UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR

BP : 5005 Dakar-Fann

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES (FSJP)

DEPARTEMENT DE DROIT PRIVE

MEMOIRE DE FIN DE CYCLE

Présenté en vue de l'obtention du

DIPLOME DE MASTER II RECHERCHE DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES / OPTION AFFAIRES

THEME :

LA PROTECTION DU SALARIE DANS LE DROIT DU LICENCIEMENT

Présenté publiquement par :

Adama BINGA

Directeur de recherche:

Pr. Massamba GAYE

Agrégé des facultés de droit

Année académique : 2018 – 2019

AVERTISSEMENT

« L'Université Cheikh Anta Diop de Dakar n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ».

DEDICACE

Je dédie ce mémoire à :

- ***A ma maman, Coumba FALL, quoi que je dise ou que je fasse, je ne saurai point te remercier comme il se doit. Ton amour me couvre, tes conseils me guident et ta présence incessante à mes côtés a toujours été mon point d'appui pour affronter les différents obstacles.***
- ***A mon très cher et adorable papa, Khalifa Ababacar BINGA, qui m'a soutenu et encouragé durant ces années d'études, je ressens tes prières papa ;***
- ***A ma tante, Ramata BA, qu'elle trouve ici le témoignage de ma profonde reconnaissance***

REMERCIEMENTS

La mise en œuvre concrète de ce document est le fruit de plusieurs mois d'étude et de recherches. Ce dernier ne serait effectif sans le concours incontournable de certaines personnes de par leurs appuis diligents, encouragements et accompagnements d'ordres scientifiques, techniques, financiers et moraux, qui ont été pour nous d'une immense utilité. Par conséquent, permettez-nous de prime abord, de remercier et de témoigner notre profonde gratitude à l'endroit de tous ceux qui ont participé ou contribué, directement ou indirectement à la réalisation de ce document. Nos sincères remerciements vont ainsi à l'endroit de :

- ✓ Notre directeur de mémoire Monsieur Massamba GAYE, Professeur agrégé des facultés de droit, pour sa notoriété scientifique, sa disponibilité, ses efforts consentis, et sans qui, l'élaboration de ce travail ne serait guère possible. Puisse les mérites de ce travail vous revenir.
- ✓ Tout le jury pour avoir consacré son temps en vue de lire et d'évaluer ce travail ;
- ✓ Monsieur Dame LO pour son soutien constant et ses encouragements qui ont été pour moi d'une grande aide.
- ✓ Madame Yacine BINGA pour ses précieux conseils et son attention particulière à mon égard.
- ✓ Monsieur Bara THIAO et son épouse Ramata BA pour leur disponibilité et soutien moral.
- ✓ Nous remercions énormément l'ensemble du corps professoral de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar pour leurs inestimables apports tout au long de notre formation.
- ✓ Mes frères et sœurs, Theophic Landozi NEKERE, Mor SARR, Mame Yacine GUEYE BINGA, Maman Daly BINGA, Birago BINGA, Sidya BINGA, Astou FALL, Bineta DIAW, Marcella COLY, Moussa KONATE, Abdoulaye Al Faly NIASS, Mamadou SONKO, Daba NGOM, Lolo DOTCHE-TOGBE, qui m'ont toujours exprimé leur attachement de me voir aller de l'avant surtout dans mes moments de doute, et qui ne cessent de prier pour moi et de m'encourager chaque jour dans mes études.

SIGLES ET ABREVIATIONS

Al : Alinéa

Art : Article

BIT : Bureau International du Travail

Bull. : Bulletin

C. A : Cour d'Appel

C. E : Conseil d'Etat

C.R.E.D.A.T : Centre régional de recherche et de Diagnostic de l'Autisme et des Troubles apparentés

C/ : Contre

Cass. : Cassation

CCNI : Convention Collective Nationale Interprofessionnelle

CDI : Contrat à Durée Indéterminée

Ch. Soc. : Chambre Sociale

CMT : Confédération Mondiale du Travail

CNTS : Confédération Nationale des Travailleurs du Sénégal

COCC : Code des Obligations Civiles et Commerciales

CSS : Compagnie Sucrière Sénégalaise

DESS : Diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées

éd. : Edition

EDJA : Editions Juridiques Africaines

I.C.S : Industries Chimiques du Sénégal

Ibidem : Dans le même ouvrage

J.O : Journal Officiel

janv. : Janvier

JORF : Journal Officiel de la République Française

N° : Numéro

Nov. : Novembre

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

OIT : Organisation Internationale du Travail

Op. Cit. : (opere citato) ; ouvrage précité

p. : Page

PUF : Presses Universitaires de France

RJS : Revue de Jurisprudence Sociale

SA : Société Anonyme

SARL : Société à Responsabilité Limitée

SN : Sénégal

SNCDS : Société Nouvelle des Conserveries du Sénégal

Soc. : Social

SOCOTEC : Société de Contrôle Technique et d'Expertise de la Construction

SOSENCO : Société Sénégalaise de Construction

SOTRAC : Société des Transports du Cap-Vert

T.T.H.C : Tribunal du Travail Hors Classe

TPOM : Travail et Profession d'Outre-mer

Trib. trav. : Tribunal du Travail

UCAD : Université Cheikh Anta DIOP

UMS : Union des Magistrats du Sénégal

UNISYNDI : Union Intersyndicale d'Entreprises et d'Industries de l'Ouest Africain

V. : Voir

VIH : Virus de l'Immunodéficience Humaine

Vol. : Volume

SOMMAIRE

CHAPITRE I : LA PROTECTION DU SALARIÉ : UNE RÉALITÉ DANS LE DROIT DU LICENCIEMENT.....7

SECTION I : UNE PROTECTION GARANTIE DURANT LE PROCESSUS DE LICENCIEMENT PAR L'ÉTABLISSEMENT DE RÈGLES PROTECTRICES 7

SECTION II : UNE PROTECTION CONTINUE DU SALARIE APRES LE PRONONCE DU LICENCIEMENT 25

CHAPITRE II : LA PROTECTION DU SALARIÉ : UNE RÉALITÉ FRAGILISEE 37

SECTION I : UNE PROTECTION FRAGILISÉE PAR LES NOUVELLES TENDANCES DU DROIT DU TRAVAIL 37

SECTION II : L'INSUFFISANCE DES SANCTIONS DU LICENCIEMENT 50

INTRODUCTION

« … *Nous le savons et vous le savez aussi bien que nous, la justice n'entre en ligne de compte dans le raisonnement des hommes que si les forces sont égales de part et d'autre ; dans le cas contraire, les forts exercent leur pouvoir et les faibles doivent leur céder*[1]», la domination des forts sur les faibles se ressent à tous les niveaux de la vie sociale. En droit social, cette domination provient du fait qu'il s'agit d'un travail dépendant qui s'effectue moyennant une rémunération. L'employeur est la personne qui possède les instruments de travail, tandis que le travailleur salarié, est celui qui met à la disposition de celui-ci sa force de travail physique, intellectuelle ou artistique, et qui lui est subordonné. Suivant une telle logique, on peut considérer l'employeur comme étant économiquement plus fort que le salarié. C'est pour cette raison qu'au départ, le droit du travail a constitué un ensemble de mesures de protection au bénéfice des plus faibles[2].

Le droit du travail est la branche du droit privé qui régit les rapports de travail subordonnés ; il organise les rapports sociaux au sein de l'entreprise, et est constitué d'un ensemble de normes juridiques qui régissent les relations entre un employeur et un employé. Son but est de rétablir l'équilibre des rapports de travail entre un salarié et son patron, dans la mesure où la relation contractuelle est plus favorable à ce dernier. Par conséquent, le droit du travail est un droit partisan, en ce sens qu'il est élaboré essentiellement en considération du salarié. Il est, pour l'essentiel, un droit de protection de ce dernier en raison de son état de subordination. Cette protection consiste à assurer au salarié une sécurité de l'emploi et des conditions de travail, ainsi qu'une participation à l'élaboration et à l'application du droit du travail[3]. Cette protection passe de la phase de conclusion à celle de rupture du contrat de travail.

Ce contrat peut être conclu soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéterminée. S'agissant d'un contrat à durée indéterminée, les parties ont la possibilité d'y mettre fin à tout moment du fait que la relation de travail n'est pas perpétuelle[4]. Ainsi, si l'initiative de la rupture émane du salarié, on est en présence d'une démission. Cependant, si elle s'apprécie du côté de

[1] Cette phrase célèbre a été écrite par Thucydide, il y a 2400 ans, dans son Histoire de la guerre du Péloponnèse entre Athènes et Sparte, consulté sur le site https://chronique-libre.com/2011/06/24/143-la-loi-du-plus-fort/, Le 12 Janvier 2021 à 05h28.
[2] J. M. Phoba Mvioki, *Droit congolais du travail*, Harmattan RDC, 2015, p. 17.
[3] M. Y. Bodian, *Droit du travail sénégalais,* année 2007 – 2008, FSJP-UCAD, p. 2.
[4] H.J.T. FOMBENO, *Droit du travail sénégalais*, Harmattan-Sénégal, 2017, p. 291.

l'employeur, on parle de licenciement[5]. Celui-là est la forme de rupture la plus douloureuse parce qu'il prive l'employé de sa principale source de revenus, raison pour laquelle il est strictement encadré. De ce fait, une protection rigoureuse est apportée au salarié par le droit du travail en cas de licenciement, et c'est d'ailleurs même cette protection qui fait l'objet de cette étude, à savoir « la protection du salarié dans le droit du licenciement ».

D'après le dictionnaire Larousse, la notion de protection renvoie à l'action de prendre la défense de quelqu'un ou de quelque chose ; il est ainsi garanti une certaine sécurité au sujet protégé. Le dictionnaire du vocabulaire juridique définit la protection comme un ensemble de mécanisme visant à assurer le bien-être des personnes, et aussi comme précaution. Le professeur François Bugnion, estime que *« le concept fondamental de protection vient du latin pro-tegere, signifiant littéralement couvrir en avant". La notion de protection entend ainsi un écran, un parasol, ou un bouclier que l'on interpose entre une personne ou un bien en danger et le danger qui le menace. Le champ lexical de la notion de protection invoque donc l'idée de sécurisation : sauvegarde, garantie, aide, enveloppe, couverture, assurance, écran, tablier et masque*[6]». Le professeur Gérard Cornu définit quant à lui la protection comme « *étant une précaution qui, répondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre, et répondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne un bien contre un risque, à garantir sa sécurité et son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels. Elle désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif)»*[7].

Le salarié est la personne qui reçoit un salaire[8]. Le code du travail le définit comme *« toute personne, quels que soient son sexe et sa nationalité, qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant une rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée* »[9].

