



Thèse
Présentée par
Isaac Yankhoba
NDIAYE

UNIVERSITE
CHEIKH ANTA DIOP
DE DAKAR

Les vicissitudes de l'entreprise et le sort de l'emploi

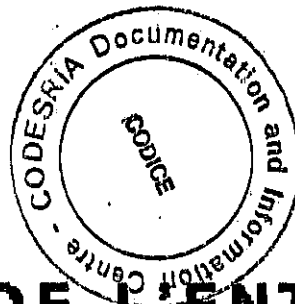
1988



27 JUN 1991

UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES
ANNEE 1988

13.01.00
NDI
2634



LES VICISSITUDES DE L'ENTREPRISE ET LE SORT DE L'EMPLOI

THESE POUR LE DOCTORAT D'ETAT
présentée et soutenue publiquement
par
Isaac Yankhoba NDIAYE

*Thèse honorée d'une subvention du conseil pour le
développement de la recherche économique et
sociale en Afrique (CODESRIA)*

JURY

- Président: **Mr. Joseph ISSA-SAYEGH**
Agrégé des Facultés de Droit,
Professeur aux Universités de Nice et de Dakar
- Suffragants: **Mr. Jean PELISSIER**
Agrégé des Facultés de droit,
Professeur à l'Université de Lyon
Directeur du Centre de Recherches de Droit
Social de Lyon
- Mr. Gérard Paul POUGOUE**
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à l'Université de Yaoundé
- Mr. Lamine SIDIME**
Agrégé des Facultés de Droit
Maître de conférences
Chef du Département de Droit privé de la
Faculté des Sciences Juridiques et Economiques
de l'Université CHEIKH ANTA DIOP

LA FACULTE N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION
OU IMPROBATION AUX OPINIONS EMISES DANS LES
THESES ; CES OPINIONS DOIVENT ETRE CONSIDEREES
COMME PROPRES A LEURS AUTEURS.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A. A. :	Annales africaines.
A. J. D. A. :	Actualité juridique - Droit administratif.
Al. :	Alinéa.
Art. :	Article.
ASERJ :	Recueil de l'Association Sénégalaise d'études et de recherches juridiques.
Ass. Plén. :	Cour de Cassation française, Assemblée plénière.
C. A. :	Cour d'Appel de Dakar.
C. E. :	Conseil d'Etat.
Chr. :	Chroniques
CREDILA :	Répertoire de Droit social du Centre de recherches, d'études et de documentation sur les institutions et les législations africaines.
Civ. :	Cour de Cassation française, Chambre civile.
C. O. C. C. :	Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal.
Concl. :	Conclusions.
Crim. :	Cour de Cassation française, Chambre criminelle.
C. Sup. :	Cour Suprême du Sénégal.
C. T. :	Code du travail du Sénégal.
C. T. O. M. :	Code du travail des Territoires d'Outre-Mer.
D. :	Dalloz.
D. H. :	Dalloz Hebdomadaire.
D. S. :	Dalloz - Sirey.
Dr. soc. :	Revue de droit social.
Dr. ouv. :	Revue de Droit ouvrier.
Ed. :	Edition.
G. A. D. T. :	Les grands arrêts de droit du travail.
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais.

- G. D. J. A. : Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise.
- J. C. P. : Jurisclasseur Périodique (Semaine juridique).
- Ed. E. : Edition entreprise.
- Ed. C. I. : Edition commerce et industrie
- Ed. G. : Edition générale.
- J. O. R. S. : Journal officiel de la République du Sénégal.
- L. G. D. J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- N. E. A. : Nouvelles éditions africaines.
- Obs. : Observations.
- P. U. F. : Presses universitaires de France.
- Rec. législ. jurispr. : Recueil de législation et de jurisprudence de la Cour Suprême (C. S.) et des Cours et Tribunaux (C. T.).
- Rel. soc. : Relations sociales.
- R. I. P. A. S. : Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal.
- Rev. ad. : Revue administrative.
- Rev. mat. : Revue Réveil-matin.
- Rev. sc. crim. ou R. S. C. : Revue de Sciences criminelles.
- Rev. sén. dr. ou R. S. D. : Revue sénégalaise de droit.
- Rev. trim. dr. civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
- Rev. trim. dr. com. : Revue trimestrielle de droit commercial.
- Rev. trim. dr. com. écon. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique.
- T. G. I. : Tribunal de grande instance.
- T. P. O. M. : Travail et professions d'Outre-Mer (Droit africain du travail).
- Trib. trav. : Tribunal du travail.
- N. B. : La jurisprudence citée sans référence est inédite.

INTRODUCTION GENERALE

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

La prospérité économique et sociale d'un pays n'est jamais une situation acquise à l'avance. Elle est toujours le résultat d'une lente évolution due à la conjonction de divers facteurs. Certains de ces facteurs doivent être favorables à la promotion de l'entreprise.

Dans les pays à économie fragile comme le nôtre, principalement marqués par une dépendance accrue vis-à-vis de l'extérieur, il est apparu de plus en plus manifeste aux pouvoirs publics que l'entreprise doit être le principal moteur du développement. Le dynamisme des entreprises est -peut être ici plus qu'ailleurs- l'instrument adéquat pour "libérer l'avenir".

Trouver des emplois pour tous, surtout pour ceux qu'il est permis d'appeler les "nouveaux chômeurs" (1), s'inscrit dans le cadre de cet objectif ambitieux. Or, la création d'emplois ne peut se faire ex nihilo ; elle obéit à des conditions préalables, parmi lesquelles, la fiabilité des entreprises. Une entreprise peu performante ne peut assurer ni la qualité, ni la stabilité de l'emploi.

"Une recherche sur les vicissitudes de l'entreprise et le sort de l'emploi" doit partir de ce constat : l'entreprise et l'emploi sont des termes qui vont de pair et qui sont étroitement imbriqués. Dès lors, il s'avère nécessaire d'introduire notre étude par une approche conceptuelle de ces deux termes (I), pour pouvoir ensuite délimiter le champ de celle-ci (II) et enfin définir la problématique qui justifiera le plan (III).

(1) L'expression désigne ici essentiellement les jeunes diplômés de l'enseignement supérieur. Leur immixtion massive et brutale dans le marché du travail constitue l'un des faits marquants de notre temps.

I - LES CONCEPTS D'ENTREPRISE ET D'EMPLOI.

La familiarité de ces deux termes dans le langage courant ne reflète pas les difficultés d'une analyse juridique.

A/ L'entreprise.

L'entreprise désigne des réalités si différentes (2) qu'il est difficile d'en avoir une perception unique. En effet, l'entreprise vise aussi bien l'atelier de l'artisan qui utilise un personnel réduit que la Régie des chemins de fer qui emploie trois mille personnes environ ; la chaîne d'hypermarchés, la banque, la pharmacie, la multinationale constituent autant d'entreprises.

Dans ces conditions, l'humilité recommande de ne pas sortir des limites territoriales du droit. Il suffira alors d'exposer sommairement les différents concepts et la nature juridiques de l'entreprise.

1 1° Les concepts juridiques d'entreprise.

L'entreprise entretient avec le droit des rapports multiples qui ont déjà fait l'objet d'analyses magistrales (3). Cette diversité de rapports correspond aussi à des perceptions différentes de l'entreprise, en fonction de la discipline concernée. Généralement, on note deux grandes tendances : soit l'entreprise est appréhendée comme une cellule économique, soit comme une cellule sociale.

(2) Cf. J. Paillusseau, "Qu'est-ce que l'entreprise" ? in l'entreprise : nouveaux apports, Economica 1987. P. 11 et s.

(3) M. Despax, l'entreprise et le droit, L. G. D. J. 1957.
N. Catala, l'entreprise, Traité de droit du travail, T. 4, Dalloz 1980.

a) L'entreprise, cellule économique.

Il s'agit ici d'une vision essentiellement patrimoniale de l'entreprise. Plus exactement, l'entreprise est un ensemble de biens affectés à une production (4). Cette vision de l'entreprise est prise en considération par certaines disciplines juridiques. Mais la reconnaissance de cette cellule économique que constitue l'entreprise ne s'est pas opérée de la même manière ; elle varie d'une discipline à l'autre.

En droit civil, c'est le principe de l'unité du patrimoine qui a **quelque** peu retardé la reconnaissance de cette universalité autonome de biens que constitue l'entreprise. Un tel principe exclut, en effet, la possibilité pour une personne physique d'être à la tête de deux masses de biens, l'une affectée à son activité personnelle, l'autre à l'activité de son entreprise. Mais le droit civil n'en a pas moins pris en compte la finalité économique de certains biens. Ainsi en vaut-il de l'immobilisation par destination qui marque la volonté du législateur de répondre "au double besoin d'assurer d'une part, l'unité de régime juridique de cet ensemble de biens constituant une unité économique et d'isoler, d'autre part, ce même ensemble au sein du patrimoine de son propriétaire" (5).

Cette tendance à dissocier certains biens du patrimoine pour leur donner une autonomie propre se retrouve aussi dans le droit des successions : l'attribution préférentielle des articles 474 et suivants du Code de la famille est relative aux biens laissés par le de cujus et dont il faut éviter le morcellement dans un but économique (6). Parmi les biens ainsi visés, se trouvent les exploitations de toute nature : entreprise commerciale, agricole ou artisanale.

(4) J. Paillusseau, "qu'est-ce que l'entreprise" ? Article précité, p. 12.

(5) M. Despax, op. cit., p. 81.

(6) S. GUINCHARD, Droit patrimonial de la famille au Sénégal, L. G. D. J./ N. E. A., 1980, n° 1 544, p. 625.

On peut alors reconnaître que le droit civil saisit, aujourd'hui, l'entreprise mais essentiellement sous son aspect économique. (7).

En droit commercial, l'accession à la vie juridique de la notion d'entreprise a pu être mise en doute (8). La suspicion procède d'un constat : le droit des relations commerciales possède déjà des concepts qui lui permettent de se passer de la notion d'entreprise. En effet, la société et le fonds de commerce lui fournissent ses principales assises en mettant l'accent sur ce qui est déterminant : l'élément patrimonial. Dès lors, il peut paraître sans intérêt de vouloir s'encombrer d'une notion encore mal définie et qui ne se rapproche ni du fonds de commerce (9) ni de la société (10).

La remarque, bien que fondée, n'a pas pourtant empêché le droit commercial de se référer expressément à l'entreprise -il est vrai, sans la définir-. C'est ainsi que les articles 632 et 633 du Code de commerce réputent commerciales les "entreprises" de manufactures, de commission, de transport, de fournitures, etc...

Mais ce qui intéresse le droit commercial c'est moins les entreprises visées que le but lucratif qu'elles poursuivent (11). Le terme y est donc pris dans son sens de cellule économique.

(7) N. Catala, op. Cit., p. 135.

(8) X. Blanc-Jouvan, Encycl. Dalloz, dr. trav. T1 1976, V° Entreprise n° 6.

(9) Voir : P. Le Floch, "Entreprise et fonds de commerce", in L'entreprise : nouveaux apports, op. cit. p. 88 et s. Y. Lambert-Faivre, "L'entreprise et ses formes juridiques", Rev. trim. dr. comm. 1968, p. 907 et s.

(10) J. Paillusseau, "L'E. U. R. L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle" J.C. P. 1986, éd. G 3 246.

(11) R. Rodière et R. Mouin, Précis droit commercial, Dalloz. 6è ed. 1970, n° 21.

En droit pénal, on note tout d'abord une certaine tendance à personnifier l'entreprise. C'est ainsi, par exemple, que la loi fait obligation à l'entreprise de payer aux salariés leurs rémunérations auxquelles ils auraient eu droit si l'entreprise n'avait pas été fermée (12). Ensuite le terme d'entreprise permet de viser plusieurs entités tels le fonds de commerce, ou l'usine. Mais derrière cette absence de clarté terminologique, le législateur vise, en fait, les personnes physiques qui sont à la tête de l'entreprise (13). Le droit pénal veut surtout par là atteindre l'unité économique même s'il est obligé de passer par un des éléments de la composante sociale de l'entreprise. C'est pour le législateur pénal un moyen pratique d'arriver à ses fins. De ce point de vue, le droit pénal peut être rapproché de l'analyse de l'entreprise qui part de son élément humain sans toutefois altérer sa composante matérielle.

b) L'entreprise, cellule sociale.

En droit du travail, l'entreprise constitue une notion primordiale. C'est autour de l'entreprise que s'articule toute la législation sociale. L'importance du concept a amené le législateur à le définir. Aux termes de l'article 2 du Code du travail, l'entreprise comprend un ou plusieurs établissements formés d'un groupe de personnes travaillant en commun en un lieu déterminé sous une autorité commune.

Il ressort de cette définition que l'entreprise est une entité susceptible de faire l'objet d'un certain nombre de démembrements nécessités par son organisation technique (14).

(12) Voir II Partie, Titre I, chapitre II, section II.

(13) N. Catala, op. cit. n° 129, p. 137 et s.

(14) Ibid, n° 98 et s., p. 97 et s.

Mais surtout ce qui caractérise l'entreprise, c'est son élément humain : un groupe de travailleurs et une autorité qui s'exerce sur ce groupe. Ce n'est donc pas sans raison que l'entreprise a pu être présentée comme une organisation sociale hiérarchisée (15).

Certes, la présence de plusieurs salariés est importante, mais elle n'est pas une condition indispensable : l'entreprise peut -il est vrai, à titre exceptionnel (16)- ne comporter qu'une seule personne. Le droit du travail veut surtout organiser les relations qui s'établissent entre l'employeur et les salariés.

L'activité de l'entreprise n'est pas cependant occultée. Sans activité, il n'est point d'entreprise (17). Mais en droit du travail, la nature de cette activité n'est pas déterminante : sous certaines réserves (18), peu importe que l'activité de l'entreprise soit commerciale, industrielle ou artisanale. On ne peut donc faire le reproche (19) à Madame Catala d'avoir écrit que la nature de l'activité poursuivie est indifférente au droit du travail (20).

Le droit du travail a ainsi une perception de l'entreprise beaucoup plus complète que les autres disciplines juridiques. S'il privilégie, dans une certaine mesure, la cellule

(15) P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, T1, n° 347, Dalloz 1947.

(16) Article 2, alinéa 5 du Code du travail.

(17) J. Paillusseau, "L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle", article précité.

(18) Notamment l'applicabilité d'une convention collective dépend, entre autres conditions, de la nature de l'activité de l'entreprise.

(19) J. Paillusseau, "L'E.U.R.L...", article précité.

(20) *L'entreprise*, op. cit. n° 130, p. 139.

sociale de l'entreprise, il ne perd pas de vue pour autant la finalité économique de celle-ci. De ce point de vue, on peut dire que le concept d'entreprise y est relativement autonome (21). Cette autonomie se traduit aussi par un certain pragmatisme. Ainsi en est-il, par exemple, de la remarquable adaptation du droit du travail face aux problèmes juridiques nouveaux, posés par les groupes de sociétés (22). Pour tenir compte des modifications de structures que l'économie moderne impose souvent aux sociétés commerciales, une conception extensive a été consacrée : des sociétés juridiquement distinctes constituées en un groupe peuvent être considérées comme une seule et unique entreprise dès l'instant qu'elles forment une "unité économique et sociale" (23). Or, une analyse classique du groupe de sociétés aurait conduit à l'existence d'autant d'entreprises qu'il y a de sociétés. Chaque société a, en effet, une personnalité juridique propre qui n'est pas absorbée par celle du groupe. En se référant ainsi à la notion d'unité économique et sociale, le droit du travail parvient à "refouler" les cloisonnements juridiques pour ne rechercher que la réalité économique et sociale (24). Une pluralité de sociétés ne correspond donc pas nécessairement à une pluralité d'entreprises. L'unité de l'entreprise est admise quand la division juridique ne renvoie pas à la réalité économique et sociale (25). L'unité économique et sociale doit être recherchée sur la base de deux critères cumulatifs (26) : la communauté

(21) *Ibid.*, n° 131.

(22) Voir entre autres : M. Despax, "Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel", J.C.P. 1972 éd. G 1 2 465. J. Savatier, "Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail", Mélanges A. Brun, Librairie sociale et économique, Paris 1974, p. 527 et s. I. Vacarie, "L'employeur", Sirey 1979, n° 147 et s.

(23) Sur la notion, voir : R. De Lestang, "La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes", Dr. soc. n° spéc. avril 1979, p. 5 et s.

(24) Concl. G. Picca sur la notion d'unité économique et sociale : Soc. 27 mars 1985 (deux arrêts) Dr. soc. 1985, p. 540 et s.

(25) N. Catala, "L'entreprise", op. cit., n° 778, p. 895.

(26) Concl. G. Picca, précitées.

d'intérêts ou d'activités complémentaires et l'unité de direction qui caractérisent l'unité économique ; la communauté sociale qui, elle, est essentiellement fondée sur l'analyse des conditions de travail du personnel, la communauté des services sociaux, le caractère interchangeable des personnels. Il faut regretter, à cet égard, la formulation maladroite de l'arrêt de la Cour Suprême (27) qui décide que deux sociétés ayant des sièges sociaux respectivement à Dakar et à Paris "forment une seule et même entreprise relevant d'une seule autorité" dès l'instant que l'une est la filiale de l'autre.

L'entreprise apparaît finalement comme un concept fonctionnel dont l'élément humain sert de point de départ sans absorber sa composante économique. L'hétérogénéité du concept d'entreprise ne peut manquer de rejaillir sur sa nature juridique.

2° La nature juridique de l'entreprise.

L'entreprise "n'est pas un concept juridique, mais un instrument de référence se prêtant à toutes les conjugaisons. C'est... un paradigme juridique" (28). L'affirmation constitue un aveu : elle traduit l'échec des juristes dans leurs tentatives de trouver à l'entreprise une qualification adéquate (29).

Les controverses qui ont divisé la doctrine, avant ce constat d'échec sur la nature juridique de l'entreprise, sont trop connues pour qu'il soit besoin d'y insister longuement. Notre propos n'est donc pas ici de reprendre l'intégralité de cette controverse ni de discuter chacun des arguments avancés de part et d'autre (30). Il nous suffira tout simplement d'exposer

(27) 2° Sect. 1er avril 1987, n° 73.

(28) A. Supiot, "Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise", Rev. trim. dr. com. 1985, p. 621 et s.

(29) C'est sensiblement à la même conclusion qu'aboutit Madame Catala : op. cit. p. 152 et s.

(30) Sur les arguments et leurs critiques, voir N. Catala, op. cit., n° 133 et s. p. 140 et s.

brièvement les deux principales thèses qui ont été soutenues.

a) La thèse institutionnelle de l'entreprise.

Il n'est pas de meilleure illustration que la présentation que Paul Durand a faite de l'entreprise en 1947 dans une brillante synthèse qui marque l'apogée de l'analyse institutionnelle de l'entreprise. L'entreprise serait une communauté de travail où les dirigeants et les salariés sont liés par une solidarité organique : l'existence d'intérêts communs à tous les membres de l'entreprise. Celle-ci est organisée au moyen d'un certain nombre de pouvoirs comme dans la société politique : un pouvoir législatif manifesté par un règlement intérieur, un pouvoir exécutif que traduit le droit de direction du chef d'entreprise, un pouvoir disciplinaire qui permet de réprimer la violation des lois internes de l'institution (31).

On retrouve ainsi dans l'entreprise le support de toute institution : le pouvoir. Mais ce pouvoir doit être exercé dans l'intérêt de tous les membres de l'institution et non au profit d'une seule composante. C'est l'intérêt de l'entreprise.

A cette théorie institutionnelle de l'entreprise a succédé celle de l'entreprise, sujet de **droit** "naissant" (32).

b) La personnification juridique de l'entreprise.

La conception de l'entreprise comme sujet de droit repose sur le "phénomène de dissociation" de l'entrepreneur et de l'entreprise (33) dont M. Depax fait l'axe de sa thèse et dont il analyse longuement les effets. Une telle dissociation se manifeste notamment, dans la pensée de l'auteur, par le conflit d'intérêts qui peut naître au sein de l'entreprise entre l'employeur, autrefois conçu comme propriétaire jouissant de

(31) P. DURAND, "La notion juridique d'entreprise", Trav. Ass. Cap. T3, 1947, p. 56.

(32) M. DEPAX, op. cit. p. 377.

(33) Ibid, n° 357.

l'absolutisme attaché au droit de propriété, et de l'entreprise elle-même qui tend à "s'évader de la personnalité de l'entrepreneur" (34). Le caractère fonctionnel du pouvoir réglementaire, du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise (35) seraient autant de signes de cette dissociation (36). Aussi, l'auteur est-il amené à voir dans le "mouvement législatif et jurisprudentiel qui tend à distinguer et même à opposer l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt de l'entrepreneur" le signe de la personnification de l'entreprise (37).

En faisant la synthèse de ces diverses conceptions, il est possible de retenir que l'entreprise se présente souvent comme un ensemble homogène qui n'échappe pas toutefois à des divisions techniques et juridiques nécessitées par son fonctionnement.

La notion d'emploi est marquée de la même polysémie que celle d'entreprise.

B/ L'emploi.

L'emploi constitue aujourd'hui un véritable enjeu (38) dont chacun a pris conscience. C'est au nom de l'emploi que les pouvoirs publics interviennent dans les relations de travail (39). C'est aussi au nom de l'emploi que les employeurs

(34) M. Despax, "L'entreprise et le droit", op. cit., n° 393.

(35) Ibid, n° 200 et s.

(36) La même dissociation se retrouve aussi, selon l'auteur, dans d'autres disciplines juridiques : voir pour le droit fiscal, n° 171 et s.

(37) Ibid, n° 360.

(38) L'emploi. Enjeux économiques et sociaux : Colloque de Dourdan, Maspero 1982.

(39) Voir par ex. : la convention nationale État-employeurs pour la promotion de l'emploi, Rel. Soc. n°5 1987, p. 7 et s.

réclament des règles juridiques plus "flexibles" (40). C'est enfin au nom de l'emploi que les salariés se mobilisent pour la satisfaction de leurs revendications professionnelles.

La notion d'emploi est donc sollicitée de part et d'autre, mais il convient de la préciser car il n'est pas exclu que ceux qui l'invoquent au soutien de leur action ne lui donnent pas toujours le même contenu. L'approche sémantique devra être orientée vers deux directions : la première se situe hors du droit, l'autre est juridique.

1° L'approche extra-juridique de la notion d'emploi.

Il faut ajouter au sens classique de l'emploi celui que lui donnent les sciences économiques.

a) L'emploi au sens usuel.

L'emploi au sens premier du terme, c'est l'usage que l'on fait de quelque chose (41). C'est l'action ou la manière d'utiliser (42). Etre employé, c'est donc être l'instrument de la volonté d'autrui.

Mais les sens figurés vont donner au terme d'autres configurations. Ainsi dans le monde de l'art par exemple, l'expression tenir l'emploi de "jeune premier" ne signifie plus utiliser les services de quelqu'un, mais plutôt le genre de rôle dont est chargé un acteur. Ici le terme évoque une catégorie

(40) J. P. Dias, "La nouvelle politique industrielle : le point de vue d'un employeur, Rel. Soc. n° 4, 1987, p. 19 et s.

La révision "avortée" de l'article 35 du Code du travail tendant à généraliser les contrats de travail à durée déterminée procédait du même souci.

Voir en droit français : Y. Gattaz, "L'emploi, l'emploi, l'emploi..." in Le Monde du 5 Mars 1986.

(41) Littré.

(42) Le Robert.

de fonctions qui correspond à un certain type d'individu.

Enfin l'emploi va devenir une prérogative du sujet. L'homme qui est employé possède un emploi. Et très rapidement, il va s'opérer un "glissement de sens" (43). En effet, si à l'origine, être au service de quelqu'un dénote une idée d'infériorité et de dépendance, l'expression finit par être synonyme de grandeur et de puissance, car "le service d'un puissant est source de pouvoir et de profit... /et/ celui qui l'assure s'évertue à en faire une situation durable... et sa fonction en vient à évoquer sa puissance et ses droits, tout autant que ses devoirs" (44). Ainsi, en est-il, par exemple, du terme d'officier qui ne sert plus à désigner le domestique d'une grande maison (45), mais plutôt un homme bien placé dans la hiérarchie militaire.

Le terme d'emploi dans son sens classique renvoie ainsi à trois situations différentes : c'est, en premier lieu, l'utilisation des services d'une personne ; c'est, ensuite, la définition d'une fonction qui peut être tenue par telle catégorie de personne ; c'est, enfin, l'exercice d'une fonction et, par extension, les avantages et la puissance attachés à l'exercice d'une fonction.

b) L'emploi dans les sciences économiques.

Dans le langage économique, le terme d'emploi doit être appréhendé sous deux aspects complémentaires. Dans son sens global macro-économique, c'est "l'utilisation par l'appareil de production de la population qui, en fonction de son âge et de ses aptitudes, est disposée à travailler" (46). C'est d'ac

(43) F. Gaudu, L'emploi dans l'entreprise privée. Essai de théorie juridique. Thèse pour le doctorat d'Etat, Paris I 1986, Vol.1, p. 4. Cette thèse constitue sur la question d'emploi notre principale source de référence.

(44) Ibid.

(45) Premier sens donné par Littré.

(46) Encyclopédie universalis.

L'étude des conditions d'utilisation de la population active qui permet de déterminer quelle est la situation de l'emploi dans un pays donné (47). C'est cette situation que le terme d'emploi sert ici à désigner.

L'analyse micro-économique prend le relais de l'analyse macro-économique pour identifier le chômeur que l'on définit comme "celui qui, en mesure de travailler, est sans emploi, mais souhaite travailler et le manifeste" (48).

Dans la définition du chômeur apparaissent trois éléments caractéristiques. Les deux premiers sont des éléments objectifs : être en mesure de travailler et ne pas avoir d'emploi. Le troisième élément est d'ordre subjectif : être à la recherche d'un emploi.

L'emploi visé dans cette définition correspond alors à la situation de celui qui n'a pas d'activité rémunérée et qui cherche une activité salariée. Ainsi, le langage économique reflète-t-il deux réalités conceptuelles de l'emploi : c'est soit la situation qui est visée, soit c'est l'activité rémunérée ou salariée.

Cette hétérogénéité du concept d'emploi se confirme aussi dans les disciplines juridiques.

2° Les concepts juridiques d'emploi.

Une distinction doit être faite entre le droit public et le droit social.

a) La notion d'emploi en droit public.

La notion d'emploi est apparue en premier lieu en droit

(47) Une telle étude n'est pas encore réalisée au Sénégal : voir l'interview du délégué à l'insertion, à la réinsertion et à l'emploi, "Le Soleil", n° 5 363 du 30 mars 1988.

(48) Ch. Stoffaës, Fins des mondes, ed. O. Jacob, 1987, p. 76.

public où elle est définie comme une "fonction administrative juridiquement et budgétairement isolée des autres pour être confiée à une personne" (49). C'est certainement ce qui explique que les personnes exerçant de telles fonctions, lorsqu'elles sont "titularisées dans un grade de la hiérarchie des corps de l'administration" (50) sont appelées fonctionnaires.

Les droits essentiels du fonctionnaire ne dérivent pas toutefois de son emploi, mais plutôt de son grade (51). L'emploi est, dans une certaine mesure, au service de l'administration qui peut, dans l'intérêt du service, le modifier sans que le fonctionnaire puisse invoquer un droit acquis (52). Dès lors, on ne peut s'empêcher de penser que l'emploi du fonctionnaire est marqué d'une certaine précarité. A dire vrai, cette précarité n'existe réellement que pour les "emplois à la discrétion du gouvernement" (53). En effet, le fonctionnaire bénéficie d'un statut qui rend, en fait, sa mutation difficile. Et même à supposer que cette mutation soit effective, le fonctionnaire a droit à un autre emploi correspondant parce qu'il est titulaire "d'un grade dans un corps". Il faut donc convenir que dans le droit de la fonction publique le terme d'emploi s'identifie à une situation statutaire, et par là même assez stable.

b) La notion d'emploi en droit social.

En droit social, la notion d'emploi est restée pendant longtemps assez confuse (54). Une tentative de précision

(49) A. Plantey, Traité de la fonction publique, L.G.D.J. 1963, n° 1 146.

(50) Article 1er du Statut général de la fonction publique.

(51) R. Savy "Le grade et l'emploi", D. 1968, chr. P. 131 et s.

(52) J. M. Auby, R. Ducos-Aden, Droit administratif (La fonction publique, les biens publics, les travaux publics). Dalloz 1983, 6è ed. n° 40.

(53) Sur cette notion, *Ibid*, n° 44.

(54) N. Catala, L'entreprise, op. cit., p. 5.

terminologique n'a -semble-t-il- guère effleuré l'esprit des auteurs (55) qui se sont évertués à rechercher la nature juridique de l'emploi. Ce n'est que récemment que les divers contours de la notion viennent de faire l'objet d'une analyse approfondie (56). Selon l'auteur, la notion d'emploi a évolué progressivement (57). Il est possible de schématiser les principales étapes de cette évolution.

A l'origine, l'emploi a un sens "instrumental" : il désigne l'utilisation de la force de travail. L'article 141 du Code du travail peut servir d'illustration à cet égard : les femmes et les enfants ne peuvent être maintenus dans des emplois reconnus au-dessus de leurs forces ; l'inspecteur du travail peut requérir l'examen des femmes et des enfants par un médecin agréé, en vue de vérifier si le travail dont ils sont chargés n'excède pas leurs forces. Il apparaît dans cette disposition que le législateur se soucie principalement de l'usage de la force de travail des femmes et des enfants. Cet usage doit convenir à l'état des intéressés.

Mais le concept d'emploi dévoile un autre sens lorsqu'on oppose les employés et les ouvriers. L'ouvrier a un travail, l'employé possède un emploi. La différenciation n'est pas seulement terminologique ; elle a surtout des incidences quant au fond. L'ouvrier est généralement recruté par un contrat à durée indéterminée où se profile à tout moment la menace d'une rupture unilatérale. Sa situation se caractérise par une certaine précarité. Ce n'est pas le cas de l'employé présumé être un salarié "dont l'entendement est plus éclairé que celui des autres" (58). L'employeur a besoin de s'assurer de ses services.

(55) Sur les théories de l'emploi, voir : F. Gaudu, "L'emploi dans l'entreprise privée..." thèse précitée, vol. 1, p. 36 et s., "La notion juridique d'emploi, en droit privé" Dr. soc. 1987, p. 414 et s., spec. p. 415 et 416.

(56) Ibid, (deux volumes).

(57) Ibid, vol. 1, p. 10 et s.

(58) F. Gaudu, Thèse précitée, vol. 1, p. 13.

C'est donc finalement parce que la situation des "employés" est relativement stable qu'ils ont pu être désignés par un tel vocable. Dans cette optique, le terme d'emploi indique la situation particulière d'une catégorie de salariés : celle des employés. Mais sous l'influence de divers facteurs, la situation des ouvriers va se rapprocher de celle des employés. La tendance générale est d'assurer à tous les salariés la stabilité de leur emploi, le droit à la poursuite des relations contractuelles qui les lient à l'employeur. A partir de ce moment, la distinction entre l'employé et l'ouvrier perd quelque peu sa raison d'être, le second ayant obtenu des garanties du même ordre, quant à la stabilité de sa situation, que celles réservées auparavant au premier. Par suite, l'emploi renvoie désormais non pas à la situation juridique particulière d'une catégorie de salariés, mais à la situation juridique dans laquelle l'embauche place tout salarié, abstraction faite de sa catégorie professionnelle.

L'emploi acquiert un autre sens : l'état numérique et juridique de l'effectif d'une entreprise. D'une situation juridique individuelle, on passe ainsi à une situation juridique collective au niveau de l'entreprise. Il s'agit de toute mesure de nature à affecter le sort éventuel de la collectivité de travail dans son ensemble, sans qu'il soit nécessaire que les emplois pris un par un soient menacés.

Enfin l'intervention de la puissance publique dans les relations de travail ajoute à la complexité de la notion d'emploi. Dans cette dernière approche, l'emploi peut avoir au moins trois significations différentes. Tantôt l'emploi désigne un but, un objectif à atteindre : le plein-emploi où la situation d'emploi est optimale par opposition au sous-emploi caractérisé par une situation insuffisante. De nombreuses mesures législatives et réglementaires ont pour ambition la réalisation du plein-emploi : mesures de prévention et de contrôle des licenciements (article 47 C. T.), l'interdiction et la répression du travail "noir" et du cumul d'emplois (article 157-A et

suivants C. T.), protection de la main d'oeuvre nationale en limitant l'embauchage de travailleurs étrangers et en favorisant la "sénégalisation" des emplois, etc (59).

Tantôt l'emploi vise la politique qui concourt à la réalisation du plein-emploi : les services de l'emploi et les moyens qu'ils mettent en oeuvre.

Tantôt, enfin, il vise le marché du travail en tant que paramètre de l'activité économique et de la population active.

Cet ensemble de significations peut être rapproché, en dernière analyse, du sens macro-économique de l'emploi (60).

En référence à ces différentes catégories de sens tant de l'entreprise que de l'emploi, il est possible de délimiter le champ de la présente recherche.

II - DELIMITATION DU SUJET.

Les vicissitudes de l'entreprise et le sort de l'emploi : le sujet est assez évocateur, car il vise l'emploi dans l'entreprise. Ce qui nous incite à exclure du champ de notre étude les différentes acceptions de l'emploi que nous venons d'inventorier pour n'en retenir que deux.

L'emploi dont il sera question ici est certainement celui auquel renvoie le droit privé. C'est d'abord dans le sens de situation juridique individuelle du salarié dans l'entreprise. Cette situation juridique trouve son premier support dans le contrat de travail qui place le salarié sous l'autorité d'un employeur pour l'exécution d'une certaine tâche moyennant rémunération. Mais la situation juridique du salarié dépasse le

(59) Pour une étude générale, voir J. Issa-Sayegh, le droit du travail sénégalais, N. E. A./L. G. D. J., 1987, n° 1 417 et s., p. 650 et s.

(60) Cf. Supra 1°, b).

contrat de travail. D'autres éléments qui ne sont pas de moindre importance viennent s'y greffer et donnent ainsi à l'emploi une dimension plus large. Il s'agit notamment de la loi, de la convention collective, du règlement intérieur, voire des usages. Tous ces éléments viennent suppléer ou renforcer le contrat de travail en précisant davantage les droits et les obligations des contractants. Mais en même temps, ils "solidifient", dans une certaine mesure, la situation juridique ainsi créée. Par le jeu combiné de ces divers éléments, l'emploi tend à échapper à la volonté originelle des parties, pour finir par évoquer une situation juridique stable et complexe. C'est ainsi, par exemple, que les parties à un contrat de travail à durée indéterminée sont tenues au respect d'un délai de préavis, sauf cas de faute lourde, avant toute rupture unilatérale (61). C'est ainsi, également, que le licenciement du salarié nécessite l'existence d'un motif légitime dont la preuve incombe à l'employeur en cas de contestation (62). C'est toujours dans la même perspective que certains licenciements sont soumis à une procédure d'autorisation préalable (63), que d'autres sont interdits à un moment donné (64). L'extension des causes de suspension tendant à assurer la permanence du contrat de travail constitue une autre manifestation de la stabilité souhaitée de l'emploi. Du côté du salarié, ce mouvement d'ensemble convergent lui fait acquérir un certain droit : le droit à la poursuite de l'exécution d'un contrat successif (65).

Cependant, l'emploi n'est pas seulement une situation juridique individuelle. Les salariés d'une entreprise ne souhaitent ni une cessation d'activité, ni des licenciements en grand

(61) Article 49, C. T.

(62) Article 51, C. T.

(63) Article 47, C. T. pour les licenciements pour motif économique ; article 188 C. T. pour les licenciements des délégués du personnel.

(64) Le licenciement de la femme en congé de maternité : article 138, C. T.

(65) F. Gaudu, Thèse précitée, vol. 1., p. 288.

nombre. Tous préfèrent que l'entreprise maintienne son activité et sa prospérité. Les intérêts individuels donnent ainsi naissance à une sorte de communauté de destin, à un intérêt collectif distinct. C'est l'intérêt de l'emploi (66) qui peut être pris en considération par le droit dans le souci d'apporter une meilleure protection aux salariés dans leur ensemble. Cette acception collective du terme d'emploi est nettement illustrée par la loi française n° 85-98 du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire de l'entreprise dont l'article 1er dispose : "il est institué une procédure... destinée à permettre... le maintien de l'emploi". Le législateur reconnaît par là un intérêt collectif qui justifie l'intervention des salariés dans la procédure.

L'emploi sera donc étudié sous ce double aspect qui constitue un complexe de droits individuels et de droits collectifs qui s'entremêlent et se distinguent. C'est ainsi que M. Gaudu définit l'emploi comme "l'ensemble des rapports juridiques qui unissent des salariés à un employeur à raison du fait que les premiers se sont obligés à se tenir à la disposition du second et que celui-ci s'est obligé à leur fournir du travail, que ces rapports soient d'ordre individuel ou d'ordre collectif (67).

L'entreprise qui sera le siège de cet emploi n'est pas celle déformée par certaines disciplines uniquement préoccupées par sa composante économique. L'entreprise doit être appréciée dans sa globalité avec ses éléments matériel et humain. L'entreprise a, à la fois, une dimension sociale et économique (68). Et c'est la vision du droit du travail qui traduit le mieux

(66) F. Gaudu, thèse précitée, volume 2, p. 704 et s.

(67) Ibid, volume 1, p. 30.

(68) H. Corvest, "l'émergence de la dimension de l'entreprise en droit positif", Rev. dr. com. et dr. écon. 1986, p. 201 et s.

cette approche. De ce point de vue, l'entreprise constitue une universalité dont les éléments sont interdépendants. Que l'un quelconque de ces éléments vienne à défaillir et c'est tout l'ensemble qui est mis en cause.

Les vicissitudes de l'entreprise vont correspondre à toute situation, de droit ou de fait, de nature à affecter l'élément matériel et/ou humain de cette entité économique et sociale.

Très souvent, ces vicissitudes sont d'origine économique. En effet, l'environnement économique qui caractérise notre époque est un environnement de crise. Il est dès lors évident que l'entreprise qui est aussi une activité économique subit les retombées de cette crise. L'activité de l'entreprise peut nécessiter une nouvelle orientation ; elle peut aussi connaître une diminution ; elle n'est pas non plus à l'abri de toute cessation. L'activité de l'entreprise peut ainsi connaître des fluctuations liées à son environnement.

Mais cette activité de l'entreprise n'a été rendue possible que grâce à la collaboration des hommes qui travaillent au sein de l'entreprise. Or la cellule sociale de l'entreprise ne constitue pas une masse homogène. D'un côté, on trouve ceux qui dirigent, de l'autre, ceux qui exécutent. La cohabitation entre l'employeur ou ses représentants et les salariés n'est pas toujours paisible. L'existence d'une divergence profonde d'intérêts entre eux peut toujours dégénérer en conflit. Un conflit au sein de l'entreprise constitue aussi une vicissitude.

De même, en dehors de tout conflit, l'entreprise peut être amenée à ne plus fonctionner, soit provisoirement, soit définitivement. Le corollaire de la liberté d'entreprendre permet à l'employeur de cesser son activité ; une décision d'autorité peut interdire la poursuite de l'exploitation de l'entreprise ; la survenance d'un événement qui échappe à toute emprise humaine peut aussi constituer un obstacle à la

poursuite de l'exploitation de l'entreprise.

Il est possible enfin d'envisager l'hypothèse où l'activité de l'entreprise est maintenue mais sous la direction d'un nouvel employeur, notamment à la suite du transfert de l'entreprise.

L'ensemble des situations ainsi décrites constitue une succession d'actes ou de faits auxquels l'entreprise est confrontée et qui sont pour elle autant de vicissitudes. Cette multitude de situations donne aux vicissitudes de l'entreprise un contenu large et fluide comparable aux notions d'entreprise et d'emploi.

En se fondant sur les remarques et les éléments de définition qui précèdent, il est possible, maintenant, de poser la problématique du sujet.

III - PROBLEMATIQUE DU SUJET.

Les vicissitudes de l'entreprise ne peuvent rester sans incidence sur l'emploi. C'est l'entreprise qui génère l'emploi. Dès lors, tout ce qui l'affecte rejaillit nécessairement sur la situation juridique des salariés. Mais il s'agit là d'une vérité d'évidence dont on ne peut se contenter. Le sujet mérite tout d'abord d'être étudié parce qu'il rend partiellement compte d'un vécu de plus en plus fréquent. Certaines vicissitudes de l'entreprise sont devenues, aujourd'hui, banales. Il n'existe pas d'entreprise qui ne soit confrontée à des difficultés économiques. Partout des salariés sont licenciés en masse ; des sociétés déposent leur bilan (69). Celles qui survivent sont obligées de s'adapter au nouvel environnement. Restructuration, adaptation, mutation, redressement, sont devenus des concepts d'usage courant pour traduire

(69) Pour ne citer que les exemples les plus récents : La Société Data et la S. T. S. (Société Sénégalaise de Textile).

ces vicissitudes de l'entreprise.

L'intérêt théorique du sujet est alors de savoir comment le droit du travail appréhende ces diverses fluctuations au sein de l'entreprise. Les règles juridiques permettent-elles de protéger, dans ces situations, les intérêts individuels et collectifs des salariés ? Le droit subirait-il la crise au même titre que les entreprises, serait-il, lui aussi, en crise (70) ?

La réponse n'est pas aisée. Elle suppose un choix entre deux intérêts : celui de l'entreprise qui se trouve face à une situation nouvelle et celui des salariés qui veulent éviter que cette situation nouvelle n'affecte leur emploi. C'est l'irréductible conflit entre ce qui est socialement souhaitable et ce qui est économiquement possible.

Il est nécessaire, au préalable, de faire remarquer qu'il n'existe pas une théorie générale de protection de l'emploi. Tout au plus, peut-on constater çà et là des dispositions tendant à protéger le salarié, sans toutefois qu'on puisse y déceler une ligne directrice (71).

Les solutions apportées par le droit du travail rendent compte de cette caractéristique. Elles sont exemptes de toute exclusive au profit de l'un ou de l'autre intérêt en présence. Elles traduisent surtout un subtil équilibre entre la permanence souhaitée des relations de travail et les contraintes objectives qui résultent des vicissitudes de l'entreprise et qui sont susceptibles de mettre en cause la permanence de cette dernière. Comme un mouvement de balancier, le droit oscille entre ces deux impératifs qui ne sont pas toujours compatibles.

(70) CF : G. Lyon-Caen, "La crise actuelle du droit du travail", in le droit capitaliste du travail, P.U.G. 1980, p. 263 et s.
M. Voisset, "Droit du travail et crise", Dr. soc. 1980, p. 287 et s.

(71) G. Lyon-Caen, "Le droit et l'emploi", Dalloz 1982, chr. p. 133 et s.

Un autre intérêt du sujet consiste à analyser les techniques qui permettent d'aboutir à une telle alchimie juridique. La découverte n'en est pas réellement une. C'est la remarquable osmose qui existe entre les deux éléments matériel et humain de l'entreprise : la situation de l'emploi sera fonction de l'élément économique de l'entreprise, de l'exploitation.

Ces diverses observations peuvent être mieux perçues à partir de deux hypothèses : l'une est dynamique, l'autre est statique. Dans le premier cas, les vicissitudes de l'entreprise ne constituent pas un obstacle à la poursuite de l'exploitation. Les modalités de poursuite de l'activité vont déterminer le sort de l'emploi. Dans le second cas, les vicissitudes de l'entreprise se traduisent par une cessation d'activité. Le sort de l'emploi varie ici en fonction du caractère définitif ou non de la cessation d'activité. Nous consacrerons les deux parties de notre travail à l'étude de ces deux hypothèses.

Première partie : les vicissitudes de l'entreprise sans discontinuité de l'exploitation.

Deuxième partie : La cessation de l'exploitation liée aux vicissitudes de l'entreprise.

ooogooo

P R E M I E R E P A R T I E

LES VICISSITUDES DE L'ENTREPRISE SANS DISCONTINUITÉ
DE L'EXPLOITATION.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Les vicissitudes que peut rencontrer une entreprise sont de plusieurs ordres et de gravité variable. Il peut arriver que certaines de ces vicissitudes entraînent la disparition de l'entreprise. L'agonie peut être lente, mais la mort est inéluctable. Dans cette hypothèse, la disparition de l'entreprise entraîne, par ricochet, la disparition de l'emploi, de tous les emplois.

D'autres vicissitudes peuvent ne pas avoir des incidences aussi dramatiques, mais altérer cependant la marche de l'entreprise, son fonctionnement. Dans ces conditions, la survie de l'entreprise dépend, en grande partie, des moyens thérapeutiques mis en oeuvre pour juguler le mal. L'entreprise est atteinte certes, mais elle peut être sauvée. Il suffit, dans cette perspective, d'opérer certains aménagements nécessaires pour son redressement. Ces ajustements constituent donc, véritablement, des remèdes pour la sauvegarde de l'entreprise. Et selon la nature des maux dont souffre l'entreprise, ces remèdes ne sont pas les mêmes évidemment.

Lorsque les vicissitudes auxquelles l'entreprise doit faire face se traduisent par le remplacement de l'employeur par un autre, il y a, alors, "modification dans la situation juridique de l'employeur" (72). Cette mutation juridique de l'entreprise n'est pas, par elle-même, un obstacle à la poursuite des relations de travail, à leur permanence : le contrat de travail se maintient nonobstant le changement d'employeur (Titre I).

Les vicissitudes de l'entreprise peuvent aussi amener

(72) Généralement, la doctrine envisage cette situation sous les termes de "transfert d'entreprise", voir par ex. : A. Brun et H. Galland, *Traité de droit du travail*, T 1, 2ème ed., Sirey 1978, n° 599. N. Catala, *Traité de droit du travail*, T 4, *L'entreprise*, 1ère ed., Dalloz 1980, p. 69 et s.

les parties à opérer un ajustement des clauses du contrat de travail pour l'adapter aux contingences du moment. Le maintien du contrat de travail est conditionné, dans cette hypothèse, par la modification acceptée par les parties de leurs obligations contractuelles : le contrat de travail demeure, mais il est renoué dans son contenu.

Ce remède peut s'avérer inefficace, surtout lorsque la situation que traverse l'entreprise est assez sérieuse, ou encore lorsque l'intervention a été tardive. Alors la sauvegarde de l'emploi n'est plus une sinécure ; l'adaptation de l'entreprise ne peut plus être que structurelle. C'est l'"amputation" qui s'impose : il faut opérer une réduction d'effectifs, condition sine qua non pour que l'entreprise poursuive son activité. Certains salariés perdent leurs emplois pour permettre à d'autres de conserver les leurs. C'est une douloureuse solidarité.

Modification du contrat de travail ou réduction d'effectifs, c'est toujours l'emploi qui s'adapte aux vicissitudes de l'entreprise (Titre II).

Titre I : La mutation juridique de l'entreprise et le maintien de l'emploi.

Titre II : L'adaptation de l'emploi aux vicissitudes de l'entreprise.

TITRE PREMIER

LA MUTATION JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE ET LE

MAINTIEN DE L'EMPLOI

CODESRIA BIBLIOTHEQUE

Généralement, c'est à la suite d'une cession d'entreprise qu'un employeur succède à un autre. Le problème est alors de savoir quel est le sort des salariés lorsqu'une telle substitution intervient.

La réponse apportée par le Droit commun des obligations ne fait l'objet d'aucun doute : l'ayant-cause à titre particulier n'est pas lié par les obligations de son auteur (73). Cette solution, peu favorable aux salariés du fait de la menace qu'elle fait peser sur leur emploi, était difficilement acceptable.

C'est pourquoi, très tôt (74), le législateur est intervenu en édictant une disposition permettant de garantir l'emploi : "s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise". On a cherché dans les techniques classiques du Droit civil un fondement à cette disposition originale et dérogoratoire : stipulation par autrui, cession de créance, cession de dette... ; aucune ne s'est cependant avérée satisfaisante (75).

C'est alors qu'on a songé au lien d'entreprise (76) : le travailleur est moins lié à un employeur déterminé qu'à une entreprise ; dès lors, les vicissitudes qui atteignent la personne de l'employeur sont indifférentes à la poursuite des relations de travail.

(73) Article 110 du C. O. C. G.

(74) Article 54 alinéa 1er C. T. qui est la reprise identique de l'ancien article du C. T. O. M. de 1952, lui-même reproduit du Code du travail français, aujourd'hui article L 122 - 12, alinéa 2.

