

# L'adhésion de la République Démocratique du Congo à l'OHADA et son apport mitigé sur la capacité juridique de la femme mariée en matière professionnelle

*Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi<sup>1</sup> / Yves-Junior Manzanza Lumingu<sup>2</sup>*

## Résumé

Le droit congolais soumet la capacité juridique de la femme mariée à certaines restrictions. Cette situation l'affecte dans l'exercice des activités professionnelles où l'autorisation maritale est requise. C'est ainsi que d'aucuns voient dans l'adhésion de la République Démocratique du Congo (RDC) à l'OHADA une planche du salut en faveur de la femme mariée, toutes les dispositions de droit interne se cramponnant sur l'incapacité juridique de cette dernière étant automatiquement abrogées parce que supposées contraires aux Actes uniformes, en l'occurrence à l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG). Cet article essaie d'analyser méticuleusement le prétendu apport résultant du droit de l'OHADA et arrive à démontrer que le statut de la femme mariée en matière professionnelle en RDC reste inchangé. Une première victoire pourrait résulter de l'AUDCG s'il reconnaissait à la femme mariée la capacité à exercer le commerce. Malheureusement la disposition correspondante de ce texte ne traite que du statut du conjoint d'un commerçant, laissant ainsi la question de la capacité juridique en matière commerciale aux législations nationales des Etats membres. Même si l'on admettait une certaine avancée en droit commercial, cela ne saurait être transposé à d'autres professions régies par des normes de droit interne non concernées par des Actes uniformes. D'où la nécessité d'une véritable réforme en vue de libérer la femme mariée du régime d'autorisation maritale.

## Abstract

In Congolese law, the legal capacity of the married women is subjected to certain limitations. These restrictions include, notably, the exercise of professional activities for which marital authorization is a legal requirement. This is why some consider the adherence of the Democratic Republic of the Congo (DRC) to OHADA as an opportunity in favour of the married woman, claiming that all provisions of domestic law clinging on the legal incapaci-

1 Docteur en Droit, titulaire d'un LL.M. en droit allemand (Hamburg), Professeur d'Universités et Expert national au Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD); E-mail : jm\_kumbu@yahoo.fr.

2 Assistant à l'Université de Kikwit (RD Congo) et Doctorant en Droit à Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Allemagne). Il est titulaire d'un Diplôme d'Etudes Supérieures – D.E.S. en Droit économique et social à l'Université de Kinshasa et d'un LL.M. en Droit européen à l'Université de Würzburg; E-mail : jmlumingu@yhaoo.fr; yves.manzanza@uni-wuerzburg.de.

ty of the latter are automatically repealed because supposedly contrary to the uniform Acts, and in this case the uniform Act relating to general commercial law (AUDCG). This paper attempts to meticulously analyse the alleged contribution resulting from the OHADA law and manages to demonstrate that the status of the married woman in professional matters from the standpoint of OHADA has indeed not changed. A first step in that direction could have been for the AUDCG to explicitly recognize the married woman's ability to freely engage into trade. Unfortunately the corresponding provision only deals with the status of the spouse of the trader, thus leaving the issue of legal capacity of the married woman on commercial matters to the national laws of each of the member states. Even though some progress in commercial law may be recognized, this could not cover other professions governed by national legislation and that are, consequently, out of the scope of the Uniform Acts. Hence, a genuine reform in order to release the married women from the marital authorization regime is a necessity.

## Introduction

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) constitue un effort législatif sans précédent<sup>3</sup> qui a conduit certains Etats africains à penser un système juridique uniforme en vue d'éliminer leurs divergences législatives,<sup>4</sup> notamment dans les différentes matières couvertes par le droit des affaires au sens de l'article 2 du Traité OHADA, et de renforcer la sécurité juridique et judiciaire ainsi que l'attractivité des investissements étrangers,<sup>5</sup> gage de leur développement économique.

Les normes communes adoptées dans le cadre de l'OHADA s'avèrent « simples, modernes et adaptées aux économies » des Etats parties, si bien qu'elles ne cessent de susciter l'enthousiasme d'autres Etats de la Région.<sup>6</sup> Aussi disposant d'un "droit des affaires lacunaire, archaïque, désuet et obsolète"<sup>7</sup> d'une part et figurant presque toujours au bas de classement du rapport *Doing Business*,<sup>8</sup> la République Démocratique du Congo avait-elle tout intérêt à adhérer à cet espace juridique en vue de participer à ces efforts d'intégration, en bénéficiant en même temps de l'arsenal juridique déjà mis en place et ce, dans le but de

3 *P. Tiger*, Le droit des affaires en Afrique – OHADA, Paris, 1999, p. 7; *V. Yanpelda*, Point d'interrogation sur le projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail, Lettre du Comptresec, n° 4, 2013, p. 5.