Le licenciement, quant à lui, connaît sur le plan théorique, une définition parfaitement claire. En fait, il ne constitue rien d'autre que l'exercice par l'employeur, du principe civiliste du droit

[5] R. LEMESLE, *Le droit du travail en Afrique Francophone*, EDICEF,1989, p. 277.
[6] E. N. NYATCHOUMOU, *La protection des droits de l'enfant dans les conflits armés internes en Afrique centrale: cas du Burundi*, Université catholique de l'Afrique Centrale - Master droits de l'homme et action humanitaire 2010 consulté sur le site https://www.memoireonline.com/10/12/6402/m_La-protection-des-droits-de-lenfant-dans-les-conflits-armes-internes-en-Afrique-centrale-cas-du5.html#:~:text=Parlant%20de%20Fran%C3%A7ois%20BUGNION%2C%20dans,%60'couvrir%20en%20avant", le 12 Janvier 2021 à 17h34mn.
[7] G. CORNU, Vocabulaire Juridique, Association Henry Capitant, Quadrige/ PUF, 1987, Paris, p. 618.
[8] Larousse, Dictionnaire de Français COMPACT, Edition Jacques Florent, 2005, p. 1249
[9] V. art L. 2 du code du travail sénégalais

de la résiliation unilatérale du contrat. Cette dernière règle, qui est par ailleurs présentée comme étant le corollaire du principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre, traduit la dissolution du contrat par acte volontaire à l'initiative d'une seule partie. Elle fut en effet très tôt posée par la jurisprudence française qui, sur le fondement de l'article 1780 du Code civil, a dégagé le droit de rompre unilatéralement les contrats de travail à durée indéterminée, estimant que *« le louage de services sans détermination de durée peut toujours cesser par la libre volonté de l'un ou de l'autre des contractants…* »[10]. Ainsi, la résiliation du contrat de travail est qualifiée de licenciement lorsque la décision de le rompre vient de l'employeur. Le motif de licenciement est présenté comme une raison ou un fait quelconque qui incite l'employeur à prendre la décision de mettre fin au contrat de travail sans consulter son cocontractant[11]. Autrement dit, le licenciement est l'acte juridique par lequel l'employeur met fin unilatéralement au contrat de travail conclu pour une durée indéterminée[12].Il peut être considéré comme la manifestation du pouvoir disciplinaire dont l'employeur est investi.

En droit du travail, on a deux sortes de licenciement, l'un pour motif personnel et l'autre pour motif économique. Ce dernier est le licenciement qui intervient pour un motif non inhérent à la personne du salarié. Et aux termes de l'article L. 60 du code du travail, tout licenciement individuel ou collectif effectué par l'employeur et motivé par une difficulté économique ou une réorganisation intérieure, constitue un licenciement pour motif économique. Parfois même, on fait de cette notion un instrument de gestion de l'entreprise notamment lorsqu'elle est l'écho de difficultés économiques, de mutations technologiques ou même d'une réorganisation intérieure de l'entreprise[13]

Le licenciement pour motif personnel, encore appelé licenciement de droit commun, est celui dont les motifs sont inhérents à la personne du salarié. Ce licenciement se présente lorsqu'il est prononcé pour faute. Il peut aussi être non fautif (Incapacité physique, insuffisance professionnelle).

Le licenciement peut être différencié d'autres formes de rupture du contrat comme la démission, la rupture d'un commun accord du contrat de travail, la mise à la retraite, et la rupture pour force majeure. La résiliation du contrat porte le qualificatif de démission lorsqu'elle est le fait

[10] N. NDOYE, *le licenciement pour motif personnel en France et au Sénégal (étude de droit comparé)*, Thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg /France, Faculté de droit de sciences de politique et de gestion, 2012, p. 15
[11] J. PELISSIER et autres, *Droit du travail*, Dalloz, 22e éd., Paris, 2004, p. 515
[12] H.J. TAGUM FOMBENO, *Op.cit.*, p. 292
[13] N. NDOYE, *Op.Cit.*, p. 16

du travailleur. La frontière entre le licenciement et la démission est très mince, et il peut arriver que le salarié considère sa démission comme un congédiement, du fait des agissements de l'employeur, et dans cette hypothèse il reviendra au juge de trancher. S'agissant de la rupture d'un commun accord qui est également connu sous le nom d'accord amiable de rupture, de rupture négociée ou de départ volontaire, c'est l'acte par lequel les parties décident de mettre un terme à leurs relations professionnelles. Il suppose un consentement mutuel des parties et se distingue dès lors du licenciement qui traduit une rupture unilatérale du contrat de travail. Une telle faculté trouve en fait ses racines dans les articles L. 1237- 11 à L. 1237-16 du Code du travail français et 97 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales. En effet, si « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », il va sans dire qu'elles sont appelées à disparaître de leur consentement mutuel. Mais, encore, faut-il que le consentement exprimé par chacune des parties n'ait pas été vicié par dol, erreur ou violence[14]. En France, l'accord doit être homologué par une autorité administrative, à savoir le Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. A défaut, il est tout simplement privé d'effet. Au Sénégal tel n'est pas le cas, la convention de rupture amiable du contrat de travail n'a pas à être homologuée par l'inspecteur du travail. Cette solution n'a toutefois pas été retenue par l'avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA portant sur le droit du travail qui reprend pratiquement les règles du droit français. Ainsi, aux termes de l'article 61 de cet avant-projet, « *l'employeur et le travailleur peuvent convenir des modalités amiables de rupture de la relation de travail… L'accord prendra effet après son homologation par un procès-verbal d'homologation dressé par l'Inspecteur du travail dans les conditions fixées par le présent acte uniforme* ». S'agissant du départ à la retraite, c'est un mode autonome de rupture du contrat de travail. En effet, à partir d'un certain âge, on estime que les relations de travail ne doivent plus se poursuivre essentiellement sur la base d'une philosophie de solidarité, mais aussi par la prise en compte de la santé du salarié. Et enfin, pour ce qui est de la rupture pour force majeure, c'est dans l'hypothèse ou survient un événement extérieur, insurmontable qui rend impossible la poursuite du contrat de travail.

Partant de ces considérations, on peut dire que la protection du salarié en droit du licenciement, renvoie tout simplement aux mesures prises par le législateur pour protéger les intérêts du salarié qui se trouve confronter à une décision de licenciement.

[14] N. NDOYE, *Op.Cit.*, p. 18

Protéger les intérêts du salarié est la finalité première et historique du droit du travail, donc naturellement, le législateur a encadré le licenciement dont il pourrait être victime. Toutefois, avec la flexibilisation des règles du droit du travail, qui est actuellement notée, on pourrait se demander si cette protection est toujours aussi encadrée qu'auparavant. Ainsi, l'étude de ce sujet nous pousse à nous interroger sur la question de savoir : comment se manifeste la protection du salarié dans le droit du licenciement ?

Le droit du travail, pour l'essentiel, est un droit de protection du salarié car il émet souvent des règles visant à protéger le salarié contre les abus de son patron. Et dans le but d'assurer la stabilité de l'emploi et la protection du travailleur, la rupture du contrat de travail est encadrée par le droit. Ainsi une gestion maitrisée de la cessation du contrat est nécessaire pour sécuriser aussi bien la rupture que les conséquences qui peuvent en découler. Rappelons que le licenciement est la forme de rupture la plus pénible car de nature à précipiter le salarié dans la catégorie des travailleurs privés d'emploi. Il lui fait perdre son emploi, et partant de là, sa principale source de revenus. C'est par ces considérations que le professeur WACQUET faisait remarquer que « *la rupture de son contrat entraine le plus souvent, pour le salarié non seulement la perte d'un emploi, du salaire qui assure sa subsistance et celle des siens, mais une épreuve humaine qui l'amène à se douter de lui, à ressentir sa faiblesse aussi bien physique que moral* »[15].

L'étude d'un tel sujet présente des intérêts pratiques considérables dans la mesure où elle nous permet de voir la protection qui est apportée en cas de licenciement. En effet, l'employeur, pour pouvoir licencier, doit se baser sur des motifs légitimes, il doit en sus respecter certaines procédures et accomplir des formalités obligatoires. On note aussi, qu'une protection plus accrue est accordée à certaines catégories de salariés. Ces mesures protectrices sont visibles durant la phase de licenciement et même après son prononcé. Toutefois, avec l'évolution du droit du travail et de l'entrée en vigueur du code du travail de 1997, on constate que le régime du licenciement antérieur était plus protecteur des intérêts du salarié. Cela est dû au fait il y a eu une flexibilisation des règles du droit du travail. Le mot flexibilité évoque l'introduction d'une plus grande souplesse dans le fonctionnement des entreprises et du marché du travail. Il s'agit de lutter contre les rigidités qui peuvent exister et qui contribuent à handicaper le fonctionnement du marché du travail, l'investissement et la création d'emploi. Cette flexibilisation des règles en droit du travail, concerne aussi les règles régissant le droit du

[15] P. WACQUET, *Le nouveau code du travail et le droit du licenciement*, AJDA, 2008, p. 866.

licenciement. En effet, les règles qui régissent le licenciement ont été assouplies, surtout au niveau des conditions de formes. En outre, on note une insuffisance des sanctions en cas de licenciement abusif du fait de l'absence de nullité et de la faible somme versée comme dédommagement au salarié victime de licenciement abusif. Ces mesures de flexibilisation s'inscrivent d'une part, dans le cadre d'une revendication de fluidification du marché du travail, qui doit se traduire par une simplification des procédures de licenciement, et d'autre part, elles répondent à une volonté de sécuriser juridiquement les ruptures du CDI en réduisant le risque de contentieux qui serait à l'origine d'une incertitude coûteuse pour les employeurs[16].

Compte tenu de ces considérations, il conviendra de démontrer d'abord que la protection du salarié est une réalité dans le droit du licenciement **(Chapitre 1)** pour ensuite relever que celle-ci est, dans une certaine mesure, parfois fragilisée **(Chapitre 2)**.

[16] C. SIGNORETTO, *Licenciements et rupture conventionnelle : analyse et évaluation empirique des comportements des employeurs*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2013, p. 2

CHAPITRE I : LA PROTECTION DU SALARIÉ : UNE RÉALITÉ DANS LE DROIT DU LICENCIEMENT

Le droit du travail est un droit traditionnellement protecteur à l'égard du salarié du fait qu'il est la partie la plus faible dans la relation de travail. Cette protection qui lui est accordée est nettement visible dans le droit du licenciement. Cela s'explique par le fait que le licenciement est un acte de nature à précipiter le salarié dans la catégorie des personnes privées d'emploi. Le législateur social a dès lors mis en place une protection rigoureuse durant le processus de licenciement par l'établissement de règles protectrices (section 1). Et au-delà de cette procédure, la protection faite au salarié est continue après le prononcé du licenciement (section 2).

SECTION I : UNE PROTECTION GARANTIE DURANT LE PROCESSUS DE LICENCIEMENT PAR L'ÉTABLISSEMENT DE RÈGLES PROTECTRICES

Le licenciement est la forme de rupture la plus douloureuse et aussi celle qui présente le plus de risque de contentieux. Il convient donc de le manier avec précaution. Il doit intervenir dans le respect des règles de protection commune à tous les licenciements (paragraphe 1), mais aussi aux règles de protection spécifique (paragraphe 2) établit par le législateur.