(75) Durand et Vitu, Droit du travail, Dalloz 1950, T 2, n° 411. Brun et Galland, op. cit., p. 789 et s. N. Catala, traité de Droit du travail, T 4, 1ère ed., Dalloz 1980 p. 170.

(76) A. Brun, "le lien d'entreprise", J. C. P. 1962, I. 1 779 ; P. Durand et A. Vitu, op. cit. p. 789. A. Brun et H. Galland, op. cit., n° 599.

Il faut reconnaître que l'explication est séduisante et a le mérite d'innover ; il n'empêche -comme d'ailleurs cela a été fort opportunément souligné (77)- que l'article 54 du Code du travail crée plus un lien avec l'emploi qu'avec l'entreprise. L'interprétation qui est, en effet, faite de ce texte permet de maintenir l'emploi dès qu'il existe des possibilités d'exécution matérielle du travail confié au salarié (78). C'est, assurément, là qu'il faut chercher le véritable fondement de l'article 54 du Code du travail.

L'activité du salarié occupe, dans la mise en oeuvre, du maintien de l'emploi, une place prépondérante (Chapitre I). L'effet original du texte légal c'est d'assurer la stabilité de l'emploi. Et dès l'instant où les conditions d'application sont réunies, le maintien de l'emploi s'opère de manière automatique (Chapitre II).

Chapitre I : La mise en oeuvre du maintien de l'emploi.

Chapitre II : L'automatisme du maintien de l'emploi.

(77) N Catala, op. cit., n° 71. J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 9ème ed. PUF. 1984, p. 70 qui y voient une forme de droit à l'emploi.

(78) Cf. infra Chapitre I.

CHAPITRE I : LA MISE EN OEUVRE DU MAINTIEN DE L'EMPLOI.

Maintenir l'emploi malgré la mutation juridique de l'entreprise, tel est le but visé par l'article 54 du Code du travail. Ce maintien de l'emploi suppose, pour sa mise en oeuvre, la réunion de certaines conditions. C'est tout d'abord une modification dans la situation juridique de l'employeur. Il semble, toutefois, que cette condition soit, à elle seule, insuffisante (Section I).

L'autre exigence nécessaire à l'application de l'article 54 est relative à l'entreprise : il faut que l'entreprise poursuive son activité ; en d'autres termes, qu'elle reste la même.

SECTION I : La nécessité d'une modification juridique.

SECTION II : La permanence de l'entreprise et de l'emploi.

ooooooo

SECTION I : LA NECESSITE D'UNE MODIFICATION JURIDIQUE.

Aux termes de la loi, c'est la modification dans la situation juridique de l'employeur qui conditionne le maintien de l'emploi. Mais le législateur n'a pas défini ce qu'il faut entendre par là. Et la doctrine, de même que la jurisprudence, est d'un faible secours. En effet, les solutions proposées par l'une et l'autre ne sont pas toujours conciliables.

L'approche de la notion peut, cependant, être tentée à partir de l'étude de la nature et de l'objet de la modification.

§ : La nature de la modification.

La substitution d'un employeur à un autre peut trouver son origine dans diverses circonstances. Elle peut résulter, par exemple, du décès de l'employeur personne physique, d'une cession d'entreprise, d'une nationalisation. Elle peut aussi être la conséquence d'une défaillance de l'entreprise. Mais les causes de la substitution importent peu, car elles se trouvent toutes "absorbées" par la modification.

L'essentiel est plutôt la recherche de l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs et la nature de ce lien de droit.

1° L'existence d'un lien de droit.

Est-il nécessaire, pour l'application de l'article 54 du Code du travail, que les employeurs successifs soient unis par un lien de droit ? Plus précisément, le nouvel employeur doit-il être l'ayant-cause de l'ancien ?

Le législateur n'a pas résolu expressément la question. Toutefois, le texte légal renferme des exemples de modification dans lesquels le lien de droit est toujours présent. Pourtant, il nous semble quelque peu hâtif de conclure à l'existence d'une relation de droit entre les employeurs successifs :

l'énumération légale est, sans aucun doute, simplement énonciative (79).

En France, une solution a prévalu pendant longtemps (80) et la jurisprudence était demeurée constante (81) : il n'est pas nécessaire que les employeurs successifs soient unis par un lien de droit. D'ailleurs, très récemment le législateur est venu conforter cette solution (82).

Au Sénégal par contre, la situation est on ne peut plus confuse : la doctrine (83) ne s'est pas expressément prononcée sur ce problème, et la jurisprudence est marquée par une éclatante discordance (84).

Il semble que dans ce domaine tout est équivoque, voire ambiguïté. La décision rendue par le tribunal du travail de Dakar (85) est une parfaite illustration de cette incohérence : la Compagnie française de l'Afrique occidentale exploitait plusieurs

(79) C. A. 10 Avril 1963, TPOM n° 132, p. 2 927.

(80) Civ. 27 février 1934, D. H. 1934, p. 252.

(81) Entre autres : Soc. 22 octobre 1959, J. C. P. 1959, ed. G. II 11 369, note R. L. ; Soc. 15 Février 1978, Bull. civ. V, n° 105, p. 77 ; Soc. 29 juin 1972, Bull. civ. V, p. 438.

(82) La loi du 28 juin 1983 envisage l'hypothèse où l'article L122 - 12 s'applique dans le cadre d'une "substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait convention entre eux".

(83) Tout au plus, peut-on lire dans l'ouvrage du professeur ISSA-SAYEGH un paragraphe intitulé "Effet de l'article 54 à l'égard de l'employeur ayant-cause à titre particulier". Droit du travail sénégalais, L. G. D. J. - NEA 1987, p. 332. Ce qui laisse supposer chez l'auteur l'exigence d'un lien de droit.

(84) A notre connaissance, il n'existe pas de décision de la haute juridiction sur ce point. Aussi faudra-t-il se référer aux décisions des juridictions de fond : entre autres, C. A. 14 juin 1978, T P O M n° 539, p. 347, qui exige un lien de droit. Contra trib. trav. 15 décembre 1962, T P O M n° 126, p. 2 794.

(85) 28 juin 1982, Penant 1983, p. 366.

établissements, parmi lesquels l'Agence centrale. Cette dernière, spécialisée dans la vente des véhicules de marque, connu à partir de 1976 de sérieuses difficultés dues, en partie, à l'introduction de voitures japonaises sur le marché, ce qui amena la direction de l'entreprise à solliciter de l'inspecteur du travail une autorisation de réduction d'effectifs. Par deux fois, cette demande fut rejetée et la Compagnie française de l'Afrique occidentale (C. F. A. O.) décida alors de fermer les établissements "Général import" et l'"Agence centrale". Tous les salariés de ces deux établissements furent licenciés à la date de la cessation d'activité et le local de l'"Agence centrale" fut donné à bail à la "DIASEN", le matériel vendu à la même société qui, comme l'"Agence centrale", était, elle aussi, spécialisée dans la distribution de véhicules de marque. Certains salariés furent repris par la "DIASEN". Ceux qui ne l'étaient pas soutinrent à l'appui de leur demande, entre autres griefs, qu'il y avait eu modification dans la situation juridique de l'employeur et que, par conséquent, leur contrat de travail devait se maintenir en application de l'article 54 du Code du travail.

Pour repousser ce moyen, le tribunal, dans un attendu qui constitue un amalgame, affirme : "... le critérium déterminant de l'article 54 du Code du travail est l'existence de lien de droit entre employeurs successifs, et en l'espèce, le bail produit entre la C. F. A. O. et la DIASEN ne conforte nullement cette hypothèse".

Ce qui est surprenant dans cette décision, c'est moins l'exigence que la négation du lien de droit. En effet, si les mots ont un sens -et le Code des obligations civiles et commerciales nous édifie sur ce point (article 544 : "le louage c'est le contrat par lequel...")-, force est de reconnaître que la relation de droit entre les employeurs successifs était patente. Il y avait, par conséquent, manifestement un lien de droit entre la C. F. A. O. et la DIASEN, contrairement à l'affirmation absurde de la juridiction du travail. L'article 54 du Code du

travail avait, au moins, une raison de s'appliquer (86).

Hormis cette objection, nous avouons partager le postulat du tribunal du travail, à savoir que l'article 54 suppose, pour son application, l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs. Pour mieux apprécier la valeur d'une telle affirmation, il est nécessaire de partir du texte en cause.

D'abord, on peut faire remarquer que les exemples de modification énumérés par l'article 54 constituent des hypothèses où il existe un lien de droit. Et la rédaction particulière (87) du texte n'enlève rien à la pertinence d'une telle observation. Si le législateur a pris de tels exemples -et pas d'autres-, c'est certainement pour éviter que, dans des situations voisines, le contrat ne soit rompu.

D'ailleurs, nul ne conteste que le fondement originel du texte était de déroger au principe "civiliste" de l'effet relatif des conventions (88). Il ne faudrait donc pas faire d'un principe une règle qui, manifestement, a un caractère exceptionnel. Le but de l'article 54 est déjà largement atteint s'il permet de maintenir l'emploi là où les mécanismes traditionnels du droit des obligations n'y parviennent pas.

Dans ces conditions, nous sommes d'avis que vouloir appliquer l'article 54 en dehors des hypothèses où il existe une relation de droit entre les employeurs successifs, c'est non seulement aller contre la lettre du texte, mais encore et surtout, contre son esprit. Il ne sert à rien de faire violence à la loi pour maintenir "à tout prix" la stabilité de l'emploi,

(86) La décision du tribunal était aussi contestable pour d'autres motifs : Cf. infra Section II.

(87) Résultant de l'utilisation de l'adverbe "notamment".

(88) Voir par exemple : A. Brun et H. Galland, op. cit., p. 596, G. H. Camerlynck, J. Pélissier et G. Lyon-Caen, Droit du travail, 13^{ème} ed., Dalloz 1986, n° 113, p. 109 et s. G. H. Camerlynck, Traité de droit du travail, T1, le contrat de travail, 2^è ed., Dalloz 1982, N° 96 ; P. D. Ollier, Droit du travail, Armand Colin, 1972, p. 124, J. Issa-Sayegh, op. cit., p. 330.

stabilité de l'emploi qui est, somme toute, relative (89).

Le champ d'application de l'article 54 ne s'en trouverait pas fortement réduit, car il continuerait d'englober les multiples hypothèses où le lien de droit ne se discute pas, mais aussi les cas de figure moins évidents, notamment les procédures collectives (90). La Cour Suprême devrait rapidement se prononcer sur cette question pour, d'une part, mettre un terme à l'incohérence de la jurisprudence des juridictions de fond et, d'autre part, éviter les aberrations que le droit français a connues (91).

Cette crainte se justifie d'autant plus que la nature de ce lien juridique reste à être précisée.

2° La nature du lien de droit.

L'application de l'article 54 doit donc être subordonnée à l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs. Mais quelle doit être la nature de ce lien ? La question est d'importance, car de sa réponse, dépend une éventuelle extension du champ d'application de l'article 54 du Code du travail. A ce titre, l'évolution de la jurisprudence française peut servir d'illustration. Il n'est pas question ici de reprendre l'ensemble de l'évolution. Il suffit plus modestement de rappeler que, dès l'origine, la Cour de Cassation s'était prononcée en faveur de l'application de l'article L 122-12 en l'absence de tout lien de droit entre les employeurs successifs (92). Une telle solution lui permettait de maintenir le contrat

(89) Cf. infra, chapitre II.

(90) La nature juridique de la masse, est toujours discutée : "Tiers ou/et ayant-cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives", F. Derrida, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 1 et s.

(91) La jurisprudence française est revenue à une lecture plus conforme à l'esprit du texte en cause dans un arrêt qui opère un revirement remarquable : soc. 12 juin 1986, J. C. P. 1986, éd. E. 14 789-14 790, note J. Vallansen ; Dr. soc. 1986, p. 605, concl. Picca ; D. 1986, J. p. 461, concl. Picca note Karaguillo ; J.C.P. 1986, éd. G. II 20 705, Obs. G. Flêcheux et M. Bazex ; Rev. trim. dr. civ. 1986, obs. Ph. Rémy, p. 375.

(92) Civ. 27 Février 1934, D. H. 1934, p. 252 ; S. 1934. I., p. 179.

de travail dans toutes les hypothèses où il y avait succession d'employeurs. Tout au plus exigeait-elle que la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle (93). Cette extension du domaine d'application du texte allait atteindre son point culminant à propos des entreprises prestataires de services : une entreprise succède à une autre qui vient de perdre son marché, y a-t-il "modification dans la situation juridique de l'employeur" ? Selon les juges de la haute juridiction, l'article L 122-12 devait recevoir application (94).

Mais cette solution jurisprudentielle n'allait pas faire l'unanimité, ni en doctrine (95) ni devant certaines juridictions de fond (96).

En effet, il a été fait remarquer que l'application du texte dans un tel ~~domaine~~ ^{risquait} de fausser les mécanismes de la libre concurrence (97), que c'était un facteur de rigidité économique (98) et qu'il n'était pas toujours évident que cela assurait une meilleure protection des salariés (99).

Cette extension jurisprudentielle était cependant prévisible, car la nature du lien de droit qui devait unir les

(93) Soc. 21 décembre 1950, S. 1951, p. 148.

(94) Entre autres : Soc. 15 février 1978, Bull. civ. V, n° 105, p. 77. Soc. 8 novembre 1978, D. 1979, p. 277, 1ère espèce, obs. J; Pélissier.

(95) N. De Puybusque, "Les divers modes de rupture des contrats à durée indéterminée et leurs conséquences -Article L 122-12 du Code du travail"-, D. 1980, chr. p. 317. B. Teyssié, "L'interlocuteur des salariés", Dr. Soc. 1982, précité. Picca et Ecoutin, concl. Soc. 8 et 2 février 1984, D. 84 II, p. 321. Picca, concl. Ass. 15 novembre 1985, Dr. Soc. 1986, n° 1, p. 1 et s.

(96) C. A. Reims, 20 janvier 1979. C. A. Caen, 20 octobre 1981, citées par H. Blaise : "continuité de l'entreprise : flux et reflux... de l'article L 122-12, alinéa 2", Dr. Soc. 1984, p. 91; Voir en droit sénégalais : C. A. 10 avril 1963, T. P. O. n° 132, p. 2927.

(97) H. Blaise, "Continuité de l'entreprise...", article précité.

(98) Concl. Picca précitées.

(99) J. Pélissier, obs. précitées.

deux employeurs successifs n'était pas encore perçue : la jurisprudence n'exigeant pas encore l'existence d'un lien de droit pour l'application de l'article L 122-12. Mais dès lors que l'on fait de ce lien de droit une condition d'application du texte, la question de la nature de ce lien se pose nécessairement. Ce lien de droit peut certainement être un contrat liant deux parties et créant des obligations réciproques. Ce serait dans une telle hypothèse un lien de droit positif.

Mais il peut tout aussi bien être négatif, telle la résiliation de ce même contrat (100). C'est dans ce cadre qu'entre l'hypothèse d'une rupture d'un contrat de prestation de services. La perte d'un marché pour une entreprise de prestation de services affecte, de manière substantielle, la situation juridique de l'employeur. Une telle modification est moins juridique qu'économique : la perte d'un marché diminue le volume d'activité de l'entreprise, même si, en même temps, elle affecte la situation juridique de l'employeur. C'est l'incidence économique de cette situation qui "absorbe", en quelque sorte, la modification de la situation juridique de l'entrepreneur. Cette affectation de la situation juridique de l'entrepreneur n'opère aucun effet translatif de propriété ou de jouissance (101). Il n'y a dès lors aucune raison d'appliquer l'article 54 du Code du travail lorsqu'une entreprise de prestation de services succède à une autre.

Il ne nous semble pas exact d'affirmer que la formule légale est dépourvue de toute signification réelle (102) car une lecture raisonnable de l'article 54 aurait permis, aisément

(100) Bazex et Mécheux, obs. précitées.

(101) H. Blaise, "Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L 122-12 dans la tourmente", Dr. soc. 1986, p. 837 et s.

(102) G. Couturier, note sous Ass. plen. 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986, p. 7 et s. spec. p. 9.

de dire ce qu'il faut entendre par "modification dans la situation juridique de l'employeur". Il nous semble, en effet, que le caractère juridique de la modification doit dépendre de deux éléments. Il faut qu'il y ait un lien de droit entre les employeurs successifs. Il faut ensuite, et c'est là l'important, que ce lien de droit opère un transfert dans la propriété, dans la jouissance ou dans l'administration de l'entreprise. Peu importe, par suite, que ce lien de droit soit positif ou indirect.

La conjugaison de ces deux éléments permet de définir la modification dans la situation juridique de l'employeur comme l'existence d'un lien de droit, conventionnel ou légal, qui permet à un employeur de se substituer à un autre dans l'exploitation de l'entreprise. Une telle définition aurait certainement permis d'écarter l'interprétation extensive qu'a connue l'article 54 du Code du travail. Cette extension qui, en France, selon une formule saisissante et imagée d'un auteur (103) peut être comparée à un "flot envahissant... et gagnant jusqu'à la moindre crique...".

Le revirement jurisprudentiel récemment opéré dans ce pays est, à ce titre, une réaction positive contre cette extension. La haute juridiction française vient, en effet, de décider, à propos des entreprises prestataires de services que : "la modification dans la situation juridique ne résulte pas de la seule perte d'un marché (104)".

C'est, nous semble-t-il, un argument supplémentaire pour que la jurisprudence sénégalaise n'étende point les frontières de l'article 54 du Code du travail jusqu'à des rives lointaines, mais surtout étrangères.

L'objet de la modification constitue le second élément qui permet de cerner davantage la notion de modification dans la situation juridique de l'employeur.

(103) H. Blaise, "Continuité de l'entreprise...", article précité.

(104) Ass. Plen. 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986, n° 1, p. 6.

§ II : L'objet de la modification.

La lecture de l'article 54 du Code du travail nous apprend que lorsqu'il y a "modification dans la situation juridique de l'employeur", ce dernier est remplacé par un autre.

L'employeur, en droit, c'est la personne juridique (physique ou morale) qui est partie au contrat de travail (105) ; il paraît, a priori, évident qu'il n'y a pas de confusion possible entre l'employeur et l'entreprise. Mais le problème est que, au-delà de la personne de l'employeur, c'est l'entreprise elle-même qui subit la modification. Deux questions viennent alors à l'esprit : d'une part, quelles sont les entreprises qui vont entrer dans le champ d'application de l'article 54 du Code du travail ? D'autre part, est-il nécessaire que l'entreprise, dans sa globalité, soit transférée ?

1° La forme de l'entreprise.

Toutes les entreprises sont-elles visées par l'article 54 du Code du travail ? Ou faut-il faire une distinction parmi les entreprises, selon qu'elles sont industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles ?

C'est précisément à propos de cette dernière catégorie d'entreprises que la question a été discutée en doctrine. Sur ce point, un auteur particulièrement autorisé (106) a pu écrire -il est vrai dans un passé relativement lointain- pour justifier l'inapplicabilité des dispositions légales, que "le monde rural vit en vase clos...". Mais l'argument n'a pas semblé pertinent à la Cour de Cassation française qui a eu l'occasion de se prononcer positivement sur cette question (107).

(105) Art. 1er C. T. ; I. Vacaric, l'employeur, Sirey 1979, p. 3 et s.

(106) H. SINAY, "Stabilité de l'emploi et transfert de l'entreprise", J.C.P. 1961, 1 647.

(107) Ass. Plen. 21 janvier 1964, Dr. soc. 1964, p. 288, note J. Savatier.

La jurisprudence sénégalaise semble, elle aussi, faire peu de cas de la forme de l'entreprise : elle applique de manière indifférente l'article 54 du Code du travail à toutes les entreprises, quelle que soit leur forme juridique (108). En l'absence de toute distinction légale, une telle solution nous paraît incontestablement fondée. Le but de l'article 54 du Code du travail étant d'assurer le maintien de l'emploi, il convient d'appliquer ce texte dans toutes les hypothèses où il existe un contrat de travail "en cours". Toute solution contraire aboutirait, en fait, à établir une discrimination que la loi n'a pas prévue et par là-même à réduire d'autant la portée du texte.

Cette absence de référence à la forme de l'entreprise ne signifie pourtant pas que l'application de l'article 54 du Code du travail se fait de manière abstraite, sans aucun critère. Tout simplement ce critère d'application est orienté davantage vers l'exploitation de l'entreprise. Cela est d'autant plus manifeste dans l'appréciation des éléments de l'entreprise susceptibles de faire l'objet de la modification.

2° Les éléments de la modification.

L'article 54 du Code du travail s'applique à tout changement intervenu dans la propriété (109) ou dans la jouissance (110) de l'entreprise, quelle que soit, par ailleurs, la forme juridique de l'exploitation (111). Il est pourtant permis de se poser une question : l'entreprise considérée doit-elle

(108) Pour la transformation d'une société privée en une société d'économie mixte : C. Sup. 2^e sect. 3 janvier 1975, Rev. sen. dr. n° 29, p. 80 et s.

(109) C. Sup. 2^e Sect. 11 mai 1966, Rec. legisl. jurispr. 1966. C. S. p. 73 ; 5 mars 1969, T.P.O.H., n° 306, p. 6 763. Trib. trav. Dakar 15 décembre 1962, T.P.O.H., n° 126, p. 2 794.

(110) Trib. trav. Dakar, 17 octobre 1967, T.P.O.H. n° 233, p. 5 138.

(111) Cf. supra 1°.

être entendue au sens d'une entité autonome globale, ou suffit-il qu'il y ait ce que l'on appelle une cession partielle ?

"Le transfert complet de l'entreprise ne constitue qu'une éventualité parmi d'autres -moins courante peut-être que d'autres-. Dans bien des cas, l'événement qui déclenche l'article L 122-12 n'affecte pas l'entreprise dans son ensemble, mais une ou plusieurs relations de travail" (112).

Ce point de vue n'est pas démenti par la jurisprudence qui, dans le souci d'assurer une plus grande protection des salariés, décide depuis longtemps que les dispositions légales doivent recevoir application même lorsqu'une partie de l'entreprise fait l'objet de la modification (113). C'est ainsi, par exemple, que la vente des éléments les plus importants d'un fonds de commerce a pu être considérée comme la vente du fonds lui-même (114).

Il est dès lors sans importance que l'entreprise originelle subsiste pour l'application de l'article 54 : le transfert de certains éléments de l'actif entraîne le transfert du personnel lié à ces éléments. Ce qui paraît important donc, c'est moins l'objet économique proprement dit de la modification que les suites de cette modification, notamment l'éventuelle poursuite de l'exploitation. L'objet économique apparaît finalement comme un simple paravent derrière lequel on parvient à déceler la continuation de l'exploitation. Cette démarche n'est pas dénuée de toute signification : c'est déjà un choix dans la recherche du critère de l'entreprise et de l'emploi (113).

(112) N. Catala, op. cit., n° 71.

(113) Cour Suprême 11 mai 1966, Rec. legisl. Jurisp., précité.
Trib. trav. Dakar, 1er juin 1970, T.P.O.M. n° 307,
p. 6 794.

(114) Trib. travail Dakar, 1er juin 1970, précité.

(115) Cf. infra Section II.

Il est nécessaire de préciser cependant que seuls les salariés affectés aux éléments transférés peuvent se prévaloir du maintien de leur contrat (116).

Mais on ne saurait aller trop loin dans cette voie sans aboutir à une situation absurde. Droit-on considérer, par exemple, que la cession par un employeur d'un de ses véhicules entraîne inéluctablement le transfert du salarié qui était chargé de sa conduite (117) ? Doit-on prendre en considération l'importance de l'élément cédé, ou bien l'éventualité de son exploitation, ou encore l'éventualité de la suppression des emplois correspondants ?

Il nous semble nécessaire de ne pas attacher une importance excessive, exagérée, à ces diverses circonstances qui, bien que non négligeables, ne peuvent, à elles seules, justifier le maintien de l'emploi. L'attention doit être davantage portée sur la continuité de l'entreprise. Il est nécessaire, qu'à la suite du transfert intervenu, l'entreprise soit en état de poursuivre ses activités, son exploitation. La permanence de l'entreprise devient ainsi la condition complémentaire de l'article 54 du Code du travail.

SECTION II : LA PERMANENCE DE L'ENTREPRISE OU DE SON EXPLOITATION.

Selon la jurisprudence, le contrat de travail se maintient dès lors que l'entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle (118). Il paraît nécessaire de rechercher

(116) En droit français : soc. 14 novembre 1980, Bull. V, n°819, p. 605, n°1. 25 avril 1984, Bull. V, n° 148, p. 115 ; Dal. 1984, I. R. p. 432.

(117) N. Catala, op. cit., n°75. Pour le transfert d'une péniche : Soc. 19 mai 1976, Bull. V, n° 291, p. 238.

(118)

Trib. trav. Dakar, 15 décembre 1962, T.P.O.M., n° 126, p.2 794. pour le droit français, voir par exemple : Soc. 1er mars 1961, Bull. IV, n° 263, p. 211 ; 5 décembre 1974, Bull. V, n° 592, p. 554.

le critère jurisprudentiel de l'entreprise pour mieux apprécier sa permanence à travers l'activité qu'elle poursuit.

§ 1 : Le critère jurisprudentiel de l'entreprise.

Il n'est pas question ici de soulever le vieux débat sur le concept de l'entreprise. Des générations de juristes se sont déjà prononcées sur ce point sans arriver à s'entendre (119). La difficulté de la tâche a d'ailleurs amené un auteur à proposer son bannissement du droit du travail (120). Notre propos a donc une ambition plus modeste : il s'agit exclusivement pour nous de déterminer, au regard de la jurisprudence relative à l'article 54 du Code du travail, quand on peut dire que l'on se trouve en présence d'une entreprise. La difficulté tient au fait que le terme peut avoir deux sens : l'un repose sur un critère fonctionnel, l'autre sur un critère organisationnel. Le choix jurisprudentiel s'est porté sur le premier alors que le second était beaucoup plus conforme à l'esprit de l'article 54.

1° Le critère fonctionnel de l'entreprise.

C'est sur ce critère que s'est porté le choix de la jurisprudence. Ce choix n'a été rendu possible que parce qu'il existait un autre sens du mot "entreprise". Le terme, qui se réfère alors à l'action d'entreprendre, désigne simplement, en ce cas, une activité économique (121). La notion d'entreprise est ici envisagée sous son aspect économique. Il faut savoir gré à Messieurs Lyon - Caen et Pelissier (122) d'avoir su montrer,

-
- (119) M. Despax, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J. 1956. N. Catala, *L'entreprise*, op. cit. G. Lambert, "Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise", *Mélanges Kayser*, T2, 1979, p. 77 et s.
- (120) G. Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)*, *Rev. trim. dr. civ.* 1974, p. 230 et s. spéc. p. 234.
- (121) H. Blaise, "Continuité de l'entreprise", article précité.
- (122) G A D T, 2ème ed., Sirey 1980, p. 289.

de manière incontestable (123) que c'est cette définition qui avait été retenue dès l'origine. A partir de ce moment, le dispositif légal n'a cessé de voir son influence croître (124) car, "tout ou presque est considéré comme modification de la situation juridique de l'employeur (125).

Il aurait été en effet inutile avec une telle attitude jurisprudentielle d'exiger un lien de droit entre les employeurs successifs. Il n'était pas non plus besoin que la cession globale de l'entreprise soit la condition exigée pour l'application de l'article 54 du Code du travail.

Il suffisait qu'une activité économique se poursuivît pour que la jurisprudence décidât du maintien de l'emploi. C'est le résultat ainsi atteint qui permet, à lui tout seul, de comprendre toutes les déviations de la jurisprudence que nous avons déjà soulignées (126). On peut comprendre et même partager les motivations de la jurisprudence. Mais la solution ainsi retenue ne peut être approuvée sans réserve. Si le législateur a voulu maintenir l'emploi en édictant l'article 54 du Code du travail, il n'en demeure pas moins que cette finalité est loin d'avoir une portée générale. Le législateur ne visait en fait qu'une situation particulière, celle où un employeur, légalement ou conventionnellement, succède à un autre. La jurisprudence, obnubilée par la préservation de l'emploi, s'est manifestement écartée du texte en retenant cette conception fonctionnelle de l'entreprise. Elle devait

(123) Voir cependant, concl. G. Picca, Ass. Plen. 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986, p. 1 et s.

(124) H. Sinay, "Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise", article précité.

(125) G. Lyon-Caen et J. Pelissier, op. cit, p. 287.

(126) Cf. supra, Section I, paragraphe I.

ainsi étendre démesurément un texte qui aurait dû avoir une fortune modeste à cause de son caractère exceptionnel (127). L'optique aurait pu être différente si l'on avait retenu le critère organisationnel de l'entreprise.

2° Le critère organisationnel de l'entreprise.

Dans son sens usuel, l'entreprise est envisagée comme une organisation destinée à la production de biens et de services. Selon l'excellente analyse faite par un auteur (128), l'entreprise se caractérise à la fois par son objet, par les biens qu'elle met en oeuvre et par les hommes qui collaborent à l'oeuvre commune. Enfin ces moyens matériels et humains sont rassemblés en vue d'une certaine finalité. On peut considérer que cette définition est traditionnellement retenue par le droit du travail où l'entreprise est une cellule sociale (129). C'est, semble-t-il, ainsi qu'il faut comprendre l'alinéa 2 de l'article 2 du Code du travail qui dispose : "L'entreprise comprend un ou plusieurs établissements formés d'un groupe de personnes travaillant en commun en un lieu déterminé (usine, local ou chantier) sous une autorité commune représentant l'entreprise".

Dans une telle conception, l'entreprise se présente comme une entité de fait (130) et les éléments qui la composent peuvent se modifier sans pourtant altérer l'organisation. Sa caractéristique principale, c'est moins les éléments qui la composent que son autonomie. L'entreprise suppose l'existence d'une structure autonome (131). Dès lors, la modification

(127) H. Sinay, "Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise", article précité.

(128) J. Savatier, note sous Ass. Plen. 21 janvier 1964, Dr. soc. 1964, p. 288.

(129) N. Catala, traité de droit du travail, op. cit., p. 3.

(130) L'entreprise n'a pas encore, en droit positif, une personnalité juridique ; encore qu'on ait pu écrire qu'elle était en gestation : H. Despax, L'entreprise et le droit, op. cit., p. 411, qui parle de sujet de droit "naissant".

(131) H. Blaise, "Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L 122-12 dans la tourmente", Dr. Soc. 1986, p. 837 et s. spec. p. 842.

juridique apparaît ici comme toute opération portant sur un ensemble cohérent réalisant une entité susceptible d'une exploitation autonome. Cette exploitation autonome peut résulter aussi bien du transfert de la globalité de l'entreprise que de certains de ses éléments seulement. L'appréciation du transfert de l'entreprise se fait qualitativement et non quantitativement. Logiquement, c'est ce critère organisationnel de l'entreprise qui aurait dû prévaloir. La jurisprudence, ayant commis une erreur ab initio dans l'application de l'article 54 du Code du travail, ne pouvait que se référer à l'activité de l'entreprise pour décider de sa permanence. Cette pérennité de l'entreprise se manifeste dans la poursuite d'une certaine activité.

§ II : La poursuite d'une activité identique.

C'est la poursuite de l'activité de l'entreprise qui atteste de la permanence de celle-ci. Mais l'interruption de l'activité n'est pas, de manière systématique, un obstacle au maintien de l'emploi. En outre, l'activité prise en considération doit être une activité identique ou connexe.

1° L'interruption de l'activité de l'entreprise.

Un employeur connaît des difficultés et cesse ses activités. Après cette interruption plus ou moins longue, un autre employeur prend la direction de l'entreprise. Le nouvel employeur est-il tenu de respecter les contrats de travail des salariés de son prédécesseur ? En d'autres termes, la discontinuité dans le fonctionnement de l'entreprise, peut-elle faire échec au maintien de l'emploi prévu par l'article 54 du Code du travail ?

Madame Catala (132) s'est interrogée à ce propos -il est vrai le temps de la question- avant de répondre négativement : "Écarter le jeu de l'article L 122-12 dès lors qu'une interruption d'activité se produit serait vider ce texte d'une

(132) L'entreprise, op. cit., n° 82, p. 81.

partie de sa portée, voire inciter les employeurs à la fraude" (133).

Pourtant, on aurait pu penser que le texte n'avait pas à s'appliquer dès l'instant que la poursuite de l'exploitation était postérieure à la cessation d'activité. Il n'y avait plus en effet, de "contrats en cours" comme l'exige la loi (134).

Il est vrai qu'une telle solution faciliterait la fraude entre les employeurs successifs, mais elle a le mérite de ne pas faire d'une simple éventualité une présomption. C'est d'ailleurs ce qu'à compris la jurisprudence qui, pour décider de l'applicabilité ou non de l'article 54 dans cette hypothèse, recherche s'il n'y a pas eu fraude entre les employeurs (135).

En définitive, tout dépend de la durée de l'interruption : il est, en effet, presque évident qu'un salarié demeuré longtemps sans activité ne pourrait voir, "sans artifice", son contrat maintenu. En revanche, il sera beaucoup plus facile de maintenir l'emploi lorsque l'interruption de l'activité a été brève. Mais même dans cette hypothèse, l'activité poursuivie par l'entreprise doit revêtir certains caractères.

2° De l'identité d'activité à l'identité d'emploi ?

Le changement d'employeur peut conduire à un changement de l'activité de l'entreprise. Lorsque l'activité de l'entreprise est totalement modifiée par le nouvel employeur, il y a disparition de l'entreprise originelle. "Ici la protection juridique s'efface. L'inapplicabilité (du dispositif légal) est patente... Tout autant qu'est patente, par ailleurs, l'instabilité de l'emploi"(136).

L'affirmation mérite cependant d'être nuancée, car les hypothèses de reconversion totale d'une entreprise ne sont pas,

(133) N. Catala, op. cit., n° 82, p. 81.

(134) Cf. infra, chapitre II, Section I, paragraphe I.

(135) Cf. infra, chapitre II, Section I, Paragraphe I.

(136) H. Sinay, "Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise", article précité.

heureusement, aussi fréquentes. Ce n'est donc pas la poursuite de n'importe quelle activité qui établit la permanence de l'entreprise. Il doit s'agir de l'activité initiale. Ce caractère initial de l'activité peut résulter de certains indices, notamment lorsque l'activité se poursuit dans les mêmes locaux, avec le même matériel, en vue des mêmes fabrications (137).

On comprend alors d'autant moins la décision du tribunal du travail de Dakar du 28 janvier 1982 (138) : le nouvel entrepreneur avait, en effet, loué les locaux, acheté le matériel, engagé une partie du personnel et poursuivi la même activité que son prédécesseur. Ce dernier détenait d'ailleurs -semble-t-il- des actions dans la nouvelle entreprise.

L'argumentation des juges, pour écarter l'application de l'article 54 du Code du travail, hormis la négation du lien de droit -manifeste en l'espèce-, avait consisté à relever que l'entreprise cessionnaire (La Diasen) existait déjà "en droit et en fait" et que "parallèlement l'établissement en cause (l'Agence centrale) fonctionnait".

Il faut reconnaître que la motivation est originale par sa curiosité. C'était, en effet, faire abstraction de toutes les circonstances significatives de l'espèce pour ne s'attacher qu'à une condition créée de toutes pièces. Une telle interprétation conduit nécessairement à écarter du jeu de l'article 54 toute opération de concentration d'entreprises. Or, le texte vise expressément, parmi les exemples de modification, les fusions et très certainement les hypothèses voisines.

Il reste, malgré cette décision particulièrement étonnante (139) du tribunal du travail, que c'est la poursuite de

(137) J. Issa-Sayegh, le droit du travail sénégalais, op. cit. n° 987, G. H. Camerlynck, Traité de droit de travail, T1, 2è ed., op. cit., n° 99, et les références citées par l'auteur.

(138) Penant 1983, p. 366.

(139) Cf. supra, chapitre I, Section I, Paragraphe I 1°.

l'activité initiale qui constitue le critère de la permanence de l'entreprise (140).

En droit français, une évolution s'est produite sur ce point. Il nous semble nécessaire de rappeler les grandes étapes de cette évolution qui, sans doute, ne sera pas sans effet sur le droit sénégalais.

La jurisprudence est en effet passée de l'exigence d'une activité identique, à celle d'une activité similaire ou simplement connexe. Ainsi les juges avaient-ils décidé, dans un premier temps, que le principe du maintien des contrats en cours devait être écarté lorsqu'une usine, d'abord exploitée pour l'incinération d'ordures ménagères, avait été convertie en usine de production de vapeur pour le chauffage urbain (141).

Actuellement, les magistrats recherchent seulement s'il y a similitude ou connexité ; dans une affaire relativement récente où un commerce de tissus avait été substitué à un commerce de confection, la Cour de cassation française décide que les juges doivent rechercher si "compte tenu de la connexité des activités" des chefs d'entreprise successifs et des fonctions de l'intéressé (une vendeuse), la stabilité de l'emploi ne doit pas être assurée (142).

La condition de l'identité d'activité se trouve ainsi de plus en plus largement admise. Cette extension a pu faire écrire à un auteur (143) que "la jurisprudence la plus récente, envisageant le problème sous l'angle essentiel de la sécurité de l'emploi, interprète avec libéralisme cette condition d'identité, en exigeant moins la permanence matérielle de l'entreprise

(140) C. Sup. 2° Sect. 5 mars 1969, T.P.O.M., n° 306, p. 67 - 63. C. Sup. 2° Sect. 11 Mai 1966, Rec. légis. jurispr. 1966, C. S. p. 73. C. A. 15 novembre 1961, T.P.O.M., n° 108, p. 2 397. Trib. trav. Dakar, 26 novembre 1965, T.P.O.M., n° 186, p. 4 125. Trib. trav. Dakar, 17 Juin 1982, T. P. O. M., n° 592, p. 532.

(141) Soc. 6 juillet 1964, Bull. IV, n° 596, p. 489.

(142) Soc. 23 juillet 1977, D. 1977. I. R., p. 161.

(143) G. H. Camerlynck, Traité de droit du travail, T1, 2è ed., op. cit., n° 100, p. 117.

elle-même géographiquement située, que la continuité de son objet et par là de l'activité professionnelle du salarié".

Ce point de vue est aussi partagé par Monsieur Despax et Pelissier (144) qui font remarquer que "par d'insensibles gradations, la jurisprudence tend peu à peu à substituer à l'identité nécessaire de l'entreprise la notion d'identité de travail sous une direction nouvelle".

Il résulte de ces constatations que la condition relative à l'identité d'activité s'est mue, grâce à une interprétation large, en une condition relative à l'emploi. L'emploi est ici entendu dans le sens d'une exécution matérielle d'une activité. Le critère de l'emploi devient ainsi déterminant, car il s'agit "d'assurer aux salariés la stabilité de leur travail". Peu importe alors la manière d'aboutir à ce résultat. Il suffit qu'il y ait quelques chances, même infimes, de préserver l'emploi auquel le salarié était occupé pour que la jurisprudence applique l'article 54 du Code du travail. Le critère de l'emploi prime en définitive celui de l'entreprise, et aucun doute (145) n'est plus alors admis. Cette démarche jurisprudentielle est certes louable et doit être approuvée ; mais c'est sous réserve qu'elle soit cantonnée aux hypothèses dans lesquelles l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs ne peut être contestée. C'est pourquoi, les tentatives de réduire le domaine d'application du texte sur ce point (146) méritent approbation et sont d'ailleurs conformes à la

(144) Gestion du personnel. T2, Aspects juridiques. Cujas, 1ère ed., 1974, p. 204.

(145) G. H. Camerlynck, "Identité d'entreprise et identité d'emploi ?", D. 1978, chr. p. 219. Malgré la formulation interrogative de l'article, l'auteur approuve, cependant, la solution jurisprudentielle qui s'inscrit "dans le cadre plus général d'une politique systématique de garantie de l'emploi".

(146) Voir : H. Blaise, "Continuité de l'entreprise...", article précité ; "Actualisation d'un camaïeu juridique : l'article L 122-12 du Code du travail", Dr. soc. 1985, p. 161 et s. ; "Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L 122-12 dans la tourmente", article précité.

nouvelle jurisprudence française exigeant une relation de droit entre l'ancien et le nouvel employeurs (147).

La **préséance** donnée au critère de l'emploi serait peut-être plus justifiée si elle permettait véritablement d'assurer la stabilité de l'emploi. Mais les raisons d'être sceptique ne manquent pas, même si le maintien du contrat de travail s'effectue de manière automatique, par leur seul effet de la loi.

ooooooo

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

(147) Soc. 12 juin 1986, précité.

CHAPITRE II : L'AUTOMATICITE DU MAINTIEN DE L'EMPLOI.

La solution de l'article 54 du Code du travail est sans équivoque : en cas de succession d'employeurs, les salariés bénéficient automatiquement du maintien de leur emploi. Et la jurisprudence souligne que les dispositions de la loi ont un caractère d'ordre public (148).

Cependant, il reste à déterminer quelles sont les relations de travail ainsi maintenues (Section I). Il faut ensuite ajouter que la protection assurée par l'article 54 n'est pas aussi efficace qu'elle peut paraître de prime abord : la stabilité de l'emploi est, en effet, toute relative (Section II).

Section I : La survie des relations de travail.

Section II : La fragilité du maintien de l'emploi.

SECTION I : LA SURVIE DES RELATIONS DE TRAVAIL.

L'article 54 du Code du travail ne vise que le maintien des contrats de travail. Pourtant, de plus en plus, la situation des salariés au sein de l'entreprise est déterminée par rapport à un statut collectif. On peut alors se demander quel est le sort réservé aux rapports collectifs de travail, notamment aux accords collectifs.

§ 1 : Le maintien des contrats de travail.

Le maintien automatique de l'emploi bénéficie à tous les salariés. Tous les salariés sont tenus de passer au service du nouvel employeur. Ce sont là les deux aspects de la protection légale.

(148) C. Sup. 2^o sect. 5 mars 1969, T.P.O.M. n^o 306, p. 6 763.

Le nouvel employeur est tenu des dettes postérieures au transfert. L'article 54 du Code du travail peut s'avérer d'application délicate dans certaines circonstances.

Aux termes de la loi, seuls les salariés dont le contrat est en cours au moment de la modification bénéficient du maintien de leur emploi. Le texte écarte donc de son champ d'application les personnes dont le contrat s'est trouvé déjà rompu, pour une raison ou pour une autre (149). La qualité de salarié est donc indispensable pour pouvoir invoquer le bénéfice de l'article 54, mais la jurisprudence s'attache peu à la forme ou à la suspension du contrat de travail (150)

Les deux parties au contrat de travail sont tenues de respecter le jeu de l'article 54. Aucune manifestation de volonté, ni celle de l'employeur, ni celle des salariés, n'est en mesure de faire échec au texte légal. L'article 54 du Code du travail s'applique de manière indistincte aussi bien à l'employeur qu'aux salariés. Dès lors, le refus par le salarié de passer au service du nouvel employeur est considéré par la jurisprudence comme une démission (151). Pourtant, il a été tenté, en doctrine (152), de justifier un tel refus. L'argument mérite d'être analysé, mais uniquement pour en souligner l'apparente pertinence. Cet argument est relatif à la notion d'intuitus personae dont on a pourtant soupçonné l'élimination, surtout dans le contrat de travail (153).

(149) J. Issa-Sayegh, le droit du travail sénégalais, op. cit.; p. 301.

(150) Ibid.

(151) Voir en droit français : Soc. 19 mars 1980, J.C.P. 1980, ed. C. I. I. 8 846, p. 192, n° 12. OBS. B. Teyssié ; Soc. 23 octobre 1980, J.C.P. 1981, ed. C. I., I 9 632, p. 130, n° 4 obs. B. Teyssié.

(152) E. Schaeffer, "L'envers de l'article 23, 8°, Livre I du Code du travail", J. C. P. 1963, I. 1 753.

(153) Azoulay, "L'élimination de "l'intuitus personae", dans le contrat de travail", Mélanges P. JURAND, cité. par Schaeffer.

L'auteur du plaidoyer (154) ne s'embarasse guère de nuances ; les termes par lui choisis le sont à dessein, vifs et incisifs : "N'est-il pas choquant -écrit-il- de conclure de l'attachement compréhensible de l'ouvrier à l'emploi à son attachement obligatoire à l'entreprise ? Du rapport de travail personnel avec l'employeur, on glisse vers l'obligation réelle à l'égard de l'entreprise, on frôle la servitude, du moins au sens juridique du terme. Les "patrons" changent indifférents ; les ouvriers attachés à leurs fraiseuses, les employés à leurs bureaux restent. Ils sont "transférés en bloc" avec ou contre leur gré. Ils sont considérés comme liés à leur travail, à une entreprise, à une communauté professionnelle plutôt qu'à un employeur déterminé. La relation de travail est dépersonnalisée, déshumanisée. Ce n'est pas une éthique supérieure qui s'annonce ; bien au contraire, c'est, en version moderne, le retour au colonat, sinon au servage. L'ouvrier est attaché à l'entreprise, comme le fut, et pour les mêmes raisons, le paysan à sa glèbe : en payant sa sécurité par la liberté. Car, encore une fois, ce n'est pas être libre de son choix que de le payer en supportant les conséquences de la rupture... toute servitude peut se racheter !

Peut-on rester insensible à ce "militantisme" passionné ? La réponse est évidemment négative sauf à être un adversaire de la liberté. Mais la séduction s'arrête là. En effet, c'est mal poser le problème dès le départ : il ne s'agit pas en réalité d'un "retour au colonat", mais simplement d'assurer aux salariés une certaine stabilité de leur emploi. Tout le monde -doctrine et jurisprudence confondues- reconnaît que tel est le but visé par le texte légal. Or, assurément, le salarié qui refuse le bénéfice de l'article 54 du Code du travail au motif qu'il ne peut collaborer avec son nouveau "patron", pour une raison ou pour une autre, ce salarié là ne recherche pas en réalité la stabilité de son emploi. Il est plus précisément l'auteur de cette instabilité. C'est donc tout logiquement

(154) E. Schaeffer, article précité.

-tout naturellement ?- qu'il doit supporter les conséquences de son acte de "rebellion" contre la loi. Il faut d'ailleurs ajouter que, dans la pratique, ce risque est rarement couru, sinon par une infime catégorie de salariés (155). La solution de la jurisprudence nous paraît donc, à cet égard, fort justifiée, et elle ne met nullement en cause la possibilité pour les salariés de refuser certaines modifications auxquelles le nouvel employeur voudrait procéder après le transfert de l'entreprise, sous réserve des conséquences qui peuvent résulter de cette attitude (156).

Il reste que le principe est le maintien du contrat de travail, comme si la modification n'était pas intervenue, avec toutes les conséquences que cela entraîne (157). Le nouvel employeur n'est cependant pas tenu des dettes antérieures au transfert de l'entreprise (158). En revanche, le paiement des dettes postérieures à la modification lui incombent. Cette répartition chronologique des dettes entre les employeurs successifs est simple et logique ; elle peut, néanmoins, susciter quelques réserves (159).

Le maintien du contrat de travail s'opère donc de manière automatique ; la solution est-elle identique en ce qui concerne les accords collectifs ?

(155) C'est généralement les "cadres" qui courent ce risque parce que, certainement, ils éprouvent moins de difficultés à trouver un emploi.

(156) Cf. infra, Titre II, chapitre I, "L'adaptation contractuelle de l'emploi".

(157) Notamment l'ancienneté du salarié doit être calculée en remontant au jour de son embauchage par le premier employeur, voir : trib. trav. Dakar, 7 mars 1966, T.P.O.M., n° 190, p. 4 210 ; 25 novembre 1968, T. P. O. M., n° 186, p. 4 125 ; 4 janvier 1977, T. P. O. M., n° 436, p. 101.

(158) C. A. Dakar 19 juin 1963, T. P. O. M., n° 135, p. 3 000 ; trib. trav. Dakar, 8 juin 1979, T. P. O. M., n° 510, p. 219 ; contra : trib. trav. Dakar, 17 octobre 1967, T. P. O. M., n° 233, p. 5 158.

(159) Voir sur l'ensemble de la question : J. Savatier, "Les obligations respectives des employeurs successifs", Dr. soc. 1984, p. 271 et s.

§ II : Le sort des accords collectifs.

