code civil congolais livre III, suivant lequel *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et son nom*.

L'une des toutes premières législations de la deuxième République sur les entreprises de l'État est l'ordonnance-loi n° 70-016 du 11 mars 1970 concernant notamment *la nomination et la rémunération des organes de gestion et de surveillance des personnes publiques parastatales*¹⁰⁹. Mais en la matière, il s'agit d'une législation à l'état embryonnaire qui réunissait toutes les entités de l'État autres que ses démembrements administratifs sous l'expression de « *personnes publiques parastatales* » définies comme étant *les administrations personnalisées, les établissements publics, sociétés d'État et tous autres services publics créés par l'État et dotés de la personnalité juridique*¹¹⁰. L'article 8 de cette ordonnance-loi se contente de poser le principe suivant lequel *la nomination et la détermination de la*

¹⁰⁹ M.C., n° 7, 1^{er} avril 1970, p. 201.

¹¹⁰ Article 11, a).

*rémunération des organes de gestion et de surveillance des personnes publiques parastatales sont de la compétence du Président de la République*¹¹¹. Néanmoins, le développement du droit congolais des entreprises publiques commence véritablement avec la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant *dispositions générales applicables aux entreprises publiques* (« Loi de 1978 » dans la suite) avec ses différents révisions et compléments ainsi que ses mesures d'application sur une longue période de plus ou moins trente ans¹¹².

De l'économie générale du régime juridique de fixation de la rémunération des mandataires publics de l'État, il se dégage le principe légal de renvoi de cette détermination au Chef du Gouvernement¹¹³. Il assure la fixation effective de ses éléments concrets, en numéraire et en nature, par voie réglementaire. Mais dans l'évolution socio-politico-juridique de la République démocratique du Congo (RDC), plusieurs événements sont venus bouleverser cette relative stabilité avec un impact sur la forme des entreprises du portefeuille de l'État et la rémunération de leurs mandataires. Il s'agit principalement de la prise du pouvoir par l'AFDL qui a rompu la tradition installée par la loi de 1978, la réforme des entreprises du portefeuille de l'État introduite en 2008¹¹⁴ (« réforme de 2008 ») qui en a changé toute l'architecture juridique et l'adhésion de la RDC à l'OHADA¹¹⁵ qui a introduit des nouvelles règles applicables aux sociétés commerciales, une des formes adoptées par les entreprises du portefeuille de l'État. Dans la foulée de

¹¹¹ Article 8.

¹¹² Du 6 janvier 1978 jusqu'à la réforme de 2008.

¹¹³ Chef de l'État avant la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour et le Premier Ministre, après.

¹¹⁴ À travers les principales lois suivantes :

- Loi n° 08/009 du 07 juillet 2008 portant *dispositions générales applicables aux Établissements publics* ;
- Loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant *dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques* ;
- Loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant *dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille* ;
- Loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État.

¹¹⁵ Sur le processus d'adhésion de la RDC à l'OHADA, voir Laurent OKITONEMBO WETSHONGUNDA, « Le défaut dans la procédure arbitrale : tendon d'Achille de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, » in *Revue de droit africain*, n°81-2017, Bruxelles, Belgique, pp. 21-54, note 1.

la réforme de 2008¹¹⁶, beaucoup de dispositions légales et réglementaires ont été prises en guise des mesures d'application, parmi lesquels deux décrets décisifs.

Le décret n°13/055 du 13 décembre 2013 portant *statut des Mandataires publics dans les Entreprises du Portefeuille de l'État* et le décret n° 13/056 du 13 décembre 2013 portant *statut des Mandataires publics dans les Établissements publics* qui dispose à son l'article 11 que

« la rémunération de base, les primes, les avantages sociaux, les jetons de présence des Mandataires public actifs ou non actifs ainsi que l'allocation fixe des Commissaires aux Comptes dans les Établissements publics, sont fixés par décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition des Ministres de tutelle concernés ».

L'absence de ce décret a consacré, *ipso facto*, un vide juridique par manque du cadre règlementaire de mise en œuvre de l'article 11 de ce dernier décret depuis 2013 à ce jour. Curieusement, un amalgame observé même dans la pratique, s'est créé, faisant croire que ce décret d'application concerne aussi la rémunération des mandataires des entreprises du portefeuille de l'État.

La nature ayant horreur du vide, il s'est développé, en la matière, l'application confuse des « usages » inspirés de l'époque de la loi de 1978 à travers des circulaires, *contra legem* pour la plupart, prises par différents Ministres du Portefeuille¹¹⁷. Mais, à la longue, ces usages ont fini par se

¹¹⁶ Le Professeur Clément KABANGE NTABALA est l'un des experts qui ont réfléchi sur la transformation des entreprises publiques avant la réforme. Voir son livre *Droit des services et des entreprises publics et problématique de la transformation des entreprises en République démocratique du Congo*.

¹¹⁷ Notamment :

- Note circulaire du Ministre du Portefeuille n° 006/MINPF/GD/GDCMU/JML/2007 du 17 juin 2007 portant *avantages sociaux des Présidents des Conseils d'administration des Entreprises Publiques* ;
- Note circulaire du Ministre du Portefeuille n° 007/MINPF/MC/GND/CBNK//2006 du 5 décembre 2006 concernant *la note circulaire n° 004/MINPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 portant sur les avantages sociaux des Présidents des Conseils d'administration des Entreprises Publiques* ;

faire rattraper à la suite des audits initiés par l'inspection générale des finances dont les conclusions ont entraîné des poursuites judiciaires à l'encontre des mandataires de l'État pour détournement des deniers publics¹¹⁸.

Après les remous provoqués par cette vague de contrôle diversement apprécié par l'opinion publique et les principaux intéressés et dans le but de fixer définitivement les avantages sociaux des Mandataires de l'État, le Premier ministre a finalement mis sur pied, le 21 septembre 2022, une Commission interministérielle¹¹⁹ destinée à analyser, au cas par cas, les propositions présentées par les Ministères sectoriels.

Seulement, ce décret à venir ne manque pas de soulever quelques inquiétudes quant à sa légalité. Bien plus, limité strictement à la logique de fixation des chiffres ou des modalités de leur détermination, les termes de référence de la Commission ne donnent, comme indicateurs, que les paramètres de gestion suivants pour chaque établissement public concerné : *le chiffre d'affaires, la trésorerie, les charges du personnel, l'excédent budgétaire et les investissements en fonds propres*. Il ne serait donc pas inutile d'appréhender l'évolution du régime juridique de la rémunération des mandataires publics sous la loi de 1978 (I) avant de saisir sa problématique à ce jour, en l'occurrence sous le régime actuel de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant *les règles relatives à*

-
- Note circulaire du Ministre du Portefeuille n° 004/MNPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 portant *avantages sociaux des Présidents des Conseils d'administration des Entreprises Publiques* ;
 - Note circulaire du Ministre du Portefeuille n°1918/MNPF/RSM/FL/WMM/2017 du 2 août 2017 portant *organisation des*
 - *Cabinets de Présidents des Conseils d'administration, Directeurs Généraux et Directeurs Généraux Adjointes*.

¹¹⁸ Lettre n° 545/PR/IGF/IG-CS/JAK/BCO/2021 du 13 mai 2021 portant *traitement des mandataires publics dans les Entreprises du Portefeuille de l'État et les Établissements Publics*. Il a considéré comme irrégulière et passible d'être qualifiée de détournement de deniers publics, toute dépense exécutée en violation des décrets sur les mandataires publics, notamment : *le paiement des émoluments aux mandataires non actifs, l'octroi des véhicules à crédit aux mandataires aussi bien actifs que non actifs, la couverture des soins médicaux des mandataires non actifs, le paiement des primes de bilan, des primes de budget ou autres, à tout mandataire public et l'octroi des véhicules de fonction aux mandataires non actifs ainsi qu'aux commissaires aux comptes*.

¹¹⁹ Composée des Représentants de la Primature et des Ministères sectoriels ainsi que les Experts de l'Inspection Générale des Finances, du Conseil Supérieur du Portefeuille et ceux des établissements publics.

l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État et de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Économique (AUSCGIE) (II).