4 *H.-D. Modi Koko Bebey*, Droit Communautaire des Affaires (OHADA-CEMAC), Chennevières-sur-Marne, 2008, p. 17.

5 *J. Kamga/M.E. Ngnidjio Tsapi*, L'insertion du droit de l'OHADA en RD Congo: les roses et les épines, Revue de l'ERSUMA, n° 2, 2013, pp. 241-258 (241).

6 *Balingene Kahombo*, L'adhésion de la RDC à l'OHADA: vers la prospérité nationale par l'unification du droit?, Librairie d'Etudes Juridiques Africaines, vol. 11, 2012, pp. 103-122 (103).

7 *R. Masamba Makela*, Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA, vol. 1, Kinshasa, 2005, p. 8.

8 Le dernier rapport classe la RDC au 184ème rang sur 189 pays, cfr. The World Bank, *Doing Business 2015 – Going Beyond Efficiency*, 12<sup>ème</sup> éd., Washington, 2014, p. 4.

moderniser sa législation nationale<sup>9</sup> et d'améliorer son propre climat d'investissements.<sup>10</sup> Cette adhésion avait été longtemps souhaitée dans des milieux d'affaires et de la société civile, notamment par la Fédération des Entreprises du Congo (FEC), et vivement recommandée par une bonne partie de la doctrine, composée en majorité d'éminents juristes et économistes. C'est ainsi que le 13 juillet 2012, après une très longue période marquée par des tergiversations et des résistances internes,<sup>11</sup> le gouvernement congolais déposa les instruments d'adhésion à l'OHADA, faisant ainsi de la RDC le dix-septième Etat membre.

Si la question d'insertion de ce droit communautaire dans l'ordre juridique interne semble réglée par l'article 10 du Traité de l'OHADA qui pose le principe d'application immédiate et obligatoire des Actes uniformes dès leur entrée en vigueur dans les Etats parties, une certaine confusion est encore entretenue par rapport aux normes nationales supposées abrogées par les actes uniformes correspondants.

Cette réflexion voudrait bien contribuer à dissiper le malentendu autour des dispositions légales et réglementaires concernées par la portée abrogatoire du droit de l'OHADA et s'intéresse principalement à la problématique de la capacité de la femme mariée en matière professionnelle. En clair, il est question de scruter le contenu de différents Actes uniformes qui contiendraient des règles traitant des conditions d'exercice d'une activité professionnelle ainsi que des cas d'incapacités y afférentes.

## I. La capacité juridique de la femme mariée en droit de l'OHADA

L'analyse de la question de la capacité juridique de la femme mariée en droit de l'OHADA nécessite de circonscrire d'emblée l'étendue des normes visées par ce cadre d'uniformisation ou d'unification du droit,<sup>12</sup> en l'occurrence « l'ensemble de règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait d'y inclure conformément au Traité ».<sup>13</sup>

De toutes ces matières, deux semblent être à même de fournir de manière plus ou moins explicite des éléments pouvant révéler l'étendue et la portée de la capacité de la femme mariée en matière professionnelle. Il s'agit des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants d'une part et celles relatives au droit du travail d'autre part. Si la

9 *Balingene Kahombo*, L'adhésion de la RDC à l'OHADA: vers la prospérité nationale par l'unification du droit?, *op. cit.*, p. 104.

10 *R. Masamba Makela*, Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA, *op. cit.*, p. 11.

11 *J. Kamga/M.E. Ngnidjio Tsapi*, L'insertion du droit de l'OHADA en RD Congo: les roses et les épines, *op. cit.*, p. 242.

12 *Balingene Kahombo*, L'adhésion de la RDC à l'OHADA: vers la prospérité nationale par l'unification du droit?, *op. cit.*, p. 103.

13 Art. 2 du Traité de l'OHADA.

première matière fait déjà l'objet de plusieurs Actes uniformes dont ceux portant respectivement sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC-GIE du 17 avril 1997) et sur le droit commercial général (AUDCG du 15 décembre 2010), le droit du travail n'a pas encore été unifié, l'adoption du projet d'Acte uniforme y relatif continuant à faire face à de différentes péripéties et tergiversations de la part de certains Etats membres.<sup>14</sup> Il s'ensuit que seuls les deux Actes uniformes ci-haut cités pourront servir d'une véritable base à ces développements.

