

# Réflexion sur la protection de l'emploi dans le cadre de la « sous-traitance » au regard du code du travail en RDC.

## Cas de travailleurs assujettis par la « sous-traitance » dans le secteur des télécommunications

Par *Stéphanie Nsomwe Musangie*<sup>1</sup>

### Résumé

*La problématique de la « sous-traitance » en RDC est liée à la nature juridique de ces genres de prestations et à l'action directe en cas de règlement des litiges qui opposeraient le « sous-traité » et le « sous-traitant » ou encore le « sous-traité » et l'entrepreneur principal. Le « sous-traité » étant à califourchon, l'on ne sait pas déterminer de qui est-il réellement l'employé. Il existe là un amalgame. Pourtant, les trois éléments constitutifs d'un contrat de travail (la prestation, la rémunération et le lien de subordination) doivent être réunis dans le chef d'une seule personne. Cette situation est favorable au « sous-traitant » et à l'entrepreneur principal. Elle leur permet d'infliger au « sous-traité » un traitement inhumain en bafouant ses droits, car il n'existe aucune législation en la matière en droit du travail. Face à cette difficulté que doit faire l'Etat pour rétablir le « sous-traité » dans ses droits? Nous proposons la création d'une exception parce qu'à notre avis la « sous-traitance » est un cas fortuit. L'existence du concours des faits rationnellement indépendants, la complexité des causes et des faits le justifient.*

*Cette exception doit tenir compte de la différence qui existe entre la « sous-traitance » et ses concepts voisins tels que le placement, la sous-entreprise et l'externalisation des services. (A ce niveau, l'Etat doit circonscrire toutes les activités qui s'exercent dans le cadre des prestations de services aux autres entreprises, les définir afin de parvenir à l'organisation du fonctionnement de la sous-traitance).*

*Notons que dans le cadre de ce travail nous avons choisi d'étudier la « sous-traitance » dans le secteur de télécommunications car elle représente pour nous un échantillon de sous-traitance dans ses différents aspects. Aussi de placer cette notion entre guillemets car il appartient aux pouvoirs publics de la définir.*

### INTRODUCTION

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre la liberté du travail, le droit au travail, à des conditions équitables et satisfaisantes, à la sécurité sociale, à la protection contre le chômage, à une rémunération équitable et conforme à la dignité humaine,

<sup>1</sup> *Assistante à la faculté de droit de l'Université de Kinshasa, assistante du directeur technique dans une société des télécommunications, snsomwe@africell.cd ou stephaniensomwe@yahoo.fr*

la liberté syndicale.<sup>2</sup> Tout en adhérant à ces dispositions, un Etat est appelé à créer des emplois pour sa population en prenant toutes les mesures pouvant garantir à chaque travailleur les meilleures conditions de travail.

Les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme susmentionnées ont pour objectif de protéger les emplois. En effet, un emploi est toute activité non illicite pouvant procurer à un individu les revenus nécessaires pour satisfaire à ses besoins essentiels.<sup>3</sup> « Dans un sens secondaire, il signifie également l'emploi occupé, trouver du travail signifie trouver un emploi. »<sup>4</sup>

Notons que le secteur du travail mérite une attention particulière sur le plan législatif et exige une consécration particulière vue la pertinence de cette structure. « De tout temps, le travail est considéré comme la clé de tout développement socio-économique; toutes les sociétés recourent à ce moyen afin de faire face aux aléas de la vie et de garantir un avenir plus ou moins meilleur en se mettant à l'abri des risques.<sup>5</sup> » Et aussi « Le travail qu'il soit manuel ou intellectuel est un besoin vital- un moyen pour l'homme de s'accomplir. »<sup>6</sup>

Il importe de souligner d'emblée que trouver un emploi n'est pas une chose aisée et un emploi décent est « un miracle » de nos jours en RDC. A cette difficulté, il conviendrait d'ajouter le phénomène dénommé la « sous-traitance » qui est devenue une coutume ou une mode dans les entreprises privées. Celles-ci, suite à la conjoncture liée soit à la carence des ressources humaines soit au manque des moyens matériels soit encore aux intérêts égoïstes préfèrent contracter avec les entreprises « sous-traitantes » afin qu'elles lui fournissent le personnel moyennant un prix forfaitaire.

C'est que l'activité économique d'un pays est centrée essentiellement sur l'entreprise qui a pour objet la production ou la distribution des biens ou des services avec le but de rechercher le meilleur profit possible. Et pour ce faire, l'entreprise utilise plusieurs moyens notamment les moyens humains; elle est donc obligée de procéder à l'embauche du personnel.<sup>7</sup>

Actuellement, de plus en plus d'entreprises ont recours aux services des prestataires de services onshore (même pays), nearshore (pays proche) ou offshore (pays lointain). La crise économique a fait que les entreprises doivent réduire les coûts de fonctionnement, tout en optimisant leurs offres, compte tenu de la concurrence dans tous les secteurs d'activités.

2 Verdier(JM), Coeuret(A), Souriac (M-A), Droit du travail. Volume I. Rapports collectifs, 13<sup>ième</sup> éd., Paris, 2005, p.25.

3 Art. 201 du code du travail.

4 Masanga Phoba Mvioki (J.), Cours de droit du travail, Faculté de droit, UNIKIN, 2010, p.2.

5 Lire l'avant-propos de *Kumbu ki Ngimbi*, Droit du travail, manuel d'enseignement, Kinshasa, 2010, p. v.

6 Masanga Phoba Mvioki (J.), op.cit., p.2.

7 *Kumbu ki Ngimbi*, op.cit, p.v.

Pour ce faire, les managers d'entreprises optent pour la sous-traitance ou l'externalisation de certains services ou processus métier de leurs sociétés.<sup>8</sup>

Pourtant, ce secteur dans son ensemble n'est pas réglementé en droit congolais. Profitant de la faiblesse de la loi, ses activités s'opèrent au vu et au su de tout le monde en toute quiétude. Dans la sous-traitance, les travailleurs sont victimes de tout genre des traitements inhumains car les employeurs ne se sentent pas concernés par les prescrits du Code du travail.

Par ailleurs, étant donné que le sort du travailleur est au centre de toute préoccupation, une distinction mérite d'être faite entre certaines notions qui se rapprochent de la « sous-traitance » pour pouvoir mieux la circonscrire afin de contribuer à sa réglementation qui garantirait la protection dans ce secteur. Il s'agit notamment de la sous-entreprise, du placement et d'externalisation.

Notons que dans le cadre de ce travail nous avons voulu nous intéresser aux entreprises de télécommunications car elles représentent pour nous un échantillon de « sous-traitance » dans ses différents aspects. En tout état de cause, il ne s'agit pas dans ce travail d'analyser la sous-traitance dans ces divers types mais plutôt de nous imprégner de cette notion sur le plan juridique, c'est-à-dire réfléchir pour voir, d'une part si elle peut être incorporée dans le champ juridique de la RDC afin de déterminer la nature juridique de ces genres de prestation. Car, il existe tout de même dans l'ensemble « sous-traitance » les éléments caractéristiques ou essentiels du contrat de travail: la prestation, la rémunération et le lien de subordination qui se trouvent être partagés entre l'employeur principal « donneur des ordres » et le « sous-traitant », et d'autre part de quelle action disposerait-il le « sous-traité » en cas des poursuites engagées contre l'entrepreneur principal ou le sous-entrepreneur.

En outre, conviendrait-il d'emblée de soulever que logiquement une étude sur le traitement du personnel dans ce domaine par rapport au code du travail semblerait être irrationnel ou une aberration étant donné qu'elle opère en marge de toute codification.

Au-delà de cette irrationalité, il sied de remarquer que la protection du travailleur est au cœur de notre souci. Aussi, soulignons que si la « sous-traitance » dans son ensemble n'est pas réglementée en droit congolais, nous considérons qu'elle relève donc de l'informel et par conséquent, nous jugeons que la terminologie usitée est quelque peu abusive car elle est celle employée dans le langage courant ou populaire selon ce qui se pratique. D'où nous optons de la placer entre guillemets dans le cadre de ce travail.