I. La rémunération des mandataires publics sous la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques et ses vicissitudes

En RDC, les modalités de rémunération des mandataires publics sont fonction de l'évolution de la législation sur les entreprises publiques, de la forme juridique de l'entité du portefeuille de l'État concernée ainsi que des types d'organes de gestion. Le mot *rémunération* est à entendre ici dans le sens générique désignant toute prestation, en argent ou en nature, fournie en contrepartie d'un travail¹²⁰ car le vocabulaire du législateur semble varier en fonction de différence d'organes et de l'évolution législative.

Sous le régime de l'ancienne loi de 1978, deux dispositions fixaient les principes de rémunération des mandataires publics, même si l'expression n'était pas encore légalement consacrée. A l'époque, les organes principaux des entreprises publiques étaient le Conseil d'administration, le Comité de gestion et les commissaires aux comptes. S'agissant de la rémunération des mandataires publics, deux articles en fixaient les principes : les articles 16 et 19 qui disposent respectivement que :

« Les membres du Conseil d'Administration reçoivent, à titre de jetons de présence, une allocation fixe dont le montant est déterminé par le Président de la République.

Cette allocation est à la charge de l'Entreprise ».

« Outre les jetons de présence qu'ils perçoivent en qualité d'Administrateurs, le Délégué Général et les deux Directeurs reçoivent, à la charge de l'Entreprise, un traitement dont le montant est fixé par

¹²⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, PUF, Paris 2009, V^o Rémunération, p. 799.

le Président de la République, pour le Délégué Général, et par le Conseil d'Administration, pour les deux Directeurs ».

Il se dégage ainsi deux catégories de rémunérations suivant les organes de l'Entreprise publique : un jeton de présence et une allocation fixe pour les membres du Conseil d'administration dont le montant est déterminé par le Président de la République mais dont la périodicité n'est pas fixée ; et un « *traitement* » dont le montant est fixé par le même Président de la République mais uniquement pour le Délégué Général et par le Conseil d'administration pour les deux Directeurs.

Les jetons de présence sont une rémunération accordée aux membres du conseil d'administration des sociétés anonymes. La somme globale est fixée par les actionnaires lors d'une assemblée générale ordinaire. La répartition de cette somme, qui est fixe, entre les administrateurs est déterminée par le conseil d'administration. Généralement ils sont composés d'une partie fixe et d'une partie variable qui est fonction de l'assiduité aux réunions du conseil¹²¹. En 2019, la loi française dite loi Pacte supprime le terme de « *jeton de présence* » pour le remplacer par la notion de « *rémunération de l'activité* » des administrateurs¹²².

Dans certains pays comme la France, outre le jeton de présence, les administrateurs de société touchent des tantièmes qui sont constitués par une somme variable prélevée sur les bénéfices par la société. En plus de cette double rémunération, les administrateurs de sociétés peuvent recevoir des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou les mandats qu'ils se confient dans le conseil y compris le remboursement des frais, par exemple, de table ou de déplacement¹²³.

En RDC, par contre, l'article 16 de la loi de 1978 a résolu cette question des rémunérations des administrateurs en tenant compte de ce qu'une entreprise publique ne réalise pas nécessairement des

¹²¹ MERLE P., *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 15^e édition, Dalloz, Paris 2011, p. 452, § 390.

¹²² www.fr.wikipedia.org V° « Jeton de présence ».

¹²³ LUKOMBE NGHENDA, *Droit congolais des sociétés*, T.II, PUC, Kinshasa 1999, p. 673.

bénéfices distribuables. Il fixe un « *jeton de présence* » et « *une allocation fixe* »¹²⁴.

Par ailleurs, contrairement au jeton de présence qui a une nature privée, le traitement a un caractère public. Il désigne la rémunération d'un fonctionnaire versée par l'État ou une collectivité territoriale en contrepartie des services rendus par l'agent public à la collectivité¹²⁵. L'article 16 de la loi de 1978 a trouvé des applications réglementaires notamment à travers l'ordonnance n° 78/457 du 6 décembre 1978 fixant les allocations des membres des Conseils d'administration, des Commissaires aux Comptes ainsi que le traitement des Délégués Généraux des Entreprises publiques (a), l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-délégués généraux et des délégués généraux-adjoints des entreprises publiques (b) et la décision du Conseil des Ministres du 17 février 2005 (c).

a) La rémunération des mandataires publics dans l'ordonnance n° 78/457 du 6 décembre 1978 fixant les allocations des membres des Conseils d'administration, des Commissaires aux Comptes ainsi que le traitement des Délégués Généraux des Entreprises publiques

L'ordonnance présidentielle n° 78/457 du 6 décembre 1978 a fixé les allocations des membres des Conseils d'administration, des Commissaires aux Comptes ainsi que le traitement des Délégués Généraux des Entreprises publiques. En vertu de cette Ordonnance, les Président des conseils d'administration, les administrateurs et les

Commissaires aux comptes des Entreprises bénéficiaient des *allocations mensuelles fixes*. Outre ces allocations mensuelles fixes dont ils bénéficient en qualité d'Administrateurs, les délégués généraux des Entreprises publiques ont droit à :

- *un forfait comprenant un traitement et frais de représentation ;*

¹²⁴ *Idem*, p.674.

¹²⁵ Voir les articles 46, 47 et 49 de la loi organique de la loi n° 16/013 du 15 juillet 2016 portant statut des agents de carrière des services publics de l'État.

- *un logement gratuit dans une maison de l'Entreprise ou une indemnité de logement le cas échéant ;*
- *un congé payé de de vingt jours par an ;*
- *ils bénéficient en outre des avantages sociaux ci-après :*
 - *droit à une voiture avec chauffeur ;*
 - *droit à une sentinelle et un jardinier ;*
 - *droit à un domestique et un cuisinier ;*
 - *droit aux frais médicaux avec les membres de sa famille.*

Il est clair que sous l'empire de la loi 78-002 du 6 janvier 1978, la rémunération des membres du Conseil d'Administration (administrateurs et le Président) se résumait en une *allocation mensuelle fixe* tandis que les délégués généraux qui étaient en même temps administrateurs bénéficiaient, en plus de l'allocation mensuelle fixe, d'un traitement et frais de représentation ainsi que d'autres avantages. Ce surplus rémunère leurs fonctions dans la gestion quotidienne de l'entreprise. Il faut noter que le Délégué Général était l'équivalent du Directeur Général actuel.

Mais par la suite, il s'observera, dans la pratique, et pour de raison de diminution des frais, que le Président du Conseil d'administration exercera en même temps les fonctions de Délégué Général ; d'où l'appellation de « PDG¹²⁶ ». De ce fait, il cumulera, en termes de rémunération, l'allocation mensuelle fixe due au Président du Conseil d'administration (P.C.A.) ainsi que le traitement, frais et autres avantages reconnus au Délégué général. Ce titre sera finalement formellement consacré par l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués Généraux-Adjoints des entreprises publiques¹²⁷. Toutefois, le régime AFDL va changer la dénomination du PDG en Administrateur Délégué Général (ADG) et du Délégué Général Adjoint en Administrateur Délégué Général Adjoint (ADGA)¹²⁸.

¹²⁶ LUKOMBE NGHENDA, op. cit., p. 674.

¹²⁷ J.O.Z., n° 15, 1^{er} août 1986, p. 48.

¹²⁸ Décret N° 121/2002 du 8 septembre 2002 portant nomination des membres des comités de gestion des entreprises publiques.

***b) La rémunération des mandataires publics dans
l'Ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des
Présidents-délégués généraux et des délégués généraux-
adjoints des entreprises publiques***

Les articles 6 et 7 de l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-délégués généraux et des délégués généraux-adjoints des entreprises publiques fixent respectivement la rémunération comme suit :

« Le traitement de base, les primes et avantages sociaux sont fixés par le Président-fondateur du Mouvement populaire de la révolution, président de la République, sur proposition conjointe des départements de tutelle, le conseil exécutif entendu ».