Les divers éléments constitutifs du statut collectif des salariés jouent un rôle primordial dans la vie de la collectivité de travail. Certains de ces éléments sont relatifs au travail lui-même, régissent ses conditions d'exécution, définissent les qualifications, les salaires, les congés payés. L'emploi n'est donc pas seulement une simple exécution matérielle d'une tâche ; il se présente plutôt comme un ensemble d'éléments liés les uns aux autres et qui lui donnent un contenu qualitatif. Ces divers éléments sont le plus souvent pris en compte par les conventions collectives (160). Il paraît, dès lors, important de savoir si le maintien automatique de l'emploi englobe aussi les accords collectifs (161). L'article 54 du Code du travail ne vise que le maintien des "contrats de travail en cours" au jour de la modification. Cette absence de référence aux accords collectifs signifie-t-elle, pour autant, leur exclusion ?

Lorsqu'une modification de la structure juridique de l'entreprise intervient, le problème posé par le sort des accords collectifs en cours d'application se trouve réglé par deux séries de solutions : l'une est certaine, l'autre controversée.

1° La solution certaine.

Dans certaines hypothèses de restructuration, la modification sera sans incidence sur l'accord collectif applicable : le même accord poursuivra ses effets. La modification dans la situation juridique de l'employeur s'accompagnera du maintien

(160) M. Despax, *Traité de droit du travail*, T7, les conventions collectives, 1ère éd., Dalloz 1966.

(161) Sur le sort des institutions du personnel, cf. : I. Vaccarie, *L'employeur*, op. cit., n° 117, p. 86.

de la convention collective en cours, dans la mesure où le nouvel employeur est tenu, de toute façon, à son application. Ce cas peut se présenter tout d'abord dans l'hypothèse visée par l'article 83 du Code du travail dont le premier alinéa dispose : "sont soumises aux obligations de la convention collective toutes personnes qui l'ont signée personnellement ou qui sont membres d'organisations signataires. La convention lie également les organisations qui lui donnent leur adhésion ainsi que tous ceux qui, à un moment quelconque, deviennent membres de ces organisations". La nouvelle direction de l'entreprise pourra donc se voir imposer le maintien de la convention collective en cours d'application, si elle répond aux exigences de l'article sus-énoncé.

Il en va aussi de même lorsque le nouvel employeur relève de la même branche d'activité professionnelle que l'ancien et que la convention collective a été étendue par un arrêté ministériel (162). On peut rapprocher de cette dernière hypothèse les entreprises assujetties à la convention collective nationale inter-professionnelle du 27 mai 1982 (163).

En dehors de ces solutions, le sort de la convention collective en vigueur au moment de la modification ne sera assuré que si le nouvel employeur accepte de s'y soumettre. Ce sera soit parce que l'employeur s'y est engagé personnellement, soit parce que cette application a été considérée comme constitutive d'un usage (164).

(162) Article 87 du Code du travail.

(163) J. O. du 18 octobre 1982, p. 666. Arrêté d'extension du 21 mars 1983. Il n'est pas évident, malgré les stipulations de l'article 1er de la C.C.N.I., que toutes les entreprises exerçant leur activité au Sénégal soient assujetties à la convention. Voir J. Issa-Sayegh, "Les tendances actuelles du droit des relations de travail dans les Etats d'Afrique noire francophone", Etudes offertes à P. F. Gonidec, l'Etat moderne, Horizon 2 000, L. G. D. J., 1985, p. 425 et s. : spéc., p. 428.

(164) Sur l'usage en droit du travail : M. Thuillier, J.C.P. 1975, éd. C. I., II, 11 619 ; G. Vacher, "l'usage d'entreprise est-il un véritable usage?" J. C. P. 1984, éd. C. I., 14 328. G. Morel, "Le droit coutumier social dans l'entreprise", Dr. soc. 1979, p. 279 et s. M. Morand, "Vie et mort de l'usage d'entreprise", J. C. P. 1986, éd. E. 15 372. J. Savatier, "La révocation des avantages résultant des usages dans l'entreprise", Dr. soc. 1986, p. 890 et s.

2° La solution controversée.

Il s'agit ici d'hypothèses où le nouvel employeur ne se trouve dans aucune des situations étudiées ci-dessus. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir si les salariés peuvent réclamer le bénéfice de la convention collective dont relevait précédemment l'entreprise, notamment au titre des avantages acquis (165). C'est que le risque est grand pour les salariés de perdre le bénéfice de l'accord collectif qui les régissait avant la modification, surtout lorsque la collectivité de travail se trouve éclatée (166).

La solution qu'il convient d'apporter à ce problème a été longuement discutée en doctrine (167), avant que le législateur français n'intervienne pour aménager une règle d'attente (168).

Quelle est la position du droit positif sénégalais sur ce point ?

Le Conseil supérieur d'arbitrage (169) a eu à se prononcer sur le sort d'un accord collectif (d'entreprise) en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur. Il appert de la motivation (implicite) de cette décision que le maintien des relations de travail prévu par la loi dans une telle hypothèse ne concerne que les seuls contrats de travail : les accords collectifs d'établissement "n'engagent normalement que leurs signataires". C'est donc dire qu'il n'y a pas transmission au nouvel employeur de l'accord collectif souscrit par l'ancien.

(165) I. Vacarie, *op. cit.* L'employeur, p. 107 et s.

(166) V. J. Magaud, "L'éclatement juridique de la collectivité de travail", *Dr. soc.* 1975, p. 525 et s.

(167) I. Vacarie, *op. cit.*, et les références citées par l'auteur, p. 79 et s.

(168) Article L 132 - 8, qui prévoit le maintien des conventions collectives "mises en cause" par la modification, en attendant la conclusion de nouveaux accords, ou à défaut pendant un an.

(169) 10 juillet 1963, *Rec. légis. jurispr.* 1963, C. T., p. 128.

La décision du Conseil d'arbitrage a été critiquée (170) sur un double plan. D'abord en ce qu'elle a écarté l'application de l'article 54 du Code du travail alors que le licenciement avait manifestement pour but de faire obstacle à la solution légale (171). Ensuite, parce qu'elle a estimé qu'en l'absence de contrats de travail en cours au moment de la modification, l'accord d'entreprise qui en est le complément ne saurait subsister : "ce qui revient à faire dépendre l'application d'une convention de l'existence de contrats conclus antérieurement ou contemporanément, alors que le principe est qu'une convention collective régit... les contrats existant lors de sa signature et ceux à venir" (172). Si la première objection de l'auteur nous paraît incontestablement fondée, en revanche, pour ce qui est de la seconde, nous avouons ne guère la partager. Il nous semble, en effet, peu évident que les juges de la juridiction arbitrale aient méconnu avec une telle légèreté le sens et la portée de l'effet immédiat de la convention collective. Leur analyse procède plutôt, semble-t-il, d'une erreur d'appréciation : c'est faute d'avoir constaté la permanence de l'entreprise - à tort certes - qu'ils ont décidé de l'inapplicabilité de l'accord collectif. À leurs yeux, l'entreprise avait disparu parce qu'ayant cessé toute activité, et par conséquent, tous les salariés se trouvaient, de ce fait, licenciés. C'est pourquoi d'ailleurs, on peut déduire a contrario de leur raisonnement que, si les contrats de travail étaient toujours en vigueur, l'accord collectif d'entreprise qui "en est le complément" serait maintenu. C'est certainement à cause de ce paradoxe que la solution du Conseil d'arbitrage est critiquable :

(170) J. Issa-Sayegh, le droit du travail sénégalais, op. cit., n° 993.

(171) Cf. infra, section II, paragraphe I.

(172) J. Issa-Sayegh, op. cit., n° 993.

d'une part, en effet, la juridiction arbitrale affirme que les accords collectifs n'engagent que leurs signataires, et d'autre part, dans le même temps, elle laisse entrevoir leur application s'il y avait des contrats de travail en cours. Cette ambiguïté, voire cette contradiction dans la démarche, fait perdre à la décision toute portée véritable, à telle enseigne que cette décision ne peut être invoquée ni dans un sens, ni dans l'autre. De ce fait, on peut toujours affirmer que le sort de l'accord collectif demeure incertain en l'état actuel du droit positif sénégalais.

Monsieur Issa-Sayegh (173) est en faveur du maintien de la convention collective, notamment de l'accord collectif d'établissement. Mais il ne se fonde pas, pour ce faire, sur l'article 54 du Code du travail, car un tel article serait, à lui tout seul, insuffisant : le texte n'ayant pas envisagé le sort des conventions collectives.

La prise de position de l'auteur trouve plutôt sa justification dans deux séries d'arguments : d'une part, c'est la nature particulière de l'accord d'entreprise qui lie un employeur déterminé et son personnel par l'intermédiaire des représentants de ces derniers. D'autre part, ajoute l'auteur, il est plus logique de considérer que, par delà la personne de l'employeur, c'est l'entreprise elle-même qui se trouve liée au même titre que son personnel (174).

Pour mieux apprécier le point de vue de l'auteur, il s'avère nécessaire de se prononcer sur la nature de la convention collective.

Règle ou contrat ? Le débat subsiste (175).

(173) Le droit du travail sénégalais, op. cit., n° 993.

(174) Ibid.

(175) Les auteurs préfèrent voir une double source dans la convention collective : M. Despax, op. cit., n° 42. G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen et J. Pelissier, Droit du travail, 13^e éd., Dalloz 1986, n° 801 et s. P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, T. III, Dalloz 1956, n° 191. P. Durand, "Le dualisme de la convention collective de travail", Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 353 et s. Pourtant la thèse du contrat reprend de la force : Y. Chalaron, J. C. L. travail, Fasc. 19-1. Ph. Langlois, "Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation", Dr. soc. 1975, p. 283 et s.

Si la convention collective s'analyse comme une règle de l'entreprise, le transfert de l'entreprise ne doit logiquement avoir aucun effet négatif sur la règle interne à l'entreprise, à la condition que la collectivité professionnelle se maintienne (176). Cette proposition vaut d'autant qu'il est admis que la démission de l'employeur du syndicat signataire n'a pas d'influence sur la force obligatoire de la convention dans son entreprise (177). Si la convention collective heurte celle qui engageait déjà le cessionnaire à l'égard de son entreprise préexistante, le conflit doit se régler par référence à la hiérarchie des règles (178).

Si au contraire, la convention collective est qualifiée de contrat, son sort varie en fonction de l'analyse qui en est faite. Soit l'on considère que la convention s'incorpore au contrat de travail et le transfert est de plein droit par application de l'article 54 du Code du travail. Or cette situation ne se rencontre que lorsqu'une clause de maintien des avantages acquis a été prévue (179). C'est reconnaître que l'incorporation n'est jamais totale ; elle ne vise que les avantages dont les salariés ont pu bénéficier personnellement. Pour le reste, la convention n'est pas transmise.

La théorie contractuelle doit donc être envisagée avec un autre regard ; l'accord a eu pour parties contractantes les syndicats représentatifs du côté des salariés et les employeurs ou leurs syndicats. Dans ce cas, seul est tenu d'appliquer le texte auquel la négociation a abouti l'employeur

(176) M. Despax, op. cit., n° 182.

(177) Dans le même sens : Mamadou Lô, "Le droit des conventions collectives au Sénégal" A. A. 1970, p. 173 et s. ; Spéc. p. 205
Voir en droit français : Article L. 135-1, alinéa 3.

(178) Rappr. en droit français : Soc. 20 mars 1980, Dr. soc. 1980, p. 339, note J. Savatier ; D. S. 1980, p. 526, note Ph. Langlois ; J. C. P. 1982, G. II 19 755, note P. Rodière ; J. C. P. éd. C. I., 1982, 13 720.

(179) G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen et J. Pélissier, "Droit du travail", précis Dalloz, 13^e éd., Dalloz 1986, n° 851 et s.
Sur l'incorporation des avantages acquis dans le contrat de travail, voir : J. Deprez "Un remède incertain à la précarité des avantages acquis..." Dr. soc. 1986, p. 906 et s.
P. Rodière, "Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail". Dr.

qui a signé ou qui fait partie d'un des syndicats signataires. La convention ne vise pas l'entreprise mais l'employeur. Pour ce dernier, la signature de la convention collective est un engagement strictement personnel.

Sans avoir la prétention de trancher de manière nette le débat sur la nature de la convention collective, il nous semble que le dernier aspect de la thèse contractuelle ne peut être écarté. Le sort de la convention collective, dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, doit être opposé à celui des contrats de travail : la convention collective à laquelle est soumise l'entreprise cédée n'est pas transmise à l'acquéreur (180). Et contrairement à Monsieur Issa-Sayegh, nous persistons à croire que la même solution doit recevoir application lorsqu'un accord d'établissement est en cause. Même si de tels accords ont un domaine d'application limité à l'entreprise, c'est toujours l'employeur et non l'entreprise en tant que telle qui se trouve engagée. L'entreprise ne peut avoir ni des droits, ni des obligations, faute d'être un sujet de droit. Le législateur l'a si bien senti, qu'en aucun moment, il n'a envisagé l'entreprise en tant que partie contractante aux accords collectifs : la disposition générale de l'article 117 du Code des obligations civiles et commerciales vise les "personnes qui font partie du groupement", et l'article 91 du Code du travail concerne "l'employeur ou un groupement d'employeurs".

En définitive, on peut donc convenir, qu'en l'état actuel des textes, la modification dans la situation juridique de l'employeur est susceptible, le cas échéant, de mettre en cause la situation juridique collective des salariés. Par ailleurs, la situation juridique, individuelle des salariés n'est même pas efficacement protégée : la stabilité de l'emploi est toute relative, donc fragile.

(180) N. Catala, *op. cit.*, n° 94. Y. Chalaron, *Jur. cl. trav.* Fasc. 19. 2.

M. Despax, "Les conventions collectives" *op. cit.*, n° 179. I. Vachier, *L'employeur*, *op. cit.* n° 112.

SECTION II : LA FRAGILITE DU MAINTIEN DE L'EMPLOI.

L'article 54 du Code du travail a pour objectif avoué d'assurer aux salariés une stabilité de leur emploi, malgré la modification intervenue dans la personne de l'employeur. Un tel objectif est-il atteint par les dispositions légales ?

Il est permis d'en douter, essentiellement pour deux raisons : d'une part, le droit de résiliation unilatérale de l'ancien employeur ne disparaît pas, tout au plus, lui est-il interdit de vouloir faire échec aux dispositions légales (paragraphe I) ; d'autre part et surtout, la sanction de la violation de l'article 54 du Code du travail ne paraît pas être à la mesure de l'ambition affirmée par le texte (paragraphe II).

§ 1. : L'obligation négative de l'ancien employeur : le licenciement en vue du transfert.

Une fois le transfert de l'entreprise effectué, l'article 54 aura pleinement joué son rôle : maintenir le contrat malgré la mutation juridique de l'entreprise. C'est donc à travers l'attitude de l'ancien employeur avant le transfert de l'entreprise que la stabilité de l'emploi doit être appréciée (181). C'est de lui que dépend, principalement, cette stabilité, selon qu'il aura respecté ou non les dispositions légales. Si l'article 54 du Code du travail doit avoir un sens, il faut convenir de l'interdiction des licenciements opérés par le premier employeur. Le législateur a voulu, en effet, "gommer" la modification comme si elle n'était jamais intervenue. Par voie de conséquence, la mutation juridique de l'entreprise ne doit pas être une cause de rupture du contrat de travail (182).

(181) Quant au nouvel employeur, il a, par contre, toute liberté pour rompre ou modifier les contrats de travail, conf. : infra, Titre II, chapitre I.

(182) Une interprétation littérale de l'article 54 du Code du travail conduit à ce résultat.

Mais cette interdiction du licenciement n'a pas une portée absolue. Il faut, en effet, distinguer entre ce qui est permis et ce qui est prohibé. Le permis, c'est évidemment, la liberté pour l'ancien employeur de résilier le contrat de travail dans les limites de la loi, c'est-à-dire, en usant à bon escient de son droit de rupture unilatérale (183). En revanche, lorsque cette faculté de résiliation n'a d'autre but que celui d'éluider les dispositions d'ordre public de l'article 54, il va de soi que l'on entre dans le domaine du prohibé. Dans ce cas, il y a véritablement une fraude à la loi : "attendu que le licenciement collectif par le vendeur du fonds de commerce suivi de réembauchage à des conditions différentes par l'acheteur constitue une fraude manifeste aux dispositions de l'article 54..." (184).

Ce qui est ainsi interdit, c'est le licenciement en vue du transfert. En d'autres termes, le transfert de l'entreprise ne doit pas être la cause déterminante du licenciement. Le juge doit donc s'efforcer de découvrir les mobiles de l'employeur, en se livrant à une recherche d'ordre psychologique. En réalité, sa mission est très souvent facilitée par les circonstances de la cause : entente entre les employeurs successifs, licenciement intervenant tout juste avant le transfert de l'entreprise, ou tout autre indice susceptible de conforter l'intention de fraude.

Cette référence à la notion de fraude n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire (185) : il suffit que les licenciements

(183) Contra : C. A. Dakar, 5 mars 1971, T. P. O. M. n° 315, p. 6 96, qui semble poser une interdiction absolue de licenciement.

(184) C. Sup. 2ème section 9 mars 1969, T. P. O. M. n° 306, p. 6 763.

(185) Voir en droit français : Soc. 9 octobre 1975, Bull. V, n° 448, p. 385.

aient été décidés dans la perspective du transfert de l'entreprise (186).

L'article 54 du Code du travail constitue donc une limitation du droit de résiliation de l'employeur dans la mesure où il interdit le licenciement en vue du transfert, mais il n'interdit que cela.

Cette interdiction du licenciement faite à l'employeur, même ainsi limitée, n'en pose pas moins de délicats problèmes. Ce sera notamment le cas lorsque le licenciement est une condition de réalisation du transfert de l'entreprise. A l'heure où le "désengagement" de l'État est en vogue (187), cette hypothèse, qui n'est d'ailleurs pas d'école (188), risque de se poser de manière plus fréquente. Il n'est pas, en effet, exclu que les acquéreurs potentiels des entreprises qui vont subir ce "désengagement" de l'État exigent le licenciement préalable d'une partie du personnel - jugé pléthorique en général - comme condition du transfert. Logiquement, on devrait considérer cette réorganisation comme illégitime (189), car son but est précisément de faire échec à la prohibition découlant de l'article 54. Cette solution ne semble pas être retenue en France où la jurisprudence a pu décider, en 1979, que le dispositif légal ne faisait pas nécessairement obstacle au licenciement, avant réalisation de la cession, en fonction de la réorganisation décidée par le nouvel exploitant (190).

(186) Cf. J. Mouly, "Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise", *Dr. soc.* 1982, p. 735, et s. J. Savatier, note sous *Loc.* 4 février 1974, *Dr. soc.* 1974, p. 472 et s.

(187) C'est le nouveau slogan du libéralisme qui se résume officiellement en "moins d'État, mieux d'État". Rapp. en France, avec la flexibilité : voir entre autres : B. Boubli, "Vers la fin du droit du travail", *Dr. soc.* 1985, p. 239 et s. G. Lyon-Caen, "La bataille tronquée de la flexibilité", *Dr. soc.* 1985, p. 801 et s.

(188) Elle est surtout fréquente dans les procédures collectives. *Conf. infra*, II^e Partie, Titre II, chapitre II, Section II.

(189) Sous réserve de l'article 47 du Code du travail. Cf. *infra*, Titre II, chapitre II "L'adaptation structurelle de l'emploi : la nécessité de la réduction d'emplois".

(190) *Soc.* 8 juin 1979, *Bull.* V, n° 502.

Une telle attitude peut réduire sensiblement la portée du dispositif légal (191). Elle n'est pas pourtant dépourvue de réalisme : la perte de certains emplois est certainement un moindre mal par rapport à la disparition de l'entreprise, donc de tous les emplois.

Le choix du droit sénégalais risque fort, dans ces conditions, d'être identique. On peut considérer qu'il s'agit là d'une brèche virtuelle dans l'automatisme du maintien de l'emploi. En fait, c'est l'inadéquation de la sanction de la violation de l'article 54 qui nous paraît être le véritable talon d'Achille de la protection légale.

§ II : L'inadéquation de la sanction.

Quelle est la sanction de la violation de l'article 54 du Code du travail ? Selon une jurisprudence constante qui ne s'est jamais démentie, le licenciement opéré en vue du transfert de l'entreprise est un licenciement abusif (192). Le non-respect par l'employeur des dispositions de l'article 54 constitue une faute de sa part. Le salarié licencié irrégulièrement va perdre son emploi qu'il ne pourra pas retrouver. Tout au plus, pourra-t-il percevoir une indemnisation du préjudice que lui cause la perte de son emploi. Le premier employeur sera condamné au paiement des dommages-intérêts pour rupture abusive, de même d'ailleurs que son successeur, si ce dernier a, d'une

(191) Voir cependant la nouvelle législation française relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, cf. H. Blaise, *Dr. soc.* 1985, p. 449 et s.

(192) C. Sup. 22 mai 1963, T. P. O. M., n° 158, p. 3 502. C. A. 21 mars 1962, T. P. O. M., n° 102, p. 2 248 ; 3 avril 1968, T. P. O. M., n° 257, p. 5 683 ; 5 mai 1971, T. P. O. M., n° 315, p. 6 964 ; 23 janvier 1974, T. P. O. M., n° 403, p. 390. Trib. trav. Dakar, 20 octobre 1963, T. P. O. M., n° 116, p. 2 573.

façon ou d'une autre, agi de concert avec lui (193). En ce qui concerne le salarié ainsi victime du licenciement, il est hors de propos qu'il puisse retrouver son travail. La loi a voulu lui assurer une certaine stabilité de son emploi, c'est tant mieux. Mais si une volonté individuelle -celle de l'employeur- s'y oppose, il ne pourra obtenir qu'une réparation par équivalent. Telle est la lecture que nous suggère la position de la jurisprudence actuelle. Ce n'est certainement pas là le moyen le plus efficace pour assurer la stabilité de l'emploi. "stabilité de l'emploi" signifie, en effet, maintien de l'emploi, dans l'emploi. Or, assurément, c'est le résultat inverse que produit la solution jurisprudentielle. Un tel résultat était cependant prévisible : l'abus du droit de licencier ne peut être sanctionné que par la réparation par équivalent (194). On peut d'ailleurs ajouter que cette réparation n'est pas systématiquement assurée : elle dépend en effet, dans une large mesure, de la solvabilité de l'ancien employeur, surtout en l'absence de concert frauduleux entre les employeurs successifs. Par conséquent, lorsque l'employeur est insolvable, dire que le licenciement intervenu en violation de l'article 54 est abusif, n'a, pour le salarié, aucune signification pratique. Pour toutes ces raisons, la solution jurisprudentielle actuelle nous semble peu satisfaisante. Pourtant, il aurait pu en être autrement si le licenciement avait été qualifié de nul. Les arguments en faveur d'une telle solution ne manquent pas.

Il faut commencer par rappeler une vérité trop souvent oubliée : le licenciement est un acte juridique unilatéral (195). Par conséquent si telle est la véritable nature du licenciement, on comprend difficilement pourquoi il n'est pas fait ici

(193) C. A. 3 avril 1968, T. P. O. M., n° 257, p. 5 683.

(194) A moins de considérer qu'il s'agit d'un licenciement économique ; voir infra, titre II, chapitre II.

(195) G. H. Camerlynck, Traité de droit du travail, T.1, Dalloz, 2ème éd., op. cit., n° 321. P. D. Ollier, le droit du travail, A. Colin 1972, p. 144.

application du droit commun des actes juridiques notamment en ce qui concerne la violation de leurs conditions de validité. C'est, écrit un auteur (196), parce que "l'attention s'est beaucoup moins portée sur les conditions propres de validité que sur les conditions d'exercice du droit de résiliation". L'incidence d'une telle "déviation", c'est évidemment la sanction de l'abus du droit de licencier. Or, dans une terminologie rigoureuse, le licenciement intervenu en violation de l'article 54 du Code du travail n'est pas un licenciement abusif, mais illicite, et la "juste conséquence de l'illicéité aurait dû être la nullité de l'acte" (197). Cette solution aurait d'ailleurs pu résulter du caractère frauduleux du licenciement. En effet, lorsque l'employeur licencie pour éluder l'article 54 du Code du travail, il parvient à produire le résultat prohibé par la loi. Et la sanction de la fraude n'est-elle pas l'application directe de la règle méconnue (198) ?

Ensuite, -et on l'a déjà dit- l'article 54 du Code du travail pose un principe d'ordre public (199) : le maintien de l'emploi en cas de modification juridique de l'entreprise. Il n'est dès lors pas discutable que le licenciement intervenu à cause du transfert de l'entreprise porte atteinte à ce principe. Est-il besoin de rappeler qu'un acte juridique qui viole une règle d'ordre public doit avoir pour sanction naturelle la nullité de l'acte incriminé ?

Certes la jurisprudence invoque dans certains cas la nullité du licenciement, mais elle ne le fait cependant que lorsque le licenciement a été suivi de réembauchage à des conditions différentes par le nouvel employeur (200). Et encore

(196) G. Couturier, "La nullité du licenciement", *Dr. soc.* 1977, p. 216.

(197) G. Couturier, article précité. Voir aussi, J. Mouly, "Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise", article précité.

(198) J. Mouly, article précité.

(199) C. Sup. 5 mars 1969, T. P. O. M., n° 306, p. 6 763.

(200) *Ibid*;

le fait-elle, qu'elle n'attache point à cette nullité toutes ses conséquences normales, notamment la "réintégration" du salarié. Cette situation s'expliquerait, semble-t-il, par la nature de l'obligation de "réintégration" qui, comme toute obligation de faire, se résoud en dommages-intérêts. Pourtant, selon certains auteurs (201), c'est mal poser le problème : on ne demande pas au nouvel exploitant de "réintégrer" le salarié irrégulièrement licencié par son prédécesseur ; il lui est plutôt demandé de respecter les conséquences que la loi attache à la modification juridique de l'entreprise, conséquences que son prédécesseur avait méconnues. En quelque sorte, on lui demande de "laisser faire" (202). L'argumentation est judicieuse, mais elle frise la sophisme (203). Il est, en effet, difficilement contestable que l'obligation de "réintégration" est bien une obligation de faire. Ce n'est pas, pour autant, un obstacle inéluctable à son exécution (204).

Contre la nullité du licenciement comme sanction de la violation de l'article 54 du Code du travail, on a par ailleurs invoqué l'absence de dispositions légales : il n'y a pas de nullité sans texte. Il suffit, à cet égard, de rappeler ce qui a été déjà écrit depuis longtemps, mais qui conserve toute son actualité : "La nullité semble être la sanction la mieux adaptée aux prohibitions de la loi en matière d'acte juridique parce qu'elle est la plus naturelle, la plus adéquate au but de la loi, parce que suivant l'expression romaine, elle lui donne son maximum de perfection : aussi l'appliquera-t-on même

(201) H. Sinay et G. Lyon-Caen, "la réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés", J. C. P. 1970, 2 335.

(202) H. Sinay et G. Lyon-Caen, article précité.

(203) J. J. Dupeyroux, "le licenciement illicite des représentants du personnel", J. 1970, chr. p. 188 et s.

(204) J. Carbonnier, Droit civil, les obligations, 11^e éd., P.U.F., 1982, n° 608. Dans le même sens J. J. Dupeyroux, article précité, qui écrit : "L'astreinte a justement été inventée pour contraindre les débiteurs d'obligation de faire à s'exécuter, même lorsque les éléments les plus personnels étaient en jeu..."

en l'absence de texte qui l'édicte" (205).

On peut donc retenir qu'il n'existe pas juridiquement d'obstacle sérieux pour que le licenciement prononcé pour cause de modification juridique de l'entreprise soit sanctionné par la nullité, sous réserve évidemment des dispositions relatives aux licenciements économiques. Une plus grande hardiesse de la jurisprudence aurait pu permettre d'aboutir à un tel résultat. Il reste que la position actuelle de la jurisprudence peut s'expliquer par un souci de réalisme : "A quoi bon déclarer inefficace, à quoi bon anéantir un licenciement alors que le droit de licencier demeure, qui permet immédiatement une nouvelle rupture du contrat" (206). L'argument peut ne pas convaincre, car il n'est pas évident que le réalisme doive prévaloir sur l'orthodoxie juridique. Ou alors, faudrait-il convenir que : "L'efficacité du texte (article 54) est infiniment plus modeste que celle qui lui est généralement prêtée..." (207) ?

L'article 54 du Code du travail n'aura été, en fin de compte, qu'une illusion. Il affirme de manière péremptoire le maintien de l'emploi. Et la jurisprudence, dans un louable souci de garantie de l'emploi, en a, quelquefois, élargi le domaine d'application - au détriment parfois de toute rigueur juridique. Le résultat n'en reste pas moins décevant. D'abord, l'emploi qui est maintenu est essentiellement celui qui trouve sa source dans le contrat de travail ; il peut donc s'agir d'un emploi "diminué". Ensuite, cet emploi lui-même peut, à tout moment, être mis en cause. Ce scénario n'est-il pas le même lorsque c'est l'emploi qui s'adapte aux vicissitudes de l'entreprise ?

(205) Japiot, les nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon 1909 citée par G. Couturier in "la nullité du licenciement, article précité.

(206) G. Couturier, "La nullité du licenciement", article précité.

(207) H. Sinay, "Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise", J. C. P. 1951, I. 1647.

TITRE DEUXIEME

L'ADAPTATION DE L'EMPLOI AUX VICISSITUDES

DE L'ENTREPRISE.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Bien souvent, la modification dans la situation juridique de l'employeur donne naissance à d'autres mesures au sein de l'entreprise. Il est en effet rare que le nouvel employeur ait une conception identique à celle de son prédécesseur quant à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise. Il n'est donc pas exclu qu'il veuille adapter cette organisation à sa propre conception. La situation juridique individuelle des salariés peut constituer pour l'employeur l'instrument privilégié pour aboutir à cette adaptation : certains éléments du contrat de travail vont être modifiés. C'est l'adaptation contractuelle de l'emploi (Chapitre I).

L'aménagement contractuel des relations de travail peut ne pas permettre à l'entreprise de faire face à ses vicissitudes. Une réaction beaucoup plus énergique peut s'avérer nécessaire, lorsque ces vicissitudes se rattachent aux structures même de l'entreprise auxquelles il faut porter atteinte pour que l'exploitation puisse se poursuivre. C'est l'adaptation structurelle de l'emploi par la réduction d'effectifs (Chapitre II).

Chapitre I : L'adaptation contractuelle de l'emploi.

Chapitre II : L'adaptation structurelle de l'emploi :
la nécessité de la suppression d'emploi.

ooooooo

CHAPITRE I : L'ADAPTATION CONTRACTUELLE DE L'EMPLOI.

La vie d'une entreprise n'est pas statique. Comme toute vie, elle est conditionnée par son environnement. Une entreprise florissante n'est jamais à l'abri d'un mouvement inverse. Une entreprise ne peut ignorer longtemps les données de l'époque contemporaine caractérisée par de sensibles mutations à la fois économiques et techniques. L'adaptation de l'entreprise devient ainsi un impératif pour sa survie.

La prise en considération par l'entreprise des contingences du moment ne peut rester sans incidence sur la situation des salariés. Les travailleurs qui ont pu bénéficier des effets de la situation florissante de l'entreprise dans le passé risquent de subir les contre-coups du nouvel environnement auquel l'employeur doit s'adapter. Cette adaptation va se réaliser par la modification des avantages naguère consentis aux salariés. Technique d'application générale, la modification des contrats de travail sera utilisée par l'employeur pour assurer un meilleur fonctionnement de l'entreprise. Dans ses modalités, l'adaptation contractuelle revêt deux formes d'une inégale importance (Section I).

Lorsque l'adaptation envisagée par l'employeur est assez profonde, elle laisse au salarié une alternative quant au sort de son emploi (Section II).

Section I : Les formes de l'adaptation contractuelle de l'emploi.

Section II : L'alternative du salarié face à la modification substantielle de l'emploi.

SECTION I : LES FORMES DE L'ADAPTATION CONTRACTUELLE DE L'EMPLOI.

L'entreprise peut s'adapter à son environnement par divers moyens. Une utilisation rationnelle du personnel, une meilleure organisation du travail, la réduction ou la suppression de certains avantages consentis aux salariés constituent autant de procédés pouvant permettre à l'employeur de surmonter les perturbations inhérentes à une situation défavorable. Le contrat de travail peut, à cet égard, servir d'instrument de gestion de l'entreprise (208).

L'ajustement des clauses conventionnelles peut s'opérer de deux manières : il peut résulter d'une décision d'autorité de l'employeur ; il est alors instantané : c'est l'adaptation automatique de l'emploi.

L'adaptation de l'emploi peut aussi nécessiter des négociations entre l'employeur et le salarié. C'est le cas lorsque les modifications envisagées touchent aux éléments substantiels du contrat de travail.

§ 1 : L'adaptation automatique de l'emploi.

Certaines modifications du contrat de travail n'obéissent à aucune procédure particulière. Elles sont imposées aux salariés qui sont tenus de s'y soumettre, sous peine de se mettre "hors contrat".

Quelles sont ces modifications qui, pour ainsi dire, entrent dans les pouvoirs normaux du chef d'entreprise ?

On considère généralement, qu'il s'agit de toutes les modifications qui ne bouleversent pas l'économie du contrat de travail. Ce sont, en quelque sorte, des modifications

(208) B. Teyssié, "La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise", Dr. soc. 1986, p. 852 et s.

superficielles (209).

De telles modifications, même si elles changent les conditions originelles de travail, ne constituent pas pour l'employeur une violation de ses obligations contractuelles.

Il semble que cette solution trouve son fondement dans la nature du contrat de travail : le salarié, en effet, "en concluant le contrat, a accepté l'autorité de l'employeur, et il doit se soumettre à toutes les modifications qui ne portent pas atteinte aux droits qui lui sont reconnus par ce même contrat de travail" (210).

C'est donc le lien de subordination -dans lequel s'est placé volontairement le salarié- qui permet ainsi de justifier certaines modifications nécessitées par le bon fonctionnement de l'entreprise. Et l'employeur qui procède d'autorité à de telles modifications ne fait qu'utiliser son pouvoir de direction et d'organisation (211).

Dès lors, le refus du salarié de se soumettre à de telles modifications constitue de sa part une faute contractuelle de nature à justifier son congédiement (212).

C'est la même solution qui reçoit application lorsque les modifications envisagées par l'employeur avaient fait l'objet d'un accord initial entre les parties, soit dans le contrat de travail (213), soit dans la convention collective (214).

En réalité, dans toutes ces hypothèses, l'adaptation du contrat de travail n'est que la simple application de celui-ci. L'employeur utilise les clauses expresses ou implicites

(209) Cf. Couturier, "Les techniques civilistes et le droit du travail", Dalloz 1975, chr. p. 151 et s., et 221 et s.

(210) J. Pélissier et G. Lyon-Caen, G. A. D. T., 2ème éd., Sirey 1980, p. 277

(211) J. Savatier "Les modifications unilatérales du contrat de travail" Dr. soc. 1981, p. 219 et s. "Modification unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels," Dr. soc. 1983, p. 135 et s.

Ph. Salvage, L'application du nouveau droit du licenciement à la modification substantielle du contrat de travail", J. C. P. 1977, éd. C. I. 12 559.

(212) Trib. trav. Dakar, 13 février 1975, Penant 1976, p. 277.

(213) C. Sup. 2° Section, 9 juillet 1975, C.R.E.D.I.L.A. III, p. 216.

(214) C. Sup. 2è Sect., 26 janvier 1972, Rec. Aserj. 1972, n° 1, p. 3.

du contrat de travail en vue d'un meilleur fonctionnement de l'entreprise. A dire vrai, les conditions de travail ainsi modifiées ne portent pas encore atteinte à l'emploi. Le salarié conserve relativement le même emploi. Seule la finalité de cet emploi varie : l'emploi est orienté vers une meilleure organisation du travail dans la perspective de son adaptation à la situation actuelle de l'entreprise.

L'employeur, en procédant à ces modifications "douces" exige de son contractant qu'il respecte les obligations volontairement consenties.

On peut considérer ici que la situation de l'entreprise n'est pas inquiétante. Mais par souci de bonne gestion et pour préserver l'avenir, l'employeur décide, d'ores et déjà, d'apporter des correctifs aux contrats de travail, sans toutefois mettre en cause l'emploi.

Par contre, lorsque les modifications envisagées par l'employeur touchent aux éléments fondamentaux du contrat de travail, c'est l'emploi lui-même qui est atteint et se transforme.

§ II : Les modifications substantielles de l'emploi.

L'adaptation contractuelle de l'emploi trouve son originalité essentielle dans la théorie de la révision du contrat de travail (215). Cette théorie a, en effet, été élaborée à propos des modifications substantielles apportées au contrat de travail. Elle présente un avantage considérable, car permettant un "ajustement constant par les intéressés eux-mêmes du statut du salarié en fonction de son aptitude, des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise ou de la conjoncture économique ou sociale" (216).

(215) G. H. Camerlynck, "La révision du contrat de travail", J. C. P. 1965, I., 1964.

(216) Ibid.

Mais pour les salariés, la théorie de la révision n'est pas sans inconvénients, surtout lorsque l'entreprise traverse une période de crise : il est difficile de préserver les avantages antérieurement consentis et qui ne sont que l'écho de résultats économiques favorables d'une situation aujourd'hui dépassée. Cela peut sembler sans importance, car le souci de la pérennité de l'ensemble, de l'intérêt de l'entreprise, justifie bien un tel sacrifice (217).

Sur le plan de la théorie juridique, il faut constater cependant un certain recul du principe de la force obligatoire des contrats (218). Comment, en effet, expliquer que l'employeur puisse imposer au salarié une modification substantielle du contrat de travail, sans pour autant engager sa responsabilité ?

C'est, dit-on (219) parce que la "modification des conditions de travail n'est qu'un aspect possible de la résiliation. L'une des parties propose à l'autre de maintenir à d'autres conditions les relations contractuelles. Elle accompagne son offre d'un congé conditionnel en cas de refus".

Derrière la modification des conditions de travail, se profile ainsi la liberté de rupture unilatérale qui appartient à chacune des parties dans les contrats à durée indéterminée. La révision du contrat de travail serait, en quelque sorte, la formulation juridique du principe selon lequel qui peut plus, peut le moins.

A dire vrai, l'explication peut paraître quelque peu surprenante, en ce sens qu'elle assimile la volonté de modification à celle de la rupture : il nous semble, en effet, que celui qui veut modifier les termes du contrat, n'entend assurément pas y mettre fin. Il reste cependant, que cette

(217) B. Teyssié, "La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise", article précité.

(218) G. Couturier, "Les techniques civilistes et le droit du travail", article précité.

(219) P. DURAND et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, T II, Dalloz 1950, n° 410.

justification a prévalu en doctrine (220). Cette dernière s'est plutôt attachée à définir ce qu'est la révision.

Il faut qu'il s'agisse d'une modification substantielle (221). L'affirmation appelle une question immédiate : où passe la frontière entre la modification substantielle et la modification non substantielle.?

Selon Monsieur le professeur J. Pélissier (222), pour identifier une modification substantielle, "il convient de rechercher ce qui, au moment de la conclusion du contrat, a été considéré comme déterminant". Pour exacte qu'elle soit, une telle définition ne paraît pas de nature à résoudre tous les problèmes. Certes, lorsque le salarié et l'employeur ont pris soin d'indiquer expressément leurs obligations respectives, il est hors de doute que ces clauses font la loi des parties. C'est ainsi qu'il faut comprendre la jurisprudence décidant, par exemple, que l'employeur ne peut modifier unilatéralement la rémunération initialement prévue (223).

En revanche, les difficultés surgissent lorsque les parties ne se sont pas prononcées sur ce qui est déterminant ou ne l'ont pas fait clairement. Doit-on en déduire, automatiquement, que l'employeur a toute liberté pour modifier le contrat de travail ? La réponse est assurément négative : il faut rechercher la commune intention des parties au moment de la conclusion du contrat (224). Cette recherche peut certes s'avérer malaisée, mais le juge peut toujours s'appuyer sur des indices pour asseoir sa conviction.

(220) J. Savatier, "Les modifications unilatérales du contrat de travail", article précité.

(221) J. Issa-Sayegh, *Le droit du travail sénégalais*, op. cit., p. 327. G. H. Camerlynck, "La révision du contrat de travail", article précité.

(222) *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey 1977, p. 18.

(223) C. Sup. 2^e Section, 9 juillet 1975, C.R.E.D.I.L.A., III, p. 204.

(224) J. Issa-Sayegh, op. cit., p. 328.

En définitive, c'est la volonté présumée des parties qui permettra de déterminer ce qui est substantiel ou non (225). Mais il s'agira d'une présomption réfragable dont la preuve contraire pourra toujours être apportée par les parties. La qualification d'une modification risque, à cet égard, de se ramener à un problème d'interprétation et de preuve.

Il ne faudrait pas, par suite, s'étonner qu'un même type de modification puisse être interprété différemment : la notion de révision se relativise (226).

C'est peut être pourquoi, on s'est demandé récemment (227) si le caractère substantiel ou non d'une modification ne devrait pas être apprécié objectivement, c'est-à-dire "au regard des conditions économiques et sociales présentes" et non par rapport à des prévisions conventionnelles incertaines" (228).

La modification substantielle serait ainsi cantonnée aux seuls aménagements qui mettraient en cause la sauvegarde de l'emploi et de la rémunération actuelle (229). Dans une telle perspective, il importe peu que les atteintes à l'emploi le modifient profondément, l'important c'est la possibilité pour le salarié de conserver son emploi et son salaire. En définitive, seul le salaire apparaît comme un élément substantiel du contrat de travail, tous les autres éléments ne sont que des accessoires laissés à la libre appréciation de l'employeur. Une telle suggestion reconnaît un domaine très vaste aux modifications non substantielles tout en accentuant la dépendance du salarié vis-à-vis de l'employeur. Mais surtout, elle donne à l'emploi un contenu résiduel : l'emploi ne se ramène pas seulement au salaire ; il renferme d'autres éléments

(226) J. Pélissier et G. Lyon-Caen, G.A.D.T., op. cit., p. 279, Ph. Salvage, article précité. B. Teyssié, "L'adaptation de l'emploi à l'activité de l'entreprise", J. C. P. 1986, éd. E. 15 147.

(227) H. Blaise, "Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail". Dr. soc. 1985, p. 634 et s.

(228) Ibid.

(229) Ibid.

non moins importants, qui tous concourent à donner au salarié un statut dans l'entreprise.

Par voie de conséquence, nous ne saurions adhérer à cette conception "objective" de la modification substantielle.

La tendance jurisprudentielle est orientée vers un autre sens : "les juges recherchent principalement -et quelquefois exclusivement- ce qui a été pour le salarié, lors de la conclusion, une condition essentielle du contrat" (230).

Il nous semble, par su te, plus adéquat de considérer comme substantielle toute modification qui aurait pour effet une aggravation de la situation du salarié. Cette aggravation doit s'apprécier par rapport à l'état du salarié avant et après la modification : le travail est-il devenu plus pénible, son lieu d'exécution est-il devenu plus éloigné (231), la qualification a-t-elle été remise en cause (232). La modification a-t-elle entraîné une perte de salaire (233) ?

Toutes les fois où l'emploi est menacé dans une de ses composantes, il y a modification substantielle. En l'absence de toute clause dans le contrat, l'appréciation souveraine du juge écarte la possibilité de faire un inventaire de tous les éléments qui caractérisent l'emploi. Et lorsque cette interprétation aboutit à la qualification recherchée, l'employeur ne peut imposer la modification substantielle au salarié. La révision du contrat de travail obéit, en effet, à un régime juridique particulier : le caractère essentiel de la modification a pour conséquence de laisser au salarié une alternative quant au sort de son emploi.

(230) J. Pélissier et G. Lyon-Caen, G.A.D.T., op. cit., p. 279.

(231) Pour une mutation : C. Sup. 2^e section 2 avril 1986 ,
13 janvier 1965, Rec. légis. jurispr. 1965, C. S., p. 85.

(232) Pour une rétrogradation : tribunal trav. Dakar, 20 décembre 1960,
T. P. O. M., n° 75, p. 1 648.

(233) C. Sup. 2^e section 26 janvier 1972, Rec. Aserj., n°1, p.3.

SECTION II : L'ALTERNATIVE DU SALAIRE FACE A LA MODIFICATION SUBSTANTIELLE DE L'EMPLOI.

Devant la volonté de l'employeur de modifier les termes fondamentaux du contrat de travail, le salarié a une alternative : soit il se soumet, soit son contrat risque d'être rompu. Dans l'un ou l'autre cas, les conséquences de la modification sur son emploi ne sont pas, évidemment, identiques.

§ 1 : L'acceptation par le salarié de la modification substantielle.

Le principe est posé par l'article 97 du Code des obligations civiles et commerciales : "Le contrat ne peut être révisé que du consentement mutuel des parties ou des causes prévues par la loi".

Par voie de conséquence, toute modification substantielle du contrat de travail suppose, pour être effective, l'acceptation du salarié. Dans cette perspective, il peut se révéler opportun pour l'employeur d'inscrire dans le contrat de travail l'accord anticipé du salarié (234). La modification peut aussi être acceptée dans le cadre d'un accord collectif (235). A défaut, la révision du contrat de travail suppose l'accord du salarié au moment où elle a été décidée. Cet accord peut certes être constaté par écrit, mais une telle éventualité ne se présente pas toujours. Aussi doit-on envisager la possibilité d'un accord tacite (236). On peut prendre ici l'hypothèse où le salarié ne réagit pas après une modification

(234) C. Sup. 2ème section 9 juillet 1975, C.R.E. D.I.L.A. III, p. 216.

(235) C. Sup. 2ème section, 26 janvier 1972, Rec. Aserj. n°1, p. 3

(236) Voir : M. Despax, "L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur", Mélanges G. Marty, 1978, p. 449.

importante de son contrat de travail. Cette attitude passive doit-elle s'analyser comme valant une acceptation tacite ?

Il semble nécessaire de faire une distinction selon que la modification substantielle touche aux éléments dont la mention est obligatoire dans le bulletin de paie : salaire, catégorie professionnelle, affectation dans l'établissement. Dans ce cas, le législateur a apporté une solution de principe. En effet, aux termes de l'article 115 alinéa 9 du Code du travail, l'acceptation sans réserve ni protestation par le salarié ne peut valoir renonciation de ses droits (237). Par conséquent, l'attitude du salarié dans cette hypothèse ne saurait être, a priori, interprétée comme une acceptation tacite de la modification substantielle. Dès lors, il appartient à l'employeur qui prétend le contraire d'en apporter la preuve par d'autres moyens.

En revanche, en dehors des cas ainsi visés par la loi, une acceptation tacite semble pouvoir être admise plus facilement (238). Si les salariés ont continué à travailler postérieurement à la modification substantielle de leur contrat de travail, cette attitude peut traduire un acquiescement à cette modification (239). Mais encore, faudrait-il qu'il n'y ait aucune équivoque sur leur passivité. Il faudra, notamment, que l'exécution du contrat modifié ait été observée pendant un certain temps (240). L'effet principal de l'acceptation de la modification par le salarié, c'est la poursuite des relations de travail à d'autres conditions. L'emploi se trouve transformé, mais c'est dans le souci d'assurer un meilleur fonctionnement de l'entreprise. L'employeur a su prendre la décision qu'impose

(237) Voir pour le contrat de travail : trib. trav. Dakar, 21 décembre 1975, T. P. O. M., n° 351, p. 7 760.

(238) Dans le même sens : J. Issa-Sayegh, "le droit du travail sénégalais", op. cit., n° 380.

(239) Voir en droit français : Soc. 29 mars 1966, Bull. IV, p. 294. C. A. Douai, 5 janvier 1984, J. C. P. 1985, éd. E. 1 443, p. 190, n° 8, obs. B. Teyssié.

(240) Ce facteur temporel peut d'ailleurs varier au gré des circonstances.

un environnement nouveau et le salarié a consenti aux adaptations nécessitées par l'intérêt de l'entreprise. C'est le triomphe de la volonté des parties dans le souci d'assurer la pérennité de l'outil de travail sans lequel il n'est pas d'emploi (241).

Il paraît, à cet égard, regrettable de noter le remarquable silence du législateur à propos de la révision du contrat de travail. Ce vide législatif a été, néanmoins, relativement comblé par la convention collective nationale interprofessionnelle. Cette convention a prévu une procédure qui s'apparente, à certains égards, à celle du licenciement : aux termes de son article 12, la modification doit faire l'objet d'une notification écrite au travailleur ; en cas d'acceptation de la modification, cette dernière ne devient effective qu'à l'issue d'une période équivalente à celle de préavis.