Pour ce faire, notre analyse se fondera sur la distinction entre la « sous-traitance » et ses notions voisines (A) et la protection de l'emploi face au phénomène de la « sous-traitance » au regard du Code du travail de 2002(B) et la responsabilité de l'Etat par rapport à la situation du « sous-traité »(C).

8 <http://www.offshore-developpement.com/diff%3%A9rences-entre-externalisation-de-services-et-sous-traitance> consulté le 10 octobre 2014.

A. *La distinction entre « sous-traitance » et les concepts voisins.*

« ...après l'accession de notre pays à l'indépendance, des amendements et modifications ont été apportés par le législateur congolais à la réglementation du travail. Son souci majeur était d'adapter les principes contenus dans les dispositions antérieures aux conditions nouvelles et d'éliminer les dispositions discriminatoires. Mais en dépit de cela, la législation du travail accusait toujours, après le 30 juin 1960, une diversité sur la nature juridique des textes applicables. Il était dès lors indispensable de réviser à fond la législation en matière de travail en abrogeant les instruments qui ne répondaient au nouveau contexte en corrigeant ceux qui présentaient des imperfections et en combattant les lacunes. Pour ce faire, les rédacteurs du code du travail de 1967 se sont inspirés principalement des conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travail(OIT). »<sup>9</sup>

Il sied de savoir que « le code du travail s'est préoccupé d'accorder des avantages aux travailleurs, en prévoyant notamment la priorité d'embauche en cas de licenciement pour motif économique; le congé d'éducation ouvrière au bénéfice des délégués syndicaux; les allocations familiales à charge de l'employeur; l'obligation de passer un écrit et de soumettre le contrat à la formalité du visa administratif; et en supprimant le livret du travail. »<sup>10</sup>

Promulguée le 09 août 1967, le Code du travail de la République Démocratique du Congo tel que modifié et complété à ce jour se trouve largement dépassé tant par rapport à l'évolution économique et sociale du pays qu'à sa conformité aux normes internationales<sup>11</sup>. C'est-à-dire « Le code du travail de 1967 sera abrogé par la loi n°15/2002 du 16 octobre 2002 portant adoption du nouveau code du travail. En effet, une réadaptation de la législation du travail, par rapport aux normes internationales du travail dont le nombre ne cesse d'accroître et aux mutations économiques, s'est avérée indispensable en vue de permettre à l'instrument juridique de remplir son rôle primordial de protecteur des salariés et de garant de la justice sociale. L'impact de l'économie sur le social est tel que le fait d'ignorer les différentes considérations ne peut que rendre inefficace l'applicabilité de cet outil indispensable pour la protection des travailleurs. »<sup>12</sup>

En principe si notre droit suivait réellement les faits et si l'adage *ubi societas, ubi jus* pouvait être appliqué c'est notre Code du travail qui devrait en principe définir ce que l'on pouvait entendre par la « sous-traitance » car il conviendrait de savoir qu'en dehors de celle-ci qu'il existe des vocables qui s'apparentent à elle mais qui ne la sont pas vraiment et déterminer les obligations des parties, les modalités de paiement, ses conditions etc. Bref, l'Etat devrait s'impliquer dans l'organisation et fonctionnement de ces genres de prestations.

9 Masanga Phoba Mvioki (J.), op.cit.,p.16.

10 Masanga Phoba Mvioki (J.), op.cit.,p.17.

11 Exposé des motifs de la loi n° 015/2002 du 16 Octobre 2002 portant code du travail.

12 Masanga Phoba Mvioki (J.), op.cit.,p.17.

En effet, sur terrain il existe une certaine confusion. L'on mélange tout dans le sac de la « sous-traitance » alors que si l'on suit de près certaines entreprises ou activités, l'on se rendra bien compte qu'elles ne relèvent pas de la « sous-traitance » mais plutôt d'autres terminologies notamment l'externalisation des services, la sous-entreprise, des services de placement.

#### I. Le placement des travailleurs dans les entreprises : le recrutement par intermédiaire.

L'institution de l'Office national de l'emploi(ONEM) est l'une des innovations apportée par le Code du travail de 2002.Sa mission se résume à la promotion de l'emploi et à la réalisation de la meilleure organisation du marché de l'emploi. Ses statuts, son organisation et son fonctionnement sont fixés par un décret présidentiel.<sup>13</sup>

Il sied de savoir que le service de placement se diffère de la « sous-traitance ».

Eu égard à l'arrêté sur le placement, ONEM qui est un service public, est un organe mandaté par l'autorité publique afin de procéder à l'enregistrement des demandeurs d'emploi et des offres d'emploi que les entreprises lui notifient. Dans sa mission, il a la charge de rechercher pour les quémandeurs d'emploi le travail qui correspond à leur profil en se référant bien sûr à son registre d'offres (data base) et de les placer.<sup>14</sup>

Quant au service privé de placement dont un arrêté du Ministre ayant le travail et la prévoyance sociale dans ses attributions fixe ses modalités d'ouverture, de fonctionnement<sup>15</sup> convient avec une société X qui lui exprime son besoin d'embaucher le personnel qualifié dans un domaine Y et ce, moyennant un paiement. Il procède au lancement d'offre de service pour le compte de la société X et grâce à son savoir- faire ou sa technicité, il recrute le personnel pour cette dernière. En outre, le service privé de placement est celui qui a reçu de la part d'une société donnée (ayant exprimé le besoin d'embaucher) la mission de recruter en ses lieux et place (pour son compte) les employés qualifiés pour un domaine. Il y a là une délégation des pouvoirs.

Au regard de ce qui précède, on peut les (service public et service privé) appeler aussi à notre avis les entreprises ou maisons chargées de recrutement. Ils sont en fait des intermédiaires, l'un de l'Etat et l'autre de l'employeur. Ils recrutent pour le compte de x et après cette opération ces services disparaissent. Notons qu'ils ne sont pas tenus envers l'employeur s'il s'avérait que le candidat proposé ne convenait pas au poste car ils ont l'obligation de moyens et non de résultat. Le chef d'entreprise étant le seul à avoir le pouvoir organisationnel de son entreprise, est libre du choix de ses collaborateurs.

Ainsi, ces services peuvent être considérés comme étant des courtiers. Au sens de l'arrêté sur le placement, de l'article 4 et de l'article 21 de l'arrêté du 18 septembre 2008 sur

13 Art 204,205 et 206 du code du travail.

14 Cfr. art.1, art.2 et art.3 de l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN.ETPS/044/2008 du 08 Août 2008 fixant les modalités de placement des travailleurs, *JORDC, 49<sup>ème</sup> année, n°16, col.1-4 du 15 août 2008.*

15 Art. 207 du code du travail.

les conditions d'ouverture, d'agrément et de fonctionnement des services privés de placement, ils font au même moment deux opérations : celui de courtage et de recrutement pour le compte de...<sup>16</sup>

Notons que la convention n°181 de l'OIT (sur les agences d'emploi privées,1997) repose tout à la fois sur la reconnaissance du rôle que les agences d'emploi privées peuvent jouer dans le bon fonctionnement du monde du travail, et sur la nécessité de protéger les travailleurs contre les risques d'abus. Tout Etat partie à la convention doit déterminer les conditions d'exercice par les agences d'emploi privées de leurs activités.<sup>17</sup>

Sous d'autres cieux, en France, par exemple, « la loi de programmation avait mis fin au monopole de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) et avait permis à des organismes privés d'avoir une activité de placement. L'employeur n'était donc pas tenu de faire connaître à l'ANPE toute place vacante dans l'entreprise. La loi du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi a organisé la fusion de l'ANPE et de l'UNEDIC au sein d'un nouvel organisme pôle emploi. Les organismes auxquels l'employeur peut désormais recourir sont :

- le pôle emploi;
- les maisons de l'emploi; qui participent à l'accueil et orientation des demandeurs d'emploi, à l'insertion, à l'orientation en formation, à l'accompagnement des demandeurs d'emploi et des salariés. La loi du 13 février 2008 a renforcé le rôle des maisons d'emploi;
- les missions locales pour l'insertion professionnelle et sociale des jeunes;
- les agences de placement privées. »<sup>18</sup>

## II. La sous-traitance et l'externalisation des services

Il conviendrait de savoir que les « concepts d'externalisation et de sous-traitance sont actuellement utilisés indifféremment, pourtant, quelques différences existent entre les deux. »<sup>19</sup>. Ainsi, elles méritent d'être distinguées selon leurs définitions et caractéristiques.