### 1. Siège de la matière

La réponse à la question de savoir si la femme mariée peut acquérir la qualité de commerçante est d'abord à rechercher au livre 1 de l'AUDCG consacré au statut de commerçant. L'article 2 de cet Acte uniforme entend par commerçant toute personne "qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession." Il s'agit d'actes de commerce cités aux articles 3 et 4 du même Acte. Toutefois, il ressort de la lecture de l'article 6 de l'AUDCG qu'il ne peut s'agir que d'une personne reconnue juridiquement capable d'exercer le commerce. C'est que les personnes frappées d'incapacité sont exclues de l'exercice du commerce au sens du présent Acte. Il s'agit notamment des mineurs non émancipés.<sup>15</sup> Quant au cas spécifique de la femme mariée, d'aucuns estiment que le droit de l'OHADA reconnaît à cette dernière une pleine capacité en matière commerciale, la plaçant ainsi sur un même pied d'égalité avec l'homme.<sup>16</sup>

Cette doctrine semble pourtant ignorer que la capacité juridique étant « une question qui concerne le statut personnel » relève plutôt du droit national des Etats parties que du droit communautaire.<sup>17</sup> Aussi l'AUDCG reste-t-il silencieux sur cette question. Il se limite à évoquer les conditions à remplir par le conjoint d'un(e) commerçant(e) en vue d'acquérir la qualité de commerçant indépendamment de l'autre conjoint.

En effet, déjà l'article 7 al. 2 de l'AUDCG du 17 avril 1997 disposait : « Le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de *son époux*. » C'est sans doute dans le but d'exprimer l'égalité entre l'homme et la femme que l'AUDCG avait écarté le terme "femme mariée" utilisé dans plusieurs législations nationales pour consacrer

14 Pour plus de détails, lire notamment: *V. Yanpelda*, Espoirs et illusions suscités par le projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit du travail: quelques observations au regard de la situation de travail au Cameroun, *Revue tunisienne de droit social*, 2009, p. 173; Point d'interrogation sur le projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail, *Lettre du Comprasec*, n° 4, 2013, p. 5.

15 Art. 7 al. 1<sup>er</sup> AUDCG; voy. aussi *P. Tiger*, *Le droit des affaires en Afrique – OHADA*, Paris, 1999, p. 56.

16 *R. Masamba Makela*, Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA, vol. 1, Kinshasa, 2005, p. 52; H.-D. *Modi Koko Bebey*, *Droit Communautaire des Affaires (OHADA-CEMAC)*, *op. cit.*, pp. 33 et 35.

17 *A.P. Santos/J. Yado Toé*, *OHADA. Droit commercial général*, Bruxelles, 2002, p. 95.

celui de "conjoint du commerçant".<sup>18</sup> Le terme "époux" utilisé par le législateur OHADA, bien que se référant à l'un et l'autre conjoint, pouvait donner lieu à une interprétation tronquée, laissant croire que cet article ne concernerait que la femme. C'est ainsi qu'il faudrait saluer le correctif apporté par le nouvel AUDCG adopté en décembre 2010 dans un sens beaucoup plus sensible au genre en remplaçant à l'article 7 al. 2 *in fine* le terme "son époux" par "l'autre conjoint", expression qui désigne incontestablement chacun des époux par rapport à l'autre. Cet article se lit donc désormais : "le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 ci-dessus, à titre de profession et séparément de ceux de *l'autre conjoint*." Ainsi, non seulement la femme d'un commerçant, mais aussi le mari d'une commerçante ne saurait être qualifié de commerçant(e) en l'absence d'une activité commerciale indépendante et séparée de l'autre conjoint.

Toutefois cette question de qualité se pose en aval de celle de capacité. C'est dire que la qualité de commerçant requiert au préalable la capacité commerciale. Ainsi donc, avant de discuter de la qualité de commerçante d'une femme mariée à un commerçant, il faut d'abord vérifier si la femme mariée en général jouit d'une pleine capacité d'exercer le commerce. Les rédacteurs de l'AUDCG qui connaissaient bien l'état de la question dans les Etats membres<sup>19</sup> de l'OHADA au moment de l'adoption de cet Acte uniforme ne pouvaient pas douter de la capacité juridique de la femme mariée.<sup>20</sup> Cependant le silence de l'article 7 al. 2 de l'AUDCG ne saurait être interprété comme reconnaissant automatiquement cette capacité, mais plutôt comme une sorte de renvoi aux législations nationales.