« Pendant l'exercice de leur mandat, le président-délégué général et le délégué général-adjoint ont droit aux primes et avantages sociaux suivants :

- 1. un logement ou une indemnité de logement ;*
- 2. une voiture de service avec chauffeur ;*
- 3. une sentinelle et un jardinier ;*
- 4. deux domestiques ;*
- 5. indemnités pour frais de funérailles en cas de décès d'un conjoint des enfants entrant en ligne de compte pour l'octroi des allocations familiales ;*
- 6. soins médicaux au Zaïre et à l'étranger. En ce qui concerne les soins médicaux à l'étranger, le président-délégué général et le délégué général-adjoint doivent se conformer à la réglementation arrêtée par le département de la Santé ;*
- 7. indemnités pour frais de représentation ;*
- 8. congé de reconstitution de trente jours ouvrables et congés de circonstances à l'instar de ceux accordés aux agents de l'administration publique ».*

Comme indiqué, ci-dessus, en instituant le poste de Président-Délégué Général (PDG), l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 supprime implicitement les postes de Président du Conseil

d'administration et celui de Délégué Général qui sont fusionnés en celui, unique, de PDG.

c) Rémunérations des mandataires des entreprises publiques décidées par le Conseil des Ministres du 17 février 2005

Aussi bien l'ordonnance n° 78/457 du 6 décembre 1978 fixant les allocations des membres des Conseils d'administration, des Commissaires aux Comptes ainsi que le traitement des Délégués Généraux des Entreprises publiques que l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-Délégués généraux et des Délégués Généraux-Adjointes des entreprises publiques ne fixent pas les montants exacts des « *forfaits* », « *primes* », « *traitements* » et autres « *allocations fixes* » accordés aux mandataires de l'État.

Au cours de sa réunion du 17 février 2005, le Conseil des Ministres a pris la décision de fixer le barème des rétributions de ces mandataires. Ce barème est spécifique à chaque entreprise en fonction des considérations particulières inhérentes à chaque entreprise dont le chiffre d'affaires¹²⁹. Suivant cette décision, la rémunération des mandataires publics de la SONAS, par exemple, était fixée comme suit¹³⁰ :

Rubrique	PCA	ADG	ADGA	ADT/ ADF	ADM	C/C
Base	-	3.717	3.009	2.242	-	-
Logement	-	USD	USD	USD	-	-
Représentation	1.500USD	1.953	1.581	1.178	-	-
Émoluments	3.000USD	USD	USD	USD	2.000	-
		630	510	380	USD	-
		USD	USD	USD		-
		2.000	2 000	2.000		2.000
		USD	USD	USD		USD
Total	4.500USD	8.300	7.100	5.800	2.000	2.000
		USD	USD	USD	USD	USD

¹²⁹ Lettre N°P/00/0252/2005 du 2 mars 2005 portant notification des rétributions des mandataires publics des entreprises.

¹³⁰ *Id.*

En dehors de la rétribution mensuelle, les Administrateurs ont droit à chaque session du Conseil d'Administration, à un jeton de présence égal à 50% du montant de leurs émoluments et à une prime annuelle de performance calculée sur les bénéfices réalisés et dont les modalités de fixation étaient à déterminer. Le jeton de présence n'était dû qu'en cas de tenue effective du Conseil d'Administration¹³¹. Toutefois, l'exécution de cette décision du Conseil des Ministres semble problématique sur la forme. En effet le Conseil des Ministres est une réunion, une *instance de discussion, de concertation et de prise des décisions du Gouvernement*¹³². Quoique prévu constitutionnellement, il ne s'agit pas d'une institution étatique autonome dont les décisions auraient un caractère législatif ou réglementaire et donc applicable comme tel. Ses décisions n'engagent que les membres du Gouvernement¹³³, raison pour laquelle l'exécution de ses décisions par l'administration ou les administrés (citoyens) doit nécessairement passer par l'intermédiation d'un acte législatif ou réglementaire formel¹³⁴. Il est dès lors incompréhensible que le Président du Conseil Supérieur du Portefeuille ait notifié aux entreprises publiques, par sa lettre n° P/00/0252/2005 du 2 mars 2005, les rétributions des mandataires publics des entreprises *suivant les instructions du Ministre du Portefeuille contenues dans sa lettre n° 496/MINPF/RK/SM/CVK/2005 du 21 novembre 2005 conformément à la décision du Conseil des Ministres prise lors de la réunion du 17 février 2005*. Ceci est d'autant plus étonnant qu'au regard des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués Généraux-Adjointes des entreprises publiques encore en vigueur à ce moment-là, et d'autres textes précédents en la matière, cette prérogative appartenait au Président de la République.

¹³¹ Lettre N°P/00/0252/2005 du 2 mars 2005 portant notification des rétributions des mandataires publics des entreprises.

¹³² Article 45 alinéa 1 de l'Ordonnance n° 22/022 du 7 janvier 2022 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement.

¹³³ *Id.*, article 48 alinéa 3 *in fine*.

¹³⁴ *Ibid.*, articles 26 alinéa 1, 9 alinéa 2 et 17 alinéa 2.

d) Interprétations de l'Ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués Généraux-Adjointes des entreprises publiques par des circulaires ministérielles

L'Ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués Généraux-Adjointes des entreprises publiques (Ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des PDG) a fait l'objet d'interprétation, de clarification et d'ajustement par trois notes circulaires du Ministère du Portefeuille n° 004/MINPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 (1); n° 007/MINPF/MC/GND/CBNK//2006 du 5 décembre 2006 concernant la note circulaire n° 004/MINPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 portant sur les avantages sociaux des Présidents des Conseils d'administration des Entreprises Publiques (2); note circulaire du Ministre du Portefeuille n° 006/MINPF/GD/GDCMU/JML/2007 du 17 juin 2007, toutes portant sur les avantages sociaux des Présidents des Conseils d'administration des Entreprises Publiques (3).

1) Note circulaire n° 004/MINPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 portant sur les avantages sociaux des présidents des Conseils d'Administration des entreprises publiques dite « circulaire VUNABANDI »

Dans l'évolution intervenue entre Président du Conseil d'Administration, Président-Délégué Général à l'Administrateur Délégué Général avec le retour de manière séparée du poste du PCA, il s'est posé des questions sur la rémunération de ce dernier. Pour clarifier la situation, le Ministre du Portefeuille de l'époque, Célestin VUNABANDI KANYAMIHIGO, avait pris la Note circulaire n° 004/MINPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 portant sur les avantages sociaux des présidents des Conseils d'Administration des entreprises publiques qui expose en substance que :

« Il me revient de constater que les Présidents des Conseils d'Administration des Entreprises Publiques connaissent de plus en plus de problèmes quant à la connaissance et au paiement de leurs avantages sociaux prévus par les dispositions des articles 7, 16 et 17 de l'Ordonnance

n° 86-202 du 11 juillet 1986 portant Statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués-Généraux Adjoint des Entreprises Publiques.

Ces difficultés sont souvent liées aux interprétations parfois erronées ou subjectives que font les uns et les autres sur les dispositions susvisées ou la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux Entreprises Publiques.

A ce sujet, je tiens à rappeler à votre meilleure attention que la loi de 1978 et encore moins l'Ordonnance de 1986 ne donne aucune explication légale sur l'équivalent du Président Délégué Général prévu par l'Ordonnance précitée à l'évolution actuelle des fonctions du Président du Conseil d'Administration ou d'Administrateur-Délégué Général.

Étant donné qu'il n'existe pas encore une nouvelle législation devant porter une clarification sur cette confusion, il y a lieu de reconnaître aux Présidents des Conseils d'Administration, le bénéfice des avantages sociaux prévus par les dispositions des articles 7, 16 et 17 de l'Ordonnance n° 86-202 du 11 juillet 1986.

Cette position est d'autant justifiée, d'une part, par le fait de la volonté du mandant ou de l'État propriétaire qui, depuis l'an 2000, a accordé une permanence aux fonctions du Président du Conseil d'Administration et d'autre part, par le pouvoir de représentation de l'entreprise vis-à-vis des tiers et le mandat de justice reconnus à ce dernier par la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978.

En égard à ce qui précède, je vous communique ce qui suit :

Les avantages sociaux reconnus aux Administrateurs-Délégués Généraux prévus par les dispositions des articles 1, 16 et 17 de l'Ordonnance n° 86-202 du 11 juillet 1986 portant Statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués-Généraux Adjoint des Entreprises Publiques sont accordés aux Présidents des Conseils d'Administration desdites entreprises ;

Toutefois, les Présidents des Conseils d'Administration ne doivent pas interférer dans la gestion quotidienne de l'entreprise qui est une attribution exclusivement réservée au Comité de Gestion.