Cette dernière prévision a son importance : elle attribue ainsi au salarié un droit de repentir avant que son acceptation ne se concrétise. Il est toujours préférable de prendre du recul avant d'engager son avenir. Lorsque la modification devient effective, le contrat nouveau ne se substitue pas, cependant, au précédent : il s'agit plus simplement de novation de l'obligation modifiée (242). A partir de ce moment, la force obligatoire du contrat réapparaît : les parties ne peuvent plus se prévaloir de l'obligation éteinte par la novation (243). Elles sont tenues de respecter leurs nouveaux engagements, et aucune modification postérieure ne peut avoir lieu sans un accord nouveau.

(241) B. Teyssié, "La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise", article précité.

(242) J. Pélissier et G. Lyon-Caen, G.A.D.T., op. cit., p. 283. Avec des réserves : B. Teyssié, "La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise", article précité, spec., p. 353, note 15.

(243) C. A. Dakar, 27 juillet 1977, n° 348.

Rien n'exclut, cependant, l'existence d'une sorte de clause de "retour à meilleure fortune" qui permettrait aux salariés la possibilité d'invoquer, le cas échéant, les avantages dont ils bénéficiaient avant la modification. En tout état de cause, la volonté des parties aura permis d'adapter l'emploi à la défaillance de l'entreprise, sans que cette adaptation ne dégénère en conflit.

Cette adaptation de l'emploi peut, néanmoins, connaître un échec, notamment lorsque la modification substantielle est refusée par le salarié.

§ II : L'adaptation manquée de l'emploi.

Lorsque la modification envisagée par l'employeur présente un caractère substantiel, le salarié est en droit de la refuser. Mais de ce refus, risque de naître la rupture du contrat de travail. Ce n'est donc pas sans raison que l'on a pu écrire que : "Le problème de la révision se trouve largement transposé, en droit comme en fait, sur le terrain de la rupture" (244).

On retrouve, ici, l'assimilation déjà soulignée (245) entre modification substantielle et rupture du contrat de travail. Mais à ce niveau, le problème qui retient notre attention est celui de la détermination de l'auteur de la rupture du contrat de travail à la suite du refus du salarié d'accepter la modification substantielle.

La qualification de la rupture dépend, dans bien des cas, de la volonté des parties (246). C'est ainsi que le licenciement est généralement présenté comme une rupture du contrat

(244) G. H. Camerlyack, "La révision du contrat de travail", article précité.

(245) Voir supra, Section I, paragraphe I.

(246) Sur la rupture du contrat de travail, voir par exemple : G. H. Camerlyack, Traité de droit du travail, T I, op. cit., p. 345 et s.

de travail résultant de la volonté unilatérale de l'employeur (247). En revanche, lorsque la volonté de rompre émane du salarié, il y a démission (248).

Ce schéma classique et apparemment simple n'est pas celui qui trouve application en cas de rupture du contrat de travail consécutive à une modification substantielle. Dans une telle hypothèse, celui qui prend l'initiative de la rupture n'est pas nécessairement celui qui en est responsable, celui à qui elle peut être imputée (249).

Il peut arriver, par exemple, que le salarié, à la suite des modifications que veut lui imposer son employeur, cesse de travailler (250). Cette attitude ne sera pas pour autant considérée comme une démission, mais sera plutôt qualifiée de licenciement (251). C'est que la rupture du contrat est analysée de manière objective et c'est sa cause matérielle qui remplace la volonté des parties (252). Par voie de conséquence, la recherche de l'initiative de la rupture devient indifférente. Ce qui est important ici, c'est "l'initiative de la situation qui a entraîné la rupture" (253) sauf circonstances particulières (254).

-
- (247) G. H. Camerlynck, "De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement", J. C. P. 1958, I - 1 425.
- (248) G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, T.1, 3^e éd., op. cit., p. 363 et s.
- (249) Sur la distinction entre initiative et imputabilité : X. Blanc-Jouvan, "Un éclatement de la notion de licenciement", *Dr. soc.* 1981, p. 207 et s. P. Chaumette, "Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail", *Dalloz* 1986, chron. p. 68 et s.
- (250) A la suite d'une rétention par l'employeur de ses droits : *C. Sup.*, 1^{ère} Section, n° 11, 25 juillet 1979.
- (251) J. Péliissier, "Observations à propos de la notion de licenciement individuel", *Etudes offertes à G. H. Camerlynck*, *Dalloz* 1978, p. 83 et s.
- (252) P. Chaumette, article précité.
- (253) X. Blanc-Jouvan, article précité.
- (254) Lorsque par exemple, la modification n'est pas encore imposée mais simplement envisagée et discutée, le salarié qui quitte l'entreprise démissionne. Voir en droit français : *Soc.* 7 janvier 1981, *Dalloz* 1982, p. 566, note J. P. Karaquillo.

Et c'est à ce niveau que se situe l'originalité de la rupture consécutive à une modification substantielle. Le caractère substantiel de la modification a pour effet, en cas de refus, d'imputer la rupture à l'employeur et permet, en même temps, d'assimiler cette rupture au licenciement (255).

La notion de licenciement se trouve, sans aucun doute, éclatée (256) : l'auteur de la rupture, c'est celui à qui elle est imputable et non celui qui en a pris l'initiative.

Il faut souligner toutefois que le licenciement n'est pas automatique dès le refus exprimé par le salarié. Ce dernier peut, tout en protestant, continuer à exécuter son travail. Dans ce cas, il appartient à l'employeur qui ne renonce pas à son projet de mettre un terme aux relations contractuelles, sinon le salarié peut toujours agir en justice pour demander le maintien du contrat aux conditions initiales (257).

La théorie de la révision présente des avantages notoires pour le salarié. En effet, l'assimilation de la rupture au licenciement a pour effet de mettre à la charge de l'employeur toutes les obligations légales et conventionnelles prévues pour ce mode de rupture (258).

Mais la question fondamentale reste la réparation éventuelle du préjudice causé au salarié par la perte de son emploi. En d'autres termes, la rupture du contrat de travail consécutive à un refus de modification substantielle est-elle abusive ?

Il ne suffit pas que l'employeur soit déclaré auteur

(255) C. Sup. 2ème Section, 2 avril 1986, n° 29 ; trib. travail Dakar, 17 juin 1982, T. P. O. M., n° 592, p. 532.

(256) X. Blanc-Jouvan, article précité.

(257) Voir sur ce point, la nouvelle jurisprudence française et le commentaire du professeur J. Savatier : "Modification unilatérale du contrat de travail et respects des engagements contractuels", Dr. soc. 1988, p. 135 et s.

(258) Notamment respect du délai de préavis, paiement indemnité de licenciement, etc.

de la rupture pour être tenu de réparer le préjudice causé au salarié par la perte de son emploi (259). Le caractère abusif de la rupture dépend de la légitimité ou non de la modification substantielle : lorsque la modification est légitime, la rupture du contrat de travail consécutive au refus du salarié devient elle-même légitime. Cette légitimité de la modification s'apprécie par rapport à l'intérêt de l'entreprise. La décision de l'employeur était-elle motivée par le bon fonctionnement de l'entreprise : accroître la productivité, renforcer l'efficacité, rendre l'entreprise plus compétitive ?

Ce n'est que lorsque l'employeur n'est pas en mesure de justifier le bien-fondé de sa décision eu égard à la situation de l'entreprise que le licenciement revêt un caractère abusif.

Il n'existe donc pas de particularisme par rapport au droit commun du licenciement : la responsabilité de l'employeur ne saurait être engagée que si, et seulement si, la mesure modificative était fautive (260). A cet égard, l'arrêt récent de la Cour Suprême (261) peut susciter une certaine gêne : un salarié avait été licencié pour avoir refusé une mutation décidée par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction. Les juges du fond, après avoir rappelé que l'employeur est "seu- maître de l'organisation du service dans son entreprise", estiment, cependant, que le licenciement consécutif au refus de la mutation est abusif. Le pourvoi de l'employeur est rejeté par la haute juridiction dans un attendu qui mérite d'être reproduit : "Mais attendu qu'après avoir, en l'espèce, constaté à juste titre que la mutation de Bengeloune constituait une modification substantielle de son contrat de travail qui lui a été imposée sous peine de licenciement, l'arrêt a pu, sans se contredire, énoncer que faute par l'employeur d'avoir informé pa-

(259) Trib. travail de Dakar, 17 juin 1982, précité.

(260) C. Suprême, 2ème Section, n° 11, 25 juillet 1979.

(261) 2ème section, 2 Avril 1986, n° 29.

écrit le travailleur et convenu avec lui de nouvelles conditions de travail, le contrat a été rompu unilatéralement”.

La formulation de cet attendu nous paraît maladroite à un double point de vue. D'abord, l'affirmation selon laquelle le contrat a été rompu unilatéralement n'apporte rien à la solution. Ni l'employeur, ni le salarié n'ont jamais contesté l'existence de la rupture du contrat de travail. Cette rupture faisait suite au refus de la mutation par le salarié. L'employeur n'ayant pas renoncé à son projet de modification du contrat a tiré les conséquences de l'attitude négative du salarié. La rupture lui est par conséquent imputable. L'existence du licenciement ne se discute pas ici (262). Il était plutôt reproché aux juges d'appel d'avoir décidé que cette rupture était abusive. Or la Cour Suprême en rejetant le pourvoi de l'employeur confirme le caractère abusif du licenciement. Deux interprétations sont alors possibles :

- Soit, on considère que la Cour Suprême a décidé que la rupture était abusive "faute pour l'employeur d'avoir informé par écrit le salarié...". Sa décision se justifiant alors parce que l'employeur n'a pas respecté les dispositions légales prévues pour la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, notamment celle relative à la notification par écrit du licenciement au salarié (article 47, paragraphe 2).

- Soit, on considère que la Cour Suprême a voulu établir une corrélation étroite entre le caractère substantiel de la modification et la légitimité de la rupture consécutive au refus d'une telle modification : le licenciement serait abusif si la modification refusée par le salarié avait un caractère substantiel (263).

Ainsi présentée, la solution de la haute juridiction est doublement contestable : elle aboutit, en fait, à nier les

(262) Cf. Supra.

(263) C. A. Dakar, 20 juillet 1983, T. P. O. N., n° 650 : le chômage technique est une modification substantielle du contrat de travail dont le refus par le salarié entraîne un licenciement abusif.

prérogatives de l'employeur dans l'organisation de son entreprise ; elle ajoute à l'article 51 du Code du travail qui n'exige pour la validité du licenciement qu'un motif légitime. Il faut alors croire qu'il s'agit là d'une décision d'espèce qui ne remet pas en cause la solution classique : la légitimité du licenciement dépend de la légitimité de la modification refusée (264).

Sous réserve de cette appréhension, il a été permis de constater que la révision du contrat de travail est une véritable arme de dissuasion en faveur de l'employeur : le salarié est obligé d'accepter la modification substantielle au risque de perdre son emploi. Et on comprend mieux alors pourquoi la révision du contrat débouche plus fréquemment sur une acceptation que sur un refus. Cet aspect de la théorie de la révision n'est pas une découverte, et un auteur particulièrement avisé (265) le rappelait encore récemment : "La modification du contrat de travail, même acceptée par le salarié, est souvent une modification imposée unilatéralement par l'employeur... La révision du contrat par accord de volontés risque d'être une fiction recouvrant le pouvoir de l'employeur d'imposer ses conditions".

On pourra faire remarquer cependant que nul ne s'indigne outre mesure de cette situation. C'est comme pour dire qu'elle est la rançon de la sauvegarde de l'emploi (266). L'essentiel c'est d'adapter l'emploi aux vicissitudes de l'entreprise. Et sur ce point, la révision du contrat est un moyen

(264) Cour Suprême, 2ème section, 4 juin 1986, n° 38 : le refus par le salarié d'assurer ses nouvelles fonctions suite à l'organisation de l'entreprise rend légitime le licenciement.

(265) J. Savatier, "Les modifications unilatérales du contrat de travail" article précité. Dans même sens : P. Rodière, "Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail", Dr. soc. 1986, p. 873 et s. ; Spéc., p. 874.

(266) Voir : B. Teyssié, "La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise", article précité.

de gestion remarquable (267).

L'adaptation contractuelle de l'emploi se présente finalement comme une décision d'autorité, celle de l'employeur. Elle se réalise soit parce que l'employeur impose au salarié des modifications qu'il n'est pas en droit de refuser, soit parce que l'employeur propose au salarié des modifications substantielles dont le refus entraîne, pour lui, la perte de son emploi. Dans les deux cas, la marge de manoeuvre du salarié est fort amenuisée.

Elle n'est cependant pas plus grande lorsque l'adaptation de l'emploi nécessite de se séparer de certains salariés pour permettre à l'exploitation de se poursuivre dans de bonnes conditions. C'est l'adaptation structurelle de l'emploi.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

(267) B. Teyssié, "La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise", article précité.

CHAPITRE II : L'ADAPTATION STRUCTURELLE DE L'EMPLOI : LA
NECESSITE DE LA SUPPRESSION D'EMPLOI.

Lorsqu'une entreprise se trouve confrontée à de sérieuses difficultés mettant en cause sa survie même, la réduction des effectifs apparaît souvent comme l'une des formules lui permettant de s'en sortir le mieux possible. Mais si une telle mesure peut s'avérer nécessaire au redressement de l'entreprise, à l'égard des salariés, elle se traduit par la perte de leur emploi.

Le législateur, qui ne pouvait rester insensible à cette situation a institué un mécanisme de protection en faveur des salariés, potentielles victimes des mesures de licenciement nécessitées par le redressement de l'entreprise. Le système mis en place par l'article 47 du Code du travail est assurément un pis-aller ; mais il donne, manifestement, des garanties aux salariés quant à la protection de leur emploi (Section II).

Le bénéfice de telles garanties se trouve assujéti à la qualification économique des licenciements envisagés. Il faudra donc, au préalable, identifier les licenciements visés (Section I).

SECTION I : L'IDENTIFICATION DES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ECONOMIQUE.

La loi n'a pas donné une définition générale du licenciement pour motif économique. Cependant, on peut, à partir de décisions de jurisprudence, des travaux de la doctrine et surtout d'une lecture attentive de l'article 47 du Code du travail, affirmer que deux conditions sont nécessaires pour donner au licenciement un caractère économique : il faut, semble-t-il, que la mesure de licenciement ait entraîné une suppression

d'emploi (Paragraphe I) ; il est, en outre, nécessaire que la suppression d'emploi ait une origine économique (Paragraphe II).

§ I : La suppression d'emploi.

La suppression d'emploi constitue un indice déterminant dans la qualification du licenciement. C'est le critère dit "finaliste" ou "substantiel" du motif économique du licenciement (268). Selon un tel critère, le licenciement a une cause économique dès lors qu'il correspond à une suppression de l'emploi du salarié congédié (269). Il peut être trouvé à ce critère "substantiel" du licenciement pour motif économique au moins deux séries d'arguments.

Il faut d'abord partir des finalités du système mis en place par le législateur à propos des licenciements pour motif économique. Il s'agit de sauvegarder le niveau global de l'emploi en essayant de limiter tous les licenciements qui aboutissent à sa dégradation (270).

La seconde raison de l'adoption du critère de la suppression d'emploi est tirée de l'article 47 lui-même dont le paragraphe 3 dispose : "Seront licenciés, en premier lieu, les salariés présentant les moindres aptitudes professionnelles pour les emplois maintenus...". Une telle rédaction suggère, sans aucun doute, que des emplois vont être supprimés par l'effet des licenciements envisagés (271). Il s'ajoute, à ces explications théoriques, des arguments pratiques : le critère de la suppression d'emploi apparaît simple et facile à mettre en oeuvre.

-
- (268) J. M. Sportouch, "Le contrôle des licenciements économiques", Thèse Lyon, 1981, p. 31 et s. A. Jeammaud, "La notion de licenciement pour motifs économiques", *Dr. soc.* 1981, p. 267 et s.
- (269) J. P. Machelon, "La réforme récente du contrôle des licenciements et le juge administratif", *Dr. soc.* 1975, *Spec.* p. 190 et s.
J. Pélissier, "Le nouveau droit du licenciement", Sirey 1980, 2ème éd., p. 32 et s.
- (270) J. Savatier, *obs. Dr. soc.* 1978, p. 295 et s.
J. Rivore et J. Savatier, *Droit du travail*, P.H.F., 08 éd. 1984, n. 512.
- (271) J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais", *op. cit.*, p. 446, n° 1 340.

C'est peut être tout cela qui explique que la jurisprudence semble se rallier à ce critère lorsqu'elle vérifie si les salariés licenciés ont été ou non remplacés dans leur emploi par d'autres (271). Il semble nécessaire, toutefois, de préciser davantage ce qu'il faut entendre par "suppression d'emploi", car la notion n'a que l'apparence de la simplicité (273). Certes, il n'est pas réellement discuté que la suppression d'emploi doit être l'effet du licenciement lui-même (274), mais il faudrait surtout déterminer ce qui spécifie un emploi.

L'emploi se définit-il par la nature des fonctions exercées, leur qualification, leur place dans l'organigramme, ou faut-il y intégrer tous les éléments substantiels du contrat de travail ?

Il nous semble préférable de retenir cette dernière interprétation car elle a l'avantage d'élargir le domaine des licenciements pour motif économique (275). L'emploi serait la réunion de tous les éléments qui permettent de déterminer le statut du salarié dans l'entreprise : sa qualification professionnelle, sa rémunération, les fonctions qu'il exerce dans l'entreprise, tous les éléments sans lesquels le salarié n'aurait pas contracté avec l'employeur.

Selon une telle définition, la suppression d'emploi vise non seulement les licenciements sans remplacement des salariés -en quelque sorte, la suppression brute, quantitative de l'emploi- mais aussi les licenciements consécutifs à une

(271) J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais, op. cit., p. 446, n° 1 340.

(272) C. A. 16 avril 1969, T. P. O. M. n° 267, p. 5 905, C. Sup. 21 juillet 1965, Rec. Législ. jurispr. 1965, C. S., p. 131. C. A. 13 janvier 1965, T. P. O. M., n° 189, p. 4 187.

(273) A. Jeanmaud, "La notion de licenciement pour motifs économiques, article précité, spec. p. 275.

(274) *Ibid.*

(275) Dans le même sens : J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais", op. cit., p. 446.
A. Jeanmaud, "La notion de licenciement pour motifs économiques", article précité, p. 276.

transformation d'emploi, c'est-à-dire, ceux résultant de modifications substantielles de l'emploi (276). D'ailleurs, et en réalité, la transformation d'emploi n'est qu'un aspect de la suppression d'emploi, car elle équivaut à la suppression de l'emploi et à son remplacement par un autre. Le nouvel emploi ainsi créé a pour but d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise. En modifiant l'emploi originel, l'employeur entend promouvoir l'intérêt de l'entreprise. C'est donc une suppression d'emploi qualitative.

Il convient, dès lors, de soumettre les licenciements consécutifs à une modification substantielle du contrat de travail au régime spécial de l'article 47 du Code du travail.

Il faut souligner, à ce propos, l'incohérence de la jurisprudence : tandis que certaines décisions semblent poser l'inapplicabilité des dispositions de l'article 47 (277), d'autres, au contraire, suggèrent leur respect (278) et d'autres, enfin, estiment abusifs les licenciements intervenus sans respect de la procédure spéciale de l'article 47 (279).

Il n'est pas aisé d'analyser cette démarche jurisprudentielle (280), mais on ne peut, cependant, exclure le risque d'un cantonnement des licenciements économiques aux seules hypothèses de suppression quantitative d'emploi (281).

-
- (276) J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais", op. cit., A. Jeammaud, article précité. Franck Moderne, "Le contrôle administratif des licenciements économiques", Sirey 1983, p. 109 et s.
- (277) C. Sup. 2ème section, 9 juillet 1975, C.R.E.D.I.L.A. III, p. 216. C. A. 30 juillet 1983, T. P. O. M. n° 650, p. 280.
- (278) C. Sup. 2ème section, 14 mars 1973, T. P. O. M. n° 357, p. 7 888.
- (279) Trib. trav. Dakar, 9 mars 1983, T. P. O. M. n° 622, p. 148.
- (280) A dire vrai, dans l'arrêt du 9 juillet 1975 précité, la Cour Suprême, pour écarter l'application de l'article 47 du Code du travail, a estimé que le licenciement était motivé par la faute du salarié.
- (281) Cette tendance à vouloir rétrécir la notion de licenciement pour motif économique a été aussi observée en droit français. Sur l'ensemble de la question, voir : J. Savatier, "Modifications substantielles du contrat de travail et licenciements pour motifs économiques", Dr. soc. 1984, p. 541 et s. H. Blaise, "Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail", Dr. soc. 1985, p. 634 et s. F. Moderne, "L'ambiguïté de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative", Dr. soc. 1985, p. 822 et s.

Peut-on croire à l'amorce d'une évolution ? Il est permis de le penser, car les juges de la haute juridiction viennent d'envisager -de manière incidente certes- la "suppression ou la transformation d'emploi" comme une hypothèse d'applicabilité des dispositions de l'article 47 du Code du travail (282).

Cette évolution jurisprudentielle reste, évidemment, à être confirmée, mais en tout état de cause, elle nous semble plus conforme à la finalité de l'article 47 du Code du travail.

La suppression d'emploi, même ainsi entendue, ne suffit pas à donner au licenciement un caractère économique.

La mesure de licenciement doit, en plus, être nécessitée par des considérations d'ordre économique.

§ II : La cause de la suppression d'emploi.

L'article 47 du Code du travail s'applique à tout licenciement motivé par une "diminution de l'activité ou une réorganisation intérieure". Par cette formulation, le législateur vise, assurément, les licenciements pour cause économique ou pour motif économique (283). La loi n'a pas, cependant, précisé ce qu'il faut entendre par "motif économique". En revanche, les termes, par elle utilisés, indiquent que cette expression est à dimensions multiples : tantôt le législateur vise la "baisse d'activité" ou la "réorganisation intérieure", tantôt il envisage la "compression des frais généraux" ou la reconversion nécessaire de l'entreprise "en fonction du marché du travail et de la conjoncture économique".

La définition générique reste donc à rechercher (284) mais la tâche est loin d'être facile, car pour l'employeur,

(282) C. Sup. 2ème section, 24 mai 1982, T. P. O. M. n° 638, p. 494.

(283) Exposé des motifs des lois 77-17 du 22 Février 1977, J.O.R.S. 4 avril 1977, p. 368 et s. et 83. 02 du 28 janvier 1983, J. O. R. S. 9 avril 1983, p. 280 et s.

(284) P. D. Ollier, "Le contrôle du motif économique du licenciement", Dr. soc. 1978, n° spéc. p. 29 et s., spéc. p. 35.

tout licenciement peut avoir un motif économique (285). On a pu, en effet, relever que : "Le licenciement est une décision de gestion de l'entreprise. Et toute la gestion de l'entreprise est orientée par l'amélioration de ses résultats économiques" (286).

Une telle conception du motif économique conduit inévitablement à une impasse, parce que trop large.

On peut alors utiliser une autre démarche qui conduit à classer les motifs économiques selon qu'ils relèvent de la conjoncture économique ou qu'ils sont d'ordre structurel (287).

Cette distinction, bien qu'exacte a priori, ajoute à la confusion. D'une part, parce que le "conjoncturel" (288) et le "structurel" (289) peuvent être diversement appréciés. D'autre part, parce que la distinction ne peut être fondée sur des critères d'une absolue précision : "il n'est pas rare que les modifications de "structure" d'une entreprise... soient imposées par la "conjoncture" (290).

(285) P. D. Ollier, "Le contrôle du motif économique du licenciement", article précité, p. 36.

(286) J. Savatier, obs. Dr. soc. 1978, p. 295 et s.

(287) En droit sénégalais, la distinction n'a pas été retenue expressément par le législateur, mais les exemples de motifs économiques contenus dans l'article 47 du Code du travail y renvoient.

(288) Selon M. J. Savatier, "le motif économique conjoncturel serait constitué par un événement suffisamment exceptionnel et imprévu (obligeant) l'employeur à modifier son mode d'exploitation normal", obs. Dr. soc. 1978, p. 298. Contra : A. Jeammaud, article précité, pour qui : "la conjoncture doit s'entendre de l'ensemble de l'environnement économique de l'entreprise considérée, quelles que soient les volontés qui agissent et quelle que soit leur influence", p. 279.

(289) "L'expression ~~a-t-on pu écrire~~ est des plus floues" : J. J. Dupuy, obs. "observations sur quelques points faibles du nouveau dispositif", Dr. soc. n° spéc. 1975, p. 222 et s. Dans le même sens : J. Péliassier, le nouveau droit du licenciement, 2ème éd., op. cit., p. 34.

(290) F. Moderne, "Le contrôle administratif des licenciements économiques", op. cit., p. 88.

Finalement, il faut convenir que le droit du travail "s'est égaré sur une piste bien aventureuse" (291) en adoptant une formule inadaptée en la circonstance.

Au surplus, on peut faire remarquer qu'en droit sénégalais, la distinction est sans intérêt puisque l'article 47 s'applique de manière indifférenciée aussi bien aux licenciements d'ordre conjoncturel que d'ordre structurel (292).

Dans de telles conditions, on peut se demander si le licenciement pour motif économique ne devrait pas être défini par opposition au motif personnel (293). Le licenciement pour motif économique serait alors un licenciement "non inhérent à la personne du salarié", c'est-à-dire un licenciement qui serait fondé sur une cause autre que la faute, l'insuffisance professionnelle, l'inaptitude physique, la perte de confiance, etc (294).

Cette définition du motif économique est certes plus large, mais elle n'élimine guère les zones d'indétermination. A cet égard, l'arrêt rendu par la Cour suprême, le 27 décembre 1978, est assez significatif (295) : le ministre avait autorisé le licenciement de 16 gardiens de nuit, alors que l'inspecteur du travail s'y était opposé. L'employeur soutenait que ces gardiens ne pouvaient plus faire face à la recrudescence des vols et des agressions à l'intérieur ou à proximité de l'entreprise, parce qu'ils n'étaient pas spécialement formés aux tâches de surveillance, et voulait pour les remplacer faire appel aux services d'une société spécialisée dans le gardiennage. Les gardiens qui attaquent la décision voient leur recours rejeter par la Cour suprême, au motif que la substitution d'un système

(291) Ch. Freyria, "Structures et conjoncture en droit du travail", Mélanges G. Dehove, 1983, p. 293 et s., spéc. p. 312.

(292) En France, l'accord de 1969 sur la sécurité de l'emploi avait prévu un régime différent selon que le licenciement était d'ordre conjoncturel ou structurel (dispense de préavis dans certains cas, délais plus longs, etc).

(293) J. Pélissier, "Le nouveau droit du licenciement, 2^e éd., op. cit., p.30.

(294) J. Pélissier, op. cit., J. cl. Javillier, Traité Droit du travail, L. G.D. J. 1980, 2^e éd., p. 331. A. Brun et H. Galland, Traité de Droit du travail, T 1, Sirey 1978, 2^e éd., n° 694.

(295) 2^e Sect. in J. M. Nzouankeu, Jurisprudence sénégalaise, T1, p.201 et s.

de gardiennage revêt, dans les circonstances de l'espèce, le caractère d'une réorganisation intérieure et que c'est à bon droit que le ministre a autorisé le licenciement.

Il nous semble que dans cette affaire, l'employeur aurait pu ne pas se placer dans le cadre des licenciements pour motif économique. Certes, nul n'ose contester que le licenciement de certains salariés et leur remplacement par d'autres constitue une prérogative patronale. C'est une manifestation du pouvoir d'organisation et de direction de l'employeur (296). En ce sens, on peut dire que la "substitution d'un système de gardiennage à un autre revêt... le caractère d'une réorganisation intérieure". Cette réorganisation intérieure a-t-elle eu pour effet une suppression d'emplois ? On peut le penser car entre le licenciement des salariés et leur remplacement par d'autres, il y a eu un contrat d'entreprise. L'employeur n'avait donc plus des salariés sous ses ordres mais plutôt, en face de lui, une société de gardiennage avec son propre personnel. De ce fait, les emplois des salariés licenciés avaient disparu. Mais il faut toutefois reconnaître que si ces derniers ont été licenciés, ce n'est pas parce que leur emploi devait disparaître, c'est surtout, faute pour eux, d'avoir été vigilants et pour inaptitude professionnelle. Il s'agit là, manifestement de motifs "inhérents à leur personne". Et l'on peut faire la même remarque à propos des licenciements pour "sénégalisation" des emplois.

Pour certaines juridictions de fond (297), il s'agit de licenciements qui revêtent un caractère économique. Or, en réalité, il convient de distinguer, car le licenciement peut se présenter avec deux causes virtuelles : la qualité d'étranger du salarié et la charge salariale moindre qu'entraînerait

(296) Sur l'ensemble de la question, voir : "Le pouvoir patronal", Dr. soc. n° spéc. janvier 1982.

(297) Par exemple : C. A. Dakar juillet 1970, T. P. O. M., n° 299, p. 6 615.

son remplacement par un sénégalais (298). Il y a concours de motifs. Devant un tel schéma, il semble que l'employeur a le choix du motif (299).

Si donc le salarié étranger a été licencié pour réduire les frais généraux, notamment la masse salariale de l'entreprise, on peut considérer qu'il y a licenciement pour motif économique (300).

En revanche, si c'est la qualité d'étranger du salarié qui est invoquée par l'employeur, la question est alors de savoir si un tel motif est en soi légitime (301).

Il faut souligner cependant que le choix du motif par l'employeur n'a pas d'incidence sur la qualification : le juge doit contrôler l'exactitude du motif allégué (302). En définitive, la qualification économique ou non du licenciement dépend

(298) D'ailleurs, l'argument ne vaut généralement que pour les étrangers non africains.

(299) A. Jeammaud, "La notion de licenciement pour motifs économiques", article précité, *Dr. soc.* 1981, p. 267 et s., Spéc. p. 273. J. Péliissier, "Le nouveau droit du licenciement", 2^e éd., op. cit., p. 30. J. M. Sportouch, thèse précitée, p. 57 et s.

(300) Dans le même sens, J. Issa-Sayegh, op. cit., n° 1 345, p. 467.

(301) Sur ce point, voir l'arrêt singulier de la Cour Suprême du 18 mai 1985, n° 30 qui déclare : "... les directives administratives prescrites aux entreprises du secteur privé installées au Sénégal de faire occuper les emplois par des sénégalais, en application des plans de sénégalisation arrêtés par les pouvoirs publics, sont des directives de caractère politique; qu'ainsi, il ne saurait être imputé à un employeur la réparation des conséquences dommageables que pourraient comporter l'application par lui de ces directives dont il est établi qu'il n'a pu s'y soustraire". *Contra C. Sup.*, 2^eème section, n° 15, 23 avril 1980 : le licenciement pour sénégalisation d'emploi est abusif parce que contraire à la convention n° 111 de l'O. I. T. sur la discrimination en matière d'emploi et à l'article 20 de la Constitution qui confirme l'interdiction de la discrimination.

(302) Trib. trav. Dakar, 29 janvier 1981, T. P. O. M., n° 550, p. 78 : lorsque le motif de "sénégalisation" cache, en réalité, un motif économique, le licenciement doit être soumis à autorisation administrative à peine de nullité.

du véritable motif de la rupture du contrat de travail (303).

L'analyse de la notion de licenciement économique fait ressortir deux constantes :

- 1) c'est la suppression d'emploi,
- 2) pour des causes économiques.

On peut alors définir le licenciement pour motif économique comme étant toute mesure prise par l'employeur et ayant pour effet la suppression d'un ou de plusieurs emplois, en vue d'une meilleure gestion de l'entreprise.

Le législateur, soucieux de protéger au mieux l'emploi dans de pareilles situations, a institué un mécanisme spécial tendant à retarder, sinon à écarter, le licenciement pour motif économique. C'est un véritable système de garanties qui est ainsi mis en place.

SECTION II : LES GARANTIES CONTRE LA SUPPRESSION D'EMPLOI.

Aux termes de l'article 47 du Code du travail, les licenciements individuels ou collectifs pour motif économique sont subordonnés à une autorisation de l'inspecteur du travail. C'est l'intervention de l'autorité administrative qui constitue le pilier du système mis en place par le législateur.

La demande d'autorisation de licenciement de l'employeur doit être précédée d'une tentative de concertation avec les délégués du personnel. L'employeur aura, au préalable, choisi les salariés à licencier conformément aux dispositions légales.

Et si malgré cette procédure exorbitante de droit commun et d'ordre public (304), des emplois sont supprimés, les

(303) C. Sup., 2ème section, 14 mars 1979, Vanwert, in J. M. Nzouankeu, La jurisprudence administrative sénégalaise, T 1, p. 488.

(304) C. Sup., 2ème section, 24 mai 1982, T.P.O.M., n° 638, p. 538.
C. Sup., 2ème section, 25 novembre 1964, T.P.O.M., n° 164, p. 3641.
C. Sup., 2ème section, 22 juillet 1970, n° 16, Rec. ASERJ, n° 3, p. 63.

salariés victimes de la mesure bénéficient alors d'une priorité de réembauchage.

§ 1 : La désignation des salariés à licencier :

Il s'agit d'une prérogative patronale. Mais ce choix doit s'opérer dans un certain cadre et il doit être conforme aux critères préétablis par la loi.

1 - Le cadre de la désignation des salariés.

La détermination du cadre dans lequel doit s'opérer le choix des salariés à licencier n'est pas sans importance. Le sort de certains salariés peut dépendre, en effet, du cadre plus ou moins large qui sera finalement retenu par l'employeur.

La sélection des salariés à licencier doit-elle se faire au niveau de toute l'entreprise, ou ne faut-il envisager que le seul établissement ? Le problème se pose surtout à propos des entreprises à structure complexe, possédant plusieurs établissements. On peut penser, dans une telle hypothèse, que l'établissement doit être privilégié pour la détermination des salariés concernés par les licenciements économiques (305). L'établissement ainsi pris en considération doit, cependant bénéficier d'une certaine autonomie par rapport à l'entreprise à laquelle il reste rattaché : en d'autres termes, il doit s'agir d'un établissement "distinct", et non d'une simple structure décentralisée (306).

C'est cette solution qui a prévalu en France (307).

(305) Cour Suprême, 2ème section, 29 janvier 1972, Rec. ASERJ, n° 1, p. 3.
Cour Suprême, 2ème section, 9 juillet 1975, n° 9.

(306) C. E. 29 juin 1973, Dr. soc. 1974, p. 42 ; concl. N. Guestiaux, note J. Savatier ; G. Lyon-Caen et J. Pélassier, G. A. D. T., op. cit., n° 66, p. 161.

(307) Voir par exemple : C. E. 18 janvier 1980, Dr. soc. 1980, Concl. Ph. Dondoux, p. 386 ; 26 juillet 1982, A.J.D.A., n° 59, p. 734 ; 18 décembre 1981, Dr. soc. 1982, p. 218, concl. J. Biancarelli.

La solution retenue par le législateur sénégalais semble différente. En effet, l'ancien alinéa 7 de l'article 47 retenait parmi les critères à appliquer pour déterminer l'ordre des licenciements l'ancienneté du travailleur dans l'établissement. La jurisprudence en avait déduit que la comparaison des salariés à licencier devait s'effectuer dans le cadre de l'établissement (308). A l'issue d'un colloque organisé par l'Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques (A.S.E.R.J.), les praticiens du droit eux-mêmes attiraient l'attention sur les risques de fraude que pouvait générer une telle interprétation jurisprudentielle et émettaient le vœu d'une intervention législative (309). Le législateur a pris en considération ces remarques dans la nouvelle rédaction de l'article 47 (310). L'alinéa 2, paragraphe 3 de l'article 47 nouveau a substitué le mot entreprise à établissement. Cette réforme législative peut s'expliquer par deux autres raisons : c'est, d'une part, la solidarité qui se crée entre tous les salariés de l'entreprise en cas de licenciements pour motif économique, d'autre part, il peut s'avérer difficile de définir avec précision l'établissement où la suppression d'emploi doit se faire.

En réalité, la formulation nouvelle de l'article 47 ne paraît pas condamner définitivement le recours à la notion d'établissement : si l'alinéa 2 du paragraphe 3 se réfère effectivement à "l'ancienneté dans l'entreprise", il en va différemment des alinéas 1er et 5 qui font état respectivement "de la diminution de l'activité de l'établissement" et de "la reconversion nécessaire de l'entreprise ou de l'établissement".

(308) Cour Suprême, Sections réunies, 29 janvier 1972, Rec. ASERJ, n° 1, p. 15. C. A. Dakar, 10 mars 1965, T. P. O. n., n° 158, p. 3 728.

(309) "La législation sénégalaise à la lumière de la pratique", Rev. sén. de dr., n° spéc. 12, not. p. 436.

(310) Exposé des motifs de la loi n° 77 - 17 du 22 février 1977, J.O.R.S., 4 avril 1977, p. 369.

Cette hésitation du législateur peut être source de difficultés. En effet, si le motif économique du licenciement n'est localisé que dans un établissement déterminé, la suppression de l'emploi ne doit-elle concerner que ledit établissement ? A supposer que l'employeur décide de se conformer au vœu du législateur, les salariés des établissements non concernés par les difficultés économiques peuvent légitimement se sentir lésés. Pourquoi feraient-ils les frais d'une perturbation économique qui ne touche pas leur outil de travail ?

On peut aussi faire remarquer que la suppression de certains emplois dans un établissement déterminé peut rendre l'unité de production concernée non fonctionnelle. Les salariés qui ont conservé leur emploi risquent alors de voir modifier leurs attributions -peut-être même de manière substantielle- pour s'adapter à la situation nouvelle créée par le départ de leurs anciens collègues.

Sous réserve de ces appréhensions, il nous semble, toutefois, plus raisonnable de prendre acte de la volonté législative initialement déclarée et de mettre cet amalgame terminologique sur le compte d'une maladresse rédactionnelle.

C'est donc toute l'entreprise qui doit servir de cadre pour la désignation des salariés à licencier. Ces derniers doivent être choisis selon un ordre préétabli, pour éviter tout arbitraire de la part de l'employeur.

II - La détermination de l'ordre des licenciements.

Aux termes de l'article 47, paragraphe 3, doivent être licenciés, au premier lieu, les salariés présentant les moindres aptitudes professionnelles. Ce n'est que lorsque l'aptitude professionnelle est la même pour tous les salariés que l'ancienneté dans l'entreprise intervient pour le choix définitif. Le législateur précise enfin que l'ancienneté est majorée d'un an pour le salarié marié et d'un an par enfant

à charge au sens de la réglementation des prestations familiales (311).

On ne saurait reprocher au système mis en place son imprécision. Il est permis, toutefois, de s'interroger sur son efficacité. Certes, la jurisprudence estime que l'ordre ainsi établi a un caractère impératif (312). Il reste qu'on aurait pu faire prévaloir d'autres critères plus objectifs. En effet, il est à craindre une certaine subjectivité de la part de l'employeur, dans l'appréciation de l'aptitude professionnelle (313). Or la qualification professionnelle du salarié est le premier élément qui se rattache à l'emploi. C'est en effet grâce à la formation professionnelle qu'il a reçue que le salarié peut trouver un emploi. C'est elle qui détermine la catégorie à laquelle il se rattache, qui détermine ses attributions dans l'entreprise, sa rémunération, les droits auxquels il peut prétendre. En conséquence, l'importance dans la vie professionnelle du salarié d'un tel élément se conjugue mal avec une appréciation souveraine de l'employeur.

A défaut de pouvoir pallier cet inconvénient (314), il serait souhaitable que la jurisprudence se montre plus rigoureuse quant à la preuve du respect des critères légaux (315).

(311) "Est considéré comme ayant un enfant à charge toute personne qui assure d'une manière générale et permanente le logement, la nourriture, l'habillement et l'éducation de l'enfant" (article 6 Code de sécurité sociale, loi n° 73-37 du 31 juillet 1973, J. O. R. S. n° spéc. 4 308 du 4 août 1973, p. 1 565 à 1 578).

(312) C. Sup., 2ème section, n° 24, 2 avril 1986 : le juge doit rechercher si les critères de l'ordre des licenciements ont été respectés.

(313) L'employeur est, en effet, seul juge des qualités professionnelles : C. Sup., 2ème section, 27 avril 1966, n° 20, Rec. légis. jurispr. 1966, C. S. p. 70 ; A. A. 1966, p. 334. C. Sup., 2ème section, 23 novembre 1966, n° 55, Rec. légis. jurispr. 1966, C. S. P. 86. C. Sup., 2ème section, 24 mai 1967, n° 10, T. P. O. M., n° 225, p. 4 986 ; A. A. 1968, p. 183.

(314) Le juge ne pouvant substituer son appréciation à celle de l'employeur, sauf erreur grossière : C. Sup., 2ème section, 27 avril 1966, n° 20, A. A. 1966, p. 334.

(315) Il appartient au requérant de prouver que l'ordre des licenciements n'a pas été respecté : C. Sup., 2ème section, n° 23, 20 mars 1985.

La même rigueur doit animer les juges lorsque le critère de l'ancienneté entre en jeu (316) surtout en cas de majoration (317).

L'oeuvre du législateur serait bien vaine si l'ordre préétabli des licenciements s'avérait être une condition simplement facultative à cause d'un contrôle laxiste. La consultation des représentants du personnel peut être de nature à réduire ce risque.

§ II : La concertation avec les délégués du personnel.

Il s'agit là d'un contrôle préventif des licenciements pour motif économique. Aux termes de la loi, l'employeur est tenu d'informer les délégués du personnel pour "recueillir leurs suggestions" sur les mesures de licenciement envisagées. C'est une véritable consultation qui est ainsi prévue, consultation qui implique un échange de vues ainsi qu'une libre discussion (318).

Cette consultation comporte deux phases. L'employeur doit, d'abord, informer les représentants du personnel sur le projet de licenciement. Mais il doit aussi procéder avec eux à un échange de vues et laisser s'instaurer une véritable discussion pour qu'ils puissent émettre un avis éclairé.

Il faut souligner cependant, qu'il n'y a pas deux phases distinctes dans leur organisation : l'information et la consultation se font de manière simultanée (319).

La procédure de concertation suppose l'existence d'une

(316) Cour Suprême, 2ème section, n° 24, 2 avril 1986.

(317) Ibid.

(318) Jurisprudence française : Paris, Ch. correct. 16 juin 1967, Dalloz 1968, p. 331, note J. M. Verdier.

(319) Il était possible, en effet, d'envisager deux réunions distinctes, séparées par un délai suffisant pour permettre aux représentants du personnel l'étude des informations délivrées lors de la première séance.

représentation du personnel dans l'entreprise (320), mais il nous semble qu'il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse des délégués des collègues correspondant aux emplois à supprimer, ni de ceux des établissements concernés : tous les délégués de l'entreprise doivent être consultés (321).

La qualité de l'intervention des délégués du personnel dépend, en grande partie, du moment où elle se situe. En effet, l'intérêt d'une consultation est d'apporter des éléments nouveaux susceptibles d'éclairer la décision à prendre et éventuellement de la modifier. C'est pourquoi, la consultation avec les délégués du personnel doit avoir un caractère préalable (322).

Il faut souligner que les pouvoirs des représentants du personnel ne s'en trouvent pas pour autant renforcés : il ne leur est pas accordé un droit de veto suspensif sur les licenciements. Tout au plus, peuvent-ils "suggérer" à l'employeur d'autres mesures tendant à sauvegarder l'emploi, mais aussi, ils ont un pouvoir de contrôle sur la régularité de l'ordre des licenciements (323).

La concertation avec les délégués du personnel peut tourner au monologue (324). C'est pourquoi, le législateur a fait de la procédure de consultation des délégués du personnel

(320) C'est l'effectif de l'entreprise qui conditionne l'existence de représentants du personnel : le seuil minimum est de 11 salariés.

(321) Motifs de la loi n° 77-17 du 22 février 1977 précitée ; trib. trav. Dakar, 11 décembre 1980, T. P. O. M., n° 543, p. 453 ; lorsqu'il y a fusion ou absorption, l'employeur doit consulter les délégués du personnel des deux sociétés.

(322) Aux termes de l'article 47, nouvelle rédaction, la demande d'autorisation de licenciement adressée à l'inspecteur du travail doit être accompagnée de la lettre de l'employeur aux délégués du personnel et de la réponse de ces derniers.
Cour Suprême, 2ème section, n° 41, 4 juin 1986 ; trib. travail Dakar, 17 janvier 1980, T. P. O. M., n° 543, p. 455.

(323) Tribunal du travail Dakar, 23 juin 1980, T. P. O. M., n° 319, p. 7 057.

(324) J. H. Sportouch, Thèse précitée, p. 113.

une formalité substantielle qui, par conséquent, a une incidence décisive sur la seconde phase du contrôle préventif des licenciements économiques (325).

§ III : L'intervention de l'autorité administrative.

Le mécanisme repose sur un système d'autorisation accordée par l'inspecteur du travail. Cette décision de l'inspecteur du travail fait l'objet d'un contrôle.

I - La décision de l'inspecteur du travail.

L'article 47, paragraphe 3, dispose que tout licenciement pour motif économique est subordonné à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Il existe ainsi un rapport étroit entre la décision de l'inspecteur du travail et le licenciement pour motif économique. Il s'agit -a-t-on pu écrire- (326) d'un rapport de conditionnement : "L'autorisation est l'acte qui conditionne l'acte de licenciement, ce dernier est l'acte conditionné par l'autorisation".

L'effectivité du licenciement pour motif économique dépend finalement de la décision de l'inspecteur du travail, soit qu'il accorde l'autorisation, soit qu'il la refuse.

Mais la loi précise que le défaut de réponse dans le délai imparti (30 jours) vaut autorisation tacite de licenciement (327). Une telle solution réduit sensiblement les garanties offertes au salarié. Il n'est pas exclu, en effet, que le défaut de réponse corresponde à une absence de contrôle (328).

(325) Le défaut de consultation des délégués du personnel constitue aussi une faute pénale : le délit d'entrave à l'exercice de leurs fonctions (article 248 du Code du travail).

(326) N. Aliprantis, "L'annulation de l'autorisation de licenciement et ses effets civils à l'égard des travailleurs protégés", Dr. soc. 1976, p. 338 et s. ; not. p. 340.

(327) Il appartient à l'employeur de prouver qu'il y a eu autorisation tacite de l'inspecteur du travail : trib. travail Dakar, 17 janvier 1980, T. P. O. M., n° 543, p. 455.

(328) Théoriquement les deux situations ne sont pas liées.

Or, le législateur a minutieusement réglementé les points qui doivent faire l'objet d'un contrôle de la part de l'inspecteur du travail. Ce dernier doit, en effet, vérifier le bien-fondé du motif économique, la régularité de la procédure de concertation et l'ordre des licenciements. Il s'agit là sans aucun doute, d'autant de points qui constituent des conditions de légalité de la décision administrative. En d'autres termes, l'autorisation doit être refusée chaque fois que l'employeur n'aura pas respecté les points sur lesquels doit porter le contrôle de l'inspecteur du travail (329). Si l'on ajoute à cela l'existence d'une obligation de motivation de la décision de l'inspecteur du travail (330), il est permis de s'interroger sur l'opportunité du mécanisme de l'autorisation tacite (331).

Les dispositions de la loi sont, toutefois, formelles : le silence de l'inspecteur du travail équivaut à une véritable autorisation.

Le contrôle de l'inspecteur du travail n'est pas seulement de légalité, mais aussi d'opportunité, car "l'article 47 du Code du travail organise une procédure particulière tant pour la protection des travailleurs que pour l'équilibre général de l'emploi et de l'activité économique" (332). On comprend, alors, que l'inspecteur du travail puisse mettre en oeuvre toutes les mesures d'instruction lui permettant de se prononcer en connaissance de cause et surtout, rechercher des solutions de substitution aux licenciements envisagés. A ce niveau, le rôle de l'inspecteur du travail est capital, car c'est de lui

(329) C'est d'ailleurs ce que décide l'article 47, paragraphe 3, alinéa 6.

(330) Article 47, paragraphe 3, alinéa 7, in fine.