Un autre argument qui prouve que l'esprit de l'article 7 al. 2 AUDCG n'est pas de régler la question de la capacité commerciale de la femme mariée est à rechercher à l'article L 121-3 du Code du commerce français dont il constitue une copie. En effet, la question posée en droit français était celle de savoir si le conjoint qui participait au commerce de son époux pouvait être qualifié de commerçant. Pour régler cette question, le législateur institua un régime qui permet au conjoint concerné de choisir entre trois statuts : collaborateur, salarié ou associé (cf. articles L 121-4 et suivants du Code de commerce).

De même l'AUSCGIE, en rappelant à son titre 2 les conditions de la qualité d'associé, pose le principe que "Toute personne physique ou morale peut être associée dans une société commerciale lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune interdiction, incapacité ou incompatibilité visée notamment par l'Acte uniforme portant sur le Droit Commercial Général"<sup>21</sup> et précise

18 Voir aussi *H.-D. Modi Koko Bebey*, Droit Communautaire des Affaires (OHADA-CEMAC), *op. cit.*, pp. 31-32.

19 Notamment le Bénin (art. 157 du Code des personnes et de la famille), le Burkina Faso (art. 295 du code des personnes et de la famille), le Cameroun (art. 216 du code civil), les Comores (art. 55 du code de la famille), le Congo (art. 172 du code de la famille), la Côte d'Ivoire (art. 67 du code de la famille), le Gabon (art. 255 du code civil), la République de Guinée (art. 325 du code civil), le Mali (art. 36 du code du mariage et de la tutelle), le Niger (art. 216 du code civil), le Togo (art. 105 du code des personnes et de la famille et art. 216 du code civil).

20 *A. Fénéon J.-R. Gomez*

21 Art. 7 AUSCGIE.

en même temps que les mineurs et les incapables ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports et que les époux ne peuvent être associés d'une société dans laquelle ils seraient tenus des dettes sociales indéfiniment ou solidairement.<sup>22</sup>

Il s'ensuit que toute personne frappée d'incapacité ne peut être ni associée dans une société en nom collectif (SNC) ni associée commanditée dans une société en commandite simple (SCS), toutes deux étant régies par le principe d'une responsabilité solidaire et indéfinie des associés.<sup>23</sup> Cette même règle s'applique également au conjoint d'un associé d'une SNC ou d'un associé commandité d'une SCS, le législateur voulant certainement limiter les risques à un seul de deux époux.

Ainsi, dans la même logique que l'AUDCG, l'Acte uniforme sur le droit des sociétés reconnaît à la femme mariée le droit d'être associée dans toute société commerciale (sans préjudice des dispositions de l'article 9 qui d'ailleurs s'appliquent indistinctement tant à la femme qu'à l'homme), à condition qu'une telle capacité lui soit au préalable conférée par le droit national.

## 2. *Etendue et applicabilité des normes de l'OHADA dans les Etats parties*

Aux termes de l'article 10 du Traité OHADA, les Actes uniformes "sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure". Cette disposition met en évidence deux principes de base caractéristiques du droit communautaire, à savoir l'applicabilité immédiate et directe des Actes uniformes ainsi que leur primauté sur les droits internes des Etats membres.<sup>24</sup>

Le principe d'applicabilité immédiate veut que les normes communautaires acquièrent automatiquement le statut de droit positif dans l'ordre juridique des Etats membres sans qu'une mesure nationale soit nécessaire et sans subir la moindre modification,<sup>25</sup> créant ainsi des droits et des devoirs pour les particuliers et leur permettant de s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales, voire communautaires.<sup>26</sup> En cas de conflit avec une loi nationale, la règle de primauté du droit de l'OHADA s'impose.<sup>27</sup> Sur ce point, le système

22 Art. 8 et 9 AUSCGIE.

23 *P. Tiger*, op. cit., pp. 77-78.

24 *Balingene Kahombo*, L'adhésion de la RDC à l'OHADA: vers la prospérité nationale par l'unification du droit?, op. cit., p. 115.

25 CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, point 1a (disponible sur OHADA Legis); *G. Isaac/M. Blanquet*, Droit général de l'Union européenne, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, 2006, pp. 261 et ss.

26 CJCE, arrêt du 5 février 1963, aff. 26-62 (*van Gend & Loos*) Rec. 0003, § 23; CJCE, arrêt du 9 mars 1978, aff. 106/77 (*Simmenthal*) Rec. 629, § 14-16; voir aussi J.-L. *Quermone*, Le système politique de l'Union européenne. Des Communautés économiques à l'Union politique, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, 2009, pp. 57-58.