Le problème qui se pose en l'espèce est qu'en vertu de l'ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des PDG, ces derniers étaient devenus en même temps PCA et Délégué Général. Il était administrateur, présidait le Conseil d'administration et dirigeait le Comité de Gestion. Ceci se vérifie notamment dans les dispositions des articles 8 et 10 du décret n° 0049 du 7 novembre 95 portant création et statut d'une entreprise publique dénommée la Générale des Carrières et des Mines, en abrégé « *Gécamines* » aux termes desquels le Conseil d'administration comprend (i) *le Président-Délégué Général* et le Comité de Gestion comprend : *le Président-Délégué Général*... Il cumulait ainsi toutes les fonctions dirigeantes de l'entreprise publique et bénéficiait, par conséquent, des rémunérations et avantages conséquents.

Avec le retour à l'autonomie de chaque organe exécutif (C.A. et Comité de gestion), en particulier dans la direction, la rémunération du PCA pose effectivement un problème et on peut comprendre la difficulté des entreprises publiques quant à la manière et la quotité de la rémunération à allouer au PCA qui n'existait plus sans la modification préalable de l'ordonnance n° 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des PDG. Mais la proposition du Ministre est loin de résoudre le problème. Exhorter à appliquer au PCA l'article 7 de l'ordonnance n° 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des PDG, revient à lui accorder la rémunération qui était initialement allouée au PDG alors que ce poste n'existe plus et a été éclatée en PCA et ADG.

Sans être consacré expressément par un texte, le poste de PCA va revenir implicitement à travers l'ordonnance n° 07/005 du 12 janvier 2008 portant nomination des mandataires des entreprises publiques. Il ne reviendra expressément qu'avec la loi n° 08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux Établissements publics qui dispose à son article 9 alinéa 3 que *le Président de la République nomme, parmi les membres du conseil d'administration, un Président autre qu'un membre de la direction générale.*

2) Note circulaire du Ministre du Portefeuille n° 007/MINPF/MC/GND/BNK/2006 du 5 décembre 2006 dite « circulaire BALAMAGE »

Interprétant la note circulaire n° 004/MINPF/BM/GDN/CVK/2006 du 17 juillet 2006 portant sur les avantages sociaux des présidents des Conseils d'Administration des Entreprises Publiques, le Ministre BALAMAGE N'KOLO apporte des les éléments suivants par sa Note circulaire n° 007/MINPF/MC/GND/BNK/2006 du 5 décembre 2006 :

1. *L'indemnité de logement ne modifie le barème des rémunérations des Présidents des Conseils d'Administration des entreprises publiques et n'est allouée à titre subsidiaire que lorsque l'entreprise ne dispose pas des logements ou des résidences propres pour loger ce dernier. Dans ce cas, il doit lui être versé mensuellement l'équivalent de l'indemnité de logement prévu pour l'Administrateur Délégué*

Général dans le barème des rémunérations des mandataires de l'État dans les Entreprises Publiques du 19 février 2005 actuellement en vigueur.

2. *Le congé de reconstitution est accordé à tout mandataire public ayant accompli une année d'exercice du mandat. Celui-ci est de trente jours ouvrables et donne droit à son bénéficiaire, à une indemnité de congé (pécule de congé) correspondant à un mois de sa rémunération mensuelle et à un billet de voyage dont le coût du trajet ne peut dépasser l'équivalent de la rémunération mensuelle.*

S'agissant du congé de circonstance, celui-ci est accordé suivant les dispositions statutaires ou conventionnelles de l'entreprise.

3. *L'entrée en vigueur de la Note circulaire sus émarginée a un effet rétroactif à compter de la nomination des Conseils d'Administration actuels des Entreprises Publiques, soit le 03 août 2005.*

Toutefois, les arriérés cumulés à la suite du non-paiement des primes et avantages ci-dessus peuvent s'effectuer progressivement en tenant compte de la santé financière et de la trésorerie de l'entreprise.

Mais une question se pose : le PCA et les administrateurs, avaient-ils droit à ce moment-là (5 décembre 2005) au logement, au congé de reconstitution et au pécule de congé y relatif ainsi qu'au congé de circonstance ? Ni l'ordonnance n° 78/457 du 6 décembre 1978 fixant les allocations des membres des Conseils d'administration, des Commissaires aux Comptes ainsi que le traitement des Délégués Généraux des Entreprises publiques, ni l'Ordonnance 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des PDG encore moins la décision du Conseil des Ministres du 17 février 2005 ne le prévoient.

3) Note circulaire du Ministre du Portefeuille n° 006/MINPF/GD/GDCMU/JML/2007 du 17 juin 2007 portant avantages sociaux des Présidents des Conseils d'administration des Entreprises Publiques dite « circulaire MABUNDA »

Dans sa note, la Ministre dit :

Analysant les avantages accordés aux Présidents des Conseils d'Administration par les circulaires n° 004 et 007 respectivement du 7 juillet 2006 et du 5 décembre 2006 du Ministère du Portefeuille, je constate que ceux-ci n'ont pas été soumis à l'appréciation du Gouvernement à l'instar des autres droits reconnus aux mandataires en date du 19 février 2005.

Aussi, après examen des mesures contenues dans les précitées, vos entreprises publiques doivent s'abstenir d'exécuter les dispositions contenues dans les circulaires précitées en ce qu'elles ne sont pas conformes aux dispositions ressortant de l'Ordonnance n° 86-202 du 11 juillet 1986 portant Statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués-Généraux Adjointes des Entreprises Publiques et à la décision du Gouvernement telle que rappelée ci-dessus.

C'est pourquoi, compte tenu de ce qui précède et des déficits avérés de vos entreprises respectives, j'annule les circulaires ci-dessus et vous instruis de geler l'application de ces mesures et de vous abstenir du reste de toute rétroactivité sur des droits financiers éventuellement allégués par les mandataires sans qu'aucun fondement légal explicite n'ait servi de support à ces doléances dans l'état actuel des textes légaux et réglementaires y relatifs. S'agissant des

paiements intervenus entre-temps et que je considère comme indus, je vous demande de procéder à leur récupération d'une manière graduelle.

Par ailleurs, je tiens à vous informer que le principe de paiement des indemnités de sortie aux Administrateurs Directeurs est contraire à la loi et ne saurait être d'application.

La Ministre du Portefeuille a relevé l'illégalité supposée des circulaires 004 et 007 pour leur manque de conformité aux dispositions ressortant de l'ordonnance n° 86-202 du 11 juillet 1986 portant statut des PDG, tout en ajoutant que ces mêmes circulaires violeraient également la décision du Gouvernement prérappelée. En réalité, la situation est un peu plus subtile.

Rappelons d'abord que les circulaires ou instructions de service sont des prescriptions générales que les chefs de service donnent aux *fonctionnaires publics*¹³⁵ placés sous leur autorité en ce qui concerne *l'interprétation et l'application des lois et règlements*¹³⁶. Elles sont de deux catégories. La circulaire interprétative qui, comme son nom l'indique, est un type de mesure d'ordre intérieur qui sert à clarifier une loi, un règlement à l'intention des fonctionnaires et la circulaire réglementaire qui *prétend ajouter quelque chose à la loi ou, d'une manière plus large, à l'ordonnancement juridique, notamment en imposant des sujétions nouvelles aux administrés ou, à l'inverse, en leur procurant des garanties nouvelles*¹³⁷. La première se limite aux fonctionnaires et son interprétation ne lie pas le juge tandis que la deuxième, étant un véritable règlement, elle ne peut être édictée que par une autorité détenant, sur la matière concernée, un pouvoir réglementaire¹³⁸.

On voit bien que les circulaires 004 et 007 ne sont ni interprétatives ni réglementaires. En effet, dans la circulaire 004, sous couvert d'interprétation et alors qu'il reconnaît que la loi n'a pas encore levé la confusion créée par le rétablissement *de facto* du poste de PCA et

¹³⁵ De LAUBADERE A. *et alii*, *Traité de droit administratif*, T.1, L.G.D.J., Paris, 1988, §§ 961, 962 et 963, pp. 562 - 564

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

l'existence concomitante de celui *de jure* de PDG, le Ministre VUNABANDI a décidé qu'il soit accordé au PCA la rémunération et les avantages du PDG. Comme démontré précédemment¹³⁹, il y a manifestement un problème.