(331) Un auteur a, du reste, pu soutenir que le défaut de réponse de l'administration constituait non une autorisation implicite, mais une absence de décision : J. Savatier, "Le contentieux judiciaire de licenciements soumis à une autorisation administrative en raison de leurs motifs économiques", *Jr. sec.* 1978, n° spéc., p. 39

(332) Cour Suprême, 2ème section, n° 9, 24 mars 1982.

que dépend le sort du salarié. L'inspecteur du travail doit se montrer dynamique, entreprenant, pour éviter que le salarié ne perde son emploi. Il peut suggérer à l'employeur de modifier le contrat de travail, de supprimer les heures supplémentaires, de pratiquer le chômage partiel, etc. Il doit exploiter toutes les voies pouvant permettre au salarié de conserver son emploi. La suppression d'emploi n'est pas le seul remède contre la défaillance d'une entreprise. Si l'exploitation de l'entreprise peut se poursuivre dans de bonnes conditions par d'autres moyens de correction, il faut alors laisser au salarié la possibilité de conserver son emploi. La formulation très suggestive de l'article 47 exclut toute passivité de l'inspecteur du travail : la suppression d'emploi ne doit intervenir que lorsqu'elle est inéluctable, c'est-à-dire lorsque la continuation de l'exploitation avec les mêmes emplois risque de compromettre la vie de l'entreprise elle-même. Seul le souci d'assurer la sauvegarde de l'outil de travail dans l'intérêt de tous doit pouvoir conduire à la suppression d'emploi.

Lorsque l'inspecteur du travail, grâce notamment aux moyens d'instruction mis en oeuvre, aboutit à la conclusion qu'il est possible d'éviter les licenciements projetés par l'employeur, les mesures qu'il suggère à ce dernier n'ont pas un caractère obligatoire en soi. Elles peuvent être négociées entre les parties (333) en présence de l'inspecteur du travail, surtout en ce qui concerne leurs modalités de mise en oeuvre. Il faut cependant reconnaître que l'employeur est virtuellement tenu de les accepter au risque de voir sa demande de licenciement rejetée purement et simplement. Mais il faut aussi éviter que l'acharnement de l'inspecteur du travail à vouloir imposer une mesure non acceptée par l'employeur ne contraigne ce dernier à mettre en péril tous les emplois en décidant -solution

(333) Lorsque la mesure préconisée par l'inspecteur du travail est acceptée par l'employeur, peu importe l'acceptation du salarié : tribunal du travail, Dakar, 21 janvier 1982, Penant 1983, p. 101 et s.

extrême- de la fermeture de son entreprise (334). Finalement, la mission de l'inspecteur du travail doit osciller entre deux impératifs majeurs et apparemment contradictoires : sauvegarder l'outil de production tout en essayant de préserver l'emploi.

Ce n'est qu'au terme de cette mission que l'inspecteur du travail prend une décision qui fait l'objet d'un contrôle.

II - Le contrôle de la décision administrative.

La décision de l'inspecteur du travail peut faire l'objet d'un double contrôle : soit par l'intervention de l'autorité hiérarchique, soit par la voie juridictionnelle.

1° L'intervention de l'autorité hiérarchique.

C'est le ministre du travail qui est chargé du contrôle de la décision de l'inspecteur du travail. Il s'agit d'un recours préalable à tout autre (335). Il est donc inexact d'affirmer que la décision de l'inspecteur du travail est définitive (336). C'est plutôt d'un désaïssissement qu'il doit s'agir (337), ce qui exclut, par suite, la possibilité pour l'inspecteur du travail de retirer sa décision (338).

La même solution doit prévaloir lorsque l'autorité

(334) Voir par exemple tribunal du travail: Dakar, 28 janvier 1982, Penant 1983, p. 367 et s. ; où le refus systématique de l'inspecteur du travail à deux demandes successives de licenciement a amené l'employeur à cesser toute activité et à licencier par là-même tous les salariés de l'entreprise sans aucune procédure préalable.

(335) Cour Suprême, 2ème section, n° 22, 20 mars 1985 : le recours pour excès de pouvoir est irrecevable.
Le recours hiérarchique ne peut être exercé ni par les syndicats, ni par les délégués du personnel. Voir pour les syndicats : Cour Suprême, 2ème section, n° 11, 11 juillet 1984 ; Cour Suprême, 2ème section, n° 7, 7 janvier 1987 ; Cour Suprême, 2ème section, n° 57, 4 mars 1987.

Pour les délégués du personnel : Cour Suprême, 2ème section, n° 44, 25 juin 1985 ; Cour Suprême, n° 4, 7 janvier 1987 ; Cour Suprême, n° 6, 7 janvier 1987.

(336) Article 47, paragraphe 4, alinéa 1er.

(337) Dans le même sens, : J. Issa-Sayegh, op. cit., n° 1 374.

(338) Contra : C. Sup., 2ème section, n° 16, 13 février 1985 : la décision de l'inspecteur du travail peut être retirée par lui dans le délai du recours pour excès de pouvoir (motivation a contrario).

hiérarchique ne répond pas dans le délai qui lui est imparti (339).

On peut regretter, à cet égard, la jurisprudence déroutante (340) de la Cour suprême qui, soit, admet la possibilité de retirer la décision implicite (341) soit, estime que le délai imparti au ministre est indicatif (342).

De telles solutions sont, en effet, peu compatibles avec les impératifs du droit social "qui excluent toute incertitude sur le sort des emplois (343).

Le contrôle de l'autorité hiérarchique ne doit pas être un contrôle théorique. Il doit, au contraire, porter sur tous les points visés par l'article 47 du Code du travail (344). Et cela d'autant plus qu'il s'agit d'un pouvoir hiérarchique renforcé (345). L'administration a, en effet, dans le domaine considéré, des pouvoirs dont l'exercice est minutieusement réglementé. Elle doit, notamment vérifier le "bien-fondé" du motif économique (346), c'est-à-dire,

-
- (339) C'est une solution classique en droit français : C. E. 14 novembre 1969, A. J. D. A. 1969, II, n° 167, p. 694. Adde, F. Moderne, "Les licenciements pour motif économique et le juge administratif : où en est-on" ? Dr. soc. 1978, n° spécial, p. 40 et s., not. p. 47 et s.
- (340) J. Issa-Sayegh, "Les apports jurisprudentiels de la deuxième section de la Cour suprême à quelques règles d'organisation judiciaire et de procédure en droit social" ; article à paraître.
- (341) Cour suprême, 2ème section, 27 décembre 1978, G. D. J. A., I, p. 201 et s., note J. M. Nzouankeu.
- (342) Cour suprême, 2ème section, n° 20, 20 mars 1985.
- (343) J. Issa-Sayegh, article précité.
- (344) Cour suprême, 2ème section, 4 juin 1986, n° 41 : l'autorité hiérarchique n'a pas méconnu l'obligation de l'employeur relative au caractère préalable de la consultation des délégués du personnel.
Cour suprême, 2ème section n° 75, 1er avril 1987 : lorsque l'employeur n'a pas respecté les critères de l'ordre des licenciements, l'autorisation du congédiement donnée par le ministre repose sur une procédure irrégulière. C. sup. 2ème sect., n° 24, 2 avril 1986 : fausse appréciation par le ministre de l'ordre des licenciements. Cour supr., 2ème section, 18 février 1987, n° 48, Cour supr., 6 mai 1987, n° 90 : lorsque la décision de l'inspecteur du travail n'est pas motivée, celle du ministre qui la confirme ou l'infirmé (pour d'autres motifs) manque de base légale ou repose sur une procédure irrégulière.
- (345) J. M. Nzouankeu, "Le retrait de l'acte administratif par le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte", obs. sous C. supr., 2è sect., 27 décembre 1978, G. D. J. A., p. 202.
- (346) Cour suprême, 2ème section, 4 juin 1986, n° 41.

selon nous, non seulement la réalité du motif, mais aussi sa pertinence. Au surplus, précise la loi, elle doit s'assurer qu'il n'existe pas de solution de "rechange" au(x) licenciement(s) envisagé(s) (347). L'inobservation d'une seule de ces conditions justifie un refus d'autorisation de la demande de licenciement.

En revanche, l'autorité hiérarchique n'est pas tenue de motiver sa décision. La motivation, c'est la formulation des motifs qui sont à la base de la décision (348). Or, il est un principe, en droit administratif, selon lequel, sauf cas particulier, l'auteur d'un acte n'est pas tenu d'exprimer dans cet acte ou de faire connaître aux intéressés les motifs de l'acte (349). En l'absence de disposition légale -ce qui est le cas ici-, le ministre n'est donc pas tenu de motiver sa décision (350).

Mais l'absence de motivation n'exclut pas la possibilité de recours juridictionnels.

2° Les recours juridictionnels.

La décision administrative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; l'existence d'un tel contrôle n'écarte pas la possibilité d'une intervention du juge judiciaire.

(347) Conf. supra I, la décision de l'inspecteur du travail.

(348) G. Vedel, P. Delvolve, "Droit administratif", P.U.F., 8è éd., 1982, p. 262.

(349) G. Vedel et P. Delvolve, op. cit., p. 696. A. Döckel, "Droit administratif", N. E. A. 1978, p. 481.

Sur l'ensemble de la question, voir par exemple : S. Sun, "Motivation ou non motivation des actes administratifs", A. J. D. A. 1979, n° 9, p. 3 et s. J. Singer, "La motivation des actes administratifs", Rev. ad. 1980, p. 70 et s.

(350) Cour suprême, 2ème section, n° 20, 20 mars 1985.

a) Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

L'intensité du contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir dépend, en principe, du degré de précision des textes qui organisent l'intervention de l'administration (351). Les pouvoirs de l'administration dans ce domaine ont déjà été largement rappelés (352) : ils sont rigoureusement encadrés par la loi. Dans ces conditions, il nous semble que le juge de l'excès de pouvoir doit opérer sur la décision de l'administration un contrôle "normal", par opposition au contrôle "restreint". Le contrôle "normal" inclut la qualification juridique des faits sur lesquels repose la décision (353) : il faut alors que la situation économique rende nécessaire le licenciement. Le contrôle "restreint" ou "minimum" n'aurait pu porter que sur l'exactitude matérielle, l'erreur de droit, l'erreur manifeste d'appréciation et le détournement de pouvoir (354). Un tel contrôle est possible en toute hypothèse (355), même en l'absence d'une obligation de motivation. Le contrôle juridictionnel serait, en effet, un leurre si l'administration pouvait se retrancher derrière cette règle de forme (356). La procédure contentieuse qui présente un caractère inquisitorial (357) permet au juge de contourner l'obstacle de l'absence d'obligation de motiver (358).

On comprend mieux alors, pourquoi, après quelques

(351) Amadou M. SAMB, rapp. sur Cour suprême, 2ème section, 26 Avril 1984, Grands moulins de Dakar, RIPAS, n° 10, p. 587 et s., spéc., p. 589 et s.

(352) Conf. supra 1°.

(353) Vedel et Delvolve, "Droit administratif", op. cit., p. 815.

(354) Ibid.

(355) Ibid.

(356) Amadou M. Samb, rapp. précité, not. p. 590 et s.

(357) Article 85, ordonnance 3 septembre 1960 portant loi organique sur la Cour suprême.

(358) A. ROCKEL, op. cit., p. 481.

erements (359) la haute juridiction est revenue à une position plus adéquate, en exigeant de l'administration la communication des motifs qui sont à la base de sa décision (360).

Ces précisions faites, il reste que le contrôle que doit exercer le juge de l'excès de pouvoir est assurément un contrôle "normal" (361). Les arguments invoqués contre une telle solution ne nous convainquent guère : l'absence de formation appropriée du juge (362) et l'absence d'habilitation législative (363) ne constituent en rien des obstacles à l'extension des pouvoirs de la Cour suprême en matière d'excès de pouvoir (364). Plusieurs arguments peuvent être avancés pour soutenir une telle position. Il y a, tout d'abord, l'invite

(359) Cour suprême, 2ème section, n° 4, 23 janvier 1985 ; n° 20, 20 mars 1985 : ces deux décisions déduisent l'absence de contrôle des motifs de l'absence d'obligation de motiver.

(360) C'est une solution classique en droit administratif. Voir par exemple : Ch. Lapeyre, "Le contrôle des motifs par le juge de l'excès de pouvoir", *Penant* 1976, p. 415 et s., et p. 734 et s. *Acde* : Cour suprême, 26 mars 1963, A. A. 1973, p. 277 ; *Rev. sén. dr.* 1967, n° 0-1, p. 120.

Sur les licenciements pour motif économique : Cour suprême, 2ème section, n° 23, 2 avril 1986.

(361) Contra J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais", *op. cit.*, n° 1 376.

(362) Le juge serait peu préparé à intervenir dans le domaine économique où la technicité et la spécialisation seraient de rigueur : J. M. Nzouankeu, note précitée, *RIPAS* n° 10, spéc., p. 634.

(363) J. Issa-Sayegh, *op. cit.*, n° 885, qui se réfère à l'exposé des motifs de la loi n° 77-17 du 22 février précitée. Mais il s'agit, sans aucun doute, d'une méprise : il est bien écrit dans les motifs de la loi que la Cour suprême doit aussi apprécier la réalité et la sincérité des motifs de la décision administrative. L'intervention législative dont il est fait état dans les motifs (donnée à titre d'exemple) habilitait la Cour suprême à soulever d'office un moyen d'ordre public, celui de la violation de la loi. Ce n'est pas la même chose que l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

(364) Ce sont plutôt les pouvoirs attribués par les textes à l'administration qui déterminent le champ d'investigation du juge. Cf. F. Moderne "Le contrôle administratif des licenciements économiques", *Sirey* 1983, p. 422.

légale faite à l'administration d'apprécier le "bien-fondé" de la décision de l'employeur, d'autoriser ou de refuser la demande de licenciement en tenant éventuellement compte de "l'équilibre général de l'emploi et de l'activité économique" (365). Par voie de conséquence, il n'y a pas lieu de s'en tenir à un contrôle "restreint", ni pour les salariés ordinaires, ni pour les salariés protégés (366) : l'article 47 du Code du travail est pratiquement rédigé dans les mêmes termes que l'article 188 qui organise la protection des délégués du personnel.

Le contrôle "minimum" réduit sensiblement la portée du dispositif légal alors que le système mis en place a pour finalité d'empêcher, dans la mesure du possible, les suppressions d'emplois qui ne sont pas indispensables. Nous persistons donc à croire que le contrôle exercé par le juge de l'excès de pouvoir est un contrôle "normal" (367), au risque de faire du dispositif légal un simple paravent.

Cependant, ce contrôle n'empêche pas une éventuelle intervention du juge judiciaire.

b) L'intervention du juge judiciaire.

Lorsque le licenciement pour motif économique a été autorisé par le juge administratif, le salarié peut-il contester devant le juge judiciaire la légitimité de son congédiement ?

Cette question apparemment simple a suscité une vive

(365) Cour suprême, 2ème section, n° 9, 24 mars 1982.

(366) Une telle discrimination a existé en France : contrôle "normal" pour les salariés protégés, exemple : C. E. Ass. Plén. 18 février 1977 ; Abellan, Dr. soc. 1977, p. 166, concl. Ph. Dondeux ; contrôle "restreint" pour les salariés ordinaires, exemple : C. E. Ass. Plén. 27 Avril 1979, Ministre de l'Agriculture contre Syndicat C.F.D.T. de la Société Coopérative laitière du Puy, Dr. soc. 1979, p. 199, concl. Ph. Dondeux.

(367) La jurisprudence semble s'orienter vers ce sens. Cour suprême, 2ème section, n° 41, 4 juin 1986 : La suppression d'emploi fait suite à une réorganisation intérieure rendue nécessaire par une diminution d'activité.

controverse en France. Sans pour autant raviver un débat (368) qui a relativement perdu son importance, on peut, en schématisant, distinguer deux tendances opposées.

Pour certains auteurs, lorsque le licenciement a fait l'objet d'une autorisation administrative, le juge judiciaire n'était plus compétent pour réexaminer des motifs que l'administration (et, éventuellement, le juge administratif) avait trouvé convaincants (369). L'affirmation trouverait son fondement dans le principe de la séparation des pouvoirs qui serait violé si on admettait la solution contraire (370).

Pour d'autres, au contraire, la compétence administrative pour statuer sur la légalité des autorisations de licenciement n'excluait nullement la compétence judiciaire pour apprécier le bien-fondé des mesures de licenciement (371).

La jurisprudence finit par trancher dans le sens de l'incompétence du juge judiciaire (372).

Il n'est pas question, ici, pour nous, d'apprécier l'opportunité de la solution adoptée en droit français, mais il suffit tout simplement de constater que c'est celle-là même

(368) Sur l'ensemble de la controverse, voir par ex. : W. de Puybusque, "Licenciements pour raisons économiques et contrôle judiciaire", G. P. 1972. Doct., p. 519. P. D. Ollier, "Le contrôle du motif économique du licenciement", Dr. soc. 1972, n° spéc. 4, p. 29 et s. J. Savatier, "Le contentieux judiciaire des licenciements soumis à une autorisation administrative en raison de leurs motifs économiques", Dr. soc., avril 1978, p. 39 et s. J. Pélissier, "Les licenciements pour motif économique", Dalloz 1975, chron. p. 135 et s. F. Moderne, "Les licenciements économiques et le juge administratif : où en est-on ?" Dr. soc. février 1978, n° spéc., p. 40 et s.

(369) F. Naude et A. Benoît, "Licenciements collectifs et sécurité de l'emploi", Dr. soc. juin 1975, n° spéc., p. 51 et s.

(370) P. D. Ollier, "Le contrôle du motif économique du licenciement", article précité.

(371) Voir J. J. Dupeyroux, "Droit du licenciement : deux lois ne font pas une législation cohérente", le Monde, 18 février 1985. J. Pélissier, "Les licenciements pour motif économique", chronique précitée. J. Savatier, "Le contentieux judiciaire des licenciements soumis à une autorisation administrative", article précité. Brun et Galland, Droit du travail, T 1, op. cit., n° 701, p. 906. J. el. Javillier, Droit du travail, L.G.D.J. 1981, 2ème éd., p. 352.

(372) Soc. 9 mai 1978, Dalloz 1978, p. 681, note Pélissier. Ch. mixte 18 janvier 1980, Dalloz 1980, p. 386, note A. Jeammaud et J. Pélissier ; Dr. social 1980, p. 330, note J. Savatier ; J. C.P. 1980 II 19 397, note J. el. Javillier, concl. Robin.

qui est retenue par le juge sénégalais (373).

Le désengagement du juge judiciaire (374) au profit du juge administratif n'est pas absolu cependant. L'autorité judiciaire retrouve sa compétence, lorsque le licenciement est intervenu sans autorisation. Cette absence d'autorisation peut se manifester de plusieurs manières. L'employeur peut avoir licencié sans en avoir demandé l'autorisation ; il peut aussi avoir licencié malgré le refus d'autorisation, ou encore parce que l'autorisation qui lui avait été accordée a été, par la suite, annulée. Dans toutes ces hypothèses, le licenciement est nul, et le salarié doit être réintégré dans son emploi avec paiement d'une indemnité égale au salaire qu'il aurait perçu s'il avait travaillé (375). Le juge de l'excès de pouvoir n'ayant pas compétence pour condamner une personne privée -l'employeur- à verser une indemnité à une autre personne privée -le salarié-, c'est à la juridiction judiciaire qu'il revient d'ordonner la réintégration du travailleur (376) et éventuellement le paiement de dommages-intérêts au profit de ce dernier. Il semble en effet que le salarié a le choix entre sa réintégration et la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts (377). Et dans l'appréciation du montant de ces derniers, le juge pourra, notamment, tenir compte du temps d'activité qu'il restait au salarié avant sa retraite (378).

L'intervention du juge judiciaire est donc décisive à ce niveau, et même lorsque le licenciement a été autorisé,

-
- (373) Tribunal du travail, Dakar, 20 juillet 1979, T. P. O. M., n° 517, p. 373, tribunal du travail, Dakar, 29 mai 1981, T.P.O.M., n° 590, p. 488.
- (374) F. Moderne, "Le contrôle administratif des licenciements économiques", op. cit., p. 308 et s.
- (375) Article 47, paragraphe 4, alinéa 5, C. T. Cour suprême, 2ème section, n° 15, 7 janvier 1987.
- (376) C. supr., 2ème sect., n° 50, 23 juillet 1985, trib. trav., Dakar, 2 juin 1983, T. P. O. M., n° 621, p. 128.
- (377) Cour suprême, 2ème section, n° 73, 1er avril 1987.
- (378) C. A. Dakar, 1er juin 1981, T. P. O. M., n° 574, p. 105.
Cour suprême, 2ème section, n° 73, 1er avril 1987.

cette intervention subsiste relativement au paiement d'éventuelles indemnités liées au licenciement. En effet, le licenciement pour motif économique n'est pas privatif ni de l'indemnité de licenciement, ni de l'indemnité de préavis. Par conséquent, le juge du contrat de travail retrouve sa compétence pour toute contestation afférente à de telles indemnités. Il ne s'agit plus alors d'apprécier le bien-fondé du licenciement lui-même, mais plutôt de se prononcer sur les conséquences attachées à la rupture du contrat de travail, abstraction faite de son motif.

Et si malgré l'intervention de l'administration et du juge, il y a suppression d'emploi, le salarié peut bénéficier d'une priorité de réembauchage.

§ IV : La priorité de réembauchage.

Le législateur a prévu au profit du salarié dont l'emploi a été supprimé une priorité de réembauchage. Il s'agit là d'un avantage certes mérité, mais d'une portée relativement limitée, eu égard à ses conditions d'appréciation.

1° Un avantage mérité.

La perte de l'emploi par le salarié est toujours ressentie comme une épreuve dramatique. Ce drame est d'autant plus mal accepté lorsqu'il résulte de circonstances étrangères à la personne du salarié. C'est peut-être, ces considérations qui ont incité le législateur à prévoir au bénéfice des salariés ayant perdu leur emploi pour des raisons économiques une priorité de réembauchage : l'employeur est tenu de recruter, le cas échéant, tel(s) salarié(s) par lui licencié(s) pour des raisons économiques (379).

(379) Lorsque le licenciement est intervenu avant le transfert de l'entreprise, l'obligation de réembauchage n'incombe pas au nouvel employeur : Cour suprême, 2ème section, 22 mai 1985, T. P. O. N., n° 649, p. 242.

Le principe classique de la liberté d'embauchage est ici mis en cause (380). A dire vrai, ce n'est que justice : le salarié doit pouvoir légitimement prétendre à un emploi disponible dans l'entreprise qui utilisait antérieurement ses services. Il est logique, lorsque la perte de l'emploi est due à sa suppression que le salarié puisse reprendre son travail si de nouveaux emplois sont créés. D'ailleurs une telle éventualité établit que la cause de la défaillance a disparu. Il n'est pas exagéré de penser que l'employeur trouve son compte dans la priorité de réembauchage : il peut s'avérer plus opportun pour lui d'avoir sous ses ordres un salarié déjà habitué aux structures, au fonctionnement de l'entreprise.

Mais c'est surtout le salarié qui profite de la priorité de réembauchage. Il sera choisi par préférence en cas de concours avec d'éventuels demandeurs d'emploi. Il bénéficie là sans aucun doute, d'un avantage considérable. L'efficacité de la priorité de réembauchage n'est cependant assurée que sous réserve de certaines conditions qui lui donnent une portée limitée.

2° Les conditions d'exercice de la priorité de réembauchage.

La priorité de réembauchage est limitée dans sa durée : elle ne peut dépasser deux ans (381). Cette limitation dans la durée s'explique par le souci de ne pas imposer à l'employeur un salarié dont il s'est séparé depuis longtemps, et qui certainement, n'a plus les mêmes compétences; La loi et la C.C.N.I. (382) permettent alors à l'employeur d'apprécier l'aptitude professionnelle des salariés qui bénéficient de la priorité de réembauchage à partir de la seconde année de leur licenciement, dans le cadre d'un stage probatoire. Par conséquent,

(380) N. Catala, "L'entreprise", op. cit., p. 311.

(381) Pour la forclusion d'une demande présentée dix ans après le licenciement : tribunal du travail, Dakar, 26 mars 1981, T.P.O.M., n° 578, p. 207.

(382) Article 10.

L'employeur bénéficie d'une marge de liberté qui lui permet de se séparer du salarié jugé inapte à l'issue du stage. On peut estimer qu'il s'agit là d'une atteinte indirecte à la priorité de réembauchage. En effet, le salarié qui, après une période d'inactivité supérieure à un an, fait valoir son droit au réembauchage, n'est pas assuré de retrouver son emploi. Il se trouve dans la même situation qu'un travailleur engagé à l'essai qui risque de perdre son emploi si l'essai n'est pas jugé concluant par l'employeur (383).

Il s'y ajoute qu'il n'est pas certain qu'une entreprise qui a connu de sérieuses difficultés ait pu retrouver meilleure fortune dans un si bref délai jusqu'à envisager de nouveaux recrutements. On peut alors envisager la vacance d'emploi (384) qui peut être provisoire (385) ou définitive (386). C'est cette dernière hypothèse qui permet au salarié de pouvoir prétendre à un contrat à durée indéterminée, donc à la stabilité de son emploi retrouvé. C'est surtout la condition relative à l'emploi qui constitue l'obstacle majeur à l'effectivité de la priorité de réembauchage (387).

L'emploi disponible doit correspondre à un emploi auquel le salarié peut prétendre : il faudra se référer à sa qualification professionnelle (388) et à sa spécialisation (389)

(383) Dans le même sens, J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais", op. cit., n° 1 382.

(384) C'est la seule hypothèse envisagée par la loi et la C. C. N. I. L'employeur est tenu d'informer le salarié de la vacance d'un emploi. Mais l'éventualité d'une inertie délibérée n'est pas à exclure.

(385) Maladie d'un salarié, par exemple.

(386) Démission, retraite ou décès d'un salarié.

(387) Le salarié est tenu, entre autres, de communiquer son adresse au moment de son départ de l'entreprise et il doit se présenter dans le délai à l'employeur qui l'aura avisé au préalable de l'emploi vacant.

(388) Tribunal du travail, Dakar, 20 novembre 1980, T.P.O.M., n° 542, p. 424.

(389) C. A. 29 janvier 1969, R... S... c/ Ets Verger-Delporte, cité par J. Issa-Sayegh, "Le droit du travail sénégalais", op. cit., note 198, n° 1 384.

Il suffit cependant qu'il existe les mêmes possibilités d'emploi et que l'emploi soit identique, similaire ou équivalent (390). Même ainsi entendue, cette condition peut jouer en défaveur du salarié, surtout en période de crise où l'essentiel est d'abord de trouver un emploi, même de catégorie inférieure. Et lorsqu'il y a concurrence entre plusieurs salariés sur un même emploi, l'ordre de réembauchage (391) met fin à bien des espoirs, d'ailleurs faussement entretenus, car l'employeur n'est tenu que d'une obligation de faire (392).

Finalement, l'adaptation structurelle de l'emploi risque de se faire au détriment du salarié. Pourtant, il est incontestable que c'est lui que le législateur a entendu protéger lorsque l'entreprise connaissait des difficultés de nature économique. Il est alors permis de s'interroger sur l'efficacité du dispositif légal. On ne peut guère soutenir que l'intervention de l'autorité administrative a empêché les licenciements économiques. En revanche, il est exact que bien souvent, elle les a retardés. Or, de cela, on ne peut même pas se réjouir car, dans bien des cas, le retard mis à alléger les charges d'une entreprise constitue l'un des moyens les plus sûrs pour hâter sa disparition.

Il serait cependant un peu simpliste de croire à l'inefficacité de l'article 47 du Code du travail. Le dispositif légal comporte au moins une charge symbolique : il rassure les

(390) C. A. 9 juin 1965, T.P.O.M., n° 177, p. 3 920 ; 27 janvier 1968, T. P. O. M., n° 266, p. 5 891 ; 14 mars 1969, T.P.O.M., n° 268, p. 5 933. Tribunal du travail, Dakar, 26 février 1981, T.P.O.M., n° 570, p. 13.

(391) Les critères et le cadre de l'ordre de réembauchage -à défaut de précision légale- doivent être les mêmes que pour le licenciement. En ce sens : J. Issa-Sayegh, op. cit., n° 1 384.

(392) La violation par l'employeur de son obligation engage sa responsabilité : C. A. 28 janvier 1981, T. P. O. M., n° 555, p. 199.

salariés et incite les employeurs à plus de rigueur et de réserve dans le choix de leurs décisions économiques. Mais le symbole pourra-t-il résister longtemps aux exigences du renouveau libéral (393) ?

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

(393) Au Sénégal, il se manifeste par la formule : "Nouvelle politique industrielle". C'est une modalité du désengagement de l'Etat. En France, la loi n° 86-797 du 3 juillet 1986, J. O. R. F., 4 juillet 1986, a mis fin à la procédure d'autorisation des licenciements pour motif économique : article 1er, alinéa 1, in fine.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Si les vicissitudes de l'entreprise ne constituent pas un obstacle à la poursuite de l'exploitation, cela ne signifie nullement que la situation juridique des salariés est à l'abri de toute atteinte.

Certes le législateur et la jurisprudence ont conjugué leurs efforts pour éviter que la situation qui prévaut au sein de l'entreprise n'affecte l'emploi.

A cet égard, les articles 54 et 47 du Code du travail sont des textes au service d'une ambition : la préservation de l'emploi. Il faut toutefois convenir qu'ils n'y parviennent pas totalement.

L'article 54 du Code du travail permet de maintenir les relations de travail. Mais il ne maintient que le seul contrat de travail. Par ailleurs, lorsque le nouvel employeur manifeste une volonté contraire, le salarié n'a droit qu'à une réparation par équivalent.

L'adaptation contractuelle de l'emploi constitue pour l'employeur un moyen efficace d'imposer des modifications substantielles ou non au salarié, sous peine, pour ce dernier, de perdre son emploi.

Enfin lorsque les vicissitudes de l'entreprise conduisent à l'adaptation structurelle de l'emploi, l'autorité administrative doit y consentir. Mais le contrôle administratif n'empêche nullement les suppressions d'emplois.

La protection de l'emploi s'avère donc difficile même lorsque l'exploitation se poursuit sans discontinuité. Faudrait-il s'attendre, alors, à un sort meilleur de l'emploi lorsque les vicissitudes de l'entreprise conduisent à une cessation d'exploitation ?

DEUXIEME PARTIE

LA CESSATION DE L'EXPLOITATION LIEE AUX VICISSITUDES
DE L'ENTREPRISE.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

La cessation de l'exploitation est l'extrême conséquence des vicissitudes de l'entreprise. Quelle est l'incidence de cette cessation d'activité sur l'emploi des salariés ?

Il faut partir des composantes de l'entreprise pour trouver la réponse. L'entreprise, c'est des hommes au service d'une activité. Ces deux éléments sont interdépendants ; il suffit que l'un d'entre eux fasse défaut pour que l'ensemble soit atteint. On comprend alors que lorsque l'activité de l'entreprise disparaît, c'est l'entreprise elle-même qui disparaît. La protection de l'emploi devient une gageure, car sans activité, il n'est point d'emploi : la disparition de l'entreprise entraîne, par définition, la disparition de l'emploi, de tous les emplois (Titre II).

Mais la cessation de l'exploitation peut ne pas aboutir à un résultat aussi fatal, notamment quand elle est limitée dans sa durée. Le caractère temporaire, provisoire, de l'arrêt de l'exploitation atténue, dans une certaine mesure, l'atteinte à l'emploi : l'emploi ne disparaît pas encore, mais il est tout de même menacé (Titre I).

Titre I : La cessation provisoire de l'exploitation
et la menace sur l'emploi.

Titre II : La cessation définitive de l'exploitation
et la disparition de l'emploi.

TITRE PREMIER

LA CESSATION PROVISOIRE DE L'EXPLOITATION ET LA
MENACE SUR L'EMPLOI.

Les vicissitudes de l'entreprise peuvent se traduire par une cessation provisoire de l'exploitation. Cette cessation provisoire peut, elle-même, résulter de circonstances différentes quant à leur nature. Ces circonstances peuvent, en fait, se ramener à deux hypothèses.

Dans la première, la cessation d'activité est, pour l'employeur, un moyen de remédier aux difficultés passagères que traverse l'entreprise. Il s'agit, en d'autres termes, d'assainir l'entreprise grâce aux pouvoirs dont l'employeur dispose es qualité. La menace sur l'emploi apparaît ici comme la conséquence d'une stratégie patronale (Chapitre I).

Dans la seconde hypothèse, la cessation de l'exploitation n'est plus la conséquence d'une quelconque réaction de l'employeur. Ce sont, en effet, les circonstances qui imposent l'arrêt de l'exploitation. Le dynamisme de l'employeur disparaît ici. L'employeur ne fait que constater la cessation de l'exploitation, plus précisément, il "en prend acte" (Chapitre II).

Chapitre I : La menace sur l'emploi consécutive à une décision de l'employeur.

Chapitre II : La menace sur l'emploi consécutive à une situation imposée à l'employeur.

CHAPITRE I : LA MENACE SUR L'EMPLOI CONSECUTIVE A UNE
DECISION DE L'EMPLOYEUR.

Lorsqu'un conflit survient dans l'entreprise, il existe deux voies possibles pour le résoudre. Le conflit peut être d'abord négocié. Mais généralement lorsque cette voie pacifique n'aboutit pas, les parties recourent à des moyens qu'elles jugent plus déterminants. C'est alors des rapports de force qui s'installent. Du côté des salariés, l'arme fétiche, c'est la grève ; du côté de l'employeur, c'est le lock-out.

Le parallélisme ainsi établi entre la grève et le lock-out se justifie t-il ? La grève constitue pour les salariés un moyen relativement efficace pour la satisfaction de leurs revendications professionnelles. Lorsque l'exploitation de l'entreprise se trouve compromise pendant ou à la suite d'une grève, l'employeur n'est-il pas en droit de cesser toute activité pour sauvegarder l'outil de production ? Le problème de la légitimité du lock-out mérite donc discussion (Section I).

En l'absence de tout conflit au sein de l'entreprise, l'employeur n'est pas, pour autant, démuni : il dispose d'une arme aussi efficace que le lock-out lorsque la défaillance de l'entreprise a des causes économiques. C'est la mise à pied économique (Section II).

Section I : Le lock-out, moyen de défense juridique de l'employeur contre la défaillance du personnel.

Section II : La cessation de l'exploitation, moyen de défense économique de l'employeur.

SECTION I : LE LOCK-OUT, MOYEN DE DEFENSE JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR CONTRE LA DEFAILLANCE DU PERSONNEL.

Il est peut être opportun d'apporter, au préalable une précision terminologique : que recouvre le concept de lock-out ?

Dans le monde du travail, pareille question peut paraître surprenante, car le lock-out fait partie de ces mots au contenu évocateur. Mais il faut cependant se garder des connaissances intuitives, surtout si le concept en cause peut varier en fonction de celui qui l'utilise : employeurs et salariés s'accordent rarement sur ce qu'il faut entendre par lock-out.

Cette expression à consonnance particulière n'est pourtant définie nulle part par le législateur (1), ni d'ailleurs, semble-t-il, par la jurisprudence (2). Et la doctrine (3) accentue l'incertitude, car selon qu'elle est favorable ou non au lock-out, les définitions qu'elle propose ne sont évidemment pas identiques (4). Faudrait-il alors se rendre à l'évidence et admettre que le lock-out est un mot à significations multiples ?

(1) Qui, néanmoins, l'utilise plusieurs fois : Cf. infra 2°.

(2) Dans le même sens : J. Issa-Sayegh, *Le droit du travail sénégalais*, op. cit., p. 566, note 17.

(3) Voir entre autres : A. Ramin, *Le lock-out et le chômage technique* L. G. D. J. 1977, spéc. Titre III, I partie, p. 155 et s. ; H. Sinay et J. Cl. Javillier, *Traité de droit du travail*, T. 6, La grève, Dalloz 1984, 2ème éd., spéc. Titre V, p. 451 et s. ; R. Latournerie, *Le droit français de la grève*, Sirey 1972, spéc. livre III, II partie, Titre II, chapitre II, p. 220 et s.

(4) Pour certains auteurs, c'est un instrument de la lutte des classes, une mesure de rétorsion : G. H. Camerlynck, "La Cour de cassation et le lock-out", Dalloz 1960, chr. p. 211 et s.
Pour d'autres, c'est un moyen de gestion de l'entreprise : A. Ramin, "Le lock-out et le chômage technique, op. cit., p. 65.

Il nous semble possible d'écarter une telle conclusion, car les divergences doctrinales touchent davantage à la finalité qu'il convient de reconnaître au lock-out. Mais sur le concept lui-même, on retrouve deux constantes dans les définitions proposées : le lock-out, c'est tout d'abord une fermeture de l'entreprise décidée par l'employeur ; c'est ensuite une fermeture d'entreprise en relation avec un conflit de travail déjà né ou virtuel. En réalité, c'est le second élément de la définition qui entraîne le premier. Celui-ci est une conséquence de celui-là.

En effet, l'entreprise est constituée de divers éléments qui sont interdépendants. Que l'une de ses composantes vienne à faire défaut et c'est toute l'entreprise qui est compromise.

Dans le lock-out, c'est l'élément humain qui est en cause. L'employeur décide de la fermeture de l'entreprise pour réagir contre la défaillance de tout ou partie de son personnel : les salariés -généralement en grève- paralysent ou risquent de perturber sérieusement le fonctionnement de l'entreprise ; l'employeur décide de la fermeture de l'entreprise pour minimiser les dommages. Le lock-out s'apparente ainsi comme une mesure de sauvegarde de l'outil de production à la suite ou à l'occasion d'un conflit collectif.

Ce sont ces deux aspects qui nous serviront de point de départ dans une analyse du lock-out essentiellement orientée vers le problème de sa licéité et vers celui de son incidence sur l'emploi des salariés.

§ 1 . : Le droit de lock-out de l'employeur.

En droit français, le recours au lock-out par l'employeur a suscité une vive controverse quant à la licéité du procédé (5). C'est dans ce cadre qu'un auteur (6) a pu écrire,

(5) Voir entre autres : H. Sinay et J. Cl. Javillier, "La grève", op. cit., n° 309 et s.

R. Latournerie, "Le droit français de la grève", op. cit., p. 223 et s.

(6) A. Ramin, "Le lock-out, et le chômage technique", op. cit., p. 261.

à l'issue d'un examen minutieux du droit positif, que le lock-out a une valeur juridique négative, en ce sens qu'a priori, "ce n'est ni un droit, ni une absence de droit". Une telle affirmation peut-elle être soutenue en droit sénégalais ? La réponse à la question suppose, au préalable, un rappel des moyens de contestation du lock-out (1°). Il sera ensuite loisible de montrer qu'il ne peut s'agir ici que d'une fausse querelle (2°).

1° Un procédé contesté.

La possibilité pour un employeur de recourir au lock-out a été vivement contestée, en France, par une partie de la doctrine (7), les auteurs qui désapprouvent cette forme patronale de lutte avancent plusieurs arguments tendant à conforter leur thèse. Se situant tout d'abord sur le plan des rapports collectifs du travail, ils font remarquer qu'aucun texte juridique n'est venu consacrer formellement le lock-out, et ce, contrairement au droit de grève qui, lui, a une valeur constitutionnelle (8). Or la reconnaissance expresse du droit de grève postule l'interdiction du lock-out, car celui-ci a pour objet de paralyser celui-là (9). Sinon ce serait admettre la validité d'une "contre-grève" a priori illicite (10). La grève et le lock-out ne sont pas des "armes égales" - l'une à la disposition des salariés, l'autre de l'employeur-. C'est

(7) Principalement, voir : H. Sinay et J. Cl. Javillier, "La grève", op. cit., p. 460 et s. G. Lyon-Caen, "Le lock-out", Rev. dr. ouv. n° 23, février 1950. P. D. Ollier, "Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail", Dr. soc. 1967, p. 486 et s. G. H. Camerlynck, "La Cour de Cassation et le lock-out", Dalloz 1960, chr. p. 211 et s.

(8) H. Sinay et J. Cl. Javillier, Traité de droit du travail, "La grève", op. cit., n° 310.

(9) G. Lyon-Caen, "Le lock-out", article précité.

(10) P. D. Ollier, "Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail", article précité.

cette perspective doctrinale que les professeurs Sinay et Javillier (11) résumant avec force : "... Il est inexact de placer grève et lock-out sur le même plan et d'en faire des "armes égales". Le législateur a conféré aux travailleurs le droit de grève, leur accordant un pouvoir "trans-contractuel", destiné à leur permettre de lutter à égalité avec une autorité économique supérieure. Mais le chef d'entreprise est doté d'un arsenal de moyens -mesures disciplinaires allant jusqu'au licenciement, possibilité d'invoquer une régression réelle obligeant la compression d'effectifs, etc. Point n'est besoin de lui fournir une arme supplémentaire sans quoi, l'équilibre serait à nouveau rompu, au détriment du camp salarié- et le droit de grève n'aurait servi à rien... La grève ne reste un droit efficace que si le lock-out, lui, n'est pas un droit. "L'égalité des armes" serait une régression spectaculaire, par rapport à l'avancée sociale de la deuxième moitié du XXème siècle".

On ne saurait, par voie de conséquence, se placer dans le cadre des rapports collectifs pour justifier le lock-out. La régularité de ce dernier doit plutôt être appréciée "à la lumière des obligations contractuelles respectives" des parties au contrat de travail (12). Or sur ce plan, font remarquer les adversaires du lock-out, il est manifeste que l'employeur viole son obligation contractuelle -celle de fournir du travail aux salariés (13). Admettre le contraire équivaut à

(11) H. Sinay et J. Cl. Javillier, "La grève", op. cit., p. 462.

(12) H. Sinay et J. Cl. Javillier, *Traité de droit du travail*, "la grève", op. cit., p. 460.

(13) H. Sinay et J. Cl. Javillier, "La grève", op. cit., p. 460. G. H. Camerlynck, "La Cour de cassation et le lock-out", *chron. précitée*.

reconnaître à l'employeur le pouvoir de suspendre unilatéralement le contrat de travail.

La conclusion ne peut alors surprendre : le lock-out ne peut être légitimé ni sur le plan des rapports collectifs, ni dans le cadre des relations individuelles de travail. Il ne peut avoir qu'une "valeur juridique négative".

L'argumentation, bien que séduisante, peut se discuter (14), mais elle nous semble, au Sénégal, dépassée, car le législateur s'est prononcé en faveur de la valeur juridique positive du lock-out.

2° La licéité certaine du lock-out.

Il faut commencer par réfuter certains arguments avancés par les adversaires du lock-out. On peut, dès l'abord, faire remarquer que l'absence de consécration constitutionnelle du lock-out ne signifie nullement son interdiction. Tout au plus, pourra-t-on admettre que le droit de grève qui, lui, a été reconnu par l'article 20 de la Constitution, a une valeur juridique supérieure (15) en vertu de la hiérarchie des normes (16). Cette suprématie textuelle du droit de grève ne doit cependant pas faire illusion. C'est tout simplement la manifestation de l'attachement du constituant à ce qui constitue une conquête ouvrière (17).

(14) En fait, elle a été particulièrement discutée -voire contestée- par les partisans du lock-out. Voir, entre autres : Brunet Galland, *Traité de droit du travail*, T.2, Sirey 1978, n° 1 149 et s. Durand et Vitu, *Traité de droit du travail*, T. 3, Dalloz 1956, n° 311. Savatier et Rivero, *Droit du travail*, *Thémis*, 9è éd., op. cit., p. 406. R. Latournerie, *Le droit français de la grève*, op. cit., p. 223. Schaeffer, "Le Droit de lock-out", *Dr. soc.* 1957, p. 203 et s.

(15) Contra J. Issa-Sayegh, *Le droit du travail sénégalais*, op. cit., pour qui, la suprématie du droit de grève ne résulte pas "à l'évidence, de la Constitution", n° 1 216.

(16) Voir N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L. G. D. J. 1980.

(17) J. Issa-Sayegh, *Le droit du travail sénégalais*, op. cit., p. 566.

Il reste que le droit de grève cohabite avec le droit de lock-out, tous deux étant des procédés de lutte de nature collective (18). En droit positif sénégalais, la reconnaissance du droit du lock-out est manifeste. Le législateur s'y réfère à plusieurs reprises. Tout d'abord le lock-out est relié aux différends collectifs du travail : les articles 238, 245 et 246 du Code du travail qui prennent en compte le lock-out sont inclus dans le chapitre II du Titre VIII qui s'intitule "du différend collectif".

En tant que différend collectif, le lock-out est soumis à une procédure spéciale, celle prévue par les articles 232 et suivants du Code du travail : conciliation, arbitrage. En outre, la licéité du procédé dépend du respect par l'employeur de la procédure ainsi mise en place (articles 245 et 246 du Code du travail).

Il faut enfin ajouter que le législateur cite le lock-out parmi les cas de suspension du contrat de travail (article 57, 6°).

Aux termes de ce rapide inventaire des textes, on est obligé de se rendre à l'évidence : en droit du travail sénégalais, le lock-out est incontestablement un droit pour l'employeur, droit dont le régime juridique a été élaboré avec précision par le législateur.

On peut même aller plus loin dans l'affirmation : le législateur sénégalais, peut-être sans en avoir pleine conscience, a consacré, ce que, ailleurs (19), on appelle la théorie de l'égalité des armes (20). Cette théorie considère la grève

(18) Il a d'ailleurs été fait remarquer que le lock-out accusait un caractère collectif plus prononcé que la grève, car il met "à la porte" la globalité des salariés d'un cadre géographique déterminé (entreprise, établissement, atelier) : Durand et Vitu, *Traité de droit du travail*, T. 3, op. cit., p. 898.

(19) En Allemagne précisément.

(20) Sur la théorie, voir les précieux développements des professeurs Sinay et Javillier, dans leur *traité de droit du travail*, T.6, op. cit., n° 79-2, spéc. p. 122.

et le lock-out comme des moyens juridiques de lutte mis à la disposition des deux partenaires sociaux : le salarié et l'employeur. Chaque partie a le choix du "moyen de lutte qui lui est propre, et qui est censé correspondre à la "nature des choses" (21).

Le législateur a assurément fait une telle option. Il suffit pour s'en convaincre de recourir aux textes relatifs au lock-out. Un constat alors s'impose : il s'agit des mêmes textes qui réglementent le droit de grève. Le législateur ne fait aucune distinction quant au régime juridique des deux procédés de lutte. Tout milite, au contraire, en faveur de leur égalité. La grève et le lock-out apparaissent ainsi dans la législation comme un couple inséparable, indissociable.

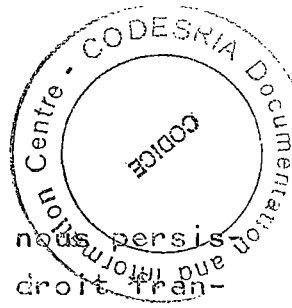
D'ailleurs, le rapprochement sur ce point avec le droit allemand ne se limite pas seulement à la théorie de la parité des armes. On peut voir, en effet, dans la réglementation des droits de grève et de lock-out une sorte de devoir de paix sociale (22) faisant de ces procédés collectifs de lutte, des armes de dernière heure, à n'utiliser qu'après épuisement de toutes les possibilités de dialogue pacifique. Le législateur a prévu une procédure spéciale de solution pacifique des conflits collectifs tendant à retarder ou à écarter leur dégénérescence en conflits sociaux (articles 232 et suivants du Code du travail).

La procédure ainsi mise en place est, sans aucun doute, une condition préalable de licéité (23). Il nous semble pourtant nécessaire d'y adjoindre les conditions de nature

(21) Dans le même sens, mais avec plus de nuances, J. Issa-Sayegh, *Le droit du travail sénégalais*, op. cit., n° 1 217.

(22) Sur la notion, voir Sinay et Javillien, *Traité de droit du travail, La grève*, op. cit., p. 123.