16 Lire l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN.ETPS/044/2008 du 08 Août 2008 fixant les modalités de placement des travailleurs et les Art.4 et 21 de l'arrêté ministériel n° 012/CAB.MIN/ETPS/062/08 du 18 septembre 2008 fixant les conditions d'ouverture, d'agrément et de fonctionnement des services privés de placement,*op.cit.*

17 OIT, Guide sur les normes internationales du travail, Genève, Département des normes internationales du travail, 2006.

18 Jourdan (D.), De Bailleul(C.), Cabinet Barthélémy (J.) et associés, Contrat de travail. Du recrutement à la rupture, Paris, 2011-2012, p.144.

19 <http://www.offshore-developpement.com/diff%3%A9rences-entre-externalisation-de-services-et-sous-traitance>, consulté le 10 octobre 2014.

## 1. La sous-traitance

En France, la sous-traitance est régie par la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975<sup>[1]</sup> qui définit la sous-traitance comme

*« l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».*<sup>20</sup>

Cette définition étant limitée à des activités bien définies, la jurisprudence a élargi les champs d'application, en autorisant certaines pratiques mais en en condamnant d'autres.<sup>21</sup>

La sous-traitance met en relation un sous-traitant qui s'engage à réaliser une tâche en sous-œuvre, pour le compte d'un entrepreneur principal qui dirige toutes les opérations. Une entreprise « donneur d'ordres » confie la réalisation d'une tâche à une entreprise « sous-traitante », selon des spécifications techniques établies dans un cahier des charges. Ces missions sont généralement ponctuelles ou temporaires.<sup>22</sup>

## 2. L'externalisation

L'externalisation est basée sur le même principe que la sous-traitance, à la différence que l'externalisation revêt un caractère de pérennité ou, au moins, de longue durée. De manière générale, l'externalisation consiste à confier l'intégralité d'un processus métier (sic) à un prestataire. Ces processus peuvent concerner la comptabilité, la gestion de la paie, la gestion des ressources humaines, la gestion de la relation clients, la permanence téléphonique, le télémarketing, ou autres.<sup>23</sup>

A titre d'illustration nous citerons d'une part, la société de télécommunications AIRTEL qui présentement a externalisé son service technique vers Ericsson. Il a procédé en fait au transfert de son personnel technique vers Ericsson pour éviter le coût trop élevé du décompte final, désormais il devient agent d'Ericsson qui doit s'occuper de la technique de l'AIRTEL. Et d'autre part, TIGO qui, actuellement vient d'externaliser tout son service technique vers son équipementier Huawei. Au paravent, en ce qui concerne par exemple la maintenance, elle avait engagé « un sous-traitant » à cet effet et ses techniciens n'assurer que le suivi et n'intervenaient personnellement qu'en cas des difficultés très délicates.

20 [http://fr.wikipédia.org/wiki/droit\\_de\\_la-sous-traitance\\_en\\_france#p-search](http://fr.wikipédia.org/wiki/droit_de_la-sous-traitance_en_france#p-search), consulté le 17 oct. 2014.

21 [http://fr.wikipédia.org/wiki/droit\\_de\\_la-sous-traitance\\_en\\_france#p-search](http://fr.wikipédia.org/wiki/droit_de_la-sous-traitance_en_france#p-search), consulté le 17 oct. 2014.

22 <http://www.offshore-developpement.com/diff%c3%A9rences-entre-externalisation-de-services-et-sous-traitance>, consulté le 10 octobre 2014.

23 <http://www.offshore-developpement.com/diff%c3%A9rences-entre-externalisation-de-services-et-sous-traitance> consulté le 10 octobre 2014.

Il sied de rappeler que l'externalisation intervient dans le cadre d'une réorganisation ou restructuration et d'adoption d'une nouvelle stratégie.

Par ailleurs, il importe de savoir que la « sous-traitance » s'exerce sans inquiétude au vu et au su des autorités publiques au détriment de la classe travailleuse mais au bénéfice d'une catégorie de gens y compris les PME. De plus, ces entreprises fonctionnent telles les entreprises classiques, c'est-à-dire elles sont inscrites au nouveau registre de commerce (aujourd'hui RCCM conformément à l'OHADA<sup>24</sup>), elles ont un numéro de l'impôt et d'identification nationale, les autorisations etc. Pourtant, elles sont prestataires des services des autres entreprises.

A ce niveau certains esprits pourraient être tentés d'évoquer la sous-entreprise pour justifier que la « sous-traitance » est déjà réglementée. Pourtant, quelques différences substantielles à relever existent entre les deux.

### III. La « sous-traitance » et La sous-entreprise

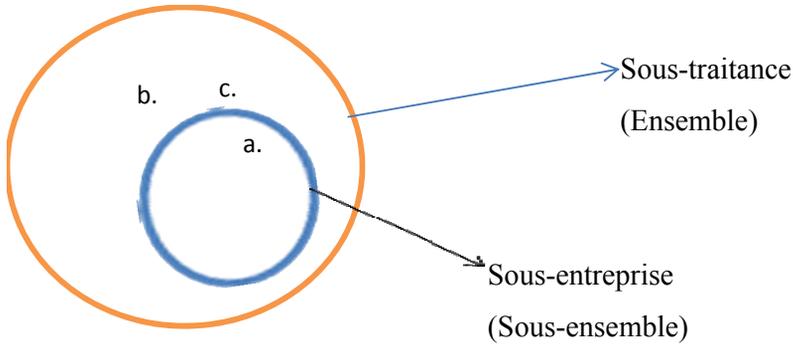
D'emblée, il convient de relever que la sous-entreprise, nous la considérons comme étant un sous-ensemble de la « sous-traitance » car les éléments se trouvant dans la « sous-traitance » ne figurent pas nécessairement dans la sous-entreprise.

En essayant d'appréhender l'esprit de l'article 83 du code de travail de 2002, nous comprenons que dans la sous-entreprise, le sous-entrepreneur est tenu de superviser les travaux lui confiés au sein de l'atelier, magasin ou chantier de l'entrepreneur et c'est ainsi qu'au cas où celui-ci les faisait exécuter ailleurs il serait considéré comme étant responsable si le sous-entrepreneur s'avérait insolvable (A notre sens c'est cette raison qui constitue le fondement de l'action directe contre l'entrepreneur).

Si nous réfléchissons dans ce même ordre d'idées, nous dirons dans l'ensemble « sous-traitance », certains types de travaux ne s'exécutent pas sous la supervision directe du sous-traitant mais de l'entrepreneur lui-même. Ici le travailleur est écartelé entre le sous-entrepreneur et l'entrepreneur principal qui exercent sur lui concomitamment une influence indirecte et directe. C'est ainsi qu'il se pose le problème de la nature juridique de ces genres des prestations.

Par contre dans la sous-entreprise, il n'existe pas un lien de subordination entre l'entrepreneur principal et les travailleurs, exécuteurs des tâches confiées.

24 Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.



Maintenant la question que l'on peut se poser est celle de savoir qu'advient-il lorsque les travaux s'exécutent normalement dans l'atelier, magasin et chantier de l'entrepreneur et que le sous-entrepreneur se montrait insolvable?