Quant à la circulaire 007, le Ministre se permet d'accorder des avantages (logement, congé de reconstitution et son pécule, congé de circonstance) aux PCA et aux administrateurs voire même aux commissaires aux comptes alors qu'il n'en a pas la compétence, celle-ci revenant exclusivement au Président de la République, à l'époque, ou au Premier Ministre, actuellement.

II. La rémunération des mandataires publics sous le régime de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État et de l'PAUSCGIE

En 2008, la RDC a amorcé une grande réforme législative dans le secteur des entreprises publiques de l'État. Quatre lois fondamentales ont été votées à cet effet : Loi n° 08/009 du 07 juillet 2008 portant *dispositions générales applicables aux Établissements publics*, loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant *dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques*, loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant *dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille* et de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant *les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'État*. Parmi les réformes introduites, il y a l'éclatement des entreprises publiques en entreprises du portefeuille de l'État ayant la forme de société commerciale, en établissements publics et services publics et le changement de dénomination des organes.

A. De la notion de mandataires public dans les décrets n°13/055 du 13 décembre 2013 portant statut des Mandataires publics dans les Établissements publics

Les mandataires publics exercent leurs fonctions dans deux entités publiques distinctes : les entreprises du Portefeuille de l'État qui sont

¹³⁹ Voir les développements sous la circulaire VUNABANDI.

définies comme toute société dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité des actions ou une participation¹⁴⁰, et les Établissements publics qui, eux, sont toutes les personnes morales de droit public créées par l'État en vue de remplir une mission du service public¹⁴¹. Est Mandataire de l'État ou Mandataire public, toute personne physique désignée pour représenter l'État dans les organes statutaires d'une Entreprise du Portefeuille ou d'un Établissement public. Dans ces entités, les mandataires publics sont de deux catégories : les mandataires actifs et les mandataires non actifs, ainsi caractérisé en fonction de leur participation ou non dans la gestion courante de leurs structures.

Aux termes de l'article 4 du Décret n°13/055 du 13 décembre 2013 portant *statut des Mandataires publics dans les Entreprises du Portefeuille de l'État*, sont Mandataires actifs d'une Entreprise du Portefeuille de l'État, *le Directeur Général, le Directeur Général adjoint, l'Administrateur délégué, le Gérant, l'Administrateur général et l'Administrateur directeur*.

Sont, en revanche, Mandataires non actifs : au Conseil d'administration : *le Président du Conseil d'administration, l'Administrateur, le Censeur et le Commissaire aux comptes* ; et au sein de l'Assemblée Générale : *le Représentant de l'État à l'Assemblée Générale* (article 5 du Décret).

Sous réserve des statuts propres de chaque Établissement public, le Mandat public actif dans les Établissements publics s'exerce à travers notamment les fonctions ci-après : *le Directeur général et le Directeur généraladjoint*. Le mandat public non actif dans ces à travers notamment les fonctions ci-après : *Président du Conseil d'administration, Administrateur et Commissaire aux comptes*.

¹⁴⁰ Article 1 du décret n°13/055 du 13 décembre 2013 portant *statut des Mandataires publics dans les Entreprises du Portefeuille de l'État*

¹⁴¹ Article 1 du décret n° 13/056 du 13 décembre 2013 portant *statut des Mandataires publics dans les Établissements publics*.

B. La rémunération et les avantages des mandataires actifs et non actifs des Entreprises du Portefeuille de l'État dans le décret n° 13/055 du 13 décembre 2013

La rémunération des mandataires publics dans les entreprises du portefeuille de l'État fixé par le Décret n° 13/055 du 13 décembre 2013, l'entreprise publique étant entendue, au regard de l'article 1^{er} de ce décret, comme toute **société** dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité des actions ou une participation.

L'article 10 du Décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 mentionné ci-dessus énonce le principe de rémunération du mandataire public comme suit :

« La rémunération de base, les primes, les avantages sociaux des Mandataires Publics actifs ainsi que les jetons de présence des Mandataires publics non actifs sont fixés par l'Assemblée Générale. Ils sont déterminés en fonction des résultats réalisés par chaque entreprise ».

L'article 11 du même décret liste les avantages sociaux réservés exclusivement aux mandataires publics actifs de la manière suivante :

- un logement ou une indemnité de logement ;
- une voiture de service avec chauffeur ou une indemnité de transport ;
- une sentinelle et un jardinier ;
- deux domestiques ;
- une indemnité pour frais funéraires en cas de décès d'un conjoint ou d'un des enfants qui entre en ligne de compte pour l'octroi des allocations familiales ;
- des soins médicaux, y compris à l'étranger conformément à la réglementation en vigueur arrêtée par le Ministère de la Santé ;
- des indemnités pour frais de représentation ;
- des congés de reconstitution de trente jours ouvrables et congés de circonstances suivant les événements (décès,

- *maternité, mariage...)* et le nombre de jours maximum fixés par les textes légaux et réglementaires en vigueur ;
- *un pécule de congé.*

C. De la rémunération et des avantages des mandataires actifs et non actifs dans les statuts des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales avant leur harmonisation avec l'PAUSCGIE

En vertu du décret n° 09/12 du 24 avril 2009 établissant la liste des entreprises transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics, l'éclatement des entreprises publiques en différentes entités distinctes va établir un régime juridique différent pour chaque nature d'entités. Les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales¹⁴² émargeront désormais du régime de droit commun des sociétés avec un actionnaire unique qu'est l'État qui a opté pour elles toutes la forme juridique de société par actions à responsabilité limitée et celle de société anonyme avec conseil d'administration après l'adhésion de la RDC à l'OHADA.

De 2008, année de la transformation de certaines entreprises de l'État en sociétés commerciales jusqu'en 2013, les modalités de rémunération des sociétés commerciales étaient principalement fixées dans les statuts de ces sociétés, et même lorsque celles-ci seront transformées en SA après l'adhésion à l'OHADA, tous rédigés par le Comité de Pilotage de la Réforme des Entreprises du Portefeuille de l'État (COPIREP). À quelques exceptions près, leur contenu est uniforme avec des clauses standards communs à toutes.

¹⁴² CADECO SARL, COHYDRO SARL, Entreprise Minière DE Kisenge Manganèse (« EMKM ») SARL, Hôtel Karavia SARL, GECAMINES SARL, LAC SARL, LMC SARL, REGIDESO, RVA, Société des chemins de fer UELE-FLEUVE SARL, Société commerciale et industrielle d'explosifs SARL, Société Congolaise des Transports et des Ports SARL, Société Congolaise des Postes et des Télécommunications SARL, Société congolaise des voies maritimes SARL, Société de Développement Industriel et Minier du Congo SARL, Société Minière de Kilo-Moto SARL, article SONAS SARL, SNEL SARL, Société Nationale de Chemin de Fer du Congo SARL, Société Sidérurgique de Maluku SARL. (J.O. Numéro spécial, du 23 décembre 2010).

1) Les modalités statutaires de fixation de la rémunération et des avantages des mandataires actifs dans les sociétés d'État avant l'harmonisation avec le droit OHADA

L'article 37 alinéa 4 dispose :

La rémunération et tout avantage en nature du président du conseil d'administration ainsi que ceux de l'administrateur délégué et du directeur général adjoint sont fixés par le conseil d'administration.

2) Les modalités statutaires de fixation de la rémunération et des avantages des mandataires non actifs dans les sociétés d'État avant l'harmonisation avec l' AUSCGIE

Le principe de la rémunération du PCA est prévue à l'article 32 comme suit :

Le conseil d'administration élit, à la majorité simple, parmi ses membres personnes physiques un président et détermine sa rémunération.

L'article 37/38 (rémunération des dirigeants sociaux : Président du conseil d'administration, administrateur délégué et le directeur général) déterminait la *rémunération des dirigeants sociaux* et était ainsi libellé :

« L'assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs une somme fixe annuelle à titre de jetons de présence. Le montant fixé par l'assemblée générale reste maintenu jusqu'à décision contraire.

La répartition des jetons de présence entre les administrateurs est décidée librement par le conseil d'administration.

Il peut être alloué, par le conseil d'administration, des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés à des administrateurs. Ces rémunérations, portées en charge d'exploitation, sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire.

La rémunération et tout avantage en nature du président du conseil d'administration ainsi que ceux de l'administrateur délégué et du directeur général adjoint sont fixés par le conseil d'administration.

Aucune autre rémunération, permanente ou non, que celle prévue ci-dessus, ne peut être accordée aux administrateurs¹⁴³ ».