27 CCJA, Arrêt n° 012/2002 du 18 avril 2002 (aff. Sté Total FinaElf c/ Sté Cotracom), OHADA Legis; CCJA, Avis n° 002/99/EP du 13 octobre 1999, OHADA Legis; CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, point 1a in fine (disponible sur OHADA Legis); lire également *J. Fipa Nguelpjo*,

juridique mis en place par l'OHADA présente une grande similitude avec le droit de l'Union européenne.<sup>28</sup>

Par conséquent, toutes les matières faisant objet d'Actes uniformes ont vocation à s'appliquer à la place de toute disposition du droit interne qui y serait contraire. Dans le cas d'espèce, toutes les normes nationales qui se cramponneraient encore sur l'incapacité juridique de la femme mariée ou exigeraient à cette dernière une autorisation maritale préalable à l'exercice d'activités commerciales seraient incompatibles avec les Actes uniformes ci-haut analysés et donc abrogeables.<sup>29</sup> Ce point de vue quoi que largement partagé par une grande partie de la doctrine nécessite une certaine analyse critique qui n'exclut pas d'aboutir à un résultat contraire.

## II. Implications en droit congolais

L'analyse d'Actes uniformes relatifs au droit commercial général et au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a permis de démontrer la place que le droit de l'OHADA accorde à la femme, fût-elle mariée. Il sera question dans les lignes qui suivent d'examiner d'abord la compatibilité de la législation congolaise en la matière avec les normes issues du droit uniforme avant de pouvoir aborder la problématique d'extension du résultat ainsi obtenu à d'autres professions.

### 1. *Rétroactes*

Jusqu'à l'adhésion de la RDC à l'OHADA et avant l'entrée en vigueur des Actes uniformes de cette dernière en droit congolais, c'est le décret du 2 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux qui régissait le droit commercial général et traitait ainsi du statut des commerçants.

Ce texte était plus explicite en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée en matière commerciale. Cette attitude n'était qu'un vestige du droit romain qui a connu la notion d'*imbecilitas sexus* (entendue non pas comme l'imbécillité, mais comme la faiblesse du sexe),<sup>30</sup> ce qui justifierait une certaine protection de la femme dont l'article 4 al. 1<sup>er</sup> du décret précité fixait la portée en ces termes : « *la femme mariée et non séparée de corps ne peut être commerçante sans le consentement de son mari* ». Toutefois, le législateur recon-

Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres, thèse de doctorat, Université de Panthéon-Assas, 2011, pp.36-41; F.-M. Sawadogo/L.-M. Ibriga, « L'application des droits communautaires UEMOA et OHADA par le juge national », in Actes de Séminaire de sensibilisation au droit communautaire OHADA, Ouagadougou (octobre 2003), Juriscope, 2004, pp.13-14.

28 CJCE, arrêt du 5 février 1963, aff. 26-62 (*van Gend & Loos*) Rec. 0003, § 23; CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6-64 (*Costa/E.N.EL*) Rec. 1149, § 1159; CJCE, arrêt du 9 mars 1978, aff. 106/77 (*Simmenthal*) Rec. 629, § 17.

29 R. Masamba Makela, Modalités d'adhésion de la RDC au traité OHADA, op. cit., pp. 12-13.

30 A. Comlan, Traité de droit commercial congolais, Paris, 1975, p. 37.

naissait au tribunal de première instance le pouvoir d'autoriser la femme mariée à faire le commerce dans les cas ci-après : absence, démence ou interdiction du mari; cette autorisation judiciaire devant cesser de produire ses effets avec la disparition de la cause qui y a donné lieu.<sup>31</sup>

Lorsqu'une femme mariée qui n'avait pas obtenu l'autorisation de son mari ou, le cas échéant, du tribunal se permettait d'exercer le commerce, elle n'acquerrait pas pour autant la qualité de commerçante. Par conséquent, elle ne pouvait être déclarée en état de déconfiture en cas de cessation de paiement ou d'ébranlement du crédit. Et sur le plan civil, les actes tant civils, commerciaux que mixtes qu'elle aurait accomplis étaient frappés de nullité, laquelle nullité ne pouvait être invoquée que par la femme elle-même, le mari ou leurs enfants.<sup>32</sup>

De même, en matière civile, le législateur congolais a voulu que la femme mariée, chaque fois qu'elle doit effectuer des actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit effectuer en personne obtienne au préalable l'autorisation de son mari.<sup>33</sup>