Le Code du travail de 1967 avait répondu à cette question à son article 69 alinéa 1 en disposant : « Quand les travaux sont exécutés dans les ateliers, magasins ou chantiers de l'entrepreneur, ce dernier est, en cas d'insolvabilité du sous-entrepreneur, substitué à celui-ci en ce qui concerne ses obligations à l'égard des travailleurs. »<sup>25</sup> Malheureusement, le nouveau code du travail de 2002 s'est tu sur cette question.

En ce qui concerne la « sous-traitance », il importe de relever :

*« Deux plans doivent être ici distingués : le plan juridique et le plan économique. Au plan juridique, les philosophes de la Révolution et leurs successeurs sont partis du postulat selon lequel les hommes naissent et vivent libres et égaux pour en déduire que les relations juridiques nouées volontairement entre eux par ces individus libres et égaux sont forcément les plus conformes à leurs intérêts respectifs. Au plan économique, le libéralisme auquel Smith, Ricardo, Malthus, Mill, Bastiat et autres ont attaché leur nom triomphe : l'équilibre économique le plus harmonieux doit résulter d'une concurrence totalement libérée et des efforts librement déployés par chacun dans un cadre concurrentiel, sans intervention de l'Etat. Ainsi, il se dégage l'idée selon laquelle l'homme qui s'est vu reconnaître des libertés ne saurait avoir d'autres droits que ceux qu'il acquiert en échange de ce qu'il offre. »<sup>26</sup> Et c'est dans cette optique que l'on peut parvenir à mettre en sûreté le travailleur qui est tourmenté par deux « employés » : le sous-traitant et l'employeur principal.*

25 *Katuala kaba kashala*, Code du travail congolais (texte, jurisprudence et doctrine), 2<sup>ème</sup> éd., Kinshasa, 1998, p.85.

26 *Dupeyroux (J.-J.), Borgetto(M), Lafore(R.), Ruellan(R.)*, Droit de la sécurité sociale, 15<sup>ème</sup> éd., Paris, 2005, p.16.bh v.

Etant donné que le travail est d'une part vecteur de revenu accordant la survie à l'individu et d'autre part, il est ordonnateur de respect, de fierté pour une personne qui s'y donne, il nécessite une protection

*B. Protection de l'emploi face au phénomène de la « sous-traitance » au regard du Code de 2002.*

Cette protection s'inscrit dans le cadre de la politique et de la promotion de l'emploi, qui nécessite dans le cadre de lutte contre le chômage, de mettre un accent particulier sur l'importance de l'économie informelle « c'est-à-dire d'activités économiques qui s'exercent en dehors des structures économiques institutionnalisées<sup>27</sup> ».

Beaucoup de conventions ne s'appliquent qu'aux salariés alors que la précarité du travail se rencontre aussi, si non plus, chez les indépendants. Fréquemment d'ailleurs les exceptions et les clauses de souplesse inscrites dans ces instruments écartent précisément de leur champ d'application tout ou une partie des travailleurs, même salariés, de secteurs d'activité qui connaissent une telle situation.<sup>28</sup>

En RDC, le Code du travail garantit la protection du travailleur. A titre d'exemple nous citerons les articles 36, 37, 38, 39,40 alinéas 2,42, etc. Malheureusement, tous les articles du code du travail sur la protection du travailleur demeurent obsolètes, inopérants ou impuissants pour résoudre les difficultés constatées ou rencontrées dans la « sous-traitance »

Pour ce faire, les Etats doivent eux-mêmes se prendre en charge en prenant des résolutions adéquates pour organiser ce secteur. Dès lors que ces mesures prises ne sont pas adaptées à ses réalités, l'on sombrerait sans doute dans une confusion telle qu'elle accuserait une certaine incompétence dans le chef de ceux qui sont censés prendre des décisions. Voilà pourquoi il est de notre devoir de nous imprégner de mesures prises par le Ministre de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale (ETPS) dans le sens de la protection de l'emploi dans le domaine de la « sous-traitance ».

*I. Analyse critique des mesures répréhensibles du Ministre de l'ETPS*

Au regard de l'arrêté évoqué ci-haut sur le placement, les services privés de placement à l'instar de l'ONEM ont pour mission de rechercher pour les quémailleurs d'emploi, le travail correspondant à leur profil et d'aider les employeurs à trouver les employés qui répondent à leur besoin. Ces services possèdent une base des données où ils enregistrent les demandeurs d'emploi selon leurs formations et les offres des employeurs selon leurs exigences.<sup>29</sup>

27 *Servais(JM.)*, Normes internationales du travail, Paris, Juillet 2004, p.186.

28 *Servais (JM.)*, Op.cit., p.61.

29 Lire section 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> de l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN.ETPS/044/2008 du 08 AUG 2008 et articles 4 et 21 de l'Arrêté ministériel n° 12/ CAB.MINITPS/062/08 du 18 septembre 2008

Dans une conférence de presse donnée le 15 novembre 2014, le Ministre de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale a eu à annoncer sur 70 maisons privées de placement enregistrées la fermeture de 49 services de placement qui ne seraient pas en ordre parce que ne respectant pas la législation en vigueur. Il reproche à ces entreprises privées de ne pas verser leurs cotisations à l'Institut national de sécurité sociale (INSS) et les cotisations patronales dues à l'office national de l'emploi (ONEM), le manque de transmission de rapport à l'Office nationale de l'emploi (ONEM) depuis qu'elles existent. Ce comportement lui empêche de ne disposer d'aucun élément d'information d'ordre statistique sur les opérations et les activités de ces entreprises.

Pour lui, les 49 services privés de placement fonctionnent dans l'illégalité et ce, au mépris des textes légaux et réglementaires.<sup>30</sup>

Il importe de constater dans le chef du Ministre l'existence d'une confusion dans la distinction de deux concepts : Le placement et la « sous-traitance ». Dans son entendement, la sous-traitance est égale au placement. Eu égard à l'arrêté sur le placement du 08 août 2008 et du 18 septembre 2008 sur les services privés de placement l'on se rendrait compte qu'il s'agit de deux notions différentes. Le Ministre parle du placement pour justifier la sous-traitance. Pourtant la mission dévolue aux services de placement est celle de courtage d'une part et de recrutement pour le compte d'une société donnée, d'autre part. Un service privé de placement ne peut verser sa cotisation à l'INSS car dans ses attributions il n'a pas la compétence de gérer le personnel prestataire des services d'une société donnée. Il conviendrait de savoir que c'est plutôt les entreprises « sous-traitantes » qui doivent verser la cotisation de leur personnel à l'INSS car elles gèrent ce dernier.

D'ailleurs la Lettre n° 22/METPS/IGT-SET/RW/901/01 du 17 août 2011 de l'Inspecteur Général du Travail, par laquelle il interdisait formellement les services privés de placement de gérer le personnel placé dans les Entreprises et Etablissements en témoigne suffisamment. Malheureusement le Ministre se fonde là-dessus pour justifier sa décision sur les entreprises « sous-traitantes ».<sup>31</sup>

Il conviendrait de noter que les motifs sur lesquels le Ministre se base ne concernent en rien la sous-traitance mais plutôt les entreprises privées de placement. Ses mesures sont inopportunes. Sa volonté n'est que permissive. Il appartient aux services privés de placement de faire rapport à l'ONEM et de lui donner ses cotisations.

Etant donné qu'il n'existe aucune législation en RDC relative à l'ensemble « sous-traitance » le Ministre ne peut prétendre que ces entreprises sous-traitantes opèrent en violation de la loi. Et la loi dont il s'agit ici c'est celle relative aux obligations des entreprises « sous-traitantes » vis-à-vis de l'Etat ou du Gouvernement.

fixant les conditions d'ouverture, d'agrément et de fonctionnement des Services Privés de Placement.