D. Rémunération et avantages des mandataires actifs et non actifs des Entreprises du Portefeuille de l'État au regard de l'AUSCGIE

La RDC a adhéré à l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des affaires en Afrique (OHADA) en vertu de la loi n°10/002 du 11 février 2010 autorisant son adhésion. Le traité OHADA est entré en vigueur en RDC le 12 septembre 2012. Ceci veut dire qu'à partir de la date ultime fixée pour la mise en harmonie des statuts des sociétés commerciales, soit en 2014 pour la RDC, toutes les sociétés commerciales, y compris les sociétés d'État exerçant sous le régime du droit commun, sont désormais régies par l'AUSCGIE. A cet effet, l'article 919 de l'AUSCGIE a abrogé

« ... sous réserve de leur application transitoire pendant une période de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme, aux sociétés n'ayant pas procédé à la mise en harmonie de leurs statuts avec les dispositions du présent Acte uniforme, toutes dispositions légales contraires aux dispositions du présent Acte uniforme ».

L'État ayant choisi pour ses sociétés commerciales la forme de société anonyme avec conseil d'administration, il est question ici d'interroger les dispositions de l'AUSCGIE prévoyant les modalités de rémunération du président du conseil d'administration, des administrateurs (mandataires non actifs) ainsi que le directeur général, le directeur général adjoint et les commissaires aux

¹⁴³ Article 37 de CADECO SARL, article 38 de COHYDRO SARL, article 38 Entreprise Minière DE Kisenge Manganèse (« EMKM ») SARL, article 38 de Hôtel Karavia SARL, 38 de GECAMINES SARL, article 38 de LAC SARL, article 38 LMC SARL, article 38 REGIDESO, article 38 RVA, article 38 société des chemins de fer UELE-FLEUVE SARL, article 38 Société commerciale et industrielle d'explosifs SARL, article 29 Société Congolaise des Transports et des Ports SARL, article 38 Société Congolaise des Postes et des Télécommunications SARL, article 38 société congolaise des voies maritimes SARL, article 38 société de Développement Industriel et Minier du Congo SARL, article 38 Société Minière de Kilo-Moto SARL, article 38 SONAS SARL,

comptes (mandataires actifs), à l'exclusion de la rémunération des mandataires de la société anonyme avec Président-Directeur Général (Président-Directeur-Général, administrateur général, administrateur général adjoint), l'État n'ayant pas choisi cette dernière forme de société anonyme.

1) Rémunération et avantages des administrateurs dans les Entreprises du Portefeuille de l'État dans l'AUSCGIE

Trois dispositions déterminent la rémunération et avantages des administrateurs dans les Entreprises du Portefeuille de l'État dans l'AUSCGIE. Il s'agit des articles 430, 431 et 432 qui disposent respectivement que :

« Hors les sommes perçues dans le cadre d'un contrat de travail, les administrateurs ne peuvent recevoir, au titre de leurs fonctions, aucune autre rémunération, permanente ou non, que celles visées aux articles 431 et 432 du présent Acte uniforme.

Les dispositions du présent article ne visent pas les dividendes qui sont régulièrement répartis entre les actionnaires.

Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. De même, toute décision contraire est nulle » (Article 430 de l'AUSCGIE)

« L'assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement.

Les administrateurs ayant la qualité d'actionnaire prennent part au vote de l'assemblée et leurs actions sont prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Sauf disposition contraire des statuts, le conseil d'administration répartit librement les indemnités de fonction entre ses membres ». (Article 431 de l'AUSCGIE)

« Le conseil d'administration peut également allouer à ses membres, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leurs sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagées dans l'intérêt de la société sous réserve des dispositions des articles 438 et suivants du présent Acte uniforme.

Ces rémunérations et ces frais donnent lieu à un rapport spécial du commissaire aux comptes à l'assemblée ». (Article 432 de l'AUSCGIE)

2) Rémunération et avantages Président du Conseil d'administration dans les Entreprises du Portefeuille de l'État dans l'AUSCGIE

L'article 482 alinéas 1 à 3, de l'AUSGIE dispose :

« Les modalités et le montant de la rémunération du président du conseil d'administration sont fixés par le conseil d'administration.

Le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont attribués sont fixés de la même manière que sa rémunération.

Hors les sommes perçues et les avantages accordés dans le cadre d'un contrat de travail, le président du conseil d'administration ne peut recevoir aucune autre rémunération de la société que celle visée au présent article ».

3) Rémunération et avantages du Directeur général dans les Entreprises du Portefeuille de l'État dans l'AUSCGIE

L'article 490 de l'AUSCGIE dispose :

« Les modalités et le montant de la rémunération du directeur général sont fixés par le conseil d'administration.

Le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont attribués sont fixés de la même manière que sa rémunération.

Hors les sommes perçues et les avantages accordés dans le cadre d'un contrat de travail, le directeur général ne peut recevoir aucune autre rémunération de la société que celle visée au présent article.

Toute décision prise en violation du présent article est nulle ».

4) De la rémunération et des avantages statutaires des mandataires actifs et non actifs dans les Entreprises du Portefeuille de l'État transformées en sociétés commerciales après leur mise en harmonie avec l'PAUSCGIE

a) Les modalités statutaires de fixation de la rémunération et des avantages du Directeur Général et du Directeur Général Adjoint dans Entreprises du Portefeuille de l'État transformées en sociétés commerciales

L'article 28¹⁴⁴ des statuts relatif à la rémunération du Directeur Général stipule :

« Le montant de la rémunération de base et les primes du Directeur Général sont fixés par l'Assemblée Générale de l'Actionnaire Unique en fonction des résultats réalisés par la Société, conformément à l'article 10 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013.

Pendant l'exercice de son mandat, le Directeur Général a droit aux avantages sociaux prévus à l'article 11 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013.

Le Directeur Général ne peut recevoir aucune autre rémunération de la Société que celle visée au présent article.

Toute décision prise en violation des deux précédents alinéas est nulle ».

L'article 29 alinéa 7 des statuts relatif à la rémunération du Directeur Général Adjoint dispose :

¹⁴⁴ Article commun à tous les statuts de toutes les entreprises du portefeuille de l'État rédigés par le COPIREP.

« Les modalités et le montant de la rémunération de base et des primes ainsi que les avantages sociaux du Directeur Général Adjoint sont fixés dans les mêmes conditions et suivant les mêmes limites que celles prévues pour le Directeur Général et repris à l'article 28 des présents statuts, conformément aux articles 10 et 11 du Décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 ».

b) Les modalités statutaires de fixation de la rémunération et des avantages des administrateurs et du Président du Conseil d'administration dans les Entreprises du Portefeuille de l'État transformées en sociétés commerciales

L'article 19 des statuts portant sur la rémunération des administrateurs¹⁴⁵ dispose :

« Les Administrateurs ne peuvent recevoir, en rémunération de leurs activités et au titre d'indemnité de fonction, aucune autre rémunération, permanente ou non, qu'une somme fixe annuelle que détermine souverainement l'Assemblée Générale de l'Actionnaire Unique et que le Conseil d'Administration répartit librement entre ses membres sous forme de jetons de présence. Ceux-ci sont déterminés en fonction des résultats réalisés par la société.

Toute décision contraire prise en violation de l'alinéa précédent est nulle, les sommes indûment perçues devant les être restituées à la société, sans préjudice d'une action en dommages et intérêts au profit de la société.

Le Conseil d'Administration peut également allouer à ses membres des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leurs sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagées dans l'intérêt de la société sous réserve des dispositions de l'article 30 des présents statuts relatives aux conventions réglementées.

Ces rémunérations et ces frais donnent lieu à un rapport spécial du Commissaire aux Comptes à l'Assemblée Générale de l'Actionnaire Unique ».

¹⁴⁵ *Id.*

Les article 21 alinéa 8, 9 et 10 des statuts se rapportant à la rémunération du Président du Conseil d'administration¹⁴⁶ dispose :

« Les modalités et le montant de la rémunération du Président du Conseil d'administration sont fixés par l'Assemblée Générale de l'Actionnaire Unique en fonction des résultats réalisés par la Société en vertu de l'article 10 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013.

Le Président du Conseil d'administration ne peut recevoir aucune autre rémunération de la Société que celle visée au présent article.