PARAGRAPHE I : LES RÈGLES COMMUNES DE PROTECTION

Le licenciement, qu'il soit pour motif économique ou pour motif inhérent à la personne du salarié, doit être basé sur un motif légitime de licenciement (A) et être assorti d'une notification et d'un délai de préavis (B).

A- L'EXIGENCE D'UN MOTIF LEGITIME DE LICENCIEMENT

En droit sénégalais, le licenciement d'un travailleur obéit à la condition générale liée à la légitimité du motif invoqué. Cette exigence est le fruit d'une longue évolution historique. Déjà, sous l'empire du Code du travail des Territoires d'outremer de 1952[17], l'employeur était tenu,

[17] Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires d'outre-mer des terres australes et antarctiques françaises, J.O. n° 298 du 15-12-1952.

en matière de licenciement, de justifier d'un motif légitime sous peine de voir sa décision qualifiée d'abusive. Ainsi, aux termes de l'article 42 al.2 de ce Code, « *les licenciements effectués sans motif légitime ...sont abusifs* »[18]. Cette disposition fut reprise textuellement, aussi bien par l'ancien Code du travail sénégalais de 1961 que par le nouveau Code de 1997[19]. A l'échelon international, on a la convention n° 158 de l'OIT qui en son article 4 dispose que : « un *travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ». Et sur le plan communautaire, il y a le projet d'acte uniforme OHADA sur le droit du travail en son article 39 alinéa 1 qui exige un motif légitime pour qu'il puisse y avoir un licenciement.

Le caractère légitime renvoie à ce qui est juste, équitable, voire fondé sur la raison. En droit, le terme vise ce qui est conforme au droit positif, autrement dit ce qui est légal, permis.
En droit sénégalais, le motif légitime n'a pas fait l'objet d'une définition légale. Plus encore, elle n'a même pas fait l'objet d'une orientation parlementaire encore moins doctrinale. Cette situation quelque peu inquiétante semblerait pourtant être bien justifiée, du moins si l'on en croit le Professeur ISSA-SAYEGH. Selon ce dernier, le législateur et la jurisprudence ne se sont pas aventurés à définir la notion de motif légitime parce qu'ils ne sont pas à même de « *le faire, cette notion recouvrant une infinité de cas concrets* »[20]. Dans le même ordre d'idées, il précise que le motif légitime fait partie de la catégorie des notions qui ne peuvent point faire l'objet d'une définition étant donné qu'il s'agit de notions de pur fait[21].
Contrairement au droit français qui précise les caractères que doit revêtir le motif du licenciement, dans notre droit social, comme on a eu à le soulever, le caractère légitime n'a pas été dégagé. Mais, on peut penser que le motif réel et sérieux évoqué par le juge français coïncide avec le motif légitime. On remarque toutefois, qu'en l'absence de définition légale, la jurisprudence a essayé d'en dégager les caractères. Elle considère qu'il y a motif légitime de rupture du contrat chaque fois que le salarié a manqué à l'une des obligations de loyauté et de fidélité envers l'entreprise, manquement à la discipline de l'entreprise.

[18] Aux termes de l'article 42 al. 2, du Code du travail des Territoires d'Outre-Mer, les licenciements effectués sans motif légitime, de même que les licenciements motivés par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou sa non-appartenance à un syndicat déterminé, en particulier, sont abusifs.
[19] Loi n° 97-17 du 1 décembre 1997 portant code du travail, J.O. n° 5776 du 13-12-1997.
[20] J. ISSA-SAYEGH, *Droit du travail sénégalais*, Bibliothèque Africaine et Malgache, Tome XLII, L.G.D.J 1987, p. 606, cité par N. NDOYE, *Op cit.* p. 98.
[21] *Ibidem.*

Le motif de licenciement peut être soit inhérent à la personne du salarié, soit rattaché à la situation de l'entreprise. S'agissant des motifs inhérents à la personne du salarié, ils peuvent être disciplinaires ou non disciplinaires.

Généralement, la jurisprudence considère que le licenciement est légitime des lors qu'il y a la faute, et dans ce cas on parle de motif disciplinaire. La notion de faute n'est pas définie par le droit social. En effet, il faut constater que ni le code du travail, ni la CCNI[22], encore moins les conventions collectives n'ont précisé le sens à attribuer à la faute. Dès lors, on se réfère au droit commun, plus précisément au code des obligations civile et commerciale (COCC)[23] qui en son article 119 définit la faute comme « *un manquement à une obligation préexistante, de quelque nature que ce soit* ».

Le code du travail prévoit deux types de faute à savoir la faute lourde et la faute simple. Mais, la jurisprudence a retenu en plus la faute grave[24].

La faute simple est un comportement fautif du salarié dans l'exercice de son contrat de travail autorisant l'employeur à le licencier. Elle se caractérise par l'absence de l'intention de nuire et a des conséquences peu dommageables sur l'entreprise. Elle peut être sanctionnée par une mesure disciplinaire autre que le licenciement. Mais nous considérons que licencier un salarié juste pour ce genre de faute, fragilise la protection qui lui est accordée.

S'agissant de la faute grave, la jurisprudence sénégalaise, encore moins la doctrine, n'ont présenté une définition nette de la faute grave. Mais, on peut la considérer comme celle qui, sans comporter une intention de nuire, traduit un comportement du salarié qui rend impossible son maintien dans l'entreprise[25]. En plus, il s'agit même d'une notion qui est très rarement usitée, voire invoquée. Et de l'examen des rares décisions jurisprudentielles qui visent cette notion, il ressort le plus souvent que sont qualifiées de fautes graves, des faits qui, dans d'autres décisions, sont considérés comme fautes lourdes, les juges prennent en considération des circonstances de fait favorables au salarié[26].

[22] La Convention Collective Nationale Interprofessionnelle du Sénégal fut signée le 22 mai 1982 entre d'une part, les syndicats professionnels affiliés à l'Union Intersyndicale d'Entreprises et d'Industries du Sénégal (UNISYNDI) et d'autre part, ceux adhérent à la Confédération Nationale des Travailleurs du Sénégal (CNTS). Cette convention, après signature, fut déposée le 22 juin 1982 avec prise d'effet le 23 juin de la même année. Elle fut étendue par arrêté interministériel n°3105 du 21mars mars 1983, J.O. n° 4952 du 11 juin 1983, p. 504 après avis d'extension publié au J.O. n° 4914 du 16 octobre 1982, p. 666.

[23] Institué par la loi n° 63-62 du 10 juillet 1963.

[24] Cour de cassation, arrêt n°28 du 27 février 2002, Aminata MBAYE contre la SNCDS.

[25] Cour suprême, chambre administrative, arrêt n°16 du 27 mars 2014, Société MATFORCE SA contre Etat du Sénégal.

[26] Voir Trib. trav. Dakar, 27 décembre 1990, TPOM n° 795, p. 50, cité par N. NDOYE, *op. cit*, p. 64.

La faute lourde, quant à elle, est la faute commise par un salarié avec l'intention de nuire, elle porte gravement préjudice à l'entreprise, rendant impossible la poursuite des relations et ayant souvent un caractère délictuel. Le salarié est licencié sans indemnité de licenciement ni préavis. Cette définition tire sa substance de la jurisprudence qui a continuellement affirmé que la faute lourde se conçoit comme la faute rendant impossible la continuation immédiate des relations contractuelles. Elle entraîne une telle dégradation des rapports entre les parties que le maintien du lien contractuel est rendu impossible, fut ce même pour la durée du préavis.

Les fautes constitutives de motifs légitimes sont nombreuses, on peut avoir entre autres les absences ou retards répétés, le non-respect du règlement intérieur malgré plusieurs notifications écrites ; un acte de négligence ou d'imprudence qui aurait pu avoir des conséquences graves ; une tentative de vol, des insultes envers un supérieur hiérarchique et des provocations envers des collègues de travail, la fourniture d'un faux certificat médical pour justifier d'une absence et la fourniture d'un faux certificat de travail, la fourniture de fausses attestations de diplôme, le refus d'exécuter une mission entrant dans le cadre normal des tâches du salarié, la rétention volontaire de fonds destinés à l'entreprise, l'accomplissement d'un travail personnel pendant les heures de travail[27], le détournement de fonds ou usage de fausses factures à l'insu de son employeur[28].

En plus du motif disciplinaire, le salarié peut être licencié pour diverses autres raisons. Le licenciement peut résulter entre autres de la perte de confiance si elle s'articule autour de critères objectifs pertinents[29], de la mésentente, de la maladie du salarié ou de son inaptitude physique ou professionnelle. En principe, pour ce qui est de la maladie ou de l'inaptitude physique du salarié, cela n'entraine pas son licenciement, juste une suspension. Toutefois, si un médecin le déclare incapable d'exercer ses fonctions ou, à l'expiration d'un délai déterminé[30], il est dans

[27] *La fin du contrat de travail : la faute comme motif légitime de licenciement*, in bmcaudit.sn, https://bmcaudit.sn/la-fin-du-contrat-de-travail/#:~:text=Le%20droit%20du%20travail%20s%C3%A9n%C3%A9galais,faute%20lourde%2C%20au%20r%C3%A9gime%20particulier. *consulté le 20 Septembre 2020 à 19H00mn.*

[28] Cour de cassation, 30 mai 1998, FALL Mouhamadou Lamine C/ Le Bar de la Poste : « Attendu qu'il appert des énonciations de l'arrêt attaqué que Mouhamadou Lamine FALL recruté le 1er juin 1984 par le Bar de la Poste a été licencié par lettre du 8 juin 1991 pour fautes graves ayant consisté à échapper des coups avec des clients qui ont adressé des plaintes à l'employeur, qu'estimant avoir été licencié sans motif légitime, (…) l'arrêt attaqué ayant déclaré que FALL a commis une faute privative de toutes indemnités de rupture ; qu'il s'ensuit qu'en statuant comme elle l'a fait la Cour d'Appel a suffisamment motivé sa décision et que le moyen n'est pas fondé en sa première branche », cité par (M) GAYE, Cours de droit des relations individuelles de travail, Licence 3 droit privé, UCAD, 2020, p. 89.

[29] Cour suprême, arrêt n° 41 du 08 mars 2000, Ibrahima DIOUF et autres c/ M. FOUAD NASSER, cité par (M) GAYE, *Op. cit.*, p. 87.

[30] Article 19 de la convention collective interprofessionnelle du Sénégal conclue le 27 Mai 1982

l'incapacité de reprendre son travail, alors dans ce cas le licenciement est justifié. Lorsque le salarié est inapte à son emploi pour des raisons médicales ou à la suite d'un accident de travail, avant de le licencier, l'employeur doit chercher avec les délégués du personnel à le reclasser[31], ceci contribue à la protection mise en place pour éviter le licenciement au salarié.

S'agissant de l'inaptitude professionnelle, elle peut découler d'une mauvaise manière de servir, d'une mauvaise qualité de travail, d'une incompétence du salarié, etc.