30 Lire pour plus de détails <http://7sur7.cd/new/modeste-bahati-ferme-49-entreprises-privées-placement-en-règle/#respond>.

31 Lire pour plus de détails <http://7sur7.cd/new/modeste-bahati-ferme-49-entreprises-privées-placement-en-règle/#respond>.

Il y a lieu de faire remarquer que s'il n'existe aucune disposition relative aux obligations d'une entreprise « sous-traitante » vis-à-vis de l'Etat, il n'en existe pas non plus vis-à-vis du travailleur.

Cet état des choses nous conduit à faire une analyse par rapport au code du travail notamment en ce qui concerne la situation du travailleur écartelé entre le « sous-traitant » et l'entreprise d'assujettissement, et qui doit être protégé d'une part et d'autre part, la responsabilité de l'Etat par rapport à ce phénomène en RDC.

## II. Le traitement du travailleur, « sous-traité » par rapport aux prescrits du code du travail

Toute personne physique ou morale de droit privé qui utilise les services d'un ou de plusieurs travailleurs en vertu d'un contrat de travail est concernée par le droit du travail, et ses rapports avec les travailleurs utilisés sont soumis au code du travail.<sup>32</sup>

*Le « Code du Travail mérite d'être considéré comme un instrument capable d'apporter la paix sociale grâce à l'affermissement des relations professionnelles, au rétablissement des droits fondamentaux du travailleur et de l'entrepreneur que sont le droit au travail et la liberté d'entreprise. »<sup>33</sup>*

Mais ce droit au travail ne serait que leurre s'il n'était pas assorti d'une protection résultant des mesures publiques contre le dénuement économique et social dans lequel la maladie, la maternité, les accidents de travail, le décès, etc. plongerait les travailleurs. En effet, le caractère social du travail, en ce qu'il procure un revenu au travailleur pour subsister, doit être stabilisé par les pouvoirs publics, afin d'éviter l'arbitraire et la loi du plus fort.<sup>34</sup>

Ainsi que le soulignent les professeurs Camerlynck et Lyon-Caen, le droit du travail dans tous les aspects, est sous la coupe de la conjoncture et de l'infrastructure économique.<sup>35</sup>

*« Toutes les questions traitées par le droit du travail tendent à l'amélioration de la condition du travailleur. La plupart de ces questions gravitent autour des charges sociales chiffrables. Celles-ci comprennent, outre les salaires, tout ce que l'emploi coûte à l'entreprise (soins médicaux, congés, économats, hygiène et salubrité sur les lieux de travail, mutation, etc.). Bref le droit du travail dans son ensemble grève le prix de revient de la main-d'œuvre. »<sup>36</sup>*

32 Masanga Phoba Mvioki (J.), op.cit., p.4.

33 Code de travail, [http : // www.collectif24.org/lib/documents/code\\_travail-2.pdf](http://www.collectif24.org/lib/documents/code_travail-2.pdf) consulté le 10 octobre 2014.

34 Kumbu ki Ngimbi, op.cit, p.v.

35 Luwenyema Lule, « Précis de droit du travail congolais », Kinshasa, 1987, p.16.

36 Idem, p.15.

*« De cette situation apparaît inévitablement une opposition d'intérêts entre l'employeur, qui lui, cherche à minimiser le coût de production, et les travailleurs qui réclament toujours de nouveaux avantages. »<sup>37</sup>*

Notons que « le droit du travail a pour souci majeur de consacrer tout ce qui est socialement souhaitable, mais par contre il ne peut réaliser que ce qui est économiquement possible. »<sup>38</sup> Concernant sa technique, nous constatons que le droit du travail a une finalité propre. Il est orienté vers la protection des salariés; donc une finalité qui inspire le contenu des règles relatives au travail-salaire, leur interprétation doctrinale et jurisprudentielle dans le sens le plus favorable aux salariés.<sup>39</sup>

Pour ce faire, il importe d'appliquer le texte du Code du travail quant en ce qui concerne le contrat de travail et le salaire. Malheureusement ce n'est pas le cas dans la situation de la « sous-traitance ». Il importe de constater que ceux qui sont embauchés dans ces genres de structures sont victimes d'un traitement inhumain quant à ce qui concerne les conditions de travail, le salaire, les avantages liées à la rémunération, la procédure quant à la résiliation du contrat et les indemnités etc. Ici l'on ignore, les prescrits du code du Travail.<sup>40</sup> Les propos du Ministre de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale publiés illustrent à suffisance.<sup>41</sup>

En effet, suite aux plaintes formulées par leurs travailleurs, Mr. le Ministre de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale a averti les maisons de sous-traitance et de placement qu'elles seraient fermées si elles ne traitaient pas biens leurs employés, alors que de nombreux travailleurs dépendent des agences de « sous-traitance ». Les entreprises qui les emploient ne leur font pas signer des contrats pour éviter certaines charges. Ces travailleurs ne bénéficient pas d'allocation familiale, d'indemnités de transport, de logement ou des soins de santé.<sup>42</sup> Pourtant, la protection de l'emploi et le respect de la dignité humaine sont garanties par la Constitution de la RDC.<sup>43</sup>

Outre ces difficultés, il existe un autre inconvénient. Une fois qu'il y a rupture du « contrat » avec l'entreprise, les « sous-traités » sont abandonnés dans la plupart de cas à leur propre sort. Ne sachant à quel saint se vouer.

D'où la responsabilité de l'Etat en cette matière s'impose avec acuité.

37 Ibidem.

38 Ibidem, p.16.

39 *Masanga Phoba Mvioki (J.)*, notes polycopiées de droit du travail, UNIKIN, KINSHASA, 2010, p. 24.

40 Lire les art.41, 42, 44, 54, 55,56 du code du travail de 2002. Ce sont quelques art. que nous avons eu à relever.

41 Les maisons de sous-traitance menacées de fermeture, <http://7.cd/index.php/8-infos/4011> consulté le 18 avril 2014.

42 Code de travail, [http : www.collectif24.org/lib/documents/code\\_travail-2.pdf](http://www.collectif24.org/lib/documents/code_travail-2.pdf), consulté le 10 octobre 2014.

43 Lire les art.36 et 16 de la constitution de 2006 de la RDC.

C. *La responsabilité de l'Etat par rapport à la situation du « sous-traité » en R.D.C.*

La question est de déterminer la mesure dans laquelle la protection du travail peut s'étendre à ces activités qui restent- en quelque sorte par définition dans le cas de l'économie informelle – peu perméables à l'influence des règles juridiques nationales ou internationales.<sup>44</sup>

*Les pouvoirs publics sont appelés à s'y impliquer en vue d'harmoniser les rapports entre les « employeurs » et le « sous-traité » car il importe avant tout de protéger les intérêts de ce dernier. L'inexistence des normes légiférant ce secteur risque de friser une certaine irresponsabilité de sa part.*

*De ce fait, une étude comparative par rapport aux exigences existantes pourrait élucider l'autorité publique à se situer afin d'envisager sa réglementation.*

I. La sous-traitance et les caractéristiques du contrat de travail

Ndomelo Kikusa Kaimba et Kienge Kienge Intudi soutiennent en conformité avec la législation congolaise que

*« ...le contrat de travail est une convention écrite ou verbale par laquelle une personne, le travailleur, s'engage à fournir à une autre personne, l'employeur, un travail manuel ou autre, sous la direction et l'autorité directe ou indirecte de celui-ci et moyennant rémunération. »<sup>45</sup>*

Trois éléments constitutifs découlent de cette définition : la prestation, la subordination et la rémunération.<sup>46</sup>

*« Cette définition qui reprend tous les éléments de celle de Raymond Guillien et de Jean Vincent, d'André Brun et de Henri Galland, du Professeur Durand et de Philippe Suet est à la fois moderne et complète parce que réunissant les trois éléments essentiels : travail, salaire et subordination. »<sup>47</sup>*

De cette définition, il se dégage trois éléments requis qui doivent être réunis dans le chef d'une seule personne afin de parler du contrat de travail. Il s'agit notamment de la prestation, la rémunération et le lien de subordination. Toutefois,

44 *Servais (JM)*, Normes internationales du travail, Paris, Juillet 2004, p.61.