Toute décision prise en violation des deux précédents alinéas est nulle ».

Il existe une dichotomie évidente entre l'AUSCGIE et les statuts des sociétés étatiques congolaises sur l'organe compétent pour fixer la rémunération des mandataires publics. À part la rémunération des administrateurs qui revient à la compétence de l'Assemblée Générale (article 431 l'AUSCGIE), les rémunérations exceptionnelles des administrateurs, les rémunérations des PCA et DG incombent au Conseil d'administration (articles 431, 432, 482 alinéas 1 à 3 et 490 de l'AUSCGIE). Curieusement, les statuts sociaux qui devraient s'y conformer donnent compétence à « l'Assemblée Générale de l'Actionnaire Unique en fonction des résultats réalisés par la Société en vertu de l'article 10 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 » pour fixer la rémunération de tous les mandataires (les administrateurs, le PCA, le DG, le DGA...). D'aucuns pourraient voir là une violation flagrante de l'AUSCGIE. En effet, le Conseil d'administration et l'Assemblée générale sont deux organes sociaux différents dont les attributions sont tout aussi différentes et d'ordre public. Mais cette contradiction formelle apparente n'entame en rien la légalité du décret n°13/055 du 13 décembre 2013 car les sociétés d'État sont des sociétés soumises à un régime particulier¹⁴⁷. Toutefois, pour des raisons de cohérence, on peut se demander pourquoi le législateur congolais n'a pas donné compétence au *Conseil d'administration en fonction des résultats réalisés par la Société en vertu de l'article 10 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013* pour se conformer, sur le plan organique, aux dispositions des articles 482

¹⁴⁶ Article commun à tous les statuts de toutes les entreprises du portefeuille de l'État rédigés par le COPIREP.

¹⁴⁷ Note sous l'article 916 de l'AUSCGIE in OJJADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 15^e édition, Juriscope, 2016, p. 723.

alinéas 1 à 3 et 490 de l'AUSCGIE pour la rémunération des PCA, DG et DGA et à l'Assemblée générale pour celle des administrateurs.

**C) La rémunération et les avantages des
mandataires actifs et non actifs des
Établissements publics**

L'établissement public est toute personne morale de droit public créée par l'État en vue de remplir une mission de service public. A cet effet, il n'est pas une société commerciale et n'est pas régi par le droit OHADA. Son régime juridique est fixé principalement par la loi n° 08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics et le statut de ses mandataires publics est fixé, quant à lui, par le décret n° 13/056 du 13 décembre 2013. S'agissant de la rémunération des mandataires publics des établissements publics, l'article 11 du décret n° 13/056 du 13 décembre 2013 dispose :

« La rémunération de base, les primes, les avantages sociaux, les jetons de présence des Mandataires public actifs ou non actifs ainsi que l'allocation fixe des Commissaires aux Comptes dans les Établissements publics, sont fixés par Décret du Premier Ministre délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition des Ministres de tutelle concernés ».

Article 12 du même décret indique que pendant l'exercice de leur mandat, les mandataires actifs ont droit aux avantages sociaux ci-après:

- Un logement ou une indemnité de logement ;
- une voiture de service avec chauffeur ou une indemnité de transport ;
- Une sentinelle et un jardinier ;
- Deux domestiques ;
- Une indemnité pour frais funéraires en cas de décès d'un conjoint ou d'un des enfants qui entre en ligne de compte pour l'octroi des allocations familiales ;
- Des soins médicaux, y compris à l'étranger conformément à la réglementation en vigueur arrêtée par le Ministère de la Santé ;
- Des indemnités pour frais de représentation ;

- Des congés de reconstitution de trente jours ouvrables et congés de circonstances suivant les événements (décès, maternité, mariage, ...) et le nombre de jours maximum fixés par les textes légaux et réglementaires en vigueur ;
- Un pécule de congé.

Comme pour les mandataires publics actifs, la rémunération et les avantages sociaux des mandataires publics non actifs, à savoir le PCA, les administrateurs et les commissaires aux comptes doivent être fixés par le décret du Premier Ministre. Si pour les commissaires aux comptes qui bénéficient d'une allocation fixe le problème ne se pose pas, il en va autrement pour le PCA et les administrateurs. En effet, contrairement à l'article 10 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 portant statut des mandataires publics dans *les entreprises du portefeuille de l'État*, l'article 11 cité ci-dessus ne fait pas de différence entre les Mandataires publics actifs et non actifs (à l'exclusion des commissaires aux comptes qui jouissent d'une allocation fixe) pour ce qui concerne *la rémunération de base, les primes, les avantages sociaux, les jetons de présence*.

Le Conseil d'État a fait le même constat dans son avis consultatif RTE 037 du 20 octobre 2021. Néanmoins, il a choisi de recourir, à tort à mon avis, à l'interprétation analogique pour considérer que la teneur de l'article 10 du décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 portant statut des mandataires publics dans *les entreprises du portefeuille de l'État* doit être appliquée aux mandataires non actifs des établissements publics. Ainsi, le PCA et les administrateurs des établissements publics ne devraient avoir droit qu'aux *jetons de présence*.

Cet avis qui n'est que consultatif¹⁴⁸ me semble quelque peu problématique sur ce point en ce sens notamment que techniquement, le raisonnement judiciaire par analogie est un mécanisme pour combler

¹⁴⁸ Il convient de rappeler que l'avis de la section consultative ne lie pas l'autorité requérante, de même qu'il ne fait pas obstacle à toute action ultérieure contre l'acte pour cause notamment de non-conformité à la Constitution, aux traités dûment ratifiés, aux lois, aux édits et aux règlements supérieurs (article 132 de la loi organique de la loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif).

une lacune en droit¹⁴⁹. Or ici, l'article 11 du décret n° 13/056 du 13 décembre 2013 qui donne les modalités de la rémunération des mandataires des établissements publics ne contient pas en lui-même une lacune car il prévoit qu'un autre décret du Premier Ministre fixerait *la rémunération de base, les primes, les avantages sociaux, les jetons de présence des Mandataires publics actifs ou non actifs*... La notion de « *vide juridique* », qui est aussi synonyme de lacune¹⁵⁰, est aussi utilisée pour décrire les situations où un problème est nouveau, ou quand une solution à un problème n'a jamais été précisément explicitée, prévue ni *envisagée* par des textes¹⁵¹.

Dans un contexte de controverse et de suspicion généralisée, l'avis consultatif du Conseil d'État précité a constitué la première expression par une institution publique neutre, qui plus est une haute juridiction, d'une prise de position officielle sur la question. De ce fait, quoique non déterminant et sujet à remise en question, il peut faire l'objet d'exploitations diverses. En effet, s'il est vrai qu'il y a absence de décret de mise en application de l'article 11 n° 13/056 du 13 décembre 2013, il est tout aussi vrai qu'il s'agit là d'une lacune de convenance en ce sens qu'il s'agit d'une lacune affirmée afin de pouvoir la combler par recours à une autre règle découlant d'une autre source, en l'occurrence, un autre décret. Le Conseil d'État ne pouvait donc pas, sous prétexte de l'idée sous-jacente d'éviter le *non licet*, recourir au raisonnement par analogie d'autant plus que celle-ci suppose la similitude des situations,

ce qui n'est pas le cas, en l'espèce, les textes évoqués étant, en plus, contradictoires. Comme on l'a vu, le décret n° 13/055 du 13 décembre 2013 sur le statut des mandataires publics des entreprises du portefeuille de l'État fait la différence entre des mandataires actifs et non actifs tandis que le décret n° 13/056 du 13 décembre 2013 sur le statut des mandataires publics des établissements publics n'en fait pas.

¹⁴⁹ CANARIS C.-W., (1968), « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in PERELMAN C., (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, pp. 441-462, cité par SEGIHOBE BIGIRA J.-P., *Argumentation juridique*, Academia – L'Harmattan, Louvain-la-Neuve, 2018, pp. 231 – 232.

¹⁵⁰ CORNU G., *op. cit.*, p. 962, V° « Vide juridique ».

¹⁵¹ https://www.wikipedia.org _vide juridique.

En tout état de cause, pour leur rémunération, les mandataires publics des entreprises du portefeuille de l'État ne sont pas concernés par un décret de mise en application.