Enfin, la mésentente qui se traduit par une dégradation de la relation de travail entre le salarié et son employeur ou ses collègues, constitue un motif légitime de rupture du contrat, si elle repose sur des éléments objectifs imputables au salarié, et ayant une incidence sur la bonne marche de l'entreprise.

Le salarié peut aussi être licencié pour des raisons relatives à la situation de l'entreprise. En effet, en cas de difficulté économique ou de réorganisation intérieure de l'entreprise telles que prévues par l'article L. 60 du code du travail, l'employeur peut procéder à des licenciements justifiés. Les difficultés économiques relevant d'une conjoncture économique peuvent conduire l'employeur à licencier dans le but de réduire ses frais afin de sauvegarder son entreprise. Également, la réorganisation interne peut conduire à la mutation d'un salarié d'un poste à un autre, d'un service à un autre et inéluctablement quelquefois au licenciement. Et dans ce cas le motif sera légitime.

Le motif invoqué par l'employeur pour licencier le salarié doit être réel. En effet, le motif doit exister réellement et être notifié au salarié. Il ne doit non plus être inexact, non établis, imprécis, inexistant, fallacieux ou peu sérieux. Un motif inexact ou insuffisant ouvre droit au salarié à demander des dommages-intérêts parce qu'étant considéré comme un licenciement abusif et, c'est le cas si le motif est non établi.

En droit du travail, le motif de licenciement est une garantie contre une rupture intempestive du contrat de travail. Ce motif est contenu dans la lettre de licenciement, qui avec sa notification au salarié, permet au délai de préavis de commencer à courir.

[31] Cour suprême, arrêt n° 02 du 13 janvier 2011, HAMADY LO c/ LA SOCIETE SSPT, cité par (M) GAYE, *Op. cit.*, p. 87.

B- L'EXIGENCE D'UNE NOTIFICATION ASSORTIE D'UN DELAI DE PREAVIS

En droit commun des contrats, les contrats à durée indéterminée peuvent être rompus à tout moment. Lorsque l'initiative de la rupture d'un contrat de travail émane de l'employeur, celui-ci doit respecter la procédure de licenciement et plus particulièrement la notification de ce licenciement au salarié. En effet, la rupture du contrat de travail obéit sur le plan formel à l'obligation faite aux parties de notifier par écrit la rupture du contrat. Ainsi, aux termes de l'article 22 alinéa 1 de la CCNI *« la partie qui prend l'initiative de la rupture du contrat doit notifier sa décision par écrit à l'autre partie* ». L'article L. 50 alinéa 1 du code du travail sénégalais abonde dans le même sens en disposant que *« la résiliation du contrat à durée indéterminée est subordonnée à un préavis notifié par écrit par la partie qui prend l'initiative de la rupture.* De même, le paragraphe 12 de la recommandation 119 de l'OIT prévoit que « *l'employeur devrait notifier par écrit au travailleur sa décision de le licencier* ». Cette exigence mis en place par le législateur pour renforcer la protection du salarié face au licenciement a été confirmée par la jurisprudence. En effet, dans un arrêt de la chambre sociale en date du 14 juillet 1999 opposant la société SEN SECURITE et D. BADJI, la cour de cassation a confirmé la décision des juges du fond, en l'occurrence celle de la cour d'appel qui considérait comme abusif des licenciements fait sans notification écrite. Cette obligation de notifier vise principalement deux fonctions. D'abord, elle permet identifier l'auteur de la rupture. Ensuite, elle permet de fixer la date de cessation du contrat[32].

Notons que cette obligation de notifier ne concerne pas seulement les contrats à durée indéterminée, il y a aussi d'autres types de contrats qui nécessitent le respect de cette exigence faite par le législateur. Il s'agit de tout contrat dont l'inscription du salarié au registre dit de l'employeur est obligatoire. Mais, nous ne mettrons l'accent que sur la notification obligatoire en cas de rupture d'un contrat à durée indéterminée (CDI).

En plus d'être un élément essentiel dans le processus de licenciement, la notification constitue la pièce maitresse en cas de contentieux entre l'employeur et le salarié, elle est aussi principalement instituée pour protéger ce dernier. En effet, la lettre de notification lui permettra de savoir les motifs de son licenciement et le cas échéant de pouvoir se défendre contre une rupture discrétionnaire. On peut dès lors en déduire qu'elle doit contenir les motifs du

[32] A. KANTE, *Droit social Sénégalais*, L'Harmattan Sénégal, 2017, p.105.

licenciement. L'article L.50 alinéa 3 du code du travail va dans le même sens en disposant que « *le motif de rupture du contrat doit figurer dans cette notification* », donc les motifs précités doivent figurer dans la lettre de notification.

Les modalités de la notification sont précisées par la CCNI qui en son article 22 alinéa 2 dispose que « *cette notification doit être faite, par envoi d'une lettre recommandée, soit par une remise directe de la lettre au destinataire, contre reçu ou devant témoins* », et dans l'alinéa *in fine* il dispose que « *dans le cas où la notification aurait été rendue impossible par le fait du travailleur, elle sera valablement notifiée à un délégué du personnel de l'entreprise avec copie à l'inspecteur du travail* » .

En sus, dans le souci de préserver le droit du salarié, la CCNI en son article 16 alinéa 4, exige que le licenciement pour faute doit obéir à une autre formalité. En effet, l'employeur ne pourra prononcer une sanction à l'encontre du salarié fautif qu'après que celui-ci, assisté sur sa demande par un délégué du personnel, aura fourni des explications écrites ou verbales en réponse aux faits qui lui sont reprochés. Cette formalité est instituée pour respecter le principe du contradictoire en permettant au salarié de pouvoir se défendre contre les griefs formulés par l'employeur. Toutefois, dans notre droit social le respect de ce principe du contradictoire n'est pas une formalité obligatoire et, une lecture du code peut en attester car aucune disposition ne confère au salarié menacé de licenciement, la possibilité de fournir au préalable, des explications écrites ou verbales à son employeur.

Cette opportunité de pouvoir fournir des explications, préalablement à la notification de la rupture du contrat en cas de licenciement disciplinaire, est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence. En effet, dans un arrêt du 26 janvier 2000, un salarié avait été licencié pour faute lourde sans être préalablement entendu. Il décida alors de saisir le juge social et au soutien de sa demande, il invoquait l'idée selon laquelle le licenciement était irrégulier car l'employeur n'avait pas respecté les formalités prévues à l'article 16 de la CCNI. Mais, contre toute attente, la Cour de cassation avait estimé que l'article susvisé ne s'appliquait pas en l'espèce car on n'était pas en présence d'une faute disciplinaire[33]. Ce qui a été sujette à discussion parce que le salarié avait été licencié pour faute lourde donc pour motif disciplinaire.

[33] Cour de cassation du Sénégal, Chambre sociale, 26 janv. 2000, SNCDS c/ I. DIAGNE, Bulletin des arrêts de la cour de Cassation du Sénégal, Chambre sociale, année judiciaire 1999/2000, p. 32, cité par N. NDOYE, op. cit, p. 176.

On relève par cette disposition de la CCNI que le salarié bénéficie d'une protection préalable avant que l'employeur ne décide de lui notifier la rupture définitive de son contrat de travail. Toutefois, cette protection n'est pas efficace selon nous, car ne prend en compte que le cas des licenciements disciplinaires, et seuls les salariés affiliés à la CCNI sont concernés.

Plus loin que nous amène notre analyse, on peut se poser la question de savoir pourquoi notre droit du travail reconnu comme droit traditionnellement protecteur à l'égard des salariés n'offre pas la possibilité d'un entretien préalable à ces derniers. Certes, l'obligation de notification de la lettre de licenciement constitue une protection à l'égard de l'employé, mais aussi lui donner la possibilité de se défendre avant la notification du licenciement constituerait une garantie minimale ayant pour finalité de renforcer sa protection, et éventuellement conduire l'employeur à revenir sur sa décision de licencier. C'est sans doute cette raison qui a motivé les rédacteurs de l'avant- projet à insérer cette formalité pour donner plus de poids à la protection accordée à l'employé. En effet, l'article 40 alinéa 3 dispose qu'« *aucune décision de licenciement ne peut être prononcée sans que le travailleur n'ait eu préalablement la possibilité de s'expliquer* ».

En outre, il serait intéressant de s'interroger sur les délais d'envoi de la lettre de notification, et une lecture du code du travail nous permet de dire que le législateur sénégalais ne s'est pas prononcé sur ce point.

Nous remarquons que le législateur a été très protecteur en ce qui concerne la formalité de rupture du contrat de travail, toutefois, en ce qui concerne la sanction pour le non-respect de cette procédure, il y a eu des allégements. En effet, contrairement au code du travail de 1961 qui considérait comme abusif le licenciement fait sans observation de la notification écrite et de l'indication du motif, le code de 1997, lui, considère ce licenciement comme seulement irrégulier en la forme. Ainsi l'article L.51 dispose que « *si le licenciement d'un travailleur survient sans observation de la formalité de la notification écrite de la rupture ou de l'indication d'un motif, mais pour motif légitime, ce licenciement irrégulier en la forme ne peut être considéré comme abusif* ». Toujours dans l'optique de protéger le maillon faible du contrat de travail, en l'occurrence le salarié, il lui est donné la possibilité de demander des dommages et intérêts. Le tribunal peut accorder au travailleur une indemnité pour sanctionner l'inobservation de cette formalité.

Dans un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation sénégalaise du 13 avril 1994, le juge a précisé « *qu'il résulte des dispositions combinées des articles 3 et L.51 alinéa 1 du code*

du travail que en toutes circonstances la notification par écrit de la rupture est requise ad probationem dans tous les cas où l'une des parties prend l'initiative de la rupture et que le motif de la rupture doit figurer dans la notification, qu'en cas de contestation, la preuve du motif légitime du licenciement incombe à l'employeur »[34]. On peut tirer de cette solution que la notification écrite n'est que pour les besoins de la preuve et que la charge de cette preuve incombe à l'employeur.

La lettre de licenciement, une fois notifiée au salarié avec l'indication des motifs de la rupture, permet au délai de préavis de commencer à courir, c'est donc son point de départ. En effet, aux termes des articles L.50 al 2 du code du travail et 22 alinéa 4 de la CCNI le préavis commence à courir à compter de la date de la remise de la notification.

Ce délai de préavis a été institué pour éviter au salarié une rupture brusque de son contrat de travail et pour qu'il puisse rechercher un autre emploi afin d'éviter le chômage. L'exigence de cette formalité protectrice accordée au salarié est aussi présente dans l'article 40 *in fine* de l'avant-projet de l'OHADA qui rappelle que le licenciement est « *subordonné au respect d'un préavis* ». Le préavis peut être défini comme « *le délai d'attente légal ou d'usage, dit délai de prévenance qui doit être observé entre le moment où une personne est informée d'une mesure qui la concerne et la date à laquelle cette mesure s'appliquera effectivement* ». De façon plus précise, la notion renvoie au « *laps de temps qui s'écoule entre la notification du congédiement et la cessation des effets du contrat de travail* »[35].