Enfin, le droit du travail<sup>34</sup> semble ne pas s'écarter de la ligne déjà examinée dans les domaines parcourus ci-haut, si du moins l'on fait abstraction de toutes interprétations sociologiques du genre de celles présentées par la presse congolaise<sup>35</sup> dans l'euphorie qui a accompagné la promulgation de la loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant (nouveau) Code du travail. En effet, l'article 6 de cette loi pose le principe selon lequel la capacité d'une personne d'engager ses services est régie par la loi du pays auquel elle appartient<sup>36</sup> et fixe en même temps à seize ans l'âge minimum d'accès à l'emploi.

En écartant le libellé de l'article 3 *littera c* de l'ancien Code du travail qui prévoyait le droit d'opposition expresse du mari, le législateur croyait supprimer l'autorisation maritale qui n'était pourtant pas requise,<sup>37</sup> créant ainsi un vide regrettable sur la question de la capacité juridique de la femme mariée dans une matière spéciale et ouvrant par là même la voie à l'application de la loi générale<sup>38</sup> qui n'est que le Code de la famille dont l'article 448 est

31 Art. 4 al. 2 du décret du 2 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux.

32 Art. 217 et 452 de la loi n° 87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant Code de la famille.

33 Art. 448 du Code de la famille.

34 Pour plus de détails, lire *Y.-J. Manzanza Lumingu*, Autonomisation de la femme mariée en matière professionnelle. Arguments pour l'égalité de genres en RD Congo, Saarbrücken, 2012.

35 Cf. notamment *A. Lukoki*, La situation sociale des congolais est restée préoccupante en 2002, *Le Potentiel* n° 2716, 2003; *W.T.*, Le Ministère du Travail élabore d'autres projets du code de travail, *Le Potentiel* n° 2764, 2003.

36 Il s'agit concrètement du Code de la famille.

37 *Luwenyema Lule*, Précis de droit du travail zaïrois, Kinshasa, 1989, p. 119; *Masiala Muanda*, Considérations sur l'incapacité juridique de la femme mariée en droit congolais, Kinshasa, 2005, p. 31; *Mukadi Bonyi*, Le nouveau Code du travail n'a pas supprimé l'autorisation maritale, *Le Potentiel* n° 2783, 2003.

38 *Kumbu ki Ngimbi*, Le silence coupable, *Afrique d'Espérance*, n° 2, 2003, p. 8; *J. Masanga Phoba*, Cours de Droit du travail, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2007, p. 48.

fortement décrié. Il ressort donc de la combinaison des articles 6 du Code du travail et 448 du Code de la famille que la femme mariée congolaise ou apatride doit obligatoirement obtenir l'autorisation maritale avant de conclure un contrat de travail, ce qui constitue un recul regrettable<sup>39</sup>, causé probablement par une faute de légistique.<sup>40</sup>

## 2. La réforme résultant de l'adhésion de la RDC à l'OHADA

Après l'entrée en vigueur des Actes uniformes de l'OHADA en droit congolais le 12 septembre 2012, toute disposition d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne présent ou à venir ayant le même objet que les dispositions de ces Actes uniformes et étant contraire à celles-ci est automatiquement abrogée. Il en est de même des dispositions de droit interne strictement identiques à celles des Actes uniformes,<sup>41</sup> ce qui les rendrait par conséquent inutiles.<sup>42</sup>

Il ressort des développements qui précèdent que les dispositions du Décret du 2 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux qui sont incompatibles avec l'AUDCG sont abrogées depuis le 12 septembre 2012. Par ailleurs, celles qui ne sont ni contraires ni strictement identiques à l'AUDCG ne sauraient être concernées par l'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité et devraient par conséquent continuer à s'appliquer.

Concernant spécialement l'article 4 du Décret du 2 août 1913 qui traite de la question de la capacité juridique de la femme mariée à exercer le commerce, une certaine doctrine soutient qu'il s'agirait d'une « disposition contraire aux articles 7 et 8 de l'AUDCG et aux instruments nationaux et internationaux prohibant la discrimination fondée sur le sexe »,<sup>43</sup> ce qui justifierait son abrogation.