45 *Ndomelo Kikusa Kaimba et Kienge Kienge Intudi*, « Comment sauvegarder l'emploi dans le contexte actuel de la RDC? », Kinshasa 1, 2001, p.24. Ici, il conviendrait de savoir que la définition donnée par l'auteur était conforme à loi de 1967 portant l'ancien code du travail.

Cette même définition est reprise par l'art.7c de la loi n°015/2002 du 16 Octobre 2002 portant l'actuel code du travail.

46 *Masanga Phoba Mvioki (J.)*, notes polycopiées de droit du travail, UNIKIN, KINSHASA, 2010, p.27.

47 *Ndomelo Kikusa Kaimba et Kienge Kienge Intudi*, Op.cit., p.24.

*« le contrat de travail étant consensuel est dominé par le lien de subordination, les parties ont la possibilité de conclure librement celui-ci sous réserve de se conformer aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. »<sup>48</sup>*

Le lien de subordination, plus que tous les deux autres éléments est le plus caractéristique du contrat du travail. . . En matière de contrat du travail, le lien de subordination suppose que le travailleur accomplit sa prestation de travail sous l'autorité de l'employeur.<sup>49</sup>

Le lien de subordination, caractéristique du contrat d'emploi est défini par la jurisprudence belge, comme consistant en ce que la personne qui prête ses services est, dans l'exécution même de son contrat, sous l'autorité, la direction et la surveillance effectives et en principe permanentes, de celui à qui les services sont prêtés. La subordination s'analyse comme un rapport de dépendance dans l'exécution du travail ou comme le pouvoir de donner des injonctions, des instructions ou des ordres pour l'organisation de l'exécution du travail.<sup>50</sup>

La subordination suppose l'existence d'un pouvoir de direction. En vertu de ce pouvoir, l'employeur a le droit de donner des ordres pour déterminer la prestation de travail dans le respect des tâches convenues (job description) et pour en déterminer les modalités d'exécution; le travailleur ayant l'obligation de s'y conformer. La subordination suppose également un pouvoir de surveillance permettant à l'employeur de vérifier l'exécution de ses ordres et de sanctionner le travailleur en cas de non-exécution des ordres lui donnés (sanction positive). Il n'est pas nécessaire, que ce pouvoir de direction soit effectivement exercé, ni qu'il soit exercé d'une manière constante.<sup>51</sup>

D'emblée, il sied de souligner que dans l'ensemble « sous-traitance » deux éléments ne posent pas problème. Il s'agit notamment de la prestation et de la rémunération étant donné que le travailleur preste dans l'entreprise principale et quant au salaire il le reçoit auprès du « sous-traitant » car c'est avec lui qu'il avait conclu cet accord. Par contre, pour ce qui concerne le lien de subordination, il existe une certaine ambiguïté.

A titre exemplatif citons le cas de ceux qui travaillent au call center dans les télécom. Ils sont assujettis par la « sous-traitance ». Ils sont affectés de manière permanente dans l'entreprise principale pour recevoir les plaintes venant des abonnés. Quand ils travaillent, ils sont sous l'autorité, la direction et la surveillance de l'entreprise principale (de façon constante, régulière) concomitamment avec l'entreprise « sous-traitante » (de manière intermittente, épisodique ou périodique) qui les paie c'est-à-dire sous l'autorité directe de celle-là et indirecte de celle-ci. Lorsqu'il y a des plaintes à formuler contre un agent et le plus souvent quand on ne veut plus de lui pour quelques raisons que ce soit, l'entreprise principale s'adresse à l'entreprise « sous-traitante » pour le « révoquer ». Et les plus sou-

48 *Idem*, p.39.

49 *Ibidem*, p.78.

50 *Ibidem*, p.79.

51 *Masanga Phoba Mvioki (J.)*, notes polycopiées de droit du travail, UNIKIN, KINSHASA, 2010, p.27.

vent ils sont abandonnés à leur propre sort étant donné d'une part, ces structures d'embauches ne possèdent pas un marché étendu de la clientèle pour replacer les agents qui seraient « licenciés » et d'autre part il n'existe pas de mécanismes ou une politique d'encadrement qui consisteraient à récupérer l'agent au sein de l'entreprise « sous-traitante » de telle sorte qu'il continue à travailler en attendant qu'il soit proposé dans une autre.

Etant donné que les éléments caractéristiques du contrat de travail sont épars, la grande question est celle de savoir de qui serait-il réellement l'employé? Et dans le cas précis peut-on réellement parler du contrat de travail à partir du moment où les trois éléments sont dispersés c'est-à-dire ne sont pas réunis dans le chef d'une seule personne?

Au demeurant, de quelle action disposerait réellement le « sous-traité » en cas d'insolvabilité du « sous-traitant »? Et à partir du moment où nous ne serions pas dans un contrat de travail pourrions-nous invoquer, sans que l'adage « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude » ne soit évoqué, une quelconque action dans le règlement des litiges opposant le « sous-traité » et le « sous-traitant » ou le « sous-traité » et l'entrepreneur principal?

Voilà autant de questions auxquelles nous tenterons de répondre dans la suite de cette réflexion.

## II. La sous-traitance et le hasard

Le hasard est inspiré de la philosophie rationaliste, Le droit napoléonien répugnait à l'absence de cause, la concevait mal et n'imaginait pas qu'un rapport juridique puisse en naître (cfr.l'art.1131 du code civil). Toute chose, tout événement devait pouvoir être rattaché à un autre dont il est issu. Dans la mesure où l'événement fortuit n'est pas lié à une cause (cf. la définition de Littré), il ne peut être rattaché à un événement antérieur. Ne sachant ainsi à quoi rationnellement le relier, le code civil ne pouvait l'insérer à aucun endroit de son système et le laissait en dehors du champ juridique. Il le faisait avec d'autant meilleure conscience qu'il concevait mal ces événements sans cause.<sup>52</sup>

La définition la plus complète du hasard est sans doute celle de Ranzoli : « ce qui est imprévisible, soit à cause de la complexité des causes et des effets, soit à cause de la rencontre de séries indépendantes d'événements ». Tout au moins est-ce la plus utilisable en droit, car elle a sur la définition classique (celle de Stuart Mill et de Cournot : « Concours de faits rationnellement indépendants » l'avantage de nous donner un critère de reconnaissance : l'imprévisibilité, la notion bien connue des juristes.<sup>53</sup>

Eu égard à ce qui précède, la « sous-traitance » remplit le critère pour être considérée comme étant un cas fortuit. L'existence d'un concours des faits rationnellement indépendants, d'une complexité des causes et des effets suffit. Etant donné qu'il y a absence de cause, l'on ne saurait la rattacher à aucun événement du passé et par conséquent elle est donc en dehors du champ juridique. Autrement, la « sous-traitance » ne peut être rangée

52 Lire *Bénabent (A.)*, « La chance et le droit », Paris, 1973, p.15.

53 *Idem*, p.13.

dans le contrat du travail car il y a déficit ou mieux déséquilibre dans un élément : la subordination. Ici, il existe l'équivoque dans la détermination du lien de subordination. Le « sous-traité » étant à califourchon.

Toutefois, notons que la question de savoir de qui le « sous-traité » serait-il effectivement l'employé et l'action dont disposerait-il en cas de règlement des litiges demeure. Le droit du travail est un droit autonome. « Cette autonomie se manifeste à travers ses sources, sa technique, et son champ d'application. »<sup>54</sup>D'où, l'intervention de l'Etat dans cette matière s'avère impérieuse surtout en cette période où trouver un emploi semble relever de miracles en RDC.