Conclusion

Tous les problèmes rencontrés dans la pratique de la rémunération des mandataires publics exposés dans les développements qui précèdent résultent du retard anormalement long¹⁵² pris par le législateur pour prendre le décret de mise en œuvre de l'article 11 du décret n° 13/056 du 13 décembre 2013. Comme on l'a vu, ce vide a créé beaucoup de confusions dans le chef des autorités chargées de rémunérer ces mandataires, lesquelles ont essayé de trouver des solutions comme elles pouvaient, sans compter les prises des positions rigoristes et controversées des autorités de contrôle et judiciaire¹⁵³ sans solution. A cela il faut ajouter l'extension injustifiée du motif de ce décret 13/056 aux mandataires des entreprises du portefeuille de l'État alors que le décret 13/55 ne prévoit nullement un texte de mise en œuvre de son article 10.

Pour résoudre le problème, s'agissant de la rémunération des mandataires des entreprises du portefeuille, il aurait suffi à l'État, actionnaire unique, d'appliquer la loi (AUSCGIE) et leurs statuts en permettant aux organes statutaires attitrés, AG ou CA selon le cas, de déterminer les rémunérations. Quant à la rémunération des mandataires des établissements publics, en attendant la prise du décret de mise en œuvre de l'article 11 du décret 13/056, on aurait pu procéder à l'application, de façon analogique¹⁵⁴, de l'ordonnance 86-

202 du 11 juillet 1986 portant statut des Présidents-Délégués Généraux et des Délégués Généraux-Adjoints des entreprises

¹⁵² 9 ans !

¹⁵³ L'TGF et le Conseil d'État, en l'occurrence.

¹⁵⁴ L'analogie établit une opération intellectuelle entre deux ou plusieurs actes ou situations juridiques. Cette ressemblance conduit à un raisonnement (raisonnement analogique) par lequel, sur la base de la ressemblance ainsi établie, on transpose l'application d'une règle d'une relation juridique qu'elle vise expressément à une relation juridique qu'elle ne vise pas expressément (J. SALMON (dir.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 63, I^{er} « analogie »).

publiques avant 2013, ou par la formalisation par le Président de la République de la décision du Conseil des Ministres du 17 février 2005.

Qu'à cela ne tienne, le Premier Ministre doit faire diligence et prendre ce décret pour mettre fin une fois pour toute à cette confusion. La Commission ministérielle mise en place à cet effet devrait mettre un accent particulier sur la rémunération du PCA. En effet, dans la pratique congolaise on remarque que ce dernier n'est pas un mandataire non actif ordinaire. Il n'est pas totalement inactif dans la mesure où il est installé avec un bureau et tout ce qui va avec, y compris un personnel, il représente l'établissement vis-à-vis des tiers, engage. On peut dire qu'il a une fonction quasi permanente pour ne pas dire permanente pour la plupart des établissements publics et des entreprises du portefeuille de l'État. Une option doit être levée soit pour le maintien de cet état de choses avec la valorisation de sa rémunération en conséquence, soit pour la suppression de ces commodités ainsi le PCA demeurera avec ses attributions et sa rémunération classiques.

Il convient également de faire attention au télescopage des attributions entre le Premier Ministre qui semble vouloir fixer aussi la rémunération des mandataires publics des entreprises du portefeuille de l'État et les Assemblées générales de ces entreprises. Si l'article 11 du décret 13/56 a clairement décidé qu'un décret du Premier Ministre fixera la rémunération des mandataires publics des établissements publics, la rémunération des mandataires publics des entreprises du portefeuille de l'État est déterminée par les assemblées générales de l'État-actionnaire Unique de ces entreprises, représenté par le Ministre du Portefeuille¹⁵⁵, lequel gère les mandataires publics dans les entreprises du portefeuille de l'État et est la personne qui administre, gère et rentabilise ce portefeuille¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Article 33 des statuts des sociétés commerciales de l'État et l'article 2 du décret n° 13/002 du 15 janvier 2013 portant organisation de la représentation de l'État-actionnaire unique au sein de l'Assemblée Générale d'une entreprise publique transformée en société commerciale.

¹⁵⁶ Point 7 de l'ordonnance n°22/003 du 7 janvier 2022 fixant les attributions des ministères.

Mélanges en l'honneur du Professeur Émérite

Clément KABANGE NTABALA

Le Nom de **Clément KABANGE NTABALA** est associé au droit administratif congolais, plus spécialement aux (Grands) services publics et entreprises publiques en droit congolais.

Le présent recueil des Mélanges assemble des travaux des collègues universitaires et des praticiens du droit qui ont souhaité souligner sa contribution marquante à l'enseignement et à la recherche en droit public congolais. Aujourd'hui Professeur Émérite, il aura consacré près d'un demi-siècle de sa vie à la formation de l'élite intellectuelle dans plusieurs universités de la République Démocratique du Congo. A la simple lecture du thème central de l'ouvrage, on y voit bien ressortir l'essentiel des partitions du droit public auxquelles il s'est particulièrement attaché. Dans sa double casquette de constitutionnaliste et administrativiste, le dédicataire a orienté l'essentiel de ses travaux vers des réflexions axées sur la construction d'un véritable État de droit en République Démocratique du Congo. Dans ses œuvres maîtresses, il a focalisé son attention notamment sur les principes fondamentaux qui doivent guider l'action administrative dans tout État qui se veut moderne et se dit « *État de droit* ». Il insiste sur les mécanismes juridiques nécessaires à améliorer le fonctionnement du service public et celui des entreprises publiques transformées en vue de leurs apports aux efforts de développement.

Ces Mélanges lui dédiés ont donc été l'occasion de revenir sur plusieurs questions en rapport avec le bon fonctionnement de l'État. Comme souligné dans les prolégomènes, les confins des réflexions en droit public se sont considérablement affranchis des limites axiologiques qui opposent traditionnellement « *intérêt général* » et « *intérêt privé* ». Répartis en deux Volumes, les thèmes abordés par les contributeurs illustrent bien ce phénomène de porosité entre frontières qui définissent l'étendue des différentes branches du droit. Les réflexions sont enrichies par des thématiques de droit constitutionnel, droit administratif, droit public économique, droit des affaires et droit international.

Prof. Christian-Junior KABANGE NKONGOLO

LISTE DES CONTRIBUTEURS : BALINGENE KAHOMBO, Thomas BEYA BALANGANAYI, François BOKONA WIPA BONDJALI, Joseph CHIUNDA HENGELÉLA, Kevin ESHIMATA NGIMBI, Jean-Désiré INGANGE-WA-INGANGE, Christian-Jr KABANGE NKONGOLO, André Willy KABUYA MUTEBA, Félicien KALALA MUPINGANI, Rebecca KANYANGA MBONIGABA, Steve KANYANKOGOTE NDUNGUTSE, Guillaume KANYIMBIWE PULUMBA, Symphorien KAPINGA K. NKASHAMA, Élisabeth KATANDA MUAMBA, Kennedy KIHANGI BINDU, Léopold KONDALOKO OMANYONDO, Diendoné LUABA NKUNA, Joël LUBAMBA NUMBI, Placide LUBOYA MWANZA, Benjamin MAKAMBA MBALANDA, Félix MBANGALA BIMBU, Patrick MENDE OLENGA, Martin MILOLO NSENDA, Adolphe MOPOTU MOGBAYA, Jean MPLANA MUSUMBU(+), Jean-Paul MUKOLO NKOKESHA, Bobo MULUMBA BULULU, Richard MUPWANGA, Adolphe MUSULWA SENG, Didier-Pierre NDANGI BAZEBANZIA, Paul-Gaspard NGONDANKOY NKOTY-BA-LOONGYA, Blaise-Pascal NTIRUMENYERWA MIHIGO, Zacharie-Richard NTUMBA MUSUKA, Jean-Paul NYEMBO TAMPAKANYA, Charles ODIKO LOKANGAKA, Chérubin OKENDE SENG(+), Laurent OKTONEMBO WETSHONGUNDA, Rodolphe OSOMUNA HYOMBO, Paulin PUNGA KUMAKINGA, Jean-Paul SEGIHOBE BIGIRA, Lionel Donatien TSHITUNGA NTUMBA, UPIO KAKURA WAPOL, Corneille WASENDA N'SONGO, Marcel WETSH'OKONDA KOSO et Sam YAKUSSU BOKAWENYAMA.

ISBN 979-8-317-62202-2



9 798317 622022 >