(23) De même que pour la grève : articles 245 et 246 du Code du travail.



jurisprudentielle du droit français (24). Certes, nous persistons à croire que l'optique n'est pas la même. En droit français, le lock-out est généralement considéré comme ayant une valeur juridique négative (25), alors qu'en droit sénégalais, il s'agit d'une prérogative expressément reconnue à l'employeur. Mais la reconnaissance d'un droit n'exclut pas le contrôle de l'usage qui en est fait. C'est pourquoi, nous sommes d'avis que la licéité du lock-out, en plus de la condition légale, doit s'apprécier en fonction du motif qui a déterminé l'employeur à fermer son entreprise. Pour être plus précis, le lock-out sera licite toutes les fois où sa mise en oeuvre se justifie pour des raisons tenant au bon fonctionnement de l'entreprise. L'aura de réprobation qui, en France, entoure le lock-out procède d'une crainte : celle de voir le droit de grève annihilé par le droit de lock-out (26). Cette appréhension, quoique a priori légitime, est le résultat d'une fausse conception du lock-out. Tout comme la grève, le lock-out n'est pas un acte de belligérance à l'état pur : la grève et le lock-out sont des "armes égales" en ce sens que tous deux constituent des procédés de lutte tendant à l'amélioration des conditions de travail. Les salariés "vont" en grève pour la satisfaction de leurs revendications professionnelles, l'employeur ferme l'entreprise par souci de bonne gestion (27), pour la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise (28). C'est cette idée que traduit

(24) Dans le même sens : J. Issa-Sayegh, le droit du travail sénégalais, op. cit., n° 1 217 et s.

(25) Cf. supra 1°.

(26) Cf. supra 1°.

(27) Dans le même sens : A. Ramin, Le lock-out et le chômage technique. op. cit., p. 65 ; R. Latournerie, Le droit français de la grève, op. cit., p. 224 et s. ; E. Schaeffer, "Le droit de lock-out", article précité ; H. Catala, Traité de droit du travail, T. 4, l'entreprise, Dalloz 1980, p. 284.

(28) Sur cette notion, cf. infra Titre II, Chapitre I, Section II.

un auteur particulièrement avisé (29) lorsqu'il écrit : "Pas plus que la finalité essentielle d'une grève n'est de traîner personnellement l'employeur "à Canossa", mais est de réclamer à la direction des avantages économiques et sociaux supplémentaires, pas plus la décision de lock-out ne sera le moyen d'obtenir une victoire sur les salariés que l'on fera passer "sous les fourches caudines", ou une simple mesure de rétorsion contre des personnes, sous-entendant une volonté de nuire en leur rencontre".

Le lock-out apparaît plutôt comme un pouvoir de police reconnu à l'employeur (30). L'employeur peut y recourir chaque fois que l'exploitation de l'entreprise est mise en péril, notamment parce que le personnel en grève perturbe le fonctionnement, parce que les salariés délibérément tentent de désorganiser la production, ou encore parce que l'employeur n'est pas en mesure d'assurer l'ordre et la discipline au sein de l'entreprise à cause du climat social qui y prévaut (31). Dans toutes ces hypothèses, seule la sauvegarde de l'outil de production guide son action : il essaie de préserver au mieux l'intérêt de l'entreprise et la reprise de l'activité est simplement différée à un moment plus opportun où le travail pourra être exécuté dans de bonnes conditions. Le lock-out utilisé en dehors de ce cadre ne se justifie plus ; il perd sa légitimité

(29) A. Ramin, Le lock-out et le chômage technique, op. cit., p. 64.

(30) Il nous semble que le professeur J. Issa-Sayegh est dans le même sens : "Au contraire -écrit-il- le lock-out trouve son fondement naturel dans le pouvoir disciplinaire et de direction du chef d'entreprise", Le droit du travail sénégalais, op. cit., n° 1 216.

(31) En droit français, la jurisprudence admet la légitimité du lock-out pour des raisons "d'ordre et de sécurité" : Soc. 2 décembre 1964, Jallox 1965, p. 112, note G. Lyon-Caen ; J. C. P. 1965 II 14 090, note A. Brun ; J. C. P. 1965, II 14 438, note H. Sinay. Soc. 30 novembre 1978, J. C. P. 1979, éd. C. I., I. 7 921, p. 201, obs. B. Teysse et R. Jescottes.

parce que l'employeur n'a pas en vue l'intérêt de l'entreprise. En définitive, le juge sénégalais doit, pour apprécier le bien fondé du lock-out, se poser deux questions : l'employeur a-t-il respecté la procédure légale avant d'exercer son droit de lock-out ? La décision de lock-out est-elle motivée par la sauvegarde de l'outil de travail que constitue l'entreprise ? La réponse négative à l'une quelconque de ces questions donne au lock-out un caractère abusif. C'est uniquement sur ce terrain que la jurisprudence (32) devrait se placer.

Qu'il soit abusif ou non, le lock-out a pour effet de priver momentanément les salariés de leur emploi.

§ II : L'incidence du lock-out sur l'emploi des salariés.

L'incidence du lock-out sur le contrat de travail a suscité, en France, une controverse aussi vive que celle existant à propos de sa licéité (33). Mais ici aussi, la question ne se pose pas : le législateur a expressément donné la solution qui s'impose. En effet, aux termes de l'article 57, 6°, le lock-out est un cas de suspension du contrat de travail.

Evidemment, le lock-out qui produit un tel effet, c'est celui qui est déclenché notamment "dans le respect de la procédure de règlement des conflits collectifs de travail".

(32) Elle est pratiquement inexistante. A notre connaissance, seule une décision des juges du fond s'est prononcée sur la légitimité du lock-out : C. A. n° 473, 19 mars 1980, SOSEG c/ Ansou SONKO, citée par H. Issa-Sayegh in le droit du travail sénégalais, op. cit., p. 568, n° 1 222, qui décide que : le lock-out, à la suite d'une grève illécite de tout le personnel avec occupation des locaux, est parfaitement régulier comme étant en accord avec les dispositions de l'article 245 du Code du travail.

(33) Voir : H. Sinay et J. Cl. Javillier, Traité de droit du travail ou la grève, op. cit., p. 472 et s. et les références citées.

Tous les salariés conservent donc leur emploi pendant la durée du lock-out, mais ils ne peuvent s'attendre à percevoir une quelconque rémunération, car la suspension du contrat de travail (34) se traduit par la disparition des obligations discontinues tels le paiement du salaire et l'obligation de fournir du travail (35). L'aspect collectif du lock-out prend ici tout son sens : le lock-out licite produit les mêmes effets que la grève licite.

Ce n'est qu'à l'issue du lock-out que le contrat de travail peut être rompu par l'employeur. Mais à dire vrai, dans une telle hypothèse, on ne se situe plus dans le cadre du lock-out, à tout le moins du lock-out licite.

Lorsque le lock-out n'est pas justifié, il n'y a pas de suspension du contrat de travail. La suspension du contrat de travail est, en effet, une conséquence de l'accession du lock-out à la vie juridique. Le lock-out illicite constitue pour l'employeur une "inexécution fautive" de son obligation de fournir du travail. Dans une telle hypothèse, l'entreprise pouvait normalement fonctionner, l'outil de travail n'était pas menacé, l'activité pouvait donc se poursuivre. Si l'employeur, malgré cela, ferme l'entreprise, c'est qu'il était animé de noirs desseins.

Ce n'est donc que justice que le législateur ait décidé, comme sanction du manquement par l'employeur de son obligation de fournir du travail, le paiement aux travailleurs des journées de salaire perdues de ce fait (article 245, 1°).

(34) Voir : J. M. Béraud, La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale, Sirey 1980.

(35) J. M. Béraud, *ibid*, p. 131 et s.

Le contrat de travail n'est pas rompu néanmoins, sauf si le salarié en décide autrement (36). En réalité, cette liberté pour le salarié de rompre son contrat de travail lorsque le lock-out est injustifié, cette liberté du pauvre (37) aura rarement l'occasion de s'exercer : la sagesse recommande au salarié -surtout en période de rareté de l'emploi- de rester au service de l'employeur, d'autant plus qu'il ne perd rien, les journées de salaire perçues lui étant dues.

En définitive, et sauf circonstances exceptionnelles, le lock-out, licite ou non, n'a pas pour corollaire la rupture du contrat de travail. Et selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre cas, c'est l'aspect collectif ou individuel qui prédomine : lorsqu'il est licite, le lock-out prend les allures d'un véritable conflit collectif au même titre que la grève ; au contraire, lorsqu'il est injustifié, il apparaît comme une violation par l'employeur de ses obligations contractuelles, et s'apprécie donc dans le cadre du contrat individuel de travail.

Cette imbrication étroite du collectif et de l'individuel semble être l'originalité du phénomène plus que ses effets. L'optique est-elle différente lorsque l'employeur fait usage contre la défaillance de l'entreprise d'un moyen de défense à caractère économique ?

SECTION II : LA CESSATION DE L'EXPLOITATION, MOYEN DE DEFENSE ECONOMIQUE DE L'EMPLOYEUR.

Les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise

(36) Dans le même sens, J. Issa-Sayegh, *le droit du travail sénégalais*, op. cit., n° 1 225.

(37) J. M. Béraud, *La suspension du contrat de travail*, op. cit., p. 256.

en période de crise peuvent amener l'employeur à cesser provisoirement toute activité, en attendant une "conjoncture" plus favorable. Cet arrêt de l'exploitation est connu sous le terme de "mise à pied économique". Il faut, toutefois, relever sur ce point l'absence de clarté terminologique. Il n'existe aucune définition précise de la mise à pied économique (38). Cette imprécision est source de confusion, aussi bien dans la doctrine (39) que dans la jurisprudence (40). Pour l'utilité de notre propos, il nous semble nécessaire d'adopter une définition relativement restrictive : la cessation provisoire d'activité en raison de difficultés strictement économiques (41). L'entreprise n'est pas paralysée, mais la poursuite de son activité risque d'aboutir à ce résultat. Dans ces conditions, il peut paraître préférable à l'employeur de mettre momentanément "en veilleuse" l'outil de production.

L'analyse classique qui est faite de la notion ainsi circonscrite considère la mise à pied économique comme un cas de suspension conventionnelle du contrat de travail (Paragraphe I). Ne peut-on pas songer, pour les salariés privés d'emploi pendant cette période, à une possibilité d'indemnisation (Paragraphe II).

(38) L'expression est totalement ignorée par le législateur qui toutefois, fait allusion au "chômage partiel par roulement" comme mesure de substitution éventuelle aux licenciements pour motifs économiques.

(39) Diver^ses définitions plus ou moins larges ont été proposées ; voir, entre autres : A. Ramin, *Le lock-out et le chômage technique*, op. cit., spéc. p. 155 et s. J. P. Karaquillo, "La mise à pied économique", *Dr. soc.* 1975, p. 3 116 et s. N. Catala, "La mise en chômage technique", *Dr. soc.* 1981, p. 679 et s. G. Lyon-Caen, "Les travailleurs et les risques économiques", *Dalloz* 1974, chr. p. 47 et s.

(40) La préférence semble être donnée à l'expression "chômage technique". Voir : trib. trav. Dakar, 9 mars 1983, T.P.O.M. n° 622, p. 148. C. A. Dakar, 20 Juillet 1983, T.P.O.M. n° 650, p. 250.

(41) Il semble être possible de rattacher les causes "techniques" d'une cessation d'activité à un autre mécanisme : Cf. infra, chapitre II, section I.

§ 1 : La suspension conventionnelle du contrat de travail.

Le silence du législateur sur la mise à pied économique n'a pas eu pour conséquence l'absence de recours au procédé (42). L'adaptation du droit au fait n'est donc toujours pas un mythe (43). Mais ici, c'est parce que la mise à pied économique est une réponse socialement préférable pour lutter contre la défaillance de l'entreprise (44). Cette défaillance résulte d'une diminution du volume d'activité de l'entreprise. La cessation d'activité permet à l'employeur de remédier à la crise sans pour autant procéder à une réduction d'effectifs. L'exploitation aurait pu se poursuivre, mais au risque de se détériorer. C'est donc le bon fonctionnement à long terme qui justifie la mesure de cessation d'activité. Il s'agit là d'un choix fonctionnel de l'employeur. Ce choix de l'employeur est pris en considération par le droit au titre de la modification substantielle du contrat de travail et nécessite, par voie de conséquence, l'accord des salariés (45). Par cette assimilation avec la théorie de la révision, on aboutit, en fait, à créer un cas de suspension conventionnelle du contrat de travail (46) à côté des hypothèses légales (47).

La mise en oeuvre de la mise à pied économique dépend, en effet, de l'acceptation par chaque salarié de l'interruption

(42) Voir : trib. trav. Dakar, 9 mars 1983, décision précitée.

(43) Ch. Atias et D. Linotte, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", Dalloz 1977, chr. p. 252 et s.

(44) N. Catels, "La mise en chômage technique", article précité.
J. P. Karaquillo, "La mise à pied économique", article précité.

(45) Cf. supra, 1ère partie, titre II, chapitre I.

(46) Trib. Travail Dakar, 9 mars 1983, T.P.O.D. n° 622, p. 148.

(47) Article 57 du Code du travail.

d'activité décidée par l'employeur. L'accord entre les parties ne doit pas être équivoque et il doit préciser les modalités de la mise à pied économique (48). Un tel accord donne naissance à des obligations contractuelles à la charge des parties. Le salarié qui perd la rémunération correspondant à la période chômée doit reprendre le travail à la demande de l'employeur. Ce dernier est tenu de lui fournir du travail dès que l'exploitation est en mesure de se poursuivre sans risque. L'acceptation par les salariés de la mise à pied économique n'est pas la seule condition exigée pour la validité de la cessation d'exploitation. L'article 191 du Code du travail impose, en effet, une déclaration préalable avant toute ouverture ou fermeture d'entreprise. Ce texte n'ayant fait aucune distinction selon que la fermeture est définitive ou non, il n'existe pas de raison de l'écarter. Il ne s'agit évidemment pas d'un système de contrôle : l'inspecteur du travail n'a pas à autoriser ou à refuser la mise à pied économique (49) ; il suffit simplement qu'il en soit informé. On aurait pourtant pu songer à un système de consultation et de l'inspecteur du travail et des délégués du personnel. Ce qui aurait pu, dans une certaine mesure, éliminer les risques de mises à pied économiques fictives.

Lorsque la mise à pied économique est régulière, les parties sont donc dispensées de leurs obligations respectives. A dire vrai, il n'y a là rien d'original, car il s'agit des effets classiques de la suspension du contrat de travail (50).

Le salarié peut-il se faire embaucher ailleurs pendant la période de la mise à pied économique ? C'est ce qui a été soutenu par un auteur (51). Pareil argument peut paraître, a priori, surprenant : comment, en effet, affirmer, d'une part,

(48) Trib. trav. Dakar, 9 mars 1983 précité : le chômage technique doit avoir une durée limitée dont le terme n'est pas laissé à la discrétion de l'employeur.

(49) C. A. Dakar, 20 juillet 1983, T.P.O.M. n° 650, p. 280.

(50) J. H. Béraud, La suspension du contrat de travail, op. cit., p. 123 et s.

(51) J. P. Karaquillo, "La mise à pied économique", article précité, spéc. p. 123.

que le contrat de travail du salarié n'est pas rompu, mais simplement suspendu et, d'autre part, permettre au salarié bénéficiant de la suspension de s'embaucher dans une autre entreprise ?

En réalité la contradiction n'est qu'apparente car, en cas de suspension du contrat de travail, "la disparition des obligations discontinues liées au principe de la subordination redonne à l'employeur, comme au salarié, une partie de la liberté contractuelle qu'ils avaient aliénée en vue de l'exécution du travail" (52). Il s'y ajoute que la cessation de l'exploitation trouve son origine dans l'impossibilité pour l'employeur de fournir du travail, sans risque pour l'entreprise, au salarié. Dès lors, si ce dernier trouve un cadre où se poursuit une activité pouvant lui permettre de travailler pendant la période de suspension, il serait anormal de l'en priver. On comprend, dans ces conditions, l'admission des contrats de remplacement (53). Mais l'affirmation mérite d'être nuancée, aussi bien du côté du salarié que de celui de l'employeur.

En ce qui concerne le salarié, la conclusion de contrat de remplacement peut s'avérer intéressante. Elle lui permet, notamment, de se procurer des revenus de substitution, voire des revenus supplémentaires. Il n'est pas alors exclu que la possibilité de conclure un contrat de remplacement soit, dans certains cas, subordonnée à l'absence de rémunération normale assurée par l'employeur au contrat suspendu (54). Mais c'est surtout, la réglementation relative au cumul d'emplois qui paraît constituer l'obstacle essentiel à la conclusion d'un

(52) J. M. Béraud, La suspension du contrat de travail, op. cit., p. 123 et s.

(53) Ibid., p. 144.

(54) P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, T 2, Dalloz 1950, n° 420.

contrat de remplacement par le salarié. En effet, les articles 157-A à 157-F du Code du travail posent le principe de l'interdiction du cumul d'emplois. Plus précisément, l'article 157-D dispose qu'aucun travailleur, soumis à un horaire hebdomadaire de travail égal ou supérieur à la durée légale, ne peut effectuer, pour un autre employeur, des travaux rémunérés relevant des professions industrielles, commerciales ou artisanales. L'article 248, alinéa 3 assortit l'interdiction d'un emprisonnement de six jours à un an et d'une amende de 5 000 francs à 250 000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement.

La question qu'il faut se poser est celle de savoir si ces textes sont applicables aux hypothèses dans lesquelles le contrat de travail est suspendu. Ce qui y est hors de doute, c'est que ces dispositions sont applicables au salarié dont le contrat est suspendu pendant la période légale de congé : l'article 157-A prévoit expressément ce cas. Pour les autres cas de suspension, le doute peut être permis ; il en est ainsi notamment pour la mise à pied économique. Il nous semble, en effet, que lorsque le salarié n'a pas convenu avec l'employeur de rester à sa disposition pendant la durée de la cessation de l'exploitation, il lui est possible de se faire embaucher ailleurs. Les dispositions légales de l'article 157-D n'y font pas obstacle : le texte vise le travailleur "soumis à un horaire hebdomadaire de travail égal ou supérieur à la durée légale". Le salarié en mise à pied économique peut être considéré comme n'étant soumis à aucun horaire de travail, faute justement de travail. Il lui est alors loisible de rechercher un autre emploi pendant la durée de la mise à pied économique.

En revanche, il n'en va pas de même pour l'employeur : ce dernier ne peut embaucher un travailleur de remplacement lorsque la conclusion du second contrat révèle un comportement incompatible avec la cause de suspension du premier. En l'occurrence, cela dénote que la cessation d'activité était une manoeuvre de l'employeur : l'exploitation n'était pas en péril,

L'exploitation pouvait être poursuivie sans risque ; l'employeur n'avait pas en vue l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, par exemple, l'embauchage de travailleurs de remplacement pendant la suspension des contrats des salariés mis à pied démontre le caractère fictif de la cessation d'activité (55). Dans la décision du 20 juillet 1983 (56), les juges d'appel, après avoir considéré que cette mise à pied économique équivalait à une rupture des contrats de travail, ont cependant décidé que ces licenciements étaient abusifs, contrairement à ce que décide l'article 47 du Code du travail (57).

Sous réserve de ces précisions, la liberté retrouvée des parties au contrat suspendu est, en quelque sorte, une liberté surveillée. Cela traduit tout simplement le caractère relatif de la marge de manoeuvre qui leur est reconnue pendant la période de suspension.

En définitive, l'apport essentiel de l'analyse qui est faite de la mise à pied économique, c'est d'avoir élargi les cas de suspension du contrat de travail. Cette extension des cas de suspension, parce qu'assurant la stabilité de l'emploi, correspond sans aucun doute, à une aspiration profonde du droit du travail (58). La démarche n'en a pas moins été contestée (59), car elle occulte, dans une certaine mesure, le caractère collectif de la mise à pied économique. Ce caractère collectif peut, pourtant, constituer le point de départ d'une éventuelle indemnisation des salariés pendant la période de suspension.

(55) C. A. 20 juillet 1983, décision précitée.

(56) Décision précitée.

(57) Cf. supra I partie, titre II, chapitre II.

(58) P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, T II, op. cit., n°414.

(59) J. P. Karaquillo, "La mise à pied économique", article précité ; N. Catala, "La mise en chômage technique", article précité ; *L'entreprise, traité de droit du travail*, T 4, op. cit. spéc. n° 241 et s. ; G. Lyon-Caen, "Les travailleurs et les risques économiques", article précité.

§ II : L'indemnisation des salariés pendant la mise à pied économique.

La fermeture de l'entreprise pour motifs économiques est, au niveau de la prise de décision, une mesure toujours individuelle, personnelle. Elle relève exclusivement de l'autorité de l'employeur.

Mais lorsqu'elle est envisagée du côté des salariés, l'analyse peut s'avérer différente. La décision de mise à pied économique risque, très souvent, de concerner tous les salariés de l'entreprise, ou un ou plusieurs services, ou encore un groupe de travailleurs d'un ou de plusieurs établissements de l'entreprise. Il est, en effet, exceptionnel que le débauchage d'un seul salarié puisse suffire pour surmonter les difficultés d'ordre économique que traverse l'entreprise, ou qu'il se traduise par la fermeture de l'entreprise. On peut alors convenir que la mise à pied économique apparaît, en fait, comme une mesure essentiellement collective. Or ce caractère collectif peut apporter un éclairage utile à l'analyse. La doctrine qui en a eu conscience (60) ne propose pas de solutions identiques. La divergence porte sur la question de savoir si les salariés ont droit à une éventuelle rémunération.

Selon une première conception (61), la conjoncture économique fait partie des risques de l'entreprise (62).

(60) G. Lyon-Caen, "Les travailleurs et les risques économiques", article précité ; Nicole Catala, *Traité de droit du travail*, T 4, op. cit., n° 244 ; "La mise en chômage technique", article précité. J. P. Karaquillo, "La mise à pied économique", article précité ; G. H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, T 1, Dalloz 1982, n° 316.

(61) G. Lyon-Caen, article précité ; J. P. Karaquillo, article précité ; G. H. Camerlynck, op. cit.

(62) Sur la théorie, voir : P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, T 2, op. cit., n° 416.

L'employeur portant la responsabilité de la mise à pied doit être tenu de payer leur salaire aux travailleurs, car ces derniers, en restant à sa disposition, ont exécuté par équivalent (63) leurs obligations contractuelles.

Le mérite essentiel de cette thèse, c'est qu'elle assure aux salariés leurs revenus habituels, comme si la mise à pied économique n'était pas intervenue.

Son inconvénient, c'est qu'elle feint d'ignorer la réalité de l'entreprise qui a conduit à la cessation d'activité : le maintien de la rémunération à la charge de l'employeur risque fort d'entraîner l'entreprise vers des difficultés plus sérieuses (64).

Une autre tendance de la doctrine (65) a voulu faire de la mise à pied économique une mesure subie (66) aussi bien par l'employeur que par les salariés. Il y aurait -a-t-on pu écrire (67)- des "conjonctures contraignantes" libératoires au même titre que la force majeure. Cette approche doctrinale, bien qu'originale, ne nous convainc guère : il est douteux que la mise à pied économique soit un cas de force majeure, même en succédané (68).

Devant l'imperfection des thèses doctrinales conjuguée au silence du législateur, le débat reste entier au

(63) J. M. Déraud, *La suspension du contrat de travail*, op. cit., p. 83.

(64) L'argument semble secondaire pour les partisans de la thèse de la rémunération par l'employeur pendant la période de la mise à pied : cf. J. P. Karacillo, article précité.

(65) N. Catala, "La mise en chômage technique", article précité.

(66) Ce serait d'ailleurs le critère de distinction entre le lock-out et le chômage technique : l'un serait "voulu", l'autre serait "subi" : cf. A. Ramin, op. cit., pp. 75 et 120.

(67) R. Latournerie, *Le droit français de la grève*, Sirey 1972, p. 136 et s.

(68) Cf. infra, chapitre II, section I.

Sénégal. L'importance du sujet (69) justifie une prospective.

La proposition n'est pas originale, car elle s'inspire du droit français (70) : il faut instituer un régime d'assurance-chômage, avec la participation de tous, l'Etat, les employeurs et les salariés, chacun y trouvant son compte.

En la circonstance, l'Etat ne peut rester insensible (71) aux interruptions collectives de travail qui, en sus des conflits sociaux qu'elles peuvent générer, risquent, à brève échéance, de perturber une économie déjà fragile.

L'employeur dont les difficultés ont conduit à la mise à pied économique est soulagé de ne pas avoir à supporter des charges qui auraient certainement mis à mort son entreprise (72).

Enfin, les salariés sont assurés de voir leurs ressources garanties (73) malgré la mise à pied économique qu'ils subissent; leur inactivité est forfaitairement rémunérée (74).

Ainsi présenté, le système ne comporte que des avantages ; il faut, cependant, les relativiser (75). Mais ce serait déjà une remarquable évolution si le principe en était acquis.

La cessation d'activité, qu'elle soit un moyen de défense juridique ou économique, constitue toujours un instrument

(69) A cet égard, il est dommage que la C. C. N. I. n'ait pas envisagé la mise à pied économique parmi les interruptions collectives de travail.

(70) Cf. par exemple : J. P. Michel, "Observations sur le droit et la pratique du chômage partiel total", *Dr. soc.* 1985, p. 299 et s ; L. Barlact, "Les réformes du chômage partiel", *Dr. soc. n° spéc.*, octobre 1985, p. 630 et s.

(71) La nouvelle politique du "désengagement" ne serait pas un obstacle, car elle signifie "moins d'Etat", mais "mieux d'Etat".

(72) Le patronat semble conscient de la nécessité d'un fonds de chômage : un projet, dans ce sens, serait en cours.

(73) J. J. Dupeyroux, "Contrats de travail et garanties des ressources", in *Etudes offertes* à G. H. Camerlynck, Dalloz 1978, p. 149 et s.

(74) J. Savatier, "Les salaires d'inactivité", *Dr. soc. n° spéc.* décembre 1984, p. 710 et s.

(75) Cf. par exemple : D. Poli, "Le chômage partiel total ou comment licencier sans s'embarasser de procédure", *Dr. soc.* 1985, p. 294 et s. ; N. Catala, "La mise en chômage technique", article précité.

d'assainissement de la situation de l'entreprise. Mais lorsqu'elle se présente sous une forme imposée à l'employeur, la menace sur l'emploi ne risque t-elle pas d'être plus sérieuse ?

ooo0ooo

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

CHAPITRE II : LA MENACE SUR L'EMPLOI CONSECUTIVE A UNE SITUATION IMPOSEE A L'EMPLOYEUR.

La défaillance de l'entreprise ne se présente plus comme la conséquence d'un choix stratégique. L'employeur subit, ici, la cessation de l'exploitation qui lui est, en effet, imposée. On peut distinguer deux hypothèses. Dans la première, l'employeur prend lui-même l'initiative de la cessation d'activité, mais sous la pression d'un événement auquel il ne peut résister : c'est l'existence d'un cas de force majeure (Section I).

Dans la seconde par contre, la décision de cessation d'activité émane d'une autorité extérieure à l'entreprise. La cessation d'activité est dictée par des considérations d'intérêt général, car elle est ici une sanction du comportement fautif de l'employeur (Section II).

Section I : La cessation de l'exploitation pour cause de force majeure.

Section II : La cessation de l'exploitation, mesure de répression contre l'employeur.

SECTION I : LA CESSATION DE L'EXPLOITATION POUR CAUSE DE FORCE MAJEURE.

Le Code du travail ne définit pas ce qu'il faut entendre par "force majeure". Il existe cependant deux certitudes : le règlement judiciaire et la liquidation des biens ne sont pas des cas de force majeure pour l'employeur ; la force majeure constitue une cause d'exonération de responsabilité du débiteur (article 54, alinéa 3 du Code du travail).

La seconde certitude qui se dégage dudit article ne dévoile son importance que lorsque la notion de force majeure est davantage précisée.

§ 1 : La notion de force majeure.

La référence au droit commun est un chemin obligé si l'on veut mieux apprécier l'utilisation du concept dans les relations du travail.

1° Les caractères usuels de la force majeure.

Traditionnellement, on comprend par force majeure un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à celui qui l'invoque (76). Ces trois caractères qui conditionnent l'existence d'un cas de force majeure sont formellement repris par le Code des obligations civiles et commerciales (77). Mais l'appréciation qui est faite de ces éléments constitutifs de force majeure aboutit à relativiser sensiblement la notion.

A dire vrai, la condition d'extériorité n'est pas admise par tous : tandis que certains la jugent inutile, d'autres en font un caractère indispensable (78) et d'autres enfin estiment que son domaine est limité (79).

C'est, peut-être, ce qui explique que l'attention ait été plutôt portée sur les caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité (80). Or l'irrésistibilité et l'imprévisibilité

(76) Voir par exemple : J. Carbonnier, *Les obligations*, P.U.F. 1982, 11^e éd., p. 282.

(77) Article 129.

(78) A. Tunc, note sous T.G.I. Laval, 29 avril 1963, *Dalloz* 1963, p. 674.

(79) B. Starck, *Droit civil. Obligations*, Litec 1972, n° 736 ET S.

(80) G. Viney, *Traité de droit civil, la responsabilité - Conditions*, L.G.D.J. 1982, n° 392 et s.

ne sont jamais considérées en termes absolus (81).

En ce qui concerne tout d'abord l'imprévisibilité, il a été démontré depuis longtemps (82) qu'elle s'apprécie au moment de la conclusion du contrat, et non lors de son exécution. Ainsi comprise, l'idée d'imprévisibilité perd une large part de sa nocivité, parce qu'elle ne peut plus s'appliquer qu'assez exceptionnellement. Il s'y ajoute que ce qui est imprévisible, c'est ce qui peut échapper à "l'homme normalement prudent et diligent" (83).

Et on peut faire les mêmes remarques à propos de l'irrésistibilité (84). On ne peut, par voie de conséquence, faire de ce dernier caractère le critère unique de la force majeure (85).

La réalité, c'est qu'il apparaît, à la suite de cette analyse, qu'il n'existe pas une notion de force majeure, mais des forces majeures. Et selon les circonstances, l'un ou l'autre des éléments constitutifs apparaît comme déterminant. L'existence de la force majeure est, de ce fait, empreinte d'un grand relativisme. Il nous semble que la démarche n'est pas totalement différente en droit du travail où l'accent est mis davantage sur l'impossibilité d'exécution par l'employeur de ses obligations.

2° L'impossibilité d'exécution.

L'utilisation de la force majeure est contestée en

(81) J. P. Tosi, *Le droit des obligations du Sénégal*, L.C.D.J.-I.E.A., 1981, n° 646. N. Catala, *Traité de droit du travail T.4, L'entreprise*, op. cit., p. 269, note 4.

(82) H. L. J. Mareaud, *Traité de droit civil*, T. II, 6è éd., n° 1 575. A. Tunc, note précitée. Jalloz 1963, p. 674.

(83) C. A. Dakar, 8 janvier 1971. *Rec. ASERJ* 1971, n° 1, p. 14.

(84) G. Viney, op. cit., n° 397.

(85) *Ibid*, n° 394 et s. Contra. G. Cornu, obs. in *Rev. trim. dr. civ.* 1981, p. 171.

droit du travail (86). Il a même été proposé de lui substituer une théorie nouvelle, celle des "conjonctures contraignantes" (87). L'originalité de cette proposition justifie que l'on s'y attarde.

L'auteur de cette théorie part d'un constat : l'anachronisme de la force majeure traditionnelle (88). Il est, en effet, des situations dans lesquelles la cessation de l'activité s'avère une nécessité, même si les conditions de la force majeure ne sont pas réunies. Ces situations correspondent aux "conjonctures contraignantes". Dans de telles hypothèses, poursuit l'auteur, il faut reconnaître à l'employeur la faculté de fermer l'entreprise, car s'il n'agit pas, le sort de l'entreprise sera gravement menacé ou du moins son fonctionnement ne pourra reprendre ou se poursuivre normalement (89).

Cette proposition a récemment reçu l'appui d'un auteur avisé (90). Il ne nous semble pourtant pas qu'il faille recourir à une théorie nouvelle pour légitimer certaines cessations d'activité que la conception actuelle de la force majeure peut englober.

En droit du travail, les conditions traditionnelles de la force majeure ne sont réunies qu'exceptionnellement (91). Dans nombre d'hypothèses, il manque à l'évènement source de la cessation d'activité au moins une des caractéristiques de la force majeure. C'est ce qui laisse croire qu'il s'agit là d'une déviation (92) de la notion de force majeure.

(86) G. Lyon-Caen, "La recherche des responsabilités dans les conflits de travail", Dalloz 1979, chr. p. 225. Ch. Tantaroudas, "Utilisation, déformation et disparition de la force majeure dans le rapport individuel de travail", Dr. soc. 1978, p. 223.

(87) R. Latournerie, *Le droit français de la grève*, Sirey 1972, p. 136 et s.

(88) Selon l'auteur, les juges "se sont spontanément persuadés que la théorie traditionnelle de la force majeure ne correspond plus pleinement aux exigences de notre temps". *op. cit.*, pp. 137 - 138.

(89) *Ibidem*.

(90) N. Catala, "La mise en chômage technique", Dr. soc. 1981, p. 679 et s., spéc. p. 682.

(91) N. Catala, *L'entreprise*, *op. cit.*, p. 269.

(92) Ch. Lazerges-Rothe, obs. sous Soc. 6 octobre 1971, J.C.P. 1973, II 17 323.

Il nous semble plus exact d'y voir une manifestation du relativisme de la notion que l'on rencontre aussi en droit civil (93). C'est peut-être ainsi que l'on peut expliquer que la grève ait pu être considérée, en France, comme un cas de force majeure pouvant justifier, par exemple, le lock-out (94).

Sur ce point, la situation peut ne pas être identique au Sénégal, car il est beaucoup plus facile pour l'employeur de justifier le lock-out par l'exercice d'un droit qui lui est reconnu (95) que de recourir à une notion aux caractères fluctuants, donc incertains.

En revanche, on peut difficilement soutenir l'existence d'une impossibilité d'exécution en cas de mise à pied économique. En effet, dans cette hypothèse, les prestations dues par l'employeur deviennent plus onéreuses certes, mais en aucun cas, impossibles à exécuter. C'est là un autre argument qui explique que nous ne saurions souscrire à la théorie des "conjonctures contraignantes" en ce domaine (96). Elle assimile, sur ce point, la difficulté d'exécution à l'impossibilité d'exécution, ce qui aboutit en fait, "à tourner le refus législatif de consacrer la théorie de l'imprévision" (97).

Sous réserve de ces hypothèses qui peuvent soulever discussion, il reste que certaines cessations d'activité correspondent à des cas de force majeure. Il en est ainsi notamment lorsque le chef d'entreprise est contraint d'interrompre

(93) Cf. supra 1°.

(94) Soc. 8 mars 1972, p. 340 ; 18 février 1982, Bull. V, n° 66, p. 48 ; Dalloz 1982, I. R., p. 249.

(95) Cf. supra, chapitre I, section I.

(96) Dans le même sens : M. A. Guéricolas, "La force majeure en droit du travail", in *Études offertes à A. Brun*, Librairie technique et sociale ; Paris 1974, p. 260 et s. ; spéc., p. 280.

(97) J. P. Tosi, *Le droit des obligations au Sénégal*, op. cit., p. 280.

provisoirement l'activité d'un atelier, d'un établissement, voire de l'entreprise, pour des raisons techniques telles une panne ou une rupture de stocks, ou encore à la suite d'un incendie. Dans toutes ces situations, la cessation d'activité peut s'apparenter à un cas de force majeure.

L'employeur voudrait-il poursuivre l'exploitation qu'il ne le pourrait pas. Il s'agit de situations objectives qui s'imposent à l'employeur et la décision d'arrêter l'exploitation est dénuée de toute subjectivité. La défaillance de l'entreprise est ici subie aussi bien par l'employeur que par les salariés ; l'évènement générateur de la cessation d'activité ne peut être écarté par aucune manifestation de volonté.

Il est donc acquis que la cessation d'activité peut résulter d'un cas de force majeure ; il reste maintenant à s'interroger sur l'incidence de cette force majeure sur le contrat de travail.

§ II : Les effets de la force majeure.

L'influence de la force majeure sur le contrat de travail varie selon les hypothèses. Il est établi que la force majeure, lorsqu'elle a un caractère définitif est un cas de résiliation du contrat de travail (98). La même solution ne peut certainement être adoptée lorsque l'évènement caractérisant la force majeure est limité dans sa durée : la force majeure temporaire est une cause de suspension du contrat de travail et non une cause de rupture (99). L'affirmation n'a pas une source légale, mais procède plutôt du bon sens. Dès l'instant où l'impossibilité d'exécution est momentanée, dès l'instant où il ne s'agit que d'un incident passager de parcours

(98) Article 45 du Code du travail relatif au contrat de travail à durée déterminée. Mais la solution vaut aussi, sans aucun doute, pour le contrat à durée indéterminée : trib. trav. Dakar, 2 octobre 1962, T.P.O.M., n° 112, p. 2482.

(99) M. A. Guéricolas, "La force majeure en droit du travail", article précité, spéc., p. 282 et s.

et non d'une fatalité irrémédiablement et définitivement consommée, il est à la fois logique et souhaitable de considérer le contrat de travail comme étant suspendu.

Logique parce que le caractère temporaire de l'impossibilité d'exécution postule la reprise éventuelle du travail. Ensuite, on sait que la force majeure est une cause d'exonération de la responsabilité de l'employeur lorsqu'elle entraîne la rupture du contrat de travail ; elle devrait aussi dispenser l'employeur de son obligation de fournir du travail lorsqu'elle est provisoire.

La suspension du contrat de travail est aussi souhaitable parce qu'elle permet d'assurer la stabilité du contrat malgré l'altération de son exécution. C'est certainement ce qui explique que la force majeure temporaire, bien que non expressément prévue par la loi, soit considérée comme une suspension légitime (100) du contrat de travail.

La durée de l'évènement qui provoque la force majeure n'est pas sans importance dans la qualification de la suspension. Il faut cependant relativiser cet élément pour principalement deux raisons. Tout d'abord, l'appréciation du temporaire ou du définitif peut s'avérer, quelquefois, délicate. Ensuite, parce qu'il est "des évènements de longue durée, voire même définitifs... qui produisent la suspension alors que d'autres, de durée moindre, entraînent la rupture du contrat" (101).

Lorsqu'elle est établie (102), qu'elle soit provisoire ou définitive, la force majeure a un effet exonératoire pour

(100) J. Issa-Sayegh, Le droit du travail sénégalais, op. cit., n° 1 212.

(101) J. M. Béraud, La suspension du contrat de travail, op. cit., p. 55.

(102) La preuve incombe à l'employeur.

le débiteur.

Dans le cadre de la suspension du contrat de travail, l'employeur est alors libéré de ses obligations de fournir du travail et de payer le salaire.

Le fondement de l'exonération du débiteur est discuté : pour certains, il s'agit d'une absence de causalité, tandis que pour d'autres, la force majeure établit une absence de faute (103). Il semble cependant que la combinaison des deux justifications rend mieux compte de la réalité (104). Il convient, par suite, de relativiser les critiques (105) formulées contre la jurisprudence se contentant de la simple absence de faute de l'employeur pour l'exonérer (106).

L'exonération de l'employeur cause certainement un préjudice aux salariés, car la suspension pour cas de force majeure se traduit par une diminution plus ou moins sensible de leurs gains. Sans doute, les heures perdues du fait de la suspension peuvent faire l'objet d'une récupération, mais il s'agit là d'une faculté pour l'employeur et non d'une obligation (107).

Il est certes permis aux salariés, soit de se faire embaucher ailleurs pendant la période de suspension, soit de considérer que leur contrat de travail est rompu. Il faut cependant reconnaître que la première hypothèse a une vertu plus théorique que pratique : d'abord les règles relatives au

(103) Voir sur l'ensemble de la question : A. Tunc, "Force majeure et absence de faute en matière contractuelle", *Rev. trim. dr. civ.* 1945, p. 235 et s. B. Starck, *Droit civil, obligations*, op. cit. n° 735. F. Chabas, *L'influence de la pluralité des causes de dommages sur le droit à réparation*, *L.G.D.J.* 1967, p. 136 et s.

(104) G. Viney, *Traité de droit civil*, op. cit., n° 403.

(105) Voir, par exemple, Ph. Langlois, obs. sous *Soc.* 18 janvier 1979, *Dalloz* 1979, I. R., p. 327.

(106) *Soc.* 27 février 1980, *Bull. V*, n° 187, p. 141.

(107) Dans le même sens, J. Issa-Sayegh, *Le droit du travail sénégalais*, op. cit., n° 1 212.

cumul d'emplois peuvent constituer un obstacle au recrutement éventuel des salariés ; ensuite, il n'est pas toujours évident de trouver un emploi en période de crise économique où il est déjà difficile d'en assurer la stabilité.

Quant à la seconde hypothèse, outre qu'elle se traduit par la perte de l'emploi, elle présente l'inconvénient d'exclure le paiement d'éventuelles indemnités de rupture, la force majeure est, en effet, une cause d'exonération de responsabilité (108).

L'attitude la plus opportune pour le salarié consiste à subir la force majeure comme l'employeur dont l'exploitation est interrompue. Cette passivité passagère est pour lui un gage de sécurité : la certitude de retrouver son emploi, une fois surmonté l'obstacle tenant à l'exécution du contrat de travail. En d'autres termes, il suffit de laisser le temps faire son oeuvre, et c'est peut-être ici, plus qu'ailleurs, que la patience a une vertu thérapeutique qu'il faut savoir apprécier à sa juste mesure.

Ainsi présentée, la cessation d'activité pour cause de force majeure s'apparente à une fatalité qui échappe donc à la volonté humaine. Mais la cessation provisoire de l'exploitation peut aussi être le fait d'autorités extérieures à l'entreprise qui sanctionnent le comportement fautif de l'employeur.

SECTION II : LA CESSATION DE L'EXPLOITATION : MESURE DE REPRES- SION CONTRE L'EMPLOYEUR.

L'attitude fautive de l'employeur peut susciter l'intervention d'autorités extérieures à l'entreprise. De nombreuses dispositions légales et conventionnelles mettent à la charge de l'employeur des obligations précises assorties généralement

(108) Cf. infra, titre II, chapitre II, section I.

de sanctions. C'est ainsi, par exemple, que l'employeur doit solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail avant tout licenciement d'un délégué du personnel ; c'est ainsi, aussi, qu'il doit respecter les prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité dans l'entreprise.

L'intervention d'autorités extérieures à l'entreprise est souvent la conséquence de la violation par l'employeur des obligations mises à sa charge. Les sanctions susceptibles d'être prises à l'égard de l'employeur peuvent être de nature civile ou pénale.

Certains agissements délictueux de l'employeur sont sanctionnés par la fermeture de l'entreprise qui se traduit ainsi par une cessation d'activité. L'incidence d'une telle mesure sur les droits des salariés mérite d'être relevée ; mais au préalable, il s'avère nécessaire de se prononcer sur la nature de cette sanction.

§ 1 : La nature de la fermeture d'établissement.

La fermeture d'établissement est une sanction, c'est-à-dire une "réaction sociale à un fait infractionnel" (109). Elle consiste à retirer de la vie commerciale ou publique un établissement qui a été le théâtre, l'instrument ou l'occasion de certaines activités dangereuses pour l'ordre public (110). Or, en droit pénal, il est de tradition de distinguer entre ces mesures de sûreté et les peines. L'application d'une telle distinction à la fermeture d'établissement présente un intérêt non négligeable : si la fermeture d'établissement est une peine, elle ne peut atteindre que le délinquant lui-même, c'est-à-dire l'employeur. Si, au contraire, cette sanction est une mesure

(109) J. Pradel, Droit pénal général, 5^e éd., CUJAS 1986, n° 494.

(110) R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, T.1, 5^e éd., CUJAS 1984, p. 736.

de sûreté, il faut, dans la rigueur des principes, adopter la solution inverse : peu importe alors qu'elle frappe des tiers, voire des créanciers de l'employeur.

Il n'existe pas de solution nette sur la nature de la fermeture d'établissement, car la distinction entre la peine et la mesure de sûreté n'est pas, elle-même, aussi tranchée (111).

C'est ce qui explique, certainement, l'hésitation perceptible dans la jurisprudence de la Cour de Cassation française. Cette dernière a, en effet, décidé, dans un premier temps que : "La peine de la fermeture (d'établissement) affecte l'entreprise trouvée en délit, alors même que la responsabilité du propriétaire ne serait retenue... et elle est nécessairement encourue par le seul fait que l'infraction... a été commise" (112).

Si l'idée et la formule ont fait fortune (113) la solution, elle, est restée ambiguë. En effet, de deux choses, l'une : soit, on considère que la fermeture d'établissement est une peine, alors elle ne peut s'appliquer qu'au délinquant pour ne pas mettre en péril le principe de la personnalité des peines (114).

Soit, la fermeture d'établissement est une mesure de sûreté, et c'est la solution inverse qui prévaut.

Pour éviter de faire un choix net et précis à ce propos, il est tentant d'écarter les termes du débat. C'est ce que fait

(111) Voir par exemple : J. Vérin, "Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté", *Rev. Sse. crim.* 1963, p. 529 ; J. Pradel et A. Varinard, *les grands arrêts du droit criminel*, T.2, Sirey 1984, n° 36, p. 223 et s. ; spéc., p. 799.

(112) *Crim.* 20 janvier 1960, *J.C.P.* 1960, II 11 774, note R. Legeais ; *Rapp. crim.* 9 décembre 1915, *Dalloz* 1916, I. p. 153.

(113) J. Pradel et A. Varinard, *les grands arrêts du droit criminel*, op. cit., p. 223.

(114) Cf. P. Level, "De quelques atteintes au principe de la personnalité des peines", *J. C. P.* 1960, I. 1 583.

la jurisprudence qui décide, dans un second temps, qu'il est vain de rechercher si "cette fermeture constitue une mesure de sûreté ou une peine, ou encore si elle affecte ce double caractère" (115).

En réalité, ce refus de qualification dénote un certain embarras qui ne peut, cependant, nier le caractère réel de la fermeture d'établissement (116). Sous cet aspect, la fermeture d'établissement apparaît comme une véritable mesure de sûreté (117). Elle frappe donc aussi bien l'employeur ou son représentant que le propriétaire de l'entreprise. Peu importe que ces personnes n'aient pas commis elles-mêmes le délit ayant entraîné la fermeture d'établissement. C'est l'entreprise elle-même qui est visée, abstraction faite de la personne de celui qui la dirige. Ce qui est important ici, c'est de mettre un terme à une activité criminogène qui se déroule dans l'entreprise. L'aspect purement répressif de la mesure l'emporte sur l'aspect social. Dès lors la poursuite de l'exploitation passe au second plan, car il s'agit, avant tout, de préserver l'intérêt général.

La nature juridique de la fermeture d'établissement ainsi retenue détermine dans une large mesure le sort des salariés dans l'entreprise.

§ II : L'effet de la fermeture d'établissement sur l'emploi des salariés.

La fermeture d'établissement peut revêtir deux aspects : elle peut être soit une sanction directe d'un certain agissement

(115) Crim. 5 mai 1965, J.C.P. 1966, II 14 609, note R. Legeais.

(116) Crim. 13 octobre 1973. Rev. sem. Crim. 1978, p. 621. Obs. J. Larguier.

(117) J. Pradel, Droit pénal général, op. cit., p. 654. R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, T. 1, op. cit., p. 738. A. Legal, "Politique criminelle et profession", Mélanges M. Donnedieu de Vabres 1960, p. 90 et s., spéc., p. 95.

de l'employeur ou d'un acte délictueux qui a pour cadre l'entreprise, soit la conséquence d'une autre mesure qui frappe l'employeur. Mais en toute hypothèse, la sanction est soumise au principe de la légalité des peines (118) : elle ne peut être ordonnée que dans les cas expressément prévus par la loi.

Les sources textuelles de la fermeture d'établissement sont nombreuses et diverses (119), mais malgré leur hétérogénéité, elles se particularisent par une constante : l'absence de réglementation d'ensemble relativement à la situation des salariés pendant la période de fermeture de l'entreprise.

Ce vide juridique peut, cependant, s'expliquer pour deux raisons : d'une part, les textes qui prévoient la fermeture d'établissement sont essentiellement de caractère répressif, donc étrangers au droit du travail ; d'autre part, parce qu'il s'agit d'une mesure de sûreté, la fermeture d'établissement a vocation à jouer erga omnes, y compris à l'égard des salariés.

Ces derniers risquent donc de perdre leur emploi à cause d'une faute commise par autrui, en l'occurrence l'employeur. L'iniquité d'une telle solution a conduit, à titre exceptionnel, le législateur à réserver, parfois, les droits des salariés.

(118) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, T. 1, op. cit., p. 738.