Le législateur impose à ce que le délai de préavis ne soit subordonné à aucune condition suspensive ou résolutoire. Cette formalité permet au contrat de continuer à s'appliquer et les parties seront tenues de respecter toutes les obligations qui les incombent. D'un côté, l'employeur sera tenu de fournir du travail au salarié et de lui payer un salaire. De l'autre, le salarié sera appelé à exécuter le travail demandé. Toujours dans une perspective de protection, si l'employeur ne respecte pas les obligations qui lui incombent, le salarié sera dispensé de l'observation du délai de préavis restant à courir, et en plus, il pourra demander des dommages-intérêts au tribunal compétent. Toutefois, le salarié en vue de la recherche d'un nouvel emploi, est autorisé à s'absenter deux jours par semaine. Et la répartition de ces journées d'absences est fixée d'un commun accord entre le salarié et l'employeur ou à défaut, alternativement, un jour

[34] Cass. soc. 13 avril 1994, Bull. 1, n° 35- p. 88.
[35] A. SONET, *Le préavis en droit privé*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2003, p. 15, cité par cité par N. NDOYE, *Op. cit*, p. 202.

au gré de l'employeur, un jour au gré du travailleur. Cette faveur est d'ailleurs expressément codifiée par la loi.

Pour rompre un contrat à durée indéterminée, différentes périodes de préavis sont prévues pour les différentes catégories de travailleurs selon la CCNI. La période du préavis est de trois (3) mois pour les cadres et travailleurs assimilés alors que pour les travailleurs non-cadres, la période du préavis est d'un mois. Pour les ouvriers et le personnel permanent, la période du préavis dépend des catégories des travailleurs et de la durée du service. La période du préavis varie entre huit (8) jours et un (1) mois pour les différentes catégories de travailleurs en fonction de la durée du service. La durée minimum du préavis des ouvriers et personnel permanent payés à l'heure, à la journée ou à la semaine est fixée comme suit :

- Pour les salariés de la 1ère à la 4ème catégorie, la durée de préavis est fixée comme suit : 8 jours lorsque le salarié a moins d'un an d'ancienneté ; 15 jours lorsqu'il a une ancienneté comprise entre 1 et 5 ans ; 1 mois lorsque le salarié a plus de 5 ans de présence dans l'entreprise ;

- Pour les salariés de la 5ème à la 7ème catégorie, la durée est de 15 jours lorsque l'ancienneté est comprise entre 0 et 5 ans. Cependant, si le salarié a plus de 5 ans de présence, la durée est ramenée à 1 mois.

Le décret du 20 févier 1970[36], quant à lui, fixe la durée du préavis en fonction du mode de rémunération du salarié. Ainsi, l'article 1er de ce texte dispose que pour les professions et dans les branches d'activité non encore régies par des conventions collectives, la durée du préavis de résiliation des contrats de travail à durée indéterminée est fixée comme suit :

- Un mois calculé de quantième à quantième, pour les travailleurs payés chaque mois et dont la rémunération est fixée au mois ;

- Huit jours pour les travailleurs payés chaque semaine, chaque quinzaine ou chaque mois et dont la rémunération est fixée à l'heure, à la journée, à la semaine ou à la quinzaine ;

[36] Décret n° 70/185 du 20 février 1970 déterminant les conditions et la durée de préavis pour les professions et branches d'activités non encore régies par les conventions collectives, JO du 9 mars 1970, p. 260.

– Une heure par journée entière de travail avec un maximum d'une journée de 6h40 ou huit (8) heures selon le secteur d'activité considéré (non agricole ou agricole) pour les travailleurs payés chaque jour et dont la rémunération est fixée à l'heure ou à la journée.

Toutefois, le droit du licenciement permet de licencier un salarié sans préavis, c'est dans le cas où le maintien du salarié est impossible du fait de la gravité de la faute commise par ce dernier. En effet, en cas de faute lourde la rupture du contrat peut intervenir sans préavis, sous réserve de l'appréciation de la juridiction compétente en ce qui concerne la gravité de la faute[37]. Cette appréciation du juge permet de protéger les droits du salarié en lui évitant une qualification arbitraire de la part de l'employeur, car au-delà du préavis, il ne pourra non plus obtenir une indemnité compensatrice. L'appréciation par le juge compétent est une condition suffisante pour que l'employeur ne se méprenne pas sur le risque à prendre concernant la qualification de la faute reprochée au salarié. Il transparait dès lors que l'employeur supporte le risque de la qualification qu'il donne provisoirement aux faits. Ce qui constitue une protection supplémentaire accordée à l'employé par le droit du licenciement.

Tout comme la faute grave ou lourde, la force majeure peut aussi entrainer l'inexécution totale ou partielle du préavis de licenciement. Bien que l'incompatibilité n'ait pas été expressément consacrée par le droit sénégalais, il demeure que la force majeure pourrait incontestablement constituer une limite à l'exécution du préavis. En effet, cela peut s'expliquer par les caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'insurmontable de la force majeure faisant qu'elle ne peut aller de pair avec le respect obligatoire du préavis.

De même, le préavis de licenciement pourrait ne pas être exécuté en cas de dispense de l'employeur ou lorsque le salarié juge nécessaire de ne pas l'effectuer. Dans le premier cas, l'employeur est tenu, sauf accord[38], de verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis dont le montant est égal à la rémunération et aux avantages dont celui-ci aurait bénéficié. Inversement, si le salarié n'exécute pas le préavis, il sera tenu de verser une indemnité compensatrice de préavis à l'employeur. Toutefois, dans un but protecteur à l'égard de l'employé, le code du travail dispense ce dernier de l'exécution du préavis s'il se trouve dans l'obligation d'occuper immédiatement un autre emploi. Il peut après en avoir avisé l'employeur

[37] V. art L54 du code du travail

[38] Il a été jugé que lorsque le salarié demande à l'employeur d'être dispensé de travailler durant le préavis et que l'employeur donne son accord, la dispense de travail ne s'accompagne plus, dans ce cas, du paiement d'une indemnité compensatrice de préavis : Cass. Soc., 28 janv. 2005, RJS 4/05 n° 379, cité par cité par N. NDOYE, *op. cit*, p. 208

et apporté la preuve de cette obligation, quitter l'établissement avant l'expiration du délai de préavis, sans avoir à payer l'indemnité afférente à l'inobservation totale ou partielle de ce délai[39].

A côté de la procédure de droit commun ci-dessus mise en exergue, il est aussi prévu des règles particulières de protection dans le droit du licenciement.

PARAGRAPHE II : LES REGLES PARTICULIERES DE PROTECTION

Le législateur sénégalais, s'inscrivant toujours dans un esprit de protéger le salarié, a mis en place des règles particulières avec pour objectif de prendre en compte les intérêts de certains salariés. Ces règles concernent aussi bien certains types de licenciement pour motif personnel (A), que le licenciement pour motif économique (B).

A- LES REGLES PROTECTRICES EN CAS DE LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL

Le droit du licenciement offre une protection à tout salarié face à une rupture de son contrat de travail. Cette protection est plus accentuée pour certaines catégories de travailleurs du fait de leur statut au sein de l'entreprise, mais aussi du risque d'incapacité qui peut survenir en cours d'exécution de leur contrat. Ainsi, cette partie ne sera consacrée qu'aux formalités spécifiques de rupture de contrat des salariés protégés et des travailleurs frappés d'incapacité.

En droit du travail, on peut dire que les salariés protégés sont les délégués du personnel. En effet, seuls ces derniers bénéficient d'un encadrement strict en cas de licenciement. Autrement dit, les formalités spéciales de protection ne concernent en droit sénégalais que les délégués du personnel, les représentants syndicaux, même en ayant un statut privilégié ne sont pas concernés[40]. Ce qui nous semble être un paradoxe, car à travers l'exercice de sa mission de défense des intérêts matériels et moraux des salariés, le représentant syndical est aussi exposé aux risques de représailles de l'employeur, et cela, au même titre que les délégués du personnel.

[39] V. art 53 *in fine* du code du travail

[40] L'absence de protection du délégué syndical contre le licenciement a bien été confirmée par la jurisprudence. Dans une affaire, un salarié représentant syndical avait été licencié sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Le tribunal du travail, saisi de cette affaire, déclara le licenciement abusif uniquement en considération du statut de délégué syndical dont le salarié bénéficiait. Cette décision fut toutefois infirmée par la Cour d'appel. Pour cette juridiction, le salarié, « n'ayant pas été désigné suivant les conditions et les modalités de désignation des délégués du personnel, ne saurait être considéré comme tel et bénéficier des dispositions protectrices de l'(ancien) article 188 du Code du travail » : C.A de Dakar, 15 avril 1981, Recueil de la jurisprudence sociale sénégalaise commentée, Paris EDIENA 1992, p. 280. Cité par cité par cité par N. NDOYE, *op. cit*, p. 227.

Certes, le législateur sénégalais a apporté une protection en sanctionnant les atteintes contre l'égalité des syndicats et les discriminations de toutes sortes fondées sur l'appartenance syndicale, et en exigeant l'allocation de dommages et intérêts pour tout licenciement basé sur ces motifs[41]. Mais cette sanction nous semble timide eu égard à l'enjeu de la protection et de la liberté en cause. Dès lors que les représentants syndicaux sont protégés au Sénégal au même titre que tout travailleur ordinaire, l'accent sera mis sur la protection accordée aux délégués du personnel.

La protection des représentants du personnel contre le licenciement est un aspect plus qu'important, et ce compte tenu du rôle très important que joue ces représentants dans les rapports entre employeur et employé et, surtout, dans la préservation des droits des salariés qu'ils sont censés représenter[42]. En effet, le délégué du personnel a pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives des salariés, de saisir l'inspecteur du travail et de la sécurité sociale de toute plainte ou réclamation concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires… Il est dans la ligne de mire de l'employeur qui peut le percevoir comme une gêne dans l'exercice de son pouvoir de direction des salariés ou de gestion de son entreprise. Il devient alors plus exposé aux abus de l'employeur, ce qui justifie qu'il soit protégé contre un tel risque[43], en bénéficiant d'une protection exorbitante en cas de licenciement.

La rupture du contrat de travail d'un délégué du personnel ne repose pas seulement sur la décision de l'employeur, il doit y avoir l'intervention de l'inspecteur régional du travail. Celui-ci doit donner son autorisation. En effet, aux termes de l'article L. 214 alinéa 1, « *l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise avant tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé par l'employeur ou son représentant* ».