Notons que les abus remarqués chez le « sous-traitant » dans le traitement du « sous-traité » ont parfois pour origine l'entrepreneur principal. En effet, « La sous-traitance n'est pas sans présenter des inconvénients. Les « donneurs d'ordres » sont parfois tentés d'abuser des avantages de leur position pour exploiter leurs sous-traitants : les retards dans les paiements et la fixation de prix inéquitables pour les pièces et les éléments fabriqués en sous-traitance sont les causes les plus fréquentes des difficultés entre les parties. Une orientation et un contrôle des pouvoirs publics sont donc indispensables si l'on veut que le système repose sur une base saine. »<sup>55</sup>

### III. L'interventionnisme étatique dans la « sous-traitance »

Le personnel « est la composante essentielle en droit du travail, pour lequel il n'y a d'entreprise qu'en cas d'emploi de travailleurs, les hommes et les femmes qui y travaillent étant sa principale raison d'être. D'où la différence avec la notion d'entreprise en économie ou en droit commercial (Entreprise sans salariés, entreprise artisanale) »<sup>56</sup>.

Et « Le marché a d'abord désigné, et désigne toujours dans son sens premier, un lieu où se rencontre l'offre et la demande de produits. Dans le sens qu'il a acquis dans la théorie économique, le marché ne désigne plus un lieu physique, mais un mécanisme autorégulateur d'échange de produits (bien et services). Les sociétés dites à économies du marché sont celles qui font de ce mécanisme le principe de leur vie matérielle. Ceci suppose remplies deux séries de conditions qui relèvent du droit et des institutions. »<sup>57</sup>

En d'autres termes,

*« L'économie de marché implique en premier lieu de pouvoir traiter la nature, le travail et la monnaie comme des produits, comme des marchandises douées d'une valeur d'échange, et non d'une simple valeur d'usage. Il y a là une fiction juridique, puisque la nature, le travail et la monnaie ne sont pas des produits. Et seul le droit*

54 Masanga phoba Mvioki (J.), Op.cit., p.24.

55 Revue internationale du travail, Bureau international du travail, Vol.104, n°s1-2, Genève, juillet-août 1971, pp 82-83.

56 Coeuret (A.), G auriau (B.), Miné(M.), Droit du travail, Paris, 2006, pp51, 52.

57 Pélessier (J.), Suptot (A.), Jeammaud (A.), Droit du travail, Paris, 2006, p.139.

*(droit des biens, droit du travail, droit de la banque et des effets de commerce) peut donner corps à cette fiction. En second lieu les vertus autorégulatrices du marché sont suspendues à l'existence d'une concurrence libre et loyale. Or celle-ci n'est pas un état de nature : elle implique un droit des obligations, une culture juridique du contrat et de la responsabilité, et des institutions capables de lui donner force obligatoire ».<sup>58</sup> D'où il conviendrait de noter que « le marché du travail ne peut exister en dehors du droit qui l'institue [...] et qui organise la demande [...] »<sup>59</sup>*

C'est pourquoi « l'Etat intervient tout d'abord pour donner un cadre juridique à la formation professionnelle. De façon plus conjoncturelle il intervient aussi sur le marché dans le cadre de politiques de l'emploi qui évoluent au gré des fluctuations du chômage ».<sup>60</sup>

Le fonctionnement d'une économie subordonnée aux intérêts et aux exigences d'un peuple et qui ne peut se laisser ni orienter ni modeler par les fluctuations du marché et du prix ne peut être assuré que par l'Etat(...) organe de coordination, de direction, de contrôle, des grandes activités professionnelles, elles-mêmes rassemblées et ordonnées en institutions hiérarchisées et soumises à l'Etat(...).<sup>61</sup>

La communauté de travail, si elle est comprise comme un instrument de rénovation sociale et non comme un moyen d'oppression unilatérale, a une structure et des fonctions bien déterminées. Le pays qui souhaiterait la réaliser aurait à régler le détail de sa législation sur une quantité de points particuliers qu'une théorie d'ensemble ne peut pas embrasser. Cependant, la théorie est en état de dessiner les conditions minima d'une communauté de travail qui sans être oppressive pour la classe ouvrière, permet la discipline et le contrôle du marché.<sup>62</sup> En France par exemple, les gens qui prestent dans les entités autres que celles d'où ils proviennent sont régis par les dispositions légales et de la jurisprudence françaises.<sup>63</sup>

Nous devons essayer de redresser la situation et connaître quelle maison est en ordre, son cahier des charges et surtout ses pratiques, a déclaré Modeste Bahati.<sup>64</sup> Au regard de cette déclaration, la meilleure façon de redresser la situation pour connaître la maison qui serait en ordre est qu'une étude minutieuse soit faite pour relever toutes les activités qui s'exercent dans le cadre de la fourniture de prestation des services aux autres entreprises,

58 Idem, p.139.

59 Ibidem.

60 *Ibidem*, p.229. «

61 *Perroux (F.)*, Le «Capitalisme et communauté de travail »,Paris, 1937, p.86.

62 *Perroux (F.)*, Op.cit., p.86.

63 **Le droit de la sous-traitance en France** est l'application des dispositions légales et de la jurisprudence françaises concernant le travail de personnes au sein de structures différentes que celles dont elles dépendent. [http://fr.wikipedia.org/wiki/droit\\_de\\_la-sous-traitance\\_en\\_france#p-search](http://fr.wikipedia.org/wiki/droit_de_la-sous-traitance_en_france#p-search), consulté le 17 oct. 2014.

64 Les maisons de sous-traitance menacées de fermeture, <http://7.cd/index.php/8-infos/4011>, consulté le 18 avril 2014.

les définir, les circonscrire pour éviter des confusions de telle sorte qu'on parvienne à son organisation.

Ainsi, il appartient donc aux pouvoirs publics d'en organiser le fonctionnement afin d'éviter l'équivocité qui s'est installée quant aux notions de ces genres de prestation et les entorses quant au traitement de tous ceux qui sont embauchés dans ces structures. Etant donné que la « sous-traitance » n'est qu'un cas hasardeux et imprévisible, elle nécessite pour sa réglementation la création d'une exception. Et cette exception doit tenir compte des éléments relevés ci-haut pour une législation adéquate c'est-à-dire favorable à la condition du « sous-traité ».

Force est de savoir qu'il ne suffit pas d'importer les pratiques exotiques, il faudrait les adapter à nos réalités. Sous d'autres cieux, la sous-traitance est considérée comme l'une des stratégies permettant aux pays en voie de développement de s'ouvrir à l'économie mondiale. Et on l'appelle la sous-traitance internationale.

En effet, « ... la sous-traitance se présente de plus en plus comme un impératif dans les relations inter-industrielles contemporaines entre pays industrialisés et pays en voie de développement. »<sup>65</sup> En Côte d'Ivoire, de 1960 à 1970, le secteur industriel a connu, dans la première phase de leur industrialisation, une rapide expansion avec un taux de croissance moyen annuel de 18% dans le secteur de l'industrie grâce à la mise en place d'industries de substitution aux importations et les tentatives de valorisation des produits locaux. Ainsi, ayant atteint cet objectif, il fallait maintenant s'ouvrir au marché extérieur. Et pour y parvenir les responsables de l'économie de leur pays ont dû pour la deuxième phase de leur développement concevoir une nouvelle stratégie d'industrialisation du pays qui est la création d'une bourse de sous-traitance internationale.<sup>66</sup>

Une grande part des activités de sous-traitance internationale est concentrée actuellement, dans les régions frontalières du Mexique, et est destinée à l'exportation vers les Etats-Unis. D'autres travaux de sous-traitance de cette nature sont effectués en Amérique centrale, aux caraïbes et dans certaines régions d'Extrême-Orient.<sup>67</sup>