Que cette disposition soit contraire aux instruments juridiques internationaux<sup>44</sup> ne saurait nullement être contesté. Toutefois, ses rapports avec les articles 7 et 8 de l'AUDCG ne semblent pas clairement déterminés. En effet, l'article 4 du Décret du 2 août 1913 règle la question de la capacité commerciale de la femme mariée, alors que l'article 7 al. 2 de l'AUDCG traite de la qualité de commerçant reconnue ou non au conjoint d'un com-

39 Kumbu ki Ngimbi, Du Code du travail de 1967 à celui de 2002: avancée, stagnation ou recul du droit du travail congolais?, Congo-Afrique, n° 386, 2004, pp. 335.

40 *Katuala Kaba Kashala*, Le nouveau Code du travail congolais annoté, Kinshasa, 2005, p. 19.

41 CCJA, Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001, point 2a (disponible sur OHADA Legis); voir également *J. Kamga/M.E. Ngnidjio Tsapi*, L'insertion du droit de l'OHADA en RD Congo : les roses et les épines, op. cit., p. 245; *R. Masamba Makela*, Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA, vol. 1, Kinshasa, 2005, p. 81.

42 *Eversheds LLP*, Harmonisation du droit congolais avec les Actes uniformes de l'OHADA, vol. 1, Kinshasa, sd, p. 15. Ce point de vue est encore discutable, car une disposition identique de droit interne ne gêne en rien l'application du droit communautaire.

43 *Eversheds LLP*, Harmonisation du droit congolais avec les Actes uniformes de l'OHADA, op. cit., p. 129.

44 Voir infra (note 50).

merçant. Même si l'on pouvait aller trop loin dans l'interprétation et admettre que cette disposition de l'AUDCG déterminerait implicitement la capacité d'exercer le commerce, elle ne pourrait concerner que le conjoint d'un commerçant, c'est-à-dire un homme ou une femme marié(e) à un(e) commerçant(e), ce qui ne saurait couvrir le cas de la femme mariée à un non commerçant. Quant à l'article 8 de l'AUDCG, il ne vise que les cas d'incompatibilités. Dès lors, aucun argument ne saurait justifier une quelconque corrélation entre ces trois dispositions.

Tout compte fait et sans préjudice d'autres points de vue qui considèrent qu'avec l'adhésion de la RDC à l'OHADA, l'autorisation maritale en matière commerciale se trouve supprimée sur base de l'article 7 al. 2 de l'AUDCG, nous sommes plutôt d'avis que le statut juridique de la femme mariée désireuse d'exercer le commerce n'a pas changé. En effet, sa capacité en matière commerciale n'est pas régie par l'article 7 al. 2 précité, mais continue à l'être par l'article 4 du Décret du 2 août 1913. L'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité de l'OHADA n'opère pas entre ces deux articles pour la simple raison que les dispositions qu'ils renferment ne sont ni identiquement libellées ni ne renvoient à la même matière.

Néanmoins, compte tenu de l'esprit en vigueur sur la question dans les Etats membres de l'OHADA qui, presque tous et à la suite de la France, ont déjà résolu le problème de la capacité juridique de la femme mariée en matière professionnelle, il serait indiqué que la RDC modifie l'article 4 du Décret du 2 août 1913 ou l'abroge simplement en vue de se conformer non seulement aux standards du droit communautaire, mais aussi à d'autres instruments juridiques internationaux qu'elle a dûment ratifiés.<sup>45</sup>

### III. Appréciation critique

Il semble que l'adhésion de la RDC à l'OHADA aurait eu un impact positif sur la condition de la femme mariée,<sup>46</sup> même s'il existe encore des domaines, notamment ceux ne rentrant pas ou pas encore dans le champ d'application des Actes uniformes, qui nécessitent encore des réformes en faveur de la femme.

C'est à tort que certains analystes<sup>47</sup> tentent d'étendre cet effet abrogatoire à d'autres matières, dans le but de proclamer hâtivement la suppression de l'autorisation maritale pour toutes les professions. Le point de vue défendu par cette doctrine est certes légitime parce que poursuivant un but noble, celui de promotion et de protection des droits de la femme, ce qui constitue d'ailleurs notre lutte commune. Mais la démarche surprend notamment lorsque les articles 448 à 452 du Code de la famille sont présentés comme la base légale de

45 Lire utilement *Kumbu ki Ngimbi*, Législation en matière économique. Manuel d'enseignement, 3<sup>ème</sup> éd., Kinshasa, 2013, p. 24.