En sus de cette protection, le code du travail fait obligation à l'employeur d'informer le délégué concerné de la date de dépôt de la demande d'autorisation. Cette information est aussi faite à tous les délégués de l'entreprise. La réponse de l'inspecteur doit être faite dans les quinze jours suivant le dépôt de la demande de l'autorisation de licenciement, à défaut de réponse dans ce délai, le silence vaut autorisation, sauf en cas d'expertise ou ledit délai est porté à un mois. La décision émanant de l'inspecteur doit faire l'objet d'une notification écrite avec indication des

[41] V. art L.29 et L.56 al 2

[42] E. H. M. MBOUP, « Le licenciement des salariés protégés en droit sénégalais : le cas des délégués du personnel », *Nouvelles annales Africaines*, n°1/2O1O, p. 207.

[43] M. GAYE, « les formalités contractuelles en droit sénégalais du travail » *Annales Africaines*, volume 1, Avril 2015, p. 121.

motifs qui justifient l'autorisation ou le refus d'autorisation de licenciement à l'employeur et au délégué du personnel concerné [44]. Cette décision de l'inspecteur du travail est susceptible d'un recours hiérarchique devant le ministre chargé du travail[45] dont la décision peut faire l'objet d'un recours juridictionnel en excès de pouvoir devant le conseil d'Etat[46]. Retenons que le silence du ministre du travail équivaut à une décision implicite de rejet à l'expiration d'un délai de quatre mois[47].

En outre, le licenciement prononcé par l'employeur sans que l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail ait été demandée ou malgré le refus opposé par ce dernier ou en cas d'annulation de l'autorisation par le ministre chargé du travail est nul et de nul effet. Le délégué ainsi licencié, est réintégré d'office avec paiement d'une indemnité égale au salaire qu'il aurait perçu s'il avait travaillé. Le délégué non réintégré a droit à une indemnité supplémentaire dont le montant est fixé en fonction de son ancienneté[48] dans l'entreprise, et le paiement de cette indemnité est sans influence sur la nullité du licenciement. Cette obligation de réintégrer le salarié est une obligation de faire[49].

Et ce versement d'indemnités ne libère pas l'employeur de son obligation de réintégrer le délégué licencié.

Cette protection s'étale même sur le plan pénal car l'employeur peut être poursuivi pour délit d'entrave prévu par l'article L.278 du code du travail[50]. La protection ainsi mise en place profite en plus des délégués du personnel en exercice, aux titulaires et suppléants, aux candidats depuis les inscriptions sur les listes jusqu'au scrutin, et enfin aux anciens délégués jusqu'à l'expiration des trois mois suivant le nouveau scrutin.

---

[44] Art L.215 al 2 du code du travail.

[45] L'avant-projet de l'OHADA abonde dans le même sens car aux termes de son article 182 al. 2 : *« la décision de l'inspecteur du travail est susceptible d'un recours hiérarchique devant le Ministre chargé du travail.*

[46] Art L.216 al 2 et 3.

[47] La loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême du Sénégal en son article L73-1 qui traite du recours pour excès de pouvoir rappelle que : « *le silence gardé plus de quatre mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet* ».

[48] Si le délégué du personnel a une ancienneté d'un (1) à cinq (5) ans, il aura droit à douze (12) mois de salaire brut ; s'il justifie d'une ancienneté de (5) à dix (10) ans, il bénéficiera de vingt (20) mois de salaire brut ; enfin il aura droit à deux (2) mois de salaire brut par année de présence avec un plafond de trente-six (36) mois lorsqu'il compte plus de dix (10) ans d'ancienneté.

[49] J. L. CORREA, « L'éclairage sur un acte uniforme toujours attendu : l'acte uniforme relatif au droit du travail », *Nouvelles annales Africaines*, 2013, p.14.

[50] Sera puni d'une amende de 250.000 à 1.000.000 FCFA et d'un emprisonnement de 1 mois à un an, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura porté atteinte ou tenté de porter atteinte soit à la libre désignation des délégués du personnel, soit à l'exercice régulier de leurs fonctions. En cas de récidive, dans le délai de trois ans l'emprisonnement sera toujours prononcé. Les infractions pourront être constatées, soit par l'Inspection du Travail et de la sécurité sociale, soit par les officiers de police judiciaire.

Le licenciement du délégué du personnel n'est pas le seul à obéir à des formalités particulières, tel est aussi le cas comme souligné précédemment dans nos développements du licenciement des travailleurs frappés d'incapacité.

Le droit du travail a mis en place une protection stricte contre le licenciement pour les salariés malades, les salariés victimes d'accident de travail ou de maladie professionnelle et les femmes salariées en couche. Toutefois, cette présente étude ne portera que sur la protection des salariés frappés d'incapacité. L'incapacité peut survenir à tout moment et elle peut provenir soit d'une maladie, soit d'un accident professionnel ou non. Le droit du travail en matière de licenciement a mis en place une procédure stricte obligatoire pour que le licenciement de cette catégorie de travailleurs réponde aux exigences de protection. En effet, tout une panoplie de formalités est mise en place afin de les protéger.

En principe, les absences justifiées par l'incapacité résultant d'une maladie et d'un accident non professionnel ne constituent pas une cause de rupture du contrat de travail dans la limite de six mois. Ce délai est susceptible d'être prolongé lorsque la maladie du travailleur nécessite un traitement de longue durée. Le délai de six (06) mois sera porté, compte tenu de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, à 8 mois pour les travailleurs comptant de sept (7) à quinze (15) ans d'ancienneté et à dix (10) mois au-delà[51].

Pour ce qui est du contrat du travailleur accidenté du travail, il est suspendu jusqu'à consolidation de la blessure, et, au cas où après consolidation de la blessure, le travailleur ne serait plus à même de reprendre son service et de l'assurer dans les conditions normales, l'employeur recherchera, avec les délégués du personnel de son établissement, la possibilité de reclasser l'intéressé dans un autre emploi[52]. En droit français, conformément aux dispositions de l'article L.122-45 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié en raison de son état de santé, sauf inaptitude constatée par un médecin du travail. Ce même article énonce que *« toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit »*. Le salarié licencié alors sans le respect de ce principe peut prétendre à une réintégration car son licenciement est nul.

[51] V. art 19 – 1 de la convention nationale interprofessionnelle.
[52] V. art 21 de la convention nationale interprofessionnelle.

S'agissant de la maladie d'un salarié, celui-ci peut en revanche être licencié si les conséquences de cette maladie ont un impact sur le fonctionnement de la société. Toutefois, dans une démarche de protection, l'employeur ne pourra licencier que s'il le justifie non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié. Cette prolongation peut mettre l'employeur dans l'obligation de procéder à son remplacement définitif. La jurisprudence admet la légitimité de ce motif de rupture, au-delà de certains délais (environ six mois en moyenne, les solutions variant selon le cas d'espèce). Pour le travailleur dont le contrat de travail a été suspendu pour cause de maladie et qui se trouve dans l'incapacité de reprendre son travail, l'employeur peut le remplacer définitivement, après lui avoir signifié par lettre recommandée, qu'il prend acte de la rupture du contrat.

Certaines conventions collectives comportent des clauses de garantie d'emploi ayant pour objet d'instaurer un délai de protection dont bénéficient les salariés absents pour maladie (6 mois ou plus). Pendant cette période librement déterminée par les partenaires sociaux, il est interdit à l'employeur de licencier le salarié en invoquant les conséquences de son absence sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Tout licenciement fait sans le respect de cette obligation est sans motif légitime. Ce n'est qu'à l'issue de cette période de garantie d'emploi que l'employeur recouvre son pouvoir de rompre le contrat de travail. S'il procède au licenciement, il lui faudra toujours démontrer qu'à la date de la rupture il était nécessaire de pourvoir au remplacement définitif de l'intéressé. Autrement dit, la fin de la période conventionnelle de protection ne constitue pas une condition suffisante pour justifier le licenciement du salarié malade dont l'absence se prolonge au-delà de cette période. Comme illustration on peut prendre l'arrêt n° 95-42.684 de la cour de cassation sociale, société Fenwick-linde contre M. Crottier en date 11 Mars 1997.

En définitive, des mesures de protection telles que le respect de la formalité du reclassement, de la constatation par un médecin du travail etc., sont mises en place pour éviter le licenciement. On constate en plus, que le législateur a mis en place une procédure spécifique pour tout licenciement pour motif économique.

B- LES REGLES PROTECTRICES EN CAS DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE

Le licenciement pour motif économique est défini comme étant tout licenciement individuel ou collectif effectué par un employeur et motivé par une difficulté économique ou une

réorganisation intérieure[53], autrement dit, le licenciement pour motif économique correspond à une rupture unilatérale de la relation de travail initiée par l'employeur en raison de difficultés économiques ou de réorganisation intérieure. En effet, des difficultés résultant d'une conjoncture économique peuvent conduire l'employeur à licencier des travailleurs dans le but de réduire ses frais généraux pour sauvegarder son investissement et d'éviter une fermeture définitive. La réorganisation interne aussi, découlant de la volonté motivée de l'employeur à restructurer son entreprise, dans le cadre de ses prérogatives patronales, peut conduire à la mutation d'un service à un autre, d'un emploi à un autre, à la reconversion de certains agents d'un poste de travail à un autre et parfois même au licenciement des travailleurs[54]. On reconnait généralement à l'employeur le droit de réorganiser son entreprise, si c'est dans l'intérêt exclusif de celui-ci et que les motifs invoqués sont réels, le licenciement pour motif économique est légitime.

Le licenciement pour motif économique présente une particularité certaine dans la mesure où le salarié va perdre son emploi sans qu'on puisse lui reprocher quelque chose, sauf d'appartenir à une entreprise qui rencontre des difficultés économiques. Donc a priori, le licenciement pour motif économique peut sembler inéquitable, compte tenu du fait qu'il peut se révéler arbitraire quant au salarié à licencier. C'est précisément en raison de cette iniquité originelle et de son caractère arbitraire potentiel que le législateur impose au préalable une alternative au licenciement. Ce licenciement au-delà de la notification et du délai de préavis est soumis à d'autres règles spécifiques.

La procédure de licenciement économique débute par la réunion avec les délégués du personnel que doit tenir le chef d'entreprise afin de rechercher avec eux toutes les mesures alternatives au licenciement envisagé. Ces derniers sont dans l'obligation de faire part à l'employeur de leur avis et leurs suggestions sur les mesures de licenciement envisagées en cas de diminution d'activité ou de réorganisation intérieure de l'établissement[55]. Ces mesures alternatives peuvent consister en une réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage partiel, la formation ou le déploiement du personnel[56].

[53] V. art. L. 60 du code du travail.
[54] M. KEBE, *Le licenciement en droit social sénégalais: considérations pratiques et procédurales*, consulté sur le site https://www.jeuneafrique.com/emploi-formation/547079/senegal-5-etapes-a-respecterpourlelicenciementeconomique/#:~:text=Le%20licenciement%20pour%20motif%20%C3%A9conomique,60%20du%20Code%20du%20Travail, le 20 décembre 2020 à 22h 33mn.
[55] V. art L. 218 du code du travail.
[56] V. art L. 61 du code travail.