Tout compte fait, « les objectifs des pays en développement sont différents lorsqu'il s'agit de conclure des contrats avec des sociétés multinationales. Chacun d'eux a ses besoins et ses priorités propres qui exercent une influence sur les encouragements qu'il est susceptible d'offrir aux sociétés étrangères. Lors du stade initial du développement, les pays moins développés tentent d'accroître leurs recettes de change et de résorber le chômage en effectuant des travaux à la pièce pour les sociétés multinationales. Ultérieurement, il se peut que ces pays désirent renforcer leur position concurrentielle dans l'économie

65 BDI (Bureau de développement industriel), l'usine ivoirienne, n°1, Abidjan, Juin 1973, p.4.

66 BDI (Bureau de développement industriel), Op.cit., p.2. A lire pour plus de détails.

67 Organisation de coopération et de développement économique, réunion d'experts sur la sous-traitance internationale et la capacité d'absorption des pays en voie de développement, centre de développement de l'OCDE, févr. 1977, p.18.

mondiale et développer la spécialisation des entreprises sur le plan intérieur en faisant appel à la sous-traitance. »<sup>68</sup>

## CONCLUSION

Compte tenu des éléments nécessaires à un contrat de travail qui doivent être réunis dans le chef d'une seule personne, nous estimons à notre avis, que l'ensemble « sous-traitance » est une entité extra juridique et comme le sort du travailleur est au centre de toute préoccupation, il appartient donc à l'autorité publique de créer une exception à la règle pour organiser ces genres de prestation en définissant les notions de la « sous-traitance », en les circonscrivant, en déterminant les modalités de fonctionnement etc, Quant à la nature des relations qui lient le « sous-traité » au « sous-traitant » et à l'entreprise principale, il appartiendra donc aux pouvoirs publics de la définir. En réalité, l'on ne peut exiger au « sous-traitant » ou encore à l'entrepreneur principal de bien traiter les travailleurs en se conformant aux prescrits du Code du travail à partir du moment où la caractéristique intrinsèque du contrat de travail fait défaut. Il s'agit notamment du lien de subordination.

En tout état de cause, nous pensons que la « sous-traitance interne » n'est pas une chose à encourager. A vrai dire, en dehors de la crise économique qui sévit en RDC et du fait qu'on doit minimiser les frais de fonctionnement, elle est devenue un meilleur marché pour le « sous-traitant » et l'entreprise principale. En effet, d'un côté celui qui agit au nom de cette dernière propose une offre de service à celui-là moyennant une commission ou le pourcentage à partager entre les deux et devant aller dans leur compte personnel ou vice-versa. Et de l'autre côté, c'est une voie permettant au sous-traitant de renflouer ses caisses, de maximiser le profit car ici les prescrits du Code de travail sont ignorés. Nous estimons que l'Etat devrait redynamiser le secteur de l'emploi en restaurant certains services qui ne fonctionnent plus ou qui n'existent aujourd'hui que de nom. Il est possible de créer les emplois et promouvoir l'industrie locale. Et lorsque le pays aura atteint une certaine stabilité économique (en termes de PIB et PNB) il serait souhaitable d'admettre la sous-traitance internationale.

Toutefois, vue la crise économique dans laquelle se trouve la RDC, nous pensons que le droit devrait suivre les faits à titre provisoire, c'est-à-dire en attendant que l'Etat s'organise afin d'éviter le traitement inhumain subis actuellement par les travailleurs. Il doit s'employer à déterminer à qui seront-ils réellement subordonnés et trouver par là un motif valable pour sanctionner toutes les malveillances et malversations dans le chef des employeurs. Au cas contraire, cet état des choses friserait un Etat de jungle (état de nature), un état de non Etat, sans foi ni loi où il n'y a que les Léviathans qui commandent au détriment de la classe travailleuse et le secteur de l'emploi sombrerait sans doute dans un chaos indescriptible.

68 Idem, p.24.

Notons qu'il apparaît parfois dans le chef de l'autorité publique une certaine lenteur dans la prise des décisions, et l'apport des organisations non gouvernementales tant nationales qu'internationales pourrait être d'une très grande utilité en ce qu'elles ont la possibilité d'aider et d'amener les pouvoirs publics à travers leurs différentes actions à prendre des mesures relatives à la réglementation de ce secteur.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I. TEXTES OFFICIELS**

La constitution de la RDC, journal officiel de la RD Congo, 47<sup>ième</sup> année, numéro spécial du 18 février 2006.

La loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail.

L'arrêté ministériel n°12/CAB.Min.ETPS/044/2008 du 08 août 2008 fixant les modalités de placement des travailleurs, Journal officiel, 49<sup>ème</sup> année, col.1-4, n°16 du 15 août 2008.

L'arrêté ministériel n° 012/CAB.MIN/ETPS/062/08 du 18 septembre 2008 fixant les conditions d'ouverture, d'agrément et de fonctionnement des services privés de placement, Journal officiel, 49<sup>ème</sup> année, col.31, n°20 du 18 septembre 2008

### **II. DOCTRINES : ouvrages et autres documents.**

BDI (Bureau de développement industriel), l'usine ivoirienne, n°1, Abidjan, juin 1973.

Bénabent (A.), « La chance et le droit », Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1973.

Couret (A.), Gauriau (B.) et Miné(M.), Droit du travail, Dalloz, Paris, 2006.

Cohésion nationale : discours de « Joseph Kabila » devant le congrès in, <http://afrique.kongotimes.info/author/admin/>, consulté le 04 juillet 2014.

Dupeyroux (J.-J.), Borgetto(M.), Lafore(R) et Ruellan(R.), Droit de la sécurité sociale, 15<sup>ième</sup> éd., Dalloz, Paris, 2005.

[http://www.collectif24.org/lib/documents/code\\_travail-2pdf](http://www.collectif24.org/lib/documents/code_travail-2pdf) consulté le 10 octobre 2014.

<http://www.offshore-developpement.com/diffe3%A9rences-entre-externalisation-de-services-et-sous-traitance>, consulté le 10 octobre 2014.

[http://fr.wikipedia.org/wiki/droit\\_de\\_la-sous-traitance-en-france#p-seach](http://fr.wikipedia.org/wiki/droit_de_la-sous-traitance-en-france#p-seach), consulté le 17 octobre 2014.

Jourdan (D.), De Bailleul(C.), Cabinet Barthélémy (J.) et associés, Contrat de travail. Du recrutement à la rupture, Delmas, Paris, 2011-2012.

Katuala kaba kashala, Code du travail congolais (texte, jurisprudence et doctrine), 2<sup>ième</sup> éd., Batena Ntambua, Kinshasa, 1998.

Kumbu ki Ngimbi, droit du travail, manuel d'enseignement, galimage, Kinshasa, 2010.

Les maisons de sous-traitance menacées de fermeture in, <http://7sur7.cd/index.php/8-infos/4011>, consulté le 18 avril 2014.

Luwenyema Lule, « précis de droit du travail », éd.Lule, Kinshasa, 1987.

Masanga Phoba Mvioki (J.), notes polycopiées de droit du travail, Unikin, Kinshasa, 2010.

- Ndomelo Kikusa et Kienge kienge Intudi, « comment sauvegarder l'emploi dans le contexte actuel de la RDC », éd.Kazi, Kinshasa1, 2001.
- Organisation de coopération et de développement économique, réunion d'experts sur la sous-traitance internationale et la capacité d'absorption des pays en voie de développement, centre de développement de l'OCDE, févr. 1977.
- Perroux (F.), Le « capitalisme et communauté de travail », librairie du recueil. Sirey, Paris, 1934.
- Revue internationale du travail, Bureau international du travail, Vol.104, n<sup>os</sup>1-2, Genève, juillet-août 1971.
- Servais (JM.), Normes internationales du travail, Jouve, Paris, Juillet 2004.
- Verdier(JM.), Coeuret(A.) et Souriac (M-A.), Droit du travail.Volume1.Rapports collectifs.,13<sup>ième</sup> éd., Dalloz, Paris, 2005.