46 R. Masamba Makela, Modalités d'adhésion de la RDC au traité OHADA, *op. cit.*, p. 52.

47 Notamment D.J. Muanda Nkole, La capacité de la femme mariée en droit congolais: un acquis du fait de l'application des Actes uniformes, <http://www.legavox.fr/blog/professeur-don-jose-muanda/capacite-femme-mariee-droit-congolais-9998.htm#.UrR8nVvuLdY>, page consultée le 20 décembre 2013.

l'incapacité juridique de la femme mariée en matière commerciale, alors que cette question est régie par l'article 4 du Décret du 2 août 1913 qui, malheureusement et contre toute attente, n'a pas été abrogé. Par ailleurs, faire de l'article 7 al. 2 de l'AUDCG une norme "passe-partout" pour justifier son application en droit civil et en droit du travail serait dépourvu de tout fondement juridique.

En effet, le droit civil des personnes n'entrant pas – du moins jusqu'à ce jour – dans le domaine du droit des affaires tel qu'entendu par l'OHADA<sup>48</sup> et ne faisant pas par conséquent l'objet d'un Acte uniforme, ce serait extrapoler que de soutenir une éventuelle abrogation des dispositions du Code congolais de la famille relatives à la capacité de la femme mariée. Certes on reconnaîtrait à celle-ci la capacité juridique en matière commerciale, si l'AUDCG contenait une disposition correspondante à celle de l'article 4 du décret du 2 août 1913 qui justifierait l'abrogation de cette dernière pour cause d'incompatibilité avec le droit issu de l'OHADA. En tant que loi spéciale, cela constituerait une dérogation au Code de la famille qui est une loi générale. En revanche, les dispositions du Code de la famille continueraient à s'appliquer dans d'autres matières jusque-là non concernées par la réforme résultant de l'adhésion de la RDC à l'OHADA et pour lesquelles le législateur congolais n'a pas prévu de disposition spéciale. C'est le cas du droit du travail.

La reconnaissance totale de la capacité juridique à la femme mariée passe impérativement par l'abrogation pure et simple de l'article tant décrié du Code de la famille. Ceci est non seulement faisable, mais aussi possible, car il ne s'agit pas d'une "disposition verrouillée" à l'instar du fameux article 220 de la Constitution congolaise du 18 février 2006.<sup>49</sup> Une telle démarche permettrait de mettre un terme aux cogitations autour de cette problématique et d'éliminer toutes discriminations faites à la femme en raison de son statut matrimonial.

Dans tous les cas, la nécessité de poursuivre des réformes en faveur de la femme s'impose compte tenu des engagements pris par l'Etat congolais au niveau international en matière des droits de l'homme en général et de promotion des droits des femmes en particulier;<sup>50</sup> elle se justifie également par les réalités socio-économiques<sup>51</sup> des populations congolaises.

48 Cf. art. 2 du Traité OHADA; *R. Masamba Makela*, Modalités d'adhésion de la RDC au traité OHADA, op. cit., p. 26.

49 Cet article interdit toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de modifier « la forme républicaine de l'Etat, le principe du suffrage universel, la forme représentative du Gouvernement, le nombre et la durée des mandats du Président de la République, l'indépendance du pouvoir judiciaire, le pluralisme politique » ou « de réduire les droits et libertés de la personne ou les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées ».

50 Il s'agit notamment de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la Convention n° 111 de l'OIT ainsi que la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF).

51 *B. Cissé*, Préface, dans *PNUD*, Promotion de l'égalité de genre en RDC, Kinshasa, 2006, p. 1; *A.-M. Mpundu*, Droit et promotion de la femme, Kinshasa, 2006, p. 25.

## Conclusion

L'adhésion de la République Démocratique du Congo à l'OHADA a apporté un certain nombre d'innovations en droit congolais. Mais elle n'a eu aucun impact positif sur la capacité juridique de la femme mariée en matière professionnelle.

Une première victoire pourrait résulter de l'AUDCG s'il reconnaissait à la femme mariée la capacité à exercer le commerce. Malheureusement l'article 7 al. 2 de ce texte, considéré par beaucoup comme la planche du salut, ne traite que du statut du conjoint d'un commerçant, laissant ainsi la question de la capacité juridique en matière commerciale aux législations nationales des Etats membres, ce qui justifie le recours à l'article 4 du décret du 2 août 1913. Et même si le droit de l'OHADA venait à abroger la disposition du décret précité, cette mesure ne saurait être transposée à d'autres professions régies par des normes de droit interne non concernées par des Actes uniformes de l'OHADA; il s'agit notamment du travail. Aussi d'autres réformes demeurent-elles nécessaires en vue de libérer la femme mariée du joug de l'obligation maritale dans toutes les professions que ses compétences et qualités lui permettraient d'exercer.