Les délégués du personnel qui doivent être consultés sont ceux du collège correspondant aux emplois supprimés. En l'absence de délégués dans le collège des travailleurs à licencier, la réponse jurisprudentielle hésite entre la dispense de consultation, ou celle des autres collèges existants[57]. Dès lors qu'il existe des délégués, la consultation doit être faite, même si ce collège des délégués est différent de celui des salariés dont les emplois sont supprimés[58]. Ce qui semble logique et s'inscrit dans la perspective de protection du salarié. Toutefois, les propositions faites par les délégués du personnel ne lient pas l'employeur qui reste maitre de la décision finale. Le compte rendu de la décision doit être communiqué dans un délai de huit jours à l'inspecteur du travail, lequel dispose d'un délai de quinze (15) jours à dater de cette communication pour exercer, éventuellement, ses bons offices[59]. Le dessein du législateur est d'éviter le licenciement, sinon de faire trainer, le plus tard possible, la décision patronale. Dans les circonstances dramatiques de la séparation induite par la décision de réduire les effectifs de l'entreprise, le législateur a, à cet effet, instauré un dialogue entre les membres de la communauté de travail, leur donnant à charge de se saisir de toutes les opportunités, pour tenter de remédier aux conséquences douloureuses des tribulations que le sort a réservé à certains d'entre eux. La visée du législateur apparait dans le fait qu'après épuisement du délai de quinze jours accordés à l'inspecteur du travail pour ses bons offices, même si la nécessité avait pétrifié l'intention du chef d'entreprise, pour autant, cette condition n'eut pas été suffisante pour lui permettre de franchir le rubicond illico presto[60].

A l'échéance de ce délai, si l'employeur maintient sa décision de licencier, il doit établir l'ordre de licenciements en suivant un ordre établi. Il doit d'abord se séparer des salariés présentant des aptitudes moindres pour les postes maintenus. Et en cas d'égalité d'aptitude, il doit garder les salariés les plus anciens, l'ancienneté est majorée d'un an pour un salarié marié et d'un an pour chaque enfant à charge au sens de la législation sur les prestations familiales[61].

L'employeur, après avoir établi la liste des salariés à licencier, doit la communiquer aux délégués du personnel, s'il en existe bien sûr. Il devra en outre justifier des critères retenus pour établir l'ordre des licenciements, il convoque les délégués dans un délai de sept (7) jours pour recueillir leurs suggestions qui seront consignées dans le compte rendu de la réunion tenue par l'employeur. Le compte rendu de la réunion et de la liste des salariés licenciés seront transmis

[57] J. I. SAYEGH, *Droit du travail Sénégalais*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 628, note 161.
[58] M. GAYE, « les formalités contractuelles en droit sénégalais du travail », *Op. cit*, p. 124.
[59] V. art L 61 in fine.
[60] P. M. NDIAYE, *la sauvegarde de la liberté du travail et le droit sénégalais*, EDJA, éd. 2015, p. 129.
[61] V. art L.62 du code du travail.

à l'inspecteur du travail dans un délai d'une semaine. Et c'est seulement à la suite du respect de cette formalité que le chef d'entreprise peut notifier le licenciement pour motif économique aux concernés.

La sanction de l'irrespect des formalités n'est pas précisée par le code du travail, il revient alors aux juges de le faire en considérant ce licenciement comme abusif[62].

Notons que si des délégués du personnel font parties des salariés à licencier, l'employeur est tenu de respecter la procédure spécifique prévue pour la rupture de contrat de cette catégorie. Il devra, dès lors, demander l'autorisation de l'inspecteur du travail. Et ce dernier peut ou non refuser le licenciement.

Les formalités ci-dessus décrites doivent aussi s'appliquer même dans le cas où un plan de redressement judiciaire est envisagé lors d'une procédure collective de liquidation. En effet, selon l'article L.63 du code du travail, le syndic ou l'administrateur a la possibilité de procéder à des licenciements pour motifs économiques, mais il devra respecter en principe toutes les formalités procédurales instituées en la matière.

Toutes ces règles mises en place montrent l'importance que le droit du travail accorde au salarié, particulièrement en ce qui concerne la préservation de son emploi. Cette protection qui est constatée durant le processus de licenciement, s'étale aussi après son prononcé.

SECTION II : UNE PROTECTION CONTINUE DU SALARIE APRES LE PRONONCE DU LICENCIEMENT

Le caractère protecteur du droit du travail à l'égard du salarié ne se limite pas seulement dans le processus de licenciement. En effet, lorsque la rupture du contrat de travail est justifiée, l'employeur peut après avoir respecté les règles de protection du salarié édictées par la loi,

[62] Arrêt de la cour suprême n° 33 du 12 mai 2020, Ousmane CISS / Société SOSENCO :Sur le premier moyen tiré de la violation de l'article L 62 du code du travail en ce que l'article L 62 n'indique pas que l'employeur doit prouver qu'il a discuté avec les délégués du personnel, cette formalité étant envisagée dans le cas où l'employeur veut éviter le licenciement ; que, lorsque le licenciement est prononcé, l'article L 62 qui s'applique met à la charge de l'employeur uniquement la preuve du motif économique et du respect de l'ordre des licenciements ; qu'en déclarant le licenciement abusif au motif que l'employeur n'a pas prouvé avoir discuté avec les délégués du personnel, la Cour d'appel a violé l'article visé au moyen ; Mais attendu que pour déclarer le licenciement abusif l'arrêt déféré a retenu que la CSS n'a produit ni le procès-verbal de réunion avec les délégués du personnel, ni la preuve de la communication de la liste des travailleurs licenciés et du compte-rendu de réunion à l'Inspecteur du travail ; qu'en l'état de ces constatations d'où il résulte que la CSS n'a pas respecté la procédure d'ordre public applicable au licenciement pour motif économique, la Cour d'appel a fait une exacte application de la loi. https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURSUPREME-20100512-33 consulté le 20 décembre 2020 à 23h35mn.

prononcer un licenciement définitif. Ce dernier une fois prononcé fait non seulement peser sur la tête de l'employeur, une série d'obligations qu'il doit nécessairement respecter (Paragraphe 1), mais également produit des conséquences indemnitaires (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : LA MISE EN PLACE D'OBLIGATION A L'EGARD DE L'EMPLOYEUR

Le licenciement, quel que soit sa nature, produit des obligations à l'égard du chef d'entreprise. Il y a des obligations communes pour tous les licenciements économiques ou personnels (A), et aussi des obligations qui sont spécifiques au licenciement pour motif économique (B).

A- LES OBLIGATIONS COMMUNES A TOUTES LES RUPTURES

Après la rupture du contrat de travail liant le salarié et l'employeur, et découlant d'un licenciement, ce dernier est tenu de délivrer un certificat de travail, de payer sans délai les salaires et accessoires, et notamment de délivrer un reçu de tout compte à l'employé. Ces éléments entrent dans le champ de protection de ce dernier du fait du licenciement dont il est victime. En effet, la loi impose certaines mentions strictes à respecter pour protéger le salarié, et le paiement de certaines sommes lui permettront de pouvoir subvenir à ses besoins le temps de trouver un nouvel emploi.

L'obligation pour l'employeur de remettre un certificat de fin de contrat au salarié victime d'un licenciement est prévue en droit du travail sénégalais par l'article L.58[63]. En effet, l'employeur est tenu de fournir un certificat de travail au salarié qui quitte l'entreprise, y compris donc celui licencié. Ce document permet au nouvel employeur de s'assurer que le travailleur est libre de tout engagement. Il offre aussi au salarié, la possibilité « *de renseigner ses futurs employeurs et les diverses administrations ou organismes qui gèrent sa carrière sur les emplois qu'il a successivement occupés* ».

La remise d'un certificat de travail par l'employeur au salarié ne peut pas être refusée. La loi l'a ainsi imposée, au titre des formalités de fin de contrat de travail, afin d'éviter au salarié, qui parfois peut se trouver dans une situation contentieuse ou en mauvais termes avec l'employeur en fin de contrat de travail, la position délicate d'avoir à demander un tel certificat (qui lui sera

[63] A l'expiration du contrat, l'employeur doit, sous peine de dommages intérêts, remettre au travailleur, au moment de son départ définitif de l'entreprise ou de l'établissement, un certificat indiquant exclusivement la date de son entrée, celle de sa sortie, la nature et les dates des emplois successivement occupés, la catégorie de la convention collective dont le travailleur relève.

nécessaire pour prouver par la suite qu'il a bien travaillé pendant la période de son contrat de travail).

En outre, l'employeur doit mettre à la disposition du salarié, sous peine de dommages et intérêts, un certificat mentionnant exclusivement la date de son entrée et de sa sortie, la nature et les dates des différents emplois occupés. On peut aussi y mentionner la catégorie d'emploi du salarié. Ce qui est le plus important, c'est le fait que l'on interdise de porter sur le certificat de travail des informations tendancieuses ou erronées[64]. On peut ainsi considérer que le certificat constitue un élément de protection parce que même si le salarié a commis une faute motif de son licenciement, celle-ci ne peut en aucun cas figurer dans le certificat. Et si la remise du certificat de travail au travailleur n'est pas possible du fait de celui-ci, le certificat de travail est tenu à sa disposition par l'employeur. En plus, le salarié est exempt de tous droits de timbre et d'enregistrement, même s'il contient la formule « libre de tout engagement » ou toute autre formule ne constituant ni obligation, ni quittance.

Après le licenciement aussi, l'employeur doit sans délai payer les salaires et ses accessoires.

En plus, si le travailleur licencié était déplacé pour l'exécution de son contrat de travail hors de son lieu de résidence, dans ce cas les frais de transport et de voyages seraient payés par l'employeur.

En sus, l'employeur est tenu de donner un reçu pour solde de tout compte au salarié, c'est un document remis au salarié à la fin de son contrat de travail, et par lequel il reconnait avoir reçu l'intégralité des sommes dues et qui lui sont versées à la fin de son contrat. Un reçu pour solde de tout compte doit être établi par l'employeur et signé par le salarié. Et l'employeur a l'obligation d'établir ce document recensant les sommes versées au salarié au moment de son départ de l'entreprise et de le lui remettre. Si le salarié n'effectue pas son préavis, l'employeur peut le lui remettre au moment de son départ physique de l'entreprise.

Le Code du travail sénégalais ne vise pas expressément le reçu pour solde de tout compte. Toutefois, une telle situation ne devrait pas laisser penser qu'un tel document est méconnu en droit sénégalais. La jurisprudence s'est à maintes occasions prononcée sur la nature et l'effet libératoire d'un tel document[65].