(119) Article 399 du Code Pénal relatif au contrefacteur d'habitude. Article 3, 2°, loi n° 63-23 du 7 mai 1963 relative au régime des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, J. O. R. S., n° 3 614 du 13 juillet 1963, p. 914. Articles 29 et 33 du décret n° 62-297 du 22 juillet 1962 portant réglementation des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, J. O. R. S. n° 3 544 du 11 août 1962, p. 1 348. Article 8, loi n° 69-49 du 16 juillet 1969 relative à la police des débits de boissons et à la répression de l'ivresse publique, J. O. R. S. n° 4 050 du 2 août 1969, p. 978. Articles 3 et 5, loi 71-47 du 28 juillet 1971 soumettant à autorisation ou à déclaration préalable l'exercice de certaines professions industrielles, commerciales et artisanales, J. O. R. S. n° 4 180 du 2 août 1971, p. 774. Articles 59 et 60, loi n° 65-25, 4 mars 1965, J. O. R. S. n° 3 735 du 3 avril 1965, p. 386. Décret n° 60-415 du 23 décembre 1960 organisant le contrôle des instruments de mesure, J. O. R. S. n° 3 415 du 3 décembre 1960? P. 1 393.

Le texte le plus complet en ce domaine est la loi n° 65-25 du 4 mars 1965 sur les prix et les infractions à la législation économique qui mérite de ce fait une analyse pour une éventuelle réglementation d'ensemble des autres hypothèses de fermeture d'établissement (120).

En vertu de cette loi, la situation des salariés doit être appréciée en fonction de la durée de la fermeture d'établissement. Pendant une période de trois mois, le délinquant -l'employeur ou le chef d'entreprise- doit continuer à payer à son personnel "les salaires, indemnités et rémunérations de toute nature, auxquels il avait droit jusqu'alors" (article 59). Or, si le salaire est maintenu pendant la période de la fermeture, c'est que le contrat de travail n'est pas rompu. Comment alors qualifier la situation des salariés ?

Pour certains, il s'agit là d'une manifestation du "droit au travail" (121). Sans aller aussi loin, on peut estimer que le contrat de travail est simplement suspendu. Le maintien du salaire s'explique par le fait que les salariés sont restés à la disposition de l'employeur pendant la période de la fermeture, mais surtout parce que ce dernier ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant sa propre faute. C'est, en quelque sorte, une manière de rendre justice à des victimes "innocentes".

(120) Cependant la loi 69-49 du 16 juillet 1969 précitée prévoit aussi une solution intéressante pour les salariés : "La fermeture de l'établissement ne pourra excéder trois mois. Le délinquant devra continuer à payer à son personnel les salaires, indemnités et rémunérations de toute nature auxquels il avait droit jusqu'alors" (article 8).

(121) J. M. Combette, "Les nouvelles pénalités applicables en cas d'infractions au droit du travail", *Dr. soc.* 1973, p. 231 et s. spéc. p. 251.

Lorsque la fermeture est d'une durée supérieure à trois mois mais inférieure à deux ans, le législateur donne pouvoir au juge qui l'ordonne de régler la situation des salariés conformément au Code du travail. Le problème, c'est qu'il s'agit d'un faux renvoi, car le Code du travail n'a rien prévu à ce propos. Sur le fondement des principes généraux, il a été proposé de considérer que le contrat de travail est rompu du fait de l'employeur (122). Mais une autre opinion peut être soutenue et semble être plus conforme à l'esprit du législateur. Ce dernier a voulu, semble-t-il, de manière fort disparate il est vrai, assurer une certaine stabilité de l'emploi. En effet, dans le cas où la fermeture de l'établissement est d'une durée supérieure à deux ans et si le fonds est la propriété du condamné, il est procédé à la vente du fonds de commerce (article 60, alinéa 1er).

Lorsqu'en revanche, le fonds n'est pas exploité par le propriétaire lui-même, le tribunal peut autoriser ce dernier à en poursuivre l'activité (article 60, alinéa 3).

Or, dans l'un et l'autre cas, le contrat de travail se trouve maintenu par l'effet de l'article 54 du Code du travail. Il nous semble, dès lors, contradictoire de maintenir l'emploi dans l'hypothèse où la fermeture d'établissement est d'une durée supérieure à deux ans et de considérer que le contrat de travail est rompu lorsque la durée de la fermeture varie entre trois mois et deux ans. L'absence de dispositions dans le Code du travail prévoyant le sort du contrat de travail dans cette dernière hypothèse ne constitue pas, selon nous, un obstacle insurmontable. Il est possible de remédier à ce vide juridique au moins de deux manières, et dans un sens relativement favorable au salarié. On peut tout d'abord, en

(122) J. Issa-Sayegh, Le droit du travail sénégalais, op. cit., n° 1 208, p. 564.

se référant à l'intention du législateur, essayer de maintenir l'emploi par la désignation d'un administrateur provisoire pour continuer l'exploitation, les bénéfices étant éventuellement réservés à l'Etat.

Il est possible, aussi, de considérer que le contrat de travail est simplement suspendu pendant la période de référence -qui peut ne pas atteindre deux ans-, ce qui correspond, comme il a été déjà souligné (123) à une aspiration profonde du droit du travail contemporain. Certes, dans cette dernière éventualité, les salariés risquent de faire les frais de la suspension parce que pendant provisoirement leurs revenus. Mais il ne faut pas oublier (124) qu'ils ont la possibilité de se faire recruter ailleurs pendant la période de la suspension. En outre, par rapport à la perte définitive de leur emploi, on peut considérer qu'il s'agit d'un moindre mal.

Les solutions ainsi avancées présentent l'avantage de concilier les droits des salariés et la nécessité d'une protection de l'intérêt général. Mais elles posent, en même temps, le problème de l'opportunité de la fermeture d'établissement à titre de sanction. C'est, peut être, pourçquoi, la mesure est rarement prononcée.

Le recours à ce procédé de protection collective doit être judicieusement calculé et mérite de faire l'objet d'une réglementation d'ensemble, tant en ce qui concerne la durée maximum de la fermeture que des modalités de reprise de l'exploitation et de préservation des droits de ceux qui sont étrangers à l'acte délictueux, notamment de ceux des salariés.

Toute politique répressive, sous peine de créer un désordre nouveau, doit, le cas échéant, se préoccuper des

(123) Conf. supra, chapitre I, section II, paragraphe I.

(124) Ibid.

rapports de droit privé que les nécessités de cette défense collective peuvent mettre en cause.

La protection de l'emploi devient pratiquement illusoire lorsque la fermeture de l'entreprise est définitive : c'est la perte de l'emploi consécutive à la disparition de l'entreprise.

ooooooo

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

TITRE DEUXIEME

LA CESSATION DEFINITIVE DE L'EXPLOITATION ET LA DISPARITION
DE L'EMPLOI.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

La cessation définitive de l'exploitation est l'extrême conséquence des vicissitudes de l'entreprise. Elle correspond à la "mise à mort" de l'entreprise. Le sort de l'emploi ne fait alors l'objet d'aucun doute : lorsque l'exploitation est définitivement compromise, l'emploi disparaît.

L'interdépendance entre les éléments qui composent l'entreprise est ici manifeste. Sans activité, il n'est pas d'entreprise, et il n'est donc pas d'emploi. La protection de l'emploi perd sa signification en pareille circonstance, et commence pour les salariés la terrible épreuve du chômage.

L'employeur, pour des raisons diverses peut être amené à cesser volontairement toute activité. Cette situation sera difficilement acceptable pour les salariés qui voient leur avenir mis en cause par une simple décision individuelle. Le droit du travail permet-il d'écarter une telle éventualité ? (Chapitre I).

La cessation de l'exploitation peut aussi trouver son origine dans des situations imposées à l'employeur et qui mettent l'emploi en péril sans que les parties au contrat de travail puissent énergiquement réagir (Chapitre II).

Chapitre I : La cessation définitive de l'exploitation décidée par l'employeur.

Chapitre II : La cessation définitive de l'exploitation imposée à l'employeur.

CHAPITRE I : LA CESSATION DEFINITIVE DE L'EXPLOI-
TATION DECIDEE PAR L'EMPLOYEUR.

La cessation définitive de l'exploitation est toujours ressentie par les salariés comme un drame. Pour ces derniers, ce drame devient injuste lorsque la cessation de l'exploitation est une décision de l'employeur.

Il n'est pas alors surprenant que les salariés ayant perdu leur emploi de ce fait cherchent à en imputer la responsabilité à leur employeur. Une telle démarche peut-elle aboutir positivement ? C'est le problème de la responsabilité de l'employeur dans la disparition de l'entreprise (Section II).

Il paraît opportun, au préalable, de s'interroger sur la nature juridique de ce pouvoir qui permet à l'employeur de cesser toute activité (Section I).

SECTION I : LA NATURE JURIDIQUE DU POUVOIR DE DIRECTION DE
L'EMPLOYEUR.

Il est traditionnellement reconnu à l'employeur trois sortes de pouvoirs (125) : un pouvoir de direction, un pouvoir réglementaire et un pouvoir disciplinaire.

Le pouvoir de direction permet à l'employeur d'organiser et de diriger le travail des salariés ; le pouvoir réglementaire lui permet d'édicter des normes nécessaires au fonctionnement de l'entreprise ; le pouvoir disciplinaire lui donne

(125) P. Durand et R. Jaussand, *Traité de droit du travail*, T. 1, Dalloz 1947, n° 348. G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen et J. Pélissier, *Droit du travail*, 13ème éd., Dalloz 1986, n° 341 et s. Brun et Galland, *Droit du travail*, 2ème éd., Sirey 1978, p. 183 et s.

la possibilité de sanctionner la violation par les salariés de la discipline dans l'entreprise.

L'existence de ce pouvoir patronal (126) n'a jamais été sérieusement contestée. Par contre, il en va différemment en ce qui concerne le fondement des prérogatives de l'employeur. C'est que l'analyse du pouvoir patronal débouche nécessairement sur celle de l'entreprise. On comprend alors que les discussions sur la nature juridique du pouvoir de direction aient les mêmes résonances au sein de la doctrine (paragraphe I).

A l'examen des thèses soutenues de part et d'autre, il se révèle que le pouvoir de direction échappe à toute théorisation exclusive, qu'il s'apparente plutôt à un pouvoir mixte.

§ I : Les justifications théoriques du pouvoir de direction.

Principalement, deux explications ont été avancées à propos du pouvoir de direction de l'employeur : l'une est de nature patrimoniale et contractuelle, l'autre de nature institutionnelle.

1° La justification patrimoniale et contractuelle du pouvoir de direction.

Selon une première analyse que l'on peut qualifier de classique, le fondement du pouvoir de direction de l'employeur est à rechercher dans le droit de propriété sur les biens de l'entreprise : "Là où est la propriété, là est le pouvoir". C'est, en effet, parce que l'employeur est propriétaire des biens de production qu'il a sur les salariés un pouvoir d'organisation et de direction. L'idée a une caution de taille en la personne du doyen Ripert (127) : "L'entreprise capitaliste

(126) Voir, Dr. soc. n° spéc., janvier 1982.

(127) Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste. L. G. D. J., 2ème éd. 1951, n° 119 et s., p. 265 et s.

est donc juridiquement quelque chose de très simple. Elle met le travail au service du capital. Elle donne aux capitalistes la propriété et la direction de l'exploitation".

L'affirmation est certes exacte dans l'entreprise individuelle où l'employeur est en même temps propriétaire. Mais dans les grandes entreprises la dissociation entre la propriété et le pouvoir est manifeste (128).

D'autre part, a-t-on fait remarquer (129) on voit mal comment "le droit de propriété, droit réel sur les choses, pourrait expliquer un pouvoir de commandement sur les hommes".

Pour les partisans de la propriété comme source du pouvoir de l'employeur, l'argument procède d'une méprise car la propriété ici envisagée est différente de la propriété classique : il s'agit d'une propriété métamorphosée : "Le pouvoir dans l'entreprise ce n'est pas tellement l'exercice des prérogatives traditionnelles du propriétaire ; c'est le pouvoir d'organiser cette unité économique dont le fonctionnement implique des capitaux et le recours à du travail humain. Lorsque ce travail est fourni par des salariés embauchés par l'entreprise, le pouvoir d'organisation s'étend à la direction des hommes. Du droit de propriété sur les choses, on glisse à l'autorité exercée sur les hommes" (130).

Il faut alors convenir que ce n'est plus le droit de

(128) Ce sont les "managers" qui détiennent ici le pouvoir et non les ap-
porteurs de capitaux. Voir par exemple : J. Savatier, "Pouvoir patri-
monial et direction des personnes", in "Le pouvoir patronal", Dr.
soc. n° spéc. précité. M. Trochu, "L'entreprise : antagonisme ou
collaboration du capital et du travail", Rev. trim. dr. com. 1969,
p. 681 et s.

(129) P. Durand et R. Jaussand, Traité de droit du travail, T. 1, op. cit.,
p. 424.

(130) J. Savatier, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", arti-
cle précité. Dans le même sens : L. Salleron, Le pouvoir dans l'en-
treprise, C. L. C. 1981, spéc. IV, "Le fondement du pouvoir dans
l'entreprise", p. 149 et s.

propriété tout seul qui sert de fondement au pouvoir de direction de l'employeur. Le recours à un autre élément s'avère donc nécessaire. On songe alors au contrat de travail comme support juridique du pouvoir de direction. Un tel contrat a pour élément essentiel la subordination juridique du salarié. En consentant à ce rapport de subordination, le salarié a accepté par avance que l'organisation et la direction de son travail dépendent des décisions de son employeur (131). C'est donc sur le terrain contractuel qu'il faut se placer pour apprécier le bien-fondé des décisions prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction (132). Le contrat de travail devient ainsi la source et la mesure du pouvoir de direction.

S'il est incontestable que le contrat de travail permet dans bien des cas de justifier certaines décisions de l'employeur, il n'en demeure pas moins que sur le plan des mesures collectives, il se révèle impuissant à en assurer le contrôle (133). Ne faudrait-il pas alors recourir à une explication fonctionnelle du pouvoir de direction de l'employeur ?

2° La justification institutionnelle du pouvoir de direction de l'employeur.

Elle est essentiellement l'oeuvre de P. Durand (134). Selon l'éminent auteur, l'entreprise constitue une organisation sociale, un groupe humain où se forme une sorte de droit interne permettant au groupe de fonctionner grâce à l'adoption de certaines règles, à l'exercice d'une autorité, à des sanctions contre les membres du groupe qui n'en respectent pas la

(131) Brun et Galland, Droit du travail, 2ème éd. Sirey 1978, p. 212 et 213.

(132) G. Lyon-Caen, note sous soc. 10 mars 1965, Dalloz 1965, p. 550.

(133) N. Catala, Traité de Droit du travail, L'entreprise, T. 4, Dalloz 1980, n° 166, p. 183. Brun et Galland, op. cit., n° 914, p. 213.

(134) Traité de droit du travail, T. 1, op. cit., p. 404 et s.

discipline. Le chef d'entreprise, qui a la responsabilité de la bonne marche de cette institution sociale, doit disposer des pouvoirs nécessaires pour cela. Mais ces pouvoirs, correspondant à une fonction sociale, ne peuvent être exercés que dans l'intérêt de l'institution, c'est-à-dire de l'entreprise.

La thèse ainsi présentée fait de l'entreprise une communauté de travail où les dirigeants et les salariés sont liés par une solidarité organique : l'existence d'intérêts communs à tous les membres de l'entreprise. Et c'est cette solidarité qui fonde les prérogatives du chef d'entreprise.

L'apport novateur de l'analyse de P. Durand a été reconnu même par les auteurs les moins favorables à la thèse soutenue. C'est ainsi que MM. Camerlynck et Lyon-Caen (135) écrivent qu'elle a marqué "une réaction bénéfique contre une conception individualiste fortement ancrée, en donnant à l'entreprise sa consistance organique et institutionnelle".

On peut aussi ajouter que la thèse de P. Durand permet de combler les insuffisances de la conception patrimoniale de l'entreprise tout en présageant le droit du travail de demain (136). Mais c'est cela aussi sa faiblesse : l'entreprise d'aujourd'hui n'est pas réellement une communauté, car cette dernière postule que les individus qui la composent aient conscience d'en former une (137). Or dans la collectivité de travail que constitue l'entreprise, les oppositions d'intérêts sont si fortes entre le "capital" et le "travail" qu'elles l'emportent sur toute convergence d'intérêts (138).

(135) Droit du travail, Précis Dalloz, 9ème éd. 1978, n° 369.

(136) J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, 9ème éd. P.U.F. 1984, p. 186.

(137) Ibid.

(138) X. Blanc-Jouvan, Répertoire de droit du travail, V° "Entreprise", n° 55. G. Lyon-Caen, "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail", Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 229.

Cette absence d'homogénéité des intérêts en présence déforme la vision communautaire et institutionnelle de l'entreprise. Dès lors le pouvoir dans l'entreprise ne peut être le support juridique d'une conception quelque peu irréaliste. Ne faudrait-il pas alors considérer qu'il a une nature juridique sui generis ?

§ II : La nature dualiste du pouvoir de direction de l'employeur

Le pouvoir de direction est au centre de la vie de l'entreprise. Il en est a-t-on pu écrire (139) le coeur. On comprend alors qu'on ait eu quelques difficultés à le couvrir d'un manteau juridique adéquat. Ces difficultés, quoique sérieuses, ne sont pas insurmontables. Mais les diverses théories qui ont été élaborées sur la nature juridique du pouvoir de direction ont surtout péché par leur prétention, celle d'avoir voulu être exclusives. Or la réalité est plus nuancée. Le pouvoir de direction de l'employeur n'est pas de nature patrimoniale et contractuelle ; il n'est pas non plus de nature institutionnelle. Il participe plutôt des deux : le pouvoir de direction a une nature sui generis, dualiste. La thèse patrimoniale et contractuelle et la thèse institutionnelle sont partiellement inexactes en ce sens qu'elles ne parviennent pas à expliquer, prises isolément, toutes les manifestations du pouvoir de direction. C'est de leur combinaison que l'on peut avoir une vision plus proche de la réalité. Lorsque l'employeur est amené à sanctionner un salarié parce qu'il n'a pas respecté la discipline collective dans l'entreprise, ou parce qu'il s'est montré professionnellement inapte, la justification peut être recherchée dans la thèse patrimoniale et contractuelle du pouvoir de direction. Lorsque par contre, l'employeur décide de réduire son personnel pour assurer un meilleur

(139) N. Catala, L'entreprise, op. cit., n° 167, p. 185.

fonctionnement de l'entreprise, ou lorsqu'il décide de la fermer provisoirement ou définitivement, toujours pour les mêmes raisons, il agit en tant que chef d'une ¹/₂ institution dont il assure la charge. A ce niveau, ce n'est plus le contrat de travail qui fonde ses décisions, mais c'est plutôt les responsabilités qu'il assume en tant que chef d'entreprise, en raison des prérogatives inhérentes à ses fonctions.

Il faut alors convenir que la tentation est irrésistible de voir dans le pouvoir patronal un pouvoir sui generis, un pouvoir dualiste. Et la jurisprudence ne s'est pas trompée sur ce point : si en 1945, à propos du pouvoir disciplinaire de l'employeur, la Cour de cassation française (140) a paru consacrer la thèse institutionnelle dans une décision qui a suscité des réactions enthousiastes de la doctrine, elle n'a pas pour autant renié la thèse patrimoniale et contractuelle à laquelle elle continue de se référer (141). La jurisprudence joue, pour ainsi dire, sur deux "claviers" pour notamment contrôler l'exercice par l'employeur de ses pouvoirs. L'affirmation du pouvoir de l'employeur en tant que droit mixte ne se présente pas donc comme une simple vue de l'esprit, une analyse théorique détachée du réel, mais c'est plutôt le droit positif lui-même qui l'appréhende sous cet aspect. Le constat devient sans équivoque : le pouvoir de direction est à la fois un droit subjectif et une prérogative finalisée (142). Ce sont ces deux termes qui permettent de mesurer l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur notamment dans la disparition de l'entreprise.

(140) Soc. 16 juin 1945, Dr. soc. 1946, p. 427.

(141) V. J. Savatier, "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", article précité et références citées par l'auteur.

(142) Contra : E. Gaillard, Le pouvoir dans l'entreprise privée, préface de G. Cornu, Economica 1985, n° 45, p. 38.

SECTION II : LE POUVOIR DE DIRECTION DE L'EMPLOYEUR ET LA DIS-
PARITION DE L'ENTREPRISE.

La disparition de l'entreprise est l'extrême manifestation de l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. Le préjudice que cause aux salariés cette disparition de l'entreprise est indiscutable. Aussi les travailleurs ayant perdu leur emploi de ce fait tentent-ils, bien souvent, d'en imputer la responsabilité à leur employeur. La tentative s'avère vaine car, en la matière, le principe qui prévaut est celui de l'irresponsabilité de l'employeur (paragraphe I). Cependant le principe n'est pas exempt de tempérament : comme tout pouvoir, celui de l'employeur est contrôlé, notamment par la technique du détournement de pouvoir (paragraphe II).

§ I : L'irresponsabilité de l'employeur dans la dis-
parition de l'entreprise.

Pour une raison ou pour une autre, un employeur peut décider de mettre fin à ses activités. Cette décision se traduit de manière immédiate pour les salariés par la perte de leur emploi. L'employeur, auteur de cette décision, en est-il pour autant responsable ?

Ainsi posée, la question ne devrait pas soulever de sérieuses difficultés. La réponse, en effet, trouve son fondement dans la liberté d'entreprendre. Dans une société de type libéral comme la nôtre, la liberté d'entreprendre a pour corollaire celle de ne pas entreprendre, ou plus exactement celle de ne plus entreprendre. Dans ces conditions, l'employeur ne peut se voir obliger de continuer des activités qu'il entend abandonner. La contrainte ne peut jamais être la compagne de la liberté. C'est donc la liberté d'entreprendre qui explique et

légitime la cessation de l'exploitation décidée par l'employeur. Cette irresponsabilité de l'employeur subsiste-t-elle toujours lorsque la cessation de l'exploitation est la conséquence d'une faute de gestion ? C'est l'hypothèse, aujourd'hui célèbre, de l'affaire Brinon, en France. A la suite d'une mauvaise gestion et en dépit des conseils adressés par le comité d'entreprise, la société Brinon s'était vue dans l'obligation de fermer ses portes ; certains juges du fond avaient accordé aux salariés des indemnités conséquentes au titre de la rupture abusive de leur contrat (143), l'employeur ayant commis une faute grave dans sa gestion, à l'origine directe du licenciement.

Mais cette solution devait faire l'objet de la censure de la Cour de Paris, puis de la Cour de cassation (144) qui, en cette occasion, allait utiliser la formule restée classique, d'après laquelle "l'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi ; pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail".

La jurisprudence sénégalaise n'en adopte pas moins la même solution, en des termes moins incisifs certes (145). Il peut paraître choquant, à première vue, qu'aucune responsabilité ne puisse être envisagée à l'égard des salariés qui pâtissent de la cessation d'exploitation motivée par une mauvaise gestion, surtout lorsque l'entreprise est viable. Mais,

(143) Trib. civ. Etampes, 24 juin 1954. J.C.P. 1954, II. 8 256, note C. F. ; rev. trim. dr. civ. 1954. Obs. J. Carbonnier, p. 675 et s.

(144) Paris, 14 décembre 1954. J.C.P. 1955, II. 8 559, note Brethe de la Gressaye ; soc. 31 mai 1956, J.C.P. 1956, II. 9 397, note Eisen ; Dalloz 1958, p. 21, note Levasseur ; S. 1956. I. 8.

(145) C. A. n° 85, 21 février 1968, T.P.O.M. n° 262, p. 5 796. C. A. 9 juillet 1969, T.P.O.M. n° 271, p. 5 995.

même en se plaçant uniquement sur le plan technique, on se rend compte que la solution ne pouvait être autre. En effet, les auteurs (146) qui ont commenté l'affaire Brinon ont -et à juste titre- rappelé les principes classiques qui gouvernent la responsabilité civile : la faute, le préjudice et la relation causale entre les deux. Or s'il est incontestable que la mauvaise gestion constitue une faute de l'employeur, que la perte de leur emploi cause aux salariés un préjudice certain, il reste que la relation entre cette faute et le préjudice est trop indirecte, voire assez lointaine. En effet, l'imprudence de l'employeur ne se situe pas dans le renvoi des salariés, mais, bien avant, dans la gestion de l'entreprise. Pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que la faute soit localisée dans un cercle très étroit autour de l'acte même de congédiement, pour qu'elle ait avec ce dernier un lien indiscutable. Faute d'un lien direct, les salariés ne peuvent avoir gain de cause à l'égard de leur employeur, auteur de la mauvaise gestion. Admettre le contraire, -a-t-on pu écrire (147)- serait revenir au "fantôme des causalités lointaines".

Le principe de l'irresponsabilité ainsi dégagé par la jurisprudence ne s'est jamais démenti (148) et ce, en dépit des critiques formulées par une partie de la doctrine (149). Il est, dès lors, permis d'en inférer la présomption selon laquelle une infraction aux règles de gestion ne constitue pas en elle-même une atteinte aux droits des salariés. Sous

(146) G. Levasseur, Dalloz 1958, p. 22 ; Carbonnier, Rev. trim. dr. civil 1954, p. 676.

(147) Carbonnier, note précitée.

(148) Voir en droit français : Soc. 7 mai 1973, Bull. civ. V, n° 138, p. 124 Soc. 6 mai 1975, Dalloz 1975, I. R., p. 132 ; Soc. 23 janvier 1930, Bulletin civ., V, n° 66 ; soc. 9 juillet 1980, bull. civ., V, n° 634.

(149) Notamment, G. Lyon-Caen, note sous soc. 13 octobre 1977, Dalloz 1978, p. 350.

réserve du respect des règles édictées par le Code du travail, notamment en matière de licenciements pour motifs économiques (150), la responsabilité de l'employeur ne peut se trouver engagée pour des erreurs de gestion. En toute hypothèse, la rupture consécutive à une mesure de gestion économique ne sera point fautive et l'employeur n'en est point responsable ; toutefois une telle mesure de gestion lui est imputable ; l'initiative lui revient et la rupture du contrat de travail est assimilée à un licenciement ; le salarié qui perd son emploi par suite d'une cessation d'activité a alors droit aux indemnités pour congédiement justifié, telles que les indemnités de licenciements et de préavis (151). On peut admettre que cette imputabilité de la rupture à l'employeur sert, en quelque sorte, de dimunitif de responsabilité, sans qu'il y ait pour autant licenciement fautif. Ainsi en cas de cessation d'activité, quelle qu'en soit la raison, l'employeur est tenu de procéder aux licenciements ; il n'est donc pas responsable du risque économique à l'égard de ses salariés, mais les conséquences sociales d'un tel risque lui sont simplement imputables.

Si l'irresponsabilité de l'employeur demeure le principe, même en cas de disparition de l'entreprise, il n'en reste pas moins vrai que le pouvoir de direction fait l'objet d'un contrôle jurisprudentiel.

§ II : Le détournement par l'employeur de son pouvoir de direction.

Le droit du travail reconnaît à l'employeur un pouvoir de direction au domaine très étendu. Les manifestations du pouvoir de direction se rencontrent à tous les stades de l'entreprise. L'employeur est juge de l'opportunité de la réorgani-

(150) Conf. supra, I partie, titre II, chapitre II.

(151) Sur la distinction de l'initiative et de l'imputabilité de la rupture du contrat de travail, conf. supra, I partie, titre II, chapitre I.

sation de l'entreprise (152), des aptitudes professionnelles des salariés (153), juge des circonstances dans lesquelles l'entreprise se trouve compromise (154), juge de la nécessité d'opérer une réduction d'effectifs (155) et juge enfin des "circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation". D'aussi nombreuses prérogatives ne pouvaient, assurément, être laissées à la discrétion d'un seul individu, de surcroît juge et partie, au risque d'institutionnaliser l'arbitraire au sein de l'entreprise. Le contrôle est de l'essence du pouvoir de direction, de tout pouvoir. Le contrôle du pouvoir de direction s'opère principalement au moyen de deux techniques. L'une est éprouvée depuis longtemps, c'est celle de l'abus de droit et de ses équipollents. L'autre est spécifique au pouvoir, c'est le détournement par l'agent juridique (156) de son pouvoir.

Le détournement de pouvoir n'est pas une découverte du droit du travail, et plus précisément du droit privé. Le droit administratif qui fait usage de la notion depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle définit le détournement de pouvoir comme l'utilisation des pouvoirs par leur titulaire "pour une fin autre que celle en vue de laquelle ils lui avaient été conférés" (157). Le détournement de pouvoir apparaît ainsi comme une technique de contrôle des mobiles de l'auteur de l'acte. Il n'est pas alors surprenant qu'il s'ex-

(152) C. Suprême, 2^{ème} section, n° 29, 2 avril 1986.

(153) C. Sup., 2^{ème} section, 27 avril 1966, A. A. 1966, p. 334 ; 24 mai 1967, n° 10, A. A. 1968, p. 187 ; T. P. O. M. n° 225, p. 486.

(154) Trib. trav. Dakar, 28 janvier 1982, Penant n° 781 - 782 - 1983, p. 366.

(156) C'est le titulaire du pouvoir, investi de l'aptitude à définir un intérêt qui n'est pas le sien par l'exercice de sa volonté : E. Gailard, *Le pouvoir en droit privé*, préface G. Cornu, *Economica* 1985, n° 327 et s. Comp. H. Le Nabasque, "Contrôle, pouvoir de direction et d'organisation et droit de propriété dans l'entreprise sociale" in *L'entreprise : nouveaux apports*. *Economica* 1987, p. 111 et s.

(157) C. E. 24 novembre 1975, Parizet, G. A. J. A., n° 1.

pose aux mêmes louanges et aux mêmes critiques que les autres techniques de contrôle des mobiles, notamment celle de l'abus de droit, de la fraude ou de la cause immorale.

Il convient plutôt d'analyser l'utilisation de la notion en droit du travail. À cet égard, il faut souligner que le contrôle du détournement de pouvoir ne s'applique pas seulement au pouvoir de direction de l'employeur ; il s'applique aussi au pouvoir disciplinaire (158). Il constitue donc une atténuation de portée générale aux pouvoirs de l'employeur.

Le détournement par l'employeur de son pouvoir de direction peut avoir une double signification. Dans une première conception étroite, le détournement de pouvoir résidera dans le fait d'accomplir un acte illicite, contraire aux règles du droit du travail, sous couvert d'un acte de gestion (159). Dans une conception plus large, on ferait du détournement de pouvoir un moyen de contrôler l'exercice du pouvoir de gestion ; l'employeur serait responsable du préjudice causé à ses salariés par des mesures qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt de l'entreprise.

C'est à cette seconde conception que le droit positif semble s'être rallié (160). C'est donc l'intérêt de l'entreprise qui conditionne la légitimité des décisions prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Cet intérêt de l'entreprise qui transcende les différents intérêts catégoriels a paru, pour certains auteurs, être une utopie (161). En réalité, selon ces auteurs, il n'existe qu'un intérêt supérieur dans l'entreprise : celui de l'employeur ; tout le

(158) J. Pélissier, "Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire", Mélanges J. Vincent, L. G. D. J., 1981, p. 273 et s.

(159) Louis Rozes, "La responsabilité au titre de la gestion économique de l'entreprise à l'égard des salariés", Mélanges Vigreux, E. S. P. I.C. 1981, p. 699 et s., spéc. p. 710.

(160) Ibid.

(161) P. D. Ollier, Droit du travail, éd. A. Colin, 1972? P. 101 ; G. et A. Lyon-Caen, "La doctrine de l'entreprise", in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec 1978, p. 599 et s.

reste est euphémisme (162).

Le professeur J. Pélissier (163), faisant le bilan de la jurisprudence relative au détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, n'est pas loin d'une telle conclusion lorsqu'il écrit que les expressions "intérêt de l'entreprise et détournement de pouvoir" "sont des formules trompeuses qui masquent une réalité qu'il faut dénoncer : la persistance d'un pouvoir souverain de l'employeur et l'interdiction faite aux juges de juger".

Ce sentiment est aussi partagé par les professeurs Brun et Galland (164) qui remarquent que la jurisprudence "a donné au pouvoir de direction un caractère presque absolu. Elle s'est refusée à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et à apprécier le bien-fondé des décisions prises dans ce domaine".

Il semble donc exister une convergence au sein de la doctrine sur l'inefficacité du contrôle du détournement de pouvoir.

Ce constat doctrinal peut trouver en partie sa justification dans la référence assez générale, voire platonique qui est faite du détournement de pouvoir, caractère qui peut laisser croire qu'il existe plutôt une "jurisprudence de l'absence de détournement de pouvoir" (165). Il n'en reste pas moins vrai cependant que le mécanisme permet aussi d'assurer un contrôle effectif des prérogatives de l'employeur (166).

(162) P. D. Ollier, Droit du travail, op. cit.

(163) "Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire", Mélanges J. Vincent, article précité, p. 282.

(164) Droit du travail, 2ème éd., T. 2, Sirey 1978, n° 915.

(165) J. Pélissier, article précité, Mélanges J. Vincent, p. 274.

(166) Voir par exemple en droit français : soc. 3 mai 1977, Bull. V, n° 174 ; 15 novembre 1979, Bull. V, n° 853.

Mais c'est surtout les espoirs excessifs que la notion de détournement de pouvoir avait suscités en droit du travail qui expliquent la désaffection actuelle de la doctrine. Le détournement de pouvoir connaît, en effet, des limites naturelles. C'est -faut-il le rappeler- un contrôle des mobiles. Un tel contrôle ne peut entamer la liberté d'appréciation du titulaire du pouvoir ; il ne peut qu'assurer un "contrôle élémentaire de moralité". C'est cette idée de l'insuffisance du contrôle du détournement de pouvoir que traduit un auteur (167) en écrivant : "Lorsqu'il se trompe, même grossièrement, sur la détermination de l'intérêt de l'entreprise, l'employeur ne détourne pas ses pouvoirs".

Il ne peut en être autrement, semble-t-il (168), que s'il existait en droit du travail un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation déjà connu par le droit administratif (169), par transposition de l'adage "culpa lato dolo æquiparatur".

Cette dernière affirmationne vaut cependant que pour les décisions autres que le licenciement pour motifs économiques. Dans ce domaine, en effet, il existe un contrôle de l'opportunité du licenciement (170) aussi bien pour les salariés ordinaires que pour les salariés protégés (171).

Quant à l'intérêt de l'entreprise, si l'idée a paru, pour certains (172), saugrenue, voire suspecte, il n'en demeure pas moins qu'il existe. Ce n'est pas certes la

(167) E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., p. 129.

(168) E. Gaillard, op. cit., p. 134.

(169) Cf. les arrêts *Maspero* du 2 novembre 1973 et *Lebon* du 9 juin 1978 : *Rec.*, 1973, p. 227 et *Dalloz* 1979, p. 30, note Pacteau.

(170) Cf. *Supra* le partie, titre II, chapitre II.

(171) En France, avant que n'intervienne la réforme législative supprimant l'autorisation administrative pour les licenciements à caractère économique, le juge vérifiait l'opportunité de la décision en ce qui concerne les salariés protégés. V. par ex. : C. E. 18 février 1977 *Abellan D. S.* 1977, p. 166, concl. Ph. Dondoux.

(172) G. et A. Lyon-Caen, "La doctrine de l'entreprise", article précité.

combinaison des différents intérêts catégoriels que l'on rencontre dans l'entreprise, intérêts catégoriels presque toujours antagonistes (173). Ce n'est pas non plus un intérêt supérieur qui transcende tous les intérêts en présence au sein de l'entreprise (174). L'intérêt de l'entreprise ne peut être défini de manière directe. On ne peut le faire que par référence à un type abstrait : l'intérêt de l'entreprise doit s'apprécier in abstracto (175). Cette référence à un type abstrait d'intérêt qui existe déjà en droit de la famille (176) permet au juge de peser les intérêts en présence selon une méthode qui n'est pas sans évoquer celle du bilan telle que la pratique le juge administratif (177). Un tel mécanisme donne au juge un large pouvoir d'appréciation de la légitimité des intérêts en cause.

Le juge est ainsi conduit à la pesée des intérêts en présence dans chaque espèce, et selon les cas, sa préférence peut aller vers l'employeur ou vers le salarié. Si donc aujourd'hui, les décisions qui constatent l'absence de détournement de pouvoir sont plus nombreuses, ce n'est là que contingence qui ne permet pas de mettre en doute l'utilité et l'existence d'un intérêt de l'entreprise.

Cet intérêt de l'entreprise est cependant inopérant lorsque l'employeur décide de cesser toute activité. Dans cette hypothèse, la seule obligation mise à la charge de ce dernier est d'informer les services administratifs du travail (178).

(173) M. Trochu, "L'entreprise : antagonisme ou collaboration du capital et du travail", Rev. trim. dr. com. 1969, pp. 681 - 717.

(174) J. Paillusseau, "Les fondements du droit moderne des sociétés", J.C.P. 1984, éd. E. II. 14 193 ; E. G. I. 3 148.

(175) E. Gaillard, Le pouvoir en droit privé, op. cit., p. 196.

(176) J. Patarin, "Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de successions", Mélanges Voirin, L.G.D.J. 1967, p. 618 et s. ; R. Thery, "L'intérêt de la famille", J.C.P. 1972, I. 2 485 ; A. Ponsard, note sous civ. 1ère, 6 janvier 1976, Dalloz 1976, p. 256).

(177) J. Lemasurier, "Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe "bilan - coût - avantages", in Mélanges M. WALINE, T. II, Paris 1974, p. 511 et s. G. Braibant, "Le principe de la proportionnalité", idem, p. 297 et s.

(178) Article 191 du Code du travail.

Force est de reconnaître ici que c'est l'intérêt de l'employeur qui est seul pris en compte par le droit du travail.

On ne peut s'empêcher de souligner le laxisme de cette réglementation si on fait le parallèle avec celle relative aux licenciements pour motifs économiques. La liberté de l'employeur est limitée pour le second cas (179) et elle est totale pour le premier. Cette disproportion est tellement flagrante que le juge (180) n'a pas hésité à faire un "appel du pied" au législateur. La sollicitation s'est avérée vaine mais elle n'est pas dépourvue de pertinence. La liberté fondamentale d'entreprise ne doit pas absorber celle non moins fondamentale du travail. S'il peut paraître difficile dans un régime libéral comme le nôtre de contraindre un employeur à poursuivre une activité dont il n'a plus envie, il est toujours possible de trouver des solutions tendant à préserver l'outil de production et les emplois, notamment en désignant un administrateur légal provisoire ou en incitant l'employeur à chercher d'abord à céder l'entreprise avant toute décision de cessation d'activité. Mais le sort de l'emploi échappe à la volonté de l'employeur lorsque la cessation de l'exploitation est imposée.

(179) Cf. supra le partie, titre II, chapitre II.

(180) Trib. trav. Dakar, 28 janvier 1982, Penant 1983, n° 781 - 782, p. 366.

CHAPITRE II : LA CESSATION DEFINITIVE DE L'EXPLOITATION
IMPOSEE A L'EMPLOYEUR.

L'exploitation de l'entreprise peut être irrémédiablement compromise par la survenance d'un évènement qui détruit totalement l'outil de production. La disparition de l'entreprise est ici une fatalité à laquelle l'employeur ne peut se dérober et cette fatalité peut être assimilée à un cas de force majeure définitive (Section I).

L'entreprise peut être aussi soumise aux procédures collectives ; l'absence de chance de survie de l'entreprise conduit, dans cette hypothèse, à la liquidation des biens, et met définitivement un terme à l'exploitation, donc à l'emploi (Section II).

Section I : La disparition de l'entreprise à la suite d'une force majeure définitive.

Section II : La disparition de l'entreprise à la suite d'une décision de liquidation des biens.

SECTION I : LA DISPARITION DE L'ENTREPRISE A LA SUITE D'UNE
FORCE MAJEURE DEFINITIVE.

Il nous a été déjà donné l'occasion d'étudier dans le cadre de la cessation provisoire de l'exploitation l'incidence de la force majeure sur l'emploi des salariés (181). Mais ici le problème se présente différemment, car la force majeure dont il s'agit revêt un caractère définitif. Contrairement à la force majeure provisoire, l'évènement générateur de force

(181) Cf. supra, titre I, chapitre II, section I.

majeure définitive entraîne la perte de l'emploi. Cette perte fatale de l'emploi peut, cependant, ne pas être irrémédiable.

§ I : La perte de l'emploi.

La force majeure est un cas de résiliation du contrat de travail si elle rend totalement et définitivement impossible son exécution (182). La jurisprudence se montre particulièrement rigoureuse dans l'appréciation des caractères que doit revêtir la force majeure cause de rupture du contrat de travail. C'est ainsi qu'elle décide que lorsque l'évènement qui entraîne la fermeture de l'entreprise est susceptible d'être rattaché à une faute de l'employeur, il ne peut s'agir d'un cas de force majeure (183). En l'espèce, il s'agissait de la fermeture d'une boulangerie consécutive à l'explosion d'un four ; les salariés avaient plusieurs fois attiré l'attention de l'employeur sur l'installation défectueuse du four, mais en vain. La Cour d'Appel en conclut que l'employeur ne peut invoquer la force majeure de nature à justifier la rupture des contrats de travail, car celle-ci "doit être imprévisible, inévitable et constituer une impossibilité absolue d'exécuter son obligation". La solution ainsi retenue par la jurisprudence ne soulève aucune objection ; elle traduit simplement l'idée que l'employeur ne peut, pour éviter d'assumer ses fautes, se retrancher derrière un évènement dont il est responsable.

La perte de l'emploi pour cause de force majeure est certainement celle qui se justifie le plus, mais elle est aussi la plus dure pour les deux parties. En effet, si le contrat de travail s'est trouvé rompu, c'est en dehors de toute

(182) Trib. trav. Dakar, 2 octobre 1962, T.P.O.A. n° 112, p. 2 482. Article 45 du Code du travail.

(183) C. A. n° 305 du 20 juillet 1977.

volonté des parties. Ni l'employeur, ni le salarié n'ont, en aucun moment, songé à mettre un terme à leurs relations contractuelles. L'employeur aurait souhaité que son entreprise continue à fonctionner. Le salarié aurait voulu conserver son emploi. La rupture du contrat est intervenue par la survenance d'un évènement totalement en dehors de leurs prévisions et contraire à leurs désirs respectifs. Mais la rupture du contrat de travail s'impose, car "à l'impossible, nul n'est tenu". Il reste que la rupture du contrat constitue pour les deux parties une terrible épreuve.

Pour l'employeur, elle augure des lendemains difficiles : la perte de l'emploi coïncide avec la disparition de l'entreprise, c'est-à-dire concrètement d'une importante partie de son capital qu'il avait investie dans l'entreprise. Il avait certes pris le risque d'entreprendre, mais certainement pas celui de se ruiner, surtout par l'effet d'un évènement qui échappe à l'emprise de sa volonté.

Quant au salarié, son départ de l'entreprise se fera sans le bénéfice des avantages auxquels il aurait eu droit si la rupture du contrat de travail était intervenue sur décision de l'employeur. En effet, le législateur dispense l'employeur de respecter toutes les règles édictées en matière de licenciement lorsque la rupture du contrat de travail est consécutive à la force majeure (184). Par suite, le salarié ne peut prétendre à une quelconque indemnité à l'occasion de son départ de l'entreprise : ni indemnité de préavis, ni indemnité de licenciement, ni -a fortiori- indemnité pour rupture abusive. A la limite, on peut se demander, s'il est censé avoir jamais travaillé dans l'entreprise. Aucune autre situation ne peut être plus difficilement acceptable.

La perte de l'emploi et la disparition de l'entreprise

(184) Article 54, alinéa 3 du Code du travail.

signes de la fatalité, causent ainsi un préjudice immense aussi bien à l'employeur qu'au salarié ; il peut alors s'avérer opportun de vouloir prévenir la survenance d'un tel événement.

§ II : Le remède à la perte de l'emploi.

La perte de l'emploi consécutive à un cas de force majeure, en dehors des inconvénients qu'elle présente pour les deux parties, peut aussi avoir des incidences nocives au plan local. L'entreprise est, en effet, un vecteur de développement (185). Dès lors, sa disparition ne peut manquer de rejaillir sur son environnement économique et social. Dans des pays comme le nôtre, où certaines régions n'accèdent à une vie économique que grâce aux entreprises qui y sont implantées (186), la prévenance d'évènements qui risquent de perturber sérieusement l'équilibre global de l'activité sociale et économique est donc une nécessité.

La solution peut être trouvée dans l'institution d'une assurance obligatoire, à l'instar de ce qui existe déjà pour les automobiles. L'entreprise doit être assurée contre tous les risques de nature à mettre fin définitivement à son exploitation. Il ne s'agit nullement d'accroître les charges sociales des entreprises, et ce, au mauvais moment, à l'heure où elles sont déjà confrontées à de sérieuses difficultés. Le système est d'ailleurs adopté par certains employeurs. Mais cela reste encore insuffisant. L'idéal serait une extension du système de l'assurance à toutes les entreprises, ou à tout le moins, à celles dont l'activité présente un intérêt certain pour la collectivité.

(185) C'est peut être l'un des rares slogans publicitaires conformes à la réalité.

(186) Exemples de la Société d'Exploitation Industrielle du Baol (S.E.I.B.) dans la région de Diourbel, de la Compagnie Sucrière Sénégalaise (C.S.S.) dans la région de Saint-Louis.

La solution proposée présente l'avantage de sauvegarder un outil de production dont la disparition serait préjudiciable à tous ; elle permet à l'employeur de poursuivre son exploitation en rentrant dans son capital qui avait été détruit par un cas de force majeure ; elle permet au salarié de conserver son emploi. La situation de ce dernier sera, en effet, identique à celle du salarié dont l'entreprise a interrompu provisoirement son exploitation : le contrat de travail est donc suspendu pendant toute la durée nécessaire pour que l'entreprise redevienne fonctionnelle, grâce à l'acquisition et à l'installation de nouveaux instruments de production. Enfin, elle écarte les atteintes à l'ordre public toujours présentes en cas de crise.

Il n'est pas besoin d'insister, outre mesure, sur les mérites de l'assurance obligatoire des entreprises. L'essentiel est acquis : la poursuite de l'exploitation et la conservation de l'emploi. C'est une victoire sur la fatalité. La conservation de l'emploi passe au second plan lorsque l'entreprise est soumise aux procédures collectives, notamment à la liquidation des biens.

SECTION II : LA CESSATION DEFINITIVE DE L'EXPLOITATION A LA SUITE D'UNE DECISION DE LIQUIDATION DES BIENS DE L'ENTREPRISE.

Lorsque l'entreprise est soumise aux procédures collectives, c'est que sa situation est sérieusement compromise. En effet, l'ouverture des procédures collectives résulte de la cessation des paiements, c'est-à-dire de l'impossibilité pour l'entreprise de faire face à son passif exigible avec son actif

disponible (187). Lorsque le juge décide de la liquidation des biens de l'entreprise (188) ce choix équivaut, en fait, à une sentence de mort : l'entreprise va disparaître à plus ou moins brève échéance.

La décision de liquidation des biens de l'entreprise a donc nécessairement une incidence sur le sort des salariés, notamment sur leur emploi (paragraphe I).

Cette incidence justifie largement la prise en considération de tous les intérêts des salariés dans les procédures collectives (paragraphe II).

§ I : Le sort de l'emploi dans la liquidation des biens de l'entreprise.

La décision de liquidation des biens de l'entreprise aboutit normalement à la disparition de l'entreprise. Elle se traduit en fait par la perte de l'emploi. Toutefois, cette perte de l'emploi peut ne pas être immédiate.

1° Le maintien provisoire de l'emploi.

La conservation de leur emploi par les salariés dans la procédure de liquidation des biens peut surprendre à première vue. En effet, on peut penser, puisque l'exploitation doit disparaître, que tous les contrats de travail vont prendre fin;

Bien qu'une telle vision corresponde aux situations pratiques les plus fréquentes, elle s'avère, cependant, inexacte dans certains cas.

(187) En droit sénégalais, il n'existe pas de définition légale de la cessation des paiements. Voir : A. W. Berthé "La définition de la cessation des paiements dans la jurisprudence sénégalaise", Réveil matin, février-mars 1986, n° 4/5, p. 21 et s. Cette définition est donnée par le législateur français : article 3, loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

(188) La liquidation des biens intervient lorsque le débiteur n'est pas en mesure de proposer un concordat sérieux (article 934 C. O. C. C.).

Le jugement de liquidation des biens ou de règlement judiciaire emporte des effets considérables sur le patrimoine du débiteur. Dans la procédure de règlement judiciaire, le débiteur est obligatoirement assisté par le syndic pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sauf circonstances particulières (article 941 du C. O. C. C.). Dans la procédure de liquidation des biens, le syndic se substitue totalement au débiteur. Ce dernier est en effet déssaisi en ce qui concerne tous les actes d'administration et de disposition de ses biens (article 942) du C. O. C. C.). Le jugement déclaratif de liquidation des biens emporte donc une modification dans la situation juridique de l'employeur. Le syndic remplace l'employeur à la direction de son entreprise. Une telle situation entre dans les prévisions de l'article 54 du Code du travail (189), et par suite, le maintien de l'emploi devient automatique "par le seul effet de la loi".

D'ailleurs, la loi précise que les procédures collectives ne sont pas constitutives de force majeure (190). La cessation des paiements à l'origine de la liquidation des biens ne présente pas, en effet, les caractères de la force majeure (191). Elle dénote plutôt une implication du débiteur dans la situation juridique ainsi créée. La liquidation des biens n'est donc, en soi, ni un cas de suspension, ni un cas de rupture du contrat de travail. Elle ne constitue pas, en définitive un obstacle à la poursuite de l'exploitation et des contrats de travail. La poursuite de l'exploitation doit être ordonnée par le juge "pour les besoins de la liquidation et si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige impérieusement" (192).

(189) Cf. supra, la partie, titre I.

(190) Article 54, alinéa 3 du Code du travail.

(191) Cf. supra, section I.

(192) Article 952 C. O. C. C.

Cette poursuite de l'exploitation prend fin au plus tard au bout d'un an sauf circonstances exceptionnelles (193).

Il apparaît ici sans équivoque que le législateur entend faire de la continuation de l'exploitation, en cas de liquidation des biens, une situation provisoire et d'exception. Toutefois, la poursuite de l'exploitation n'est pas nécessairement liée à une autorisation judiciaire. En effet, la loi ouvre au syndic la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie (194). Le syndic peut donc, exerçant l'option que lui confère l'article 965 du Code des obligations civiles et commerciales, prendre parti sur le sort de chaque contrat de travail. Lorsque le syndic ne dénonce pas expressément les contrats de travail, mais qu'il en poursuit ou en laisse poursuivre l'exécution, on peut considérer que l'exploitation est continuée de fait. Il faut alors reconnaître que la poursuite de l'exploitation est indépendante de l'autorisation judiciaire (195).

Peu importe que l'exploitation se poursuive en fait ou en droit. La poursuite de l'activité, ajoutée à la modification dans la situation juridique de l'employeur par l'effet du jugement déclaratif, emporte l'application de l'article 54 du Code du travail (196) : le maintien des contrats de travail est automatique, quelle que soit par ailleurs, la forme que revêt la poursuite de l'exploitation (197). Mais le maintien de l'emploi n'est ici qu'un sursis du fait de la disparition inéluctable de l'entreprise, donc de tous les emplois.

(193) Idem.

(194) Article 965 C. O. C. C.

(195) Dans le même sens : F. Derrida, "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", Dr. soc. n° spéc., février 1978, p. 62 et s.

(196) Voir, par exemple, en droit français : soc. 7 juin 1961, J. C. P. 1961, éd. G. II. 12 287 bis, note R. Lindon ; 23 juin 1976, Bull. V, n°384, p. 317.

(197) Voir, en droit français, pour la location-gérance : soc. 16 janvier 1974, 23 janvier 1974, 31 Janvier 1974, Dr. soc. 1974, p. 474 et s.

2° La perte de l'emploi.

Elle constitue l'aboutissement normal de la procédure de liquidation des biens. En effet, l'entreprise en liquidation des biens est celle là même qui n'a aucune chance de survie et qui, par conséquent, est condamnée à disparaître.

La disparition de l'entreprise intervient à la suite de la réalisation de l'actif qui opère une dispersion de ses éléments constitutifs : les meubles et immeubles sont vendus selon des procédures distinctes (193). Il est dès lors improbable que la même activité se poursuive avec les potentiels acquéreurs de ces divers éléments. Le recours à l'article 54 du Code du travail n'est ici d'aucune utilité. Toutefois il faut réserver l'hypothèse d'une cession globale ou partielle de l'actif de l'entreprise (199). Lorsque l'actif cédé permet au cessionnaire de poursuivre l'activité de l'entreprise, les salariés dont l'activité est liée à cet actif peuvent avoir de sérieuses prétentions au maintien de leur emploi. Sous réserve de cette précision, le syndic a la liberté de mettre fin aux contrats de travail à tous les stades de la procédure de liquidation des biens, notamment pendant la période intermédiaire entre le jugement déclaratif et la poursuite de l'exploitation. Le syndic peut en effet, dès l'ouverture de la procédure, licencier tout ou partie du personnel. L'option qui lui est ouverte par l'article 965 du Code des Obligations civiles et commerciales n'est pas -on l'a déjà dit (200)- liée à l'autorisation de poursuivre l'exploitation. Placé à la direction de l'entreprise par suite du jugement déclaratif, il a comme tout employeur la faculté de mettre fin aux contrats

(198) Vente libre pour les meubles (article 1 008 C.O. c.c.), aux enchères après autorisation judiciaire pour les immeubles (article 1 011 C. O. c. c.).

(199) Article 1 015 C. O. c. c.

(200) Cf. supra 1°.

de travail. Cependant, cette liberté de rompre les contrats de travail des salariés n'est pas totale. Elle ne peut en aucun cas avoir pour but d'éluider les dispositions de l'article 54 du Code du travail. Par conséquent, les licenciements opérés dans la perspective d'une continuation de l'exploitation, par exemple par location-gérance, ne sauraient écarter la solution du maintien des contrats édictée par l'article 54 du Code du travail (201). Le même texte joue également à l'expiration du contrat de location-gérance conclu par le syndic. Il appartient alors à ce dernier d'assumer es-qualité toutes les obligations des contrats en cours, et éventuellement de licencier (202).

La nature des licenciements opérés par le syndic ou le locataire-gérant ne peut souffrir d'aucune discussion : il s'agit manifestement de licenciements pour cause économique (203). La seule question qui mérite d'être soulevée est celle de savoir si les règles spéciales édictées par l'article 47 du Code du travail doivent, ici, recevoir application. On peut, en effet, éprouver une certaine hésitation pour plusieurs raisons tendant à écarter l'application de l'article 47 aux procédures collectives.

- Il faut éviter une interférence entre le tribunal et l'autorité administrative : la procédure collective appartient à l'autorité judiciaire qui y prend des décisions essentielles ; l'autorité administrative ne saurait s'y immiscer, afin de ne pas provoquer de conflit.

- Il ne sera pas possible de trouver un locataire-gérant qui accepterait de continuer l'exploitation, si la décision de licencier les salariés est subordonnée à l'autorisation de l'autorité administrative.

(201) Voir en droit français : soc. 6 octobre 1976, Bull. V, n° 473, p. 389 ; 9 mars 1966, Dalloz 1966, p. 615 ; 4 janvier 1974, Dr. soc. 1974, p. 478, note J. Savatier.

(202) Voir en droit français : soc. 27 avril 1977, Bull. V, n° 272, p. 215 ; 18 mars 1975, Bull. V, n° 152, p. 134.

(203) Cf. supra, 1^o partie, titre II, chapitre II.

- Enfin, l'entreprise en liquidation devant disparaître, ne peut-on pas se contenter d'une simple déclaration conformément à l'article 191, alinéa 2 du Code du travail, relatif à la fermeture d'entreprise ?

Il nous semble qu'aucun de ces arguments n'est décisif : les licenciements opérés pendant la procédure de liquidation des biens demeurent soumis à l'article 47 du Code du travail. Certes, le jugement déclaratif atteste, sans aucun doute, de la réalité, de l'existence du motif économique. Mais le rôle de l'autorité administrative ne se limite pas à cette seule constatation. La mission de l'administration du travail est plus large : vérifier le bien-fondé des licenciements, l'ordre des licenciements, proposer d'éventuelles mesures de substitution, etc (204). Toutes ces opérations n'empiètent nullement sur les prérogatives de l'autorité judiciaire. Dans ces conditions, exclure l'intervention de l'autorité administrative aboutirait à priver les salariés de la protection que leur confère la loi à un moment où ils en ont le plus besoin.

Quant aux réticences des éventuels locataires-gérants en cas d'autorisation de poursuivre l'exploitation, même si elles peuvent se justifier, elles ne permettent pas, en l'absence de volonté législative déclarée, de déroger aux règles impératives de l'article 47 du Code du travail. Le dernier argument contre l'application de l'article 47 ne peut, non plus, être retenu. La procédure de la simple déclaration prévue par l'article 191, alinéa 2 du Code du travail concerne la fermeture d'entreprise. Or dans la liquidation des biens, la cessation totale d'activité est l'opération ultime, l'acte final de la procédure. Il ne faudrait pas que l'employeur, par une sorte de projection dans l'avenir, anticipe sur cette procédure pour se défaire facilement de son personnel.

Finalement, il faut convenir que les obstacles à la

(204) Cf. supra, 1^o partie, titre II, chapitre II.

rupture des contrats de travail que constituent les articles 47 et 54 du Code du travail s'imposent aussi à l'employeur dont l'entreprise est en liquidation des biens. Cette protection des salariés serait presque parfaite si tous leurs intérêts étaient davantage pris en considération dans les procédures collectives.

§ II : La prise en considération des intérêts des salariés dans la liquidation des biens.

La réalisation de l'actif d'une entreprise en liquidation des biens n'est pas motivée par la sauvegarde de l'emploi. Elle vise plutôt au désintéressement des créanciers de l'entreprise.

Pourtant, il peut paraître paradoxal qu'à l'heure où il est assigné à l'entreprise une nouvelle fonction -celle de procurer des emplois (205)- les salariés ne soient davantage associés à une décision qui met en jeu leur avenir.

Certes, le législateur n'est pas totalement insensible au sort des salariés dans les procédures collectives. Il leur a, en effet, accordé beaucoup d'avantages, notamment pour le paiement de leurs créances salariales. Ces avantages sont essentiellement des facilités de paiement grâce à l'existence de privilèges.

On trouve d'abord le privilège général qui garantit les sommes dues pour exécution du contrat de travail, durant la dernière année précédent le jugement déclaratif de règlement judiciaire ou de liquidation des biens (article 903-3 du C. o. c. c. ; article 117 du Code du travail). Ce privilège général ne porte, en principe, que sur les meubles et garantit le salaire proprement dit, les accessoires de salaire, les primes, indemnités, dommages-intérêts et éventuellement les

(205) Voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement Ph. Dondoux à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 février 1977, Dr. soc. 1977, p. 116 et s.

prestations en nature évaluables en argent. Le privilège général concerne la fraction saisissable du salaire et vient au 5ème rang de la distribution en matière mobilière, mais au 11ème rang de la distribution générale.

Il s'y ajoute le super-privilège qui concerne la fraction insaisissable du salaire et qui porte sur les meubles et les immeubles (article 118 du Code du travail). Ce super-privilège occupe la 4ème place en matière de distribution immobilière et le 3ème rang en matière de distribution mobilière.

Par ailleurs, le caractère alimentaire du salaire a conduit le législateur à en prévoir un paiement rapide : celui-ci doit s'opérer dans les dix (10) jours du jugement déclaratif, si le syndic dispose des fonds nécessaires (article 120 et 121 du Code du travail).

Enfin, pour éviter que les obligations procédurales imposées aux créanciers nantis ou privilégiés fassent perdre aux salariés les avantages que leur confère la loi, le législateur a mis sur pied un régime dérogatoire en leur faveur : même s'ils n'ont pas répondu aux propositions concordataires, les salariés ne peuvent se voir imposer aucune remise, ni des délais concordataires excédant deux ans (article 998 C. o. c.c.).

Tous ces avantages sont individuels ; ils sont réservés aux salariés en tant que créanciers individuels. Or, il est pourtant manifeste que les salariés sont plus que de simples créanciers de l'entreprise. Contrairement aux autres créanciers qui peuvent se contenter de leur désintéressement, les salariés eux, même si leurs privilèges ne sont pas paralysés par le manque de fonds, perdent leur emploi. Leur sort étant étroitement lié à celui de l'entreprise, il peut paraître choquant que la vie de cette dernière se décide en dehors d'eux (206).

(206) Cf. : F. Derrida, article précité, Dr. soc. 1978, n° spécial, p. 62 et s., spéc. p. 92 ; Y. Guyon, "Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise", Dr. soc. 1974, p. 139 et s., spéc. p. 143.

Ou alors, il faudra convenir que le droit des procédures collectives est indifférent au sort des travailleurs (207). Certes, il a été fait remarquer récemment (208) que cette soumission du droit du travail au capital est presque dans la nature des choses : "Le droit ne fait au mieux que tirer les conséquences des décisions de politique économique et sociale qui lui sont extérieures" (209). Cette affirmation, à la supposer exacte, ne constitue nullement un obstacle à la participation des salariés dans les procédures collectives. Et il n'est pas besoin pour cela de changer de régime politique (210). A cet égard, le nouveau droit français sur les entreprises en difficultés (211) est assez illustratif. Il faut prévenir les difficultés des entreprises, et à défaut, faciliter la participation des salariés par l'intermédiaire de leurs représentants (212)

-
- (207) Camerlynck et Lyon-Caen, *Droit du travail*, Dalloz, 8ème éd., n° 37. Saramito, "Droit du travail et procédures d'exécution collective", *Dr. O.* 1974, p. 151 et s., spéc. p. 161. G. Lyon-Caen, "La concentration du capital et le droit du travail", *Dr. soc.* 1983, p. 287. B. Grelon, "Entreprises en difficultés et défense de l'emploi", rapport de synthèse. Colloque de l'Association française des juristes démocrates. *Gaz. Pal.* 1984, *Doct.* p. 101. *Droit du travail et restructurations du capital*, ouvrage collectif, P. U. G. 1982.
- (208) R. Vatinet, "Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interpénétration du droit commercial et du droit du travail". *J. C. P.* 1985, éd. E. 14 546.
- (209) *Ibid.*
- (210) *Le droit capitaliste du travail*, ouvrage collectif, P. U. G. 1980.
- (211) Conf. : Henry Blaise, "La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficultés". Loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. *Dr. soc.* 1985, p. 449, et s. Y. Guyon, "Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés", *Dr. soc.* 1985, p. 267 et s. B. Teyssié, "L'Etat et l'emploi", *J. C. P.* 1986, éd. E. 15 623 - 15 624.
- (212) Il ne peut s'agir que des délégués du personnel ; le droit du travail sénégalais ignore les comités d'entreprise. Ces derniers existent cependant en fait mais avec une coloration politique : le parti au pouvoir a institué dans la quasi-totalité des entreprises des cellules dénommées "Comités d'entreprise du parti socialiste".

à la décision susceptible de mettre en cause leur avenir, leur emploi.

Le législateur sénégalais doit s'adapter au nouvel environnement économique, ce qui, en définitive, n'est qu'une modalité de la nouvelle politique industrielle prônée par les autorités publiques.

La protection pécuniaire des droits individuels des salariés est aujourd'hui insuffisante. La prise en considération des intérêts collectifs des salariés s'avère une nécessité qui justifie largement une réforme législative afin que vive l'entreprise et donc l'emploi.

ooooooo

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

La cessation de l'exploitation liée aux vicissitudes de l'entreprise se traduit toujours par une atteinte à l'emploi. Cette atteinte de l'emploi varie dans sa gravité selon que la cessation de l'exploitation est provisoire ou définitive.

Une cessation provisoire de l'activité de l'entreprise aboutit généralement à la suspension des relations de travail, que cette cessation soit le résultat d'une décision de l'employeur ou qu'elle lui soit imposée. Les salariés conservent donc leur emploi, mais en contre-partie, ils perdent la rémunération correspondant à la période d'inactivité. L'emploi reprend son contenu originel dès que l'entreprise est en mesure de fonctionner dans de bonnes conditions.

En revanche, la situation des salariés est peu enviable lorsque la cessation de l'exploitation revêt un caractère définitif. Il s'agit, en fait d'une disparition de l'entreprise. Or, en pareille hypothèse, l'emploi ne peut être maintenu faute de support matériel : sans activité, il ne peut y avoir d'emploi. La perte de l'emploi devient ici inéluctable, et pour les salariés, c'est un nouveau départ à la recherche de nouveaux et hypothétiques emplois.

ooooooo

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

CONCLUSION GENERALE

Etant arrivé au terme de notre étude, le moment nous paraît venu de rappeler brièvement les principales étapes de notre recherche et d'évoquer en quelques mots le sort réservé à l'emploi pendant les vicissitudes de l'entreprise.

L'influence des vicissitudes de l'entreprise sur l'emploi a pu être cernée à partir de deux situations, selon que l'exploitation a pu être continuée ou non.

Ainsi, nous avons pu relever dans notre première partie que la poursuite de l'exploitation de l'entreprise n'était pas systématiquement un gage de la pérennité de l'emploi. La perte de l'emploi s'avère dans certains cas nécessaire pour permettre à l'entreprise de faire face à ses vicissitudes.

Le législateur, soucieux de protéger au mieux l'emploi, a, dans cette perspective, institué un système qui, bien que n'évitant pas la perte de l'emploi, a le mérite de ne permettre que les licenciements justifiés par l'intérêt de l'entreprise.

Par ailleurs, toujours dans l'hypothèse de la poursuite de l'exploitation, l'employeur peut être amené à adapter l'emploi aux vicissitudes de l'entreprise grâce à son pouvoir de modification des contrats de travail. Ce moyen permet, dans certains cas, d'assurer aux salariés la conservation de leur emploi en contre-partie de la perte de certains avantages.

Enfin le souci d'assurer la stabilité de l'emploi transparaît nettement dans l'article 54 du Code du travail relatif à la poursuite de l'exploitation par un autre employeur. Mais cette volonté non équivoque du législateur n'épouse pas tous les contours de la réalité.

Ayant ainsi dans notre première partie noté que l'atteinte à l'emploi était toujours virtuelle, il nous a été permis, dans une deuxième partie de constater que cette atteinte à l'emploi était aussi présente et quelquefois même plus grave.

La cessation de l'exploitation constitue, au mieux, une menace pour l'emploi, et dans le pire des cas, elle conduit à sa perte.

La menace se traduit par une suspension du contrat de travail ; les salariés conservent leur emploi mais l'exécution du travail qui leur est confié est différée faute d'activité de l'entreprise.

La perte de l'emploi est par contre évidente lorsque la cessation de l'exploitation est définitive. La disparition de l'entreprise conduit à la disparition de tous les emplois. Les conséquences sociales et économiques d'une telle situation devraient inciter les pouvoirs publics à prévenir les difficultés des entreprises, à défaut de pouvoir les éliminer. Les vides juridiques constatés çà et là illustrent une inadaptation de notre législation sur ce point. L'entreprise, surtout dans les pays du tiers-monde, est un vecteur de développement. Le législateur ne peut se permettre d'ignorer plus longtemps cette réalité contemporaine.

0000000

CODESRIA - BIBLIOTHÈQUE

B I B L I O G R A P H I E

S O M M A I R E

CODESRIA BIBLIOTHEQUE

I - OUVRAGES GENERAUX - TRAITES ET MANUELS.

- Auby J. M. et Ducos-Ader R., Droit administratif (la fonction publique, les biens publics, les travaux publics) Dalloz 1983, 6ème édition.
- Bockel A., Droit administratif, N. E. A. 1978, Dakar.
- Brun A. et Galland H., Traité de droit du travail, T. 1 et 2, Sirey 1978, 2ème édition.
- Camerlynck G. H., Traité de droit du travail, T. 1. Le contrat de travail, Dalloz 1982, 2ème édition.
- Camerlynck G.H., Lyon-Caen G. et Pélissier J., Droit du travail, Dalloz 1986, 13ème édition.
- Carbonnier J., Droit civil - les obligations, P.U.F. 1982, 11ème édition.
- Catala N., Traité de droit du travail, T. 4, L'entreprise, Dalloz 1980, 1ère édition.
- Despax M., Traité de droit du travail, T. 7, Les conventions collectives, Dalloz 1966, 1ère édition, mise à jour 1974.
- Durand P. et Jaussaud R., Traité de droit du travail, T. 1, Dalloz 1947.
- Durand P. et Vitu A., Traité de droit du travail, T. 2 et 3, Dalloz 1950 et 1956.
- Issa-Sayegh J., Le droit du travail sénégalais L. G. D. J./ N. E. A. 1987.
- Javillier J. cl., Traité de droit du travail, L. G. D. J. 1981, 2ème édition.
- Kirsch M., Droit du travail africain, T. 1 et 2, Ediena 1976.
- Mareaud H. L. J., Leçons de droit civil, les obligations, 1978, 6ème édition.
- Merle R. et Vitu A., Traité de droit criminel, T. 1, CUJAS 1984, 5ème édition.
- Ollier P. D., Droit du travail, A. Colin 1972, 1ère édition.

- Plantey A., Traité de la fonction publique, L. G. D. J. 1963.
- Pradel J., Droit pénal général, CUVAS 1986, 5ème édition.
- Savatier J. et Rivero J., Droit du travail, P. U. F. 1984, 9ème édition.
- Sinay H. et Javillier J. cl., Traité de droit du travail, T. 6, La grève, Dalloz 1984, 2ème édition.
- Starck B., Droit civil. Obligations, Litec 1972.
- Teyssié B., Traité de droit d. travail, Litec 1980.
- Tosi J. P., Le droit des obligations du Sénégal, L. G. D. J./ N. E. A. 1981.
- Vedel G. et Delvolpe P., Droit administratif, P.U.F. 1982, 8ème édition.
- Viney G., Traité de droit civil - La responsabilité. Conditions, L. G. D. J. 1982.

ooooooo

CODESRIA BIBLIOTHEQUE

II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES.

- Aliprantis N., La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, L. G. D. J. 1980.
- Beraud J. M., La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale, Sirey 1980.
- Brun A., La jurisprudence en droit du travail, Sirey 1967.
- Despax M., L'entreprise et le droit L. G. D. J. 1956.
- Despax M., Péliissier J., Gestion du personnel, CUJAS 1974, 1ère édition.
- Droit du travail et restructuration du capital, ouvrage collectif, P. U. G. 1982
- Encyclopédie juridique de l'Afrique, volume 8, N. E. A. 1982.
- Gaudu F., L'emploi dans l'entreprise privée. Essai d'une théorie juridique, Thèse Paris 1982, 2 volumes.
- Latournerie R., Le droit français de la grève, Sirey 1972.
- Le droit du travail et son interprétation jurisprudentielle, Chambre de commerce de Dakar 1977.
- Le droit capitaliste du travail, ouvrage collectif, P. U. G. 1980.
- L'entreprise : nouveaux apports, ouvrage collectif, Economica 1987.
- Mélanges Camerlynck G. H., Dalloz 1978.
- Mélanges Dehove G. 1983.
- Mélanges Kayser P. Aix-en-Provence, P. U. 1979.
- Mélanges Marty G. 1978.
- Mélanges Vigneux Espic 1981.
- Mélanges Vincent J. L., L. G. D. J. 1981.
- Mélanges Waline M., Paris 1974.
- Moderne F., Le contrôle administratif des licenciements économiques, Sirey 1983.
- Nzouankeu J. M., - La jurisprudence administrative sénégalaise T. 1 (fascicule).
 - Les grandes décisions de la jurisprudence administrative sénégalaise.

- Pélissier J., La réforme du licenciement, Sirey 1980, 2ème édition.
- Pélissier J. et Lyon-Caen G., Les grands arrêts de droit du travail, Sirey 1980, 2ème édition.
- Pradel J. et Varinard A., Les grands arrêts du droit criminel, T. 2, Sirey 1984.
- Ramin A., Le lock-out et le chômage technique, L. G. D. J. 1977.
- Ripert G., - Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste, L. G. D. J. 1951, 2ème édition.
 - Les forces créatrices du droit, L. G. D. J. 1955.
- Salleron L., Le pouvoir dans l'entreprise, C. L. C. 1981.
- Stoffaës Ch., Fins des mondes, O. Jacob 1987.
- Sportouch J. M., Le contrôle des licenciements économiques Thèse Lyon 1981.
- Travaux de l'Association H. Capitant 1947.
- Vacarie I., L'employeur, SIREY 1979.

oooo

III - ARTICLES ET CHRONIQUES.

- Aliprantis N., "L'annulation de l'autorisation de licenciement et ses effets civils à l'égard des travailleurs protégés", Dr. soc. 1976, p. 338.
- Atias Ch. et Linotte D., Le mythe de l'adaptation du droit au fait, Dalloz 1977, chr. p. 252.
- Blanc-Jouvan, - V° Entreprise, Encyclopédie Dalloz, droit du travail.
 - "Un éclatement de la notion de licenciement", Dr. soc. 1981, p. 207.
- Balart L., Les réformes du chômage partiel, Dr. soc. 1985, n° spécial Octobre, P. 630.
- Blaise H., - "Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'article L 122-12 du Code du travail", Dr. soc. 1984, p. 91.
 - "Les modifications dans la personne de l'employeur : l'article L 122-12 dans la tourmente", Dr. soc. 1986, p. 837.
 - "La situation juridique des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise", Dr. soc. 1974, p. 139.
 - Actualisation d'un caneau juridique : l'article L 122-12 du Code du travail", Dr. soc. 1985, p. 161.
 - "Les droits individuels des salariés et les entreprises en difficultés", Dr. soc. 1985, p. 449.
- Benoît A. et Naude F., "Licenciements collectifs et sécurité de l'emploi", Dr. soc. n° spécial juin 1975, p. 51.
- Berthe A. W., "La définition de la cessation des paiements dans la jurisprudence sénégalaise", Réveil-matin, n° 4/5, p. 51.

- Boubli B., "Vers la fin du droit du travail", Dr. soc. 1985, p. 239.
- Braibant G., "Le principe de la proportionnalité", in Mélanges M. Waline, Paris 1974, T. II, p. 297 et s.
- Camerlynck G. H., - "Identité d'entreprise et identité d'emploi", Dalloz 1978, chr. p. 219.
 - " La révision du contrat de travail", J. C. P. 1961, I. 1964.
 - " De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement", J. C. P. 1958, I. 1 425.
- "La Cour de Cassation et le lock-out", Dalloz 1960, Chr. p. 211.
- Catala N., "L'absence en chômage technique", Dr. soc. 1981, p. 679.
- Chaumette P., "Réflexions sur l'imputabilité de la rupture du contrat de travail", Dalloz 1986, chr. p. 68.
- Combette J. M., "Les nouvelles pénalités applicables en cas d'infractions au droit du travail", Dr. soc. 1973, p. 231.
- Corvest H., "L'émergence de l'entreprise en droit positif", Rev. dr. com. écon. 1986, p. 201.
- Couturier G. : - "La nullité du licenciement", Dr. soc. 1977, p. 216.
 - "Les techniques civilistes et le droit du travail", Dalloz 1975, chr. pp. 151 à 158 et pp. 221 à 228.
- De Lestang R., "La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes", Dr. soc. n° spécial avril 1979, p. 5.
- Deprez J., "Un remède incertain à la précarité des avantages acquis", Dr. soc. 1986, p. 906.

- Derrida F. : - "Tiens ou/et ayant-cause ? La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives", Rev. trim. dr. com. 1976, p. 1.
 - "La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives", Dr. soc. n° spéc. février 1978, p. 62.
- Despax M. : - "Groupes de sociétés et institutions représentatives du personnel", J. C. P. 1972, éd. G. I. 2 465.
 - "L'acceptation tacite par le salarié de modifications aux conditions de travail initialement convenues avec l'employeur", Mélanges G. Marty, p. 449.
- Dias J. P., "La nouvelle politique industrielle : le point de vue d'un employeur", Rel. soc. n° 4, 1987, p. 19.
- Dupeyroux J. J. : - "Le licenciement illicite des représentants du personnel", Dalloz 1970, chr. p. 188.
 - "Observations sur quelques points faibles du dispositif", Dr. soc. n° spécial 1975, p. 222.
 - "Contrat de travail et garantie des ressources", Mélanges Camerlynck G. H., Dalloz 1978, p. 149.
- "Droit du licenciement : deux lois ne font pas une législation cohérente", in Le Monde 18 février 1985.
- Durand P. : - "La notion juridique d'entreprise", in Travaux de l'Association H. Capitant, T. 3, 1947, p.56.
 - "Le dualisme de la convention collective du travail", Rev. trim. dr. civ. 1939, p. 353.
- Freyria Ch., "Structures et conjonctures en droit du travail", Mélanges G. Debove. 1983, p. 293.
- Gattaz Y., "L'emploi, l'emploi, l'emploi...", in Le Monde du 5 mars 1986.

- Gaudu F., "La notion juridique d'emploi en droit privé",
Dr. soc. 1987, p. 414.
- Guericolas M. A., "La force majeure en droit du travail"
Etudes offertes à A. BRUN, Librairie technique
et sociale 1974, Paris, p. 260.
- Grelon B., "Entreprises en difficultés et défense de l'emploi",
Gaz. Pal. 1984, doctrine, p. 101.
- Guyon Y. : - "Le règlement amiable des difficultés des entre-
prises et les salariés", Dr. soc. 1985, p. 267.
- "Le droit des salariés dans la liquidation col-
lective des biens de l'entreprise", Dr. soc.
1974, p. 139.
- Karaquillo J. P., "La mise à pied économique", Dr. soc. 1975,
n° spécial juin, p. 139.
- Issa-Sayegh J. : -"Les apports jurisprudentiels de la deuxiè-
me section de la Cour Suprême à quelques règles
d'organisation judiciaire et de procédure", à
paraître.
- Lambert G., "Introduction à l'examen de la notion juridique
d'entreprise", Mélanges Kayser, T.2, 1979, p.77.
- Jeammeaud A., "La notion de licenciement pour motif économique",
Dr. soc. 1981, p. 267.
- Lambert-Faivre Y., "L'entreprise et ses formes juridiques",
Rev. trim. dr. com. 1968, p. 907.
- Langlois Ph., "Contrat individuel de travail et convention
collective : un nouveau cas de représentation",
Dr. soc. 1975, p. 283.
- Lapeyre Ch., "Le contrôle des motifs par le juge de l'excès
de pouvoir au Sénégal", Penant 1976, p. 415.
- Le Floch P., "Entreprise et fonds de commerce", in L'entrepri-
se : nouveaux apports, Economica 1987, p. 88.
- Lemasurier J., "Vers un nouveau principe général de droit ?
le principe bilan-coût-avantages", Mélanges
Waline, T. 2, 1974, p. 511.

- Legal A., "Politique criminelle et profession", Mélanges H. Donnedieu de Vabres, 1960, p. 90.
- Le Nabasque H., "Contrôle, pouvoir de direction et d'organisation et droit de propriété dans l'entreprise sociale", in L'entreprise : nouveaux apports, Economica 1987, p. 111.
- Le Roux-Cocheril R., "La faillite et l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail", Dr. soc. 1972, p. 93.
- Level P., "De quelques atteintes au principe de la personnalité des peines", J. C. P. 1960, I. 511.
- Lô M., "Le droit des conventions collectives au Sénégal", Annales africaines 1970, p. 173.
- Lyon-Caen G. :
 - "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)", Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 230.
 - "La concentration du capital et le droit des procédures collectives", Dr. soc. 1983, p. 287.
 - "La bataille tronquée de la flexibilité de l'emploi", Dr. soc. 1985, p. 801.
 - "Le lock-out", Dr. ouv. n° 23, février 1950.
 - "Les travailleurs et les risques économiques", Dalloz 1974, chr. p. 47.
 - "La recherche des responsabilités dans les conflits de travail", Dalloz 1979, chr. p. 225.
 - "Entreprise et politique", J. C. P. 1977, éd. G. 2 863.
 - "La crise actuelle du droit du travail", in Le droit capitaliste du travail, P.U.G. 1980, p. 263.
 - "Le droit et l'emploi", Dalloz 1982, chr. p. 133.
- Lyon-Caen G. et A., "La doctrine de l'entreprise", in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec 1978, p. 595.

- Machelon J. P., "La réforme récente du contrôle des licenciements et le juge administratif", Dr. soc. 1973, p. 190.
- Magaud J., "L'éclatement juridique de la collectivité de travail", Dr. soc. 1975, p. 525.
- Michel J. P., "Observations sur le droit et la pratique du chômage partiel total", Dr. soc. 1985, p. 299.
- Moderne F. :
 - "L'ambiguïté de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative", Dr. soc. 1985, p. 822.
 - "Les licenciements pour motif économique et le juge administratif : où en est-on ?", Dr. soc. 1978, p. 39.
- Morand M., "Vie et mort de l'usage d'entreprise", J. C. P. 1986, éd. E. 15 372.
- Morel G., "Le droit coutumier social de l'entreprise", Dr. soc. 1979, p. 279.
- Mouly J., "Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise", Dr. soc. 1982, p. 735.
- N. de Puybusque J., "Les divers modes de rupture des contrats de travail à durée indéterminée et leurs conséquences - Article L 122-12 du Code du travail", Dalloz 1980, chr. p. 317.
- Ollier P. D. :
 - "Le contrôle du motif économique du licenciement", Dr. soc. n° spéc. avril 1978, p. 29.
 - "Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail", Dr. soc. 1967, p. 486.
 - "L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise", Dr. soc. 1982, p. 680.
- Paillusseau J. :
 - "Qu'est-ce que l'entreprise ?", in L'entreprise : nouveaux apports, Economica 1987, p. 11.
 - "L'E. U. R. L. ou des intérêts pratiques

et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle", J. C. P. 1986, éd. G. 3 246.
- "Les fondements du droit moderne des sociétés", J. C. P. 1984, éd. E. II. 14 193, éd. G. I. 3 148.

- Patarin J., "Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de successions", Mélanges Voirin, L. G. D. J. 1967, p. 618.
- Pélissier J. : - "Observations à propos de la notion de licenciement individuel", in Etudes offertes à G. H. Camerlynck, Dalloz 1978, p. 83.
- "Le détournement par l'employeur de son pouvoir disciplinaire", in Mélanges J. Vincent L. G. D. J. 1981, p. 273.
- "Les licenciements pour motifs économiques, Dalloz 1975, chr. p. 135.
- Poli D., "Le chômage partiel total ou comment licencier sans s'embarasser de procédure", Dr. soc. 1985, p. 294.
- Rodière P., - "Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail", Dr. soc. 1986, p. 873.
- Rozes L., "La responsabilité au titre de la gestion économique de l'entreprise à l'égard des salariés", in Mélanges Vigreux, Espic 1981, p. 699.
- Salvage Ph., "L'application du nouveau droit du licenciement à la modification substantielle du contrat de travail", J. C. P. 1977, éd. C. I. 12 559.
- Saramito F., "Droit du travail et procédure d'exécution collective", Dr. ouv. 1974, p. 151.
- Savatier J. : - "Les obligations respectives des employeurs successifs", Dr. soc. 1984, p. 271.

- - "Les modifications unilatérales du contrat de travail", Dr. soc. 1981, p. 219.
- "Le contentieux judiciaire des licenciements soumis à une autorisation administrative en raison de leurs motifs économiques", Dr. soc. 1978, n° spéc. p. 39.
- "Les salaires d'inactivité", Dr. soc. 1984, n° spéc. décembre, p. 710.
- "Modifications unilatérale du contrat de travail et respect des engagements contractuels", Dr. soc. 1988, p. 135.
- "Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail", in Etudes offertes à A. BRUN, Librairie technique et sociale 1974, p. 527.
- "Pouvoir patrimonial et direction des personnes", Dr. soc. n° spéc. Janvier 1982, p. 1.
- Savy R., "Le grade et l'emploi", Dalloz 1968, chr. p. 131.
- Schaeffer E. : - "L'envers de l'article 23-8° livre I du Code du travail", J. C. P. 1963, I. 1 753.
- "Le droit de lock-out, Dr. soc. 1957, p. 203.
- Sinay H., "Stabilité de l'emploi et transfert de l'entreprise", J. C. P. 1961, I. 1 647.
- Sinay H. et Lyon-Caen G., "La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés", J. C. P. 1970, I. 2 395.
- Singer J., "La motivation des actes administratifs", Rev. ad. 1980, p. 70.
- Supiot A., "Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise", Rev. trim. dr. com. 1985, p. 621.
- Sur S., "Motivation ou non motivation des actes administratifs", A. J. D. A. 1978, p. 3
- Tantaroudas Ch., "Utilisation, déformation et disparition de la force majeure dans les rapports individuels de travail", Dr. soc. 1978, p. 223.

- Teyssié B. : - "L'adaptation de l'emploi à l'activité de l'entreprise", J. C. P. 1986, éd. E. 15.147.
- "L'interlocuteur des salariés", Dr. soc. 1982, p. 41.
- "L'Etat et l'emploi", J. C. P. 1986, éd. E. 15 623, éd. G. I. 3 258.
- "La modification du contrat de travail instrument de gestion de l'entreprise", Dr. soc. 1986, p. 852.
- Theyry R., "L'intérêt de la famille", J. C. P. 1972, I. 2 485.
- Thuillier H., "L'usage en droit du travail", J. C. P. 1975, éd. C. I. II. 11 619.
- Trochu M., "L'entreprise : antagonisme ou collaboration du capital et du travail", Rev. trim. dr. com. 1969, p. 681.
- Tunc A., "Force majeure et absence de faute en matière contractuelle", Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 235.
- Vachet G., "L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ?", J. C. P. 1984, éd. C. I. 14 328.
- Vatinet R., "Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises : un exemple d'interpénétration du droit commercial et du droit du travail", J. C. P. 1985, éd. E. II. 1 456.
- Verin J., "Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté", R. S. C. 1963, p. 529.
- Voisset M., "Droit du travail et crise", Dr. soc. 1980, p. 287.

IV - CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS.

- Biancarelli, Conclusions C. E. 18 décembre 1981, Dr. soc. 1982, p. 218.
- Brun, note soc. 2 décembre 1964, J. C. P. 1965, II. 14 438.
- Carbonnier, Observations, Rev. trim. dr. civ. 1954, p. 675.
- C. F. note trib. civ. Estampes, 24 juin 1954; J. C. P. 1954, II. 8 256.
- Couturier, note Ass. plén. 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986, P. 7.
- De la Gressaye, note Paris 14 décembre 1954, J. C. P. 1955, II. 8 559.
- Dondoux, Conclusions C. E. 18 janvier 1980, Dr. soc. 1980, p. 386.
- Dondoux, Conclusions C. E. 18 février 1977, Dr. soc. 1977, p. 116.
- Esmein note soc. 31 mai 1956, J. C. P. 1956, II. 9 397.
- Langlois, observations soc. 18 janvier 1979, Dalloz 1979, I. R. p. 327.
- Larguier, observations crim. 13 octobre 1973, Rev. sc. crim. 1978, p. 621.
- La zerges-Rothe, observations Soc. 6 octobre 1971, J. C. P. 1973, II. 17 323.
- Legal, observations Rev. sc. crim. 1961, p. 798.
- Legeais, note Crim. 20 janvier 1960, J. C. P. 1960, II. 11 774.
- Levasseur note soc. 31 mai 1956, Dalloz 1956, p. 21.
- Lindon, note soc. 7 juin 1961, J. C. P. 1961, G. II. 12 287 bis.
- Lyon-Caen note soc. 2 décembre 1964, Dalloz 1965, p. 112.
- Lyon-Caen note soc. 10 mars 1965, Dalloz 1965, p. 550.
- Nzouankeu, Observations C. sup. 2ème sect. 27 décembre 1978, G. D. J. A., p. 201.
- Pélissier note soc. 8 novembre 1978, Dalloz 1979, p. 277.

- Picca, Conclusions Ass. Plén. 15 novembre 1985, Dr. soc. 1986, p. 1 et s.
- Picca et Ecoutin, Conclusions soc. 8 et 2 février 1984, Dalloz 1984, II, p. 321.
- Ponsard, note civ. 1ère, 6 janvier 1976, Dalloz 1976, p. 256.
- Questiaux, Conclusions C. E. 29 juin 1973, Dr. soc. 1974, p. 42.
- Samb, Rapport C. sup. 2ème section, 26 avril 1984, RIPAS n° 10, p. 587.
- Savatier, note soc. 4 janvier 1974, Dr. soc. 1974, p. 472.
- Savatier, note Ass. Plén. 21 janvier 1964, Dr. soc. 1964, p. 288.
- Observations Dr. soc. 1978, p. 298.
- Teyssié et Descottes, observations soc. 30 novembre 1978, J. C. P. 1978, C. I. I. 7 921, p. 201.
- Tunc, note T. G. I. Laval 29 avril 1963, Dalloz 1963, p. 674.
- Verdier, note Paris, ch. correct. 16 juin 1967, Dalloz 1968, p. 331.

ooooo

<u>TABLE DES MATIERES</u>	<u>Pages</u>
<u>INTRODUCTION GENERALE</u>	4
I - Les concepts d'entreprise et d'emploi.	6
A/ L'entreprise	6
1° Les concepts juridiques d'entreprise	6
a) L'entreprise, cellule économique	7
b) L'entreprise, cellule sociale	9
2° La nature juridique de l'entreprise	12
a) La thèse institutionnelle de l'entreprise	13
b) La personnification juridique de l'entreprise	13
B/ L'emploi	14
1° L'approche extra-juridique de la notion d'emploi	15
a) L'emploi au sens usuel	15
b) L'emploi dans les sciences économiques	16
2° Les concepts juridiques d'emploi	17
a) La notion d'emploi en droit public	17
b) La notion d'emploi en droit social	18

II - Délimitation du sujet.

III - La problématique du sujet.

 Annonce du Plan :

PREMIERE PARTIE : LES VICISSITUDES DE L'ENTREPRISE SANS
DISCONTINUITE DE L'EXPLOITATION 27

DEUXIEME PARTIE : LA CESSATION DE L'EXPLOITATION LIEE AUX VICISSITUDES DE L'ENTREPRISE	27
<u>PREMIERE PARTIE : Les vicissitudes de l'entreprise sans discontinuité de l'exploitation.</u>	28
TITRE I : La mutation juridique de l'entreprise et le maintien de l'emploi	31
CHAPITRE I : La mise en oeuvre du maintien de l'emploi	34
SECTION I : La nécessité d'une modification juridique	35
§ I : La nature de la modification	35
1° L'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs	35
2° La nature du lien de droit	39
§ II : L'objet de la modification	43
1° La forme de l'entreprise	43
2° Les éléments de la modification	44
SECTION II : La permanence de l'entreprise ou de son exploitation	46
§ I : Le critère jurisprudentiel de l'entreprise	47
1° Le critère fonctionnel de l'entreprise	47
2° Le critère organisationnel de l'entreprise	49
§ II : La poursuite d'une activité identique	50
1° L'interruption d'activité	50
2° De l'identité d'activité à l'identité d'emploi	51
CHAPITRE II : L'automaticité du maintien de l'emploi.	56

SECTION I : La survie des relations individuelles de travail	56
§ I : Le maintien des contrats de travail en cours	56
§ II : Le sort des accords collectifs	60
1° La solution certaine	60
2° La solution controversée	62
SECTION II : La fragilité du maintien de l'emploi	67
§ I : L'obligation négative de l'ancien employeur le licenciement en vue du transfert	67
§ II : L'inadéquation de la sanction	70
TITRE II : L'adaptation de l'emploi aux vicissitudes de l'entreprise	75
CHAPITRE I : L'adaptation contractuelle de l'emploi	77
SECTION I : Les formes de l'adaptation contractuelle de l'emploi	78
§ I : L'adaptation automatique de l'emploi	78
§ II : L'adaptation substantielle de l'emploi	80
SECTION II : L'alternative du salarié face à la modification substantielle de l'emploi	85
§ I : L'acceptation par le salarié de la modifica- tion substantielle	85
§ II : L'adaptation manquée de l'emploi	88
CHAPITRE II : L'adaptation structurelle de l'emploi : la nécessité de la suppression d'emploi	95
SECTION I : L'identification des licenciements pour motif économique	95
§ I : La suppression d'emploi	96

§ II : L'origine de la suppression d'emploi	99
SECTION II : Les garanties contre la suppression d'emploi	104
§ I : La désignation des salariés à licencier	105
I - Le cadre de la désignation des salariés à licencier	105
II - La détermination de l'ordre des licenciements	107
§ II : La concertation avec les délégués du personnel	109
§ III : L'intervention de l'autorité administrative	111
I - La décision de l'inspecteur du travail	111
II - Le contrôle de la décision administrative	114
1° L'intervention de l'autorité hiérarchique	114
2° Le contrôle juridictionnel	116
a) Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir	117
b) L'intervention du juge judiciaire	119
§ IV : La priorité de réembauchage	122
1° Un avantage mérité	122
2° Les conditions de la priorité de réembauchage	123
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	127
<u>DEUXIEME PARTIE : La cessation de l'exploitation liée aux vicissitudes de l'entreprise.</u>	128
TITRE I : La cessation provisoire de l'exploitation et la menace sur l'emploi	130

CHAPITRE I : La menace sur l'emploi consécutive à une décision de l'employeur	132
SECTION I : Le lock-out, moyen de défense juridique de l'employeur contre la défaillance du personnel	133
§ I : Le droit de lock-out de l'employeur	134
1° Un procédé contesté	135
2° La licéité certaine du lock-out	137
§ II : L'incidence du lock-out sur l'emploi	142
SECTION II : La cessation de l'exploitation moyen de défense économique de l'employeur : la mise à pied économique	144
§ I : La suspension conventionnelle du contrat de travail	146
§ II : L'indemnisation des salariés pendant la mise à pied économique	151
CHAPITRE II : La menace sur l'emploi consécutive à une mesure imposée à l'employeur	155
SECTION I : La cessation de l'exploitation pour cause de force majeure	155
§ I : La notion de force majeure	156
1° Les caractères usuels de la force majeure	156
2° L'impossibilité d'exécution	157
§ II : Les effets de la force majeure	160
SECTION II : La cessation de l'exploitation, mesure de répression contre l'employeur	163
§ I : La nature de la fermeture d'établissement	164
§ II : L'effet de la fermeture d'établissement sur l'emploi des salariés	166

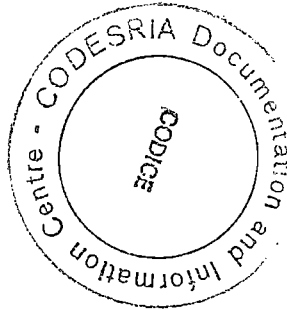
TITRE II : La cessation de l'exploitation et la disparition de l'emploi	172
CHAPITRE I : La cessation définitive de l'exploitation décidée par l'employeur	174
SECTION I : La nature juridique du pouvoir de direction de l'employeur	174
§ I : Les justifications théoriques du pouvoir de direction	175
1° La justification patrimoniale et contractuelle du pouvoir de direction	175
2° La justification institutionnelle du pouvoir de direction de l'employeur	177
§ II : La nature dualiste du pouvoir de direction de l'employeur	179
SECTION II : Le pouvoir de direction de l'employeur et la disparition de l'entreprise	181
§ I : L'irresponsabilité de l'employeur dans la disparition de l'entreprise	181
§ II : Le détournement par l'employeur de son pouvoir de direction	184
CHAPITRE II : La cessation définitive de l'exploitation imposée à l'employeur	191
SECTION I : La disparition de l'entreprise à la suite d'une force majeure définitive	191
§ I : La perte de l'emploi	
§ II : Le remède à la perte de l'emploi	194
SECTION II : La cessation définitive de l'exploitation à la suite d'une décision de liquidation des	

biens de l'entreprise	195
§ I : Le sort de l'emploi dans la liquidation des biens de l'entreprise	196
1° Le maintien provisoire de l'emploi	196
2° La perte de l'emploi	199
§ II : La prise en considération des intérêts des salariés dans la liquidation des biens	202
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	206
CONCLUSION GENERALE	207
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	210
TABLE DES MATIERES	226

o o o o o

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Vu, le Président de la thèse,



Joseph ISSA-SAYEGH

Vu, le Doyen de la Faculté des
Sciences juridiques et économiques
de l'Université Cheikh Anta DIOP
de DAKAR.

Moustapha SOURANG

Vu et permis d'imprimer,
le Recteur, Président de
l'Assemblée de l'Université
Cheikh Anta DIOP de
DAKAR

Souleymane NIANG