[64] V. art L. 59 du code travail

[65] Voir à ce sujet, Cass. Soc., 10 avril 2002, La Société Sarsara c/A. K. CISSE, Bull. des arrêts de la Cour de cassation du Sénégal, Chambre sociale, année 2001-2002, décision n° 38/2002 ; Cass. Soc., 28 juil. 1999, Mbaye

L'autre condition apportée par le droit du travail après le prononcé du licenciement du salarié est la limitation de la portée de la clause de non-concurrence. La clause de non-concurrence est, quant à elle, une clause par laquelle le salarié s'interdit d'exercer, à la fin de la relation de travail, certaines activités susceptibles de nuire à son ancien employeur. La protection ainsi apportée en faveur du salarié est que cette clause n'est valable qu'en cas de faute lourde du salarié. En effet, aux termes de l'article L.35 du Code du travail sénégalais, « *Est nulle de plein droit, toute clause d'un contrat de travail portant interdiction pour le travailleur d'exercer une activité quelconque à l'expiration du contrat, sauf le cas où la rupture est le fait du travailleur ou résulte d'une faute lourde de celui-c*i ». On peut dès lors dire que la clause de non-concurrence est nulle sauf en matière de licenciement pour faute lourde imputable au salarié, ce qui exclut ainsi le licenciement pour faute grave et simple, de même que le licenciement non disciplinaire.

Et même avec cette condition, la loi dans le but de préserver toujours les intérêts du travailleur pose une autre condition, celle relative au fait que la clause de non-concurrence doit nécessairement viser une activité qui est de nature à concurrencer l'employeur, et qu'elle ne peut dépasser un an et ne peut s'appliquer que dans un rayon de cinquante (50) kilomètres autour du lieu de travail[66].

Au-delà des obligations communes qui pèsent sur l'employeur en cas de licenciement, il y a aussi les obligations spécifiques au licenciement pour motif économique.

B- L'OBLIGATION SPECIFIQUE AU LICENCIEMENT ECONOMIQUE

Le salarié victime d'un licenciement économique bénéficie d'une position privilégiée dans le cas où son ex-employeur recrute à nouveau, c'est ce qu'on appelle la priorité de réembauchage. En effet**,** la priorité de réembauche permet à un salarié licencié pour motif économique d'être prioritaire en cas de poste disponible dans l'entreprise. Ce privilège accordé au salarié est prévu par l'article

WADE c. La Sotrac, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, ch. soc. Année 1998/1999, décision n° 71. Cité par N. NDOYE *op cit*, p. 249.

[66] Il faut reconnaitre que cette règle est reprise à l'identique par l'avant-projet d'acte uniforme de l'OHADA portant sur le droit du travail de l'OHADA. Selon l'article 16 de ce texte, « est nulle de plein droit, toute clause d'un contrat de travail portant interdiction pour le travailleur d'exercer une activité de nature à concurrencer l'activité de l'entreprise à l'expiration du contrat, sauf dans le cas où la rupture est le fait du travailleur ou résulte d'une faute lourde de sa part. Toutefois, dans ce cas, l'interdiction est limitée à un an et ne peut s'appliquer que dans un rayon déterminé par l'État Partie autour du lieu de travail » cité par N. NDOYE, *op cit*, p. 250

L. 62 du code du travail qui dispose que le salarié licencié pour motif économique bénéficie également, dans son ancienne entreprise, d'une priorité d'embauche dans la même catégorie.

Cette priorité est valable pendant une durée limitée, en droit sénégalais la durée est de deux (2) ans, contrairement en droit français où elle est limitée à un (1) an.

La priorité de réembauche s'applique si des postes correspondant aux qualifications du salarié sont disponibles. L'employeur doit informer le salarié de tous les emplois devenus disponibles et compatibles avec sa qualification. Il peut s'agir d'un CDI ou non. En effet, l'obligation de l'employeur n'est pas limitée aux emplois pourvus par des contrats de travail à durée indéterminée (CDI). Il doit également communiquer au salarié les emplois en contrat à durée déterminée (CDD), à l'exception de ceux visant à remplacer un salarié absent (congés payés, arrêt maladie, congé de maternité). Un tel poste n'est en effet pas vraiment disponible puisqu'il a un titulaire temporairement absent.

En droit sénégalais, il revient aux juges du fond de vérifier si les postes pour lesquels l'employeur recrute à nouveau des travailleurs après le licenciement pour motif économique relevaient de la même catégorie professionnelle que celle des salariés congédiés pour ce motif[67].

Tous les salariés concernés par ce poste et ayant fait part de leur volonté de bénéficier de la priorité de réembauchage doivent être informés, sans exception. Dans l'hypothèse où la qualification du salarié a évolué depuis son départ de l'entreprise, l'employeur qui en a été informé par le salarié doit prendre en compte cette évolution lorsqu'il signale les postes disponibles. Ces postes disponibles doivent par ailleurs être affichés dans l'entreprise et communiqués aux représentants du personnel.

En droit français, l'employeur est tenu de mentionner dans la lettre de licenciement pour motif économique du salarié que celui-ci bénéficie d'une priorité de réembauche. La lettre précise également les conditions de mise en œuvre (délai pour informer l'employeur de son souhait d'en bénéficier, droit de refuser la priorité. Et pour pouvoir bénéficier de la priorité de réembauchage,

[67] Cour de cassation arrêt n° 68 du 14 mai 1997, COLY Abdou et autres C /I.C.S : « attendu qu'après avoir rappelé les conditions d'application de l'article 47 du code du travail les juges du fond , pour rejeter la demande de dommages intérêts pour non-respect des dispositions relatives à la priorité d'embauche , se sont déterminés par le seul visa des documents de la cause ; que si la cour d'appel n'avait pas nullement l'obligation d'énumérer ces documents qui l'ont été de manière précise par les travailleurs eux même dans leurs conclusions déposées devant la cour d'appel le 18 mai 1989, il apparait que ces pièces qui ne figurent pas dans le dossier soumis aux juges de cassation n'ont fait l'objet d'aucune analyse détaillée par les parties sur la questions de savoir si les emplois offerts à l'embauche relevaient de la même catégorie que ceux occupés par les travailleurs avant leur licenciement ; les ICS s'étant contentées de leur denier toute valeur probante à cet égard ; qu'il s'ensuit qu'en statuent comme l'a fait , la cour d'appel n'a pas fondé sa décision sur des motivations suffisantes pour permettre à la cour de cassation d'exercer son contrôle » M. GAYE, *Cours de droit des relations individuelles de travail , Op. cit.*, p. 94

le salarié doit en faire la demande auprès de l'employeur, dans les douze (12) mois qui suivent la fin de son contrat. La lettre n'est pas obligatoire si le salarié licencié a accepté de revenir dans l'entreprise pour des missions d'intérim dans la période de douze (12) mois. En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2012 précise que cette volonté de bénéficier d'une réembauche est considérée comme manifeste à la suite d'une "sollicitation de l'employeur".

Cette demande écrite manifeste la volonté du salarié de se faire embaucher par l'entreprise. Il faut aussi souligner qu'aucune condition de forme n'est imposée au salarié pour prévenir l'employeur. La demande peut être présentée de manière spontanée ou en réponse à une sollicitation de l'employeur, pourvu qu'elle soit explicite. Pour des raisons de preuve en cas de litige, il est préférable de pouvoir justifier de la date de la demande, envoi par lettre recommandée avec accusé de réception, par exemple.

Un salarié informé de l'existence d'un poste disponible peut faire acte de candidature pour cet emploi. Il est alors prioritaire par rapport aux candidats extérieurs à l'entreprise. Mais si plusieurs salariés bénéficient de la priorité de réembauche et ont la même qualification, ils peuvent demander à obtenir le même emploi. Dans ce cas, l'employeur est libre de choisir le candidat à qui revient le poste. L'ancienneté dans l'entreprise ou encore la primauté de la demande de bénéficier de la priorité de réembauche ne suffisent pas à distinguer les candidats.

Selon l'article L.62 du code du travail sénégalais, le travailleur bénéficiant d'une priorité d'embauche est tenu de communiquer à son employeur tout changement de son adresse survenant après son départ de l'établissement. En cas de vacance, l'employeur avise l'intéressé par lettre recommandée avec accusé de réception envoyée à la dernière adresse connue du travailleur.

Le salarié avertit doit se présenter à l'établissement dans les huit (8) jours suivant la réception de la lettre, au cas contraire l'employeur est libéré de l'obligation d'embaucher le salarié en priorité. La nouvelle CCNI prolonge la durée à quinze (15) jours, si la distance est précitée de cent (100) km. Cette distance est celle qui sépare le domicile du travailleur de son ex-lieu de travail.

L'employeur est tenu de respecter cette exigence du législateur sous motif d'être exposé à des sanctions de dommages et intérêts. Il convient de noter que si la priorité d'embauche est respectée, le salarié réengagé va être soumis à un nouveau contrat, celui-ci différent du précèdent ; on ne peut parler alors de suspension dès lors, mais de rupture du contrat précèdent.

Il faudrait aussi noter que le législateur en sus de donner ce privilège de réembauche aux travailleurs licenciés pour motif économique, l'accorde aussi aux travailleurs qui à la suite d'une longue maladie ont vu leurs emploies être rompus.
En plus, des obligations qui pèsent sur un employeur après le licenciement d'un salarié, celui-ci aussi conduit à des conséquences indemnitaires.

PARAGRAPHE II : LES CONSEQUENCES INDEMNITAIRES DU LICENCIEMENT

Le salarié licencié à droit, suivant le motif du licenciement, au paiement d'indemnités (A) qui peut dans certaines circonstances, être accompagné d'un versement de dommages et intérêts (B). En effet, le paiement des dommages et intérêts lui est fait en cas de licenciement jugé abusif.

A- LE PAIEMENT D'INDEMNITES

Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée a droit lorsqu'il est licencié à des indemnités. Ces indemnités sont considérées comme la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur. En effet, la rupture du contrat de travail ouvre droit au salarié à des indemnités, celles-ci dépendant de la nature et du motif invoqué pour licencier. Il y a plusieurs sortes d'indemnités, telles que l'indemnité de licenciement, de préavis et l'indemnité compensatrice de congés payés.

Le licenciement personnel pour faute donne droit au paiement d'indemnité. Toutefois, il y a des cas où ce paiement est exclu. Le licenciement pour faute simple ouvre droit à toutes les indemnités déjà mentionnées. En cas de licenciement pour faute grave, le salarié sera privé de toute indemnité sauf celle compensatrice de congés payés, et en cas de licenciement pour faute lourde, il est privé de toutes indemnités[68]. Quant au licenciement pour motif non fautif, lui aussi donne droit au salarié à toutes les indemnités.

[68] Cour de cassation, chambre sociale, arrêt n° 80 du 25 juin 1997, FALL Mamadou, AIDARA Aida GUEYE contre SOCOTEC SENEGAL SARL : « qu'en statuant ainsi, la cour appréciant souverainement les faits, n'a pas violé les textes visés au moyen d'autant qu'elle retient à l'encontre de Aida la faute lourde de l'article L. 49 alinéa 2 du code du travail, en précisant que la gravité de la faute est privatrice des indemnités de rupture […] ».

Le licenciement pour motif économique ouvre droit au salarié à toutes les indemnités, en plus d'une indemnité spéciale, non imposable, payée par l'employeur et égale à un mois du salaire brut[69].

L'indemnité de licenciement est versée au travailleur licencié qui a totalisé au moins une année d'ancienneté. Cette indemnité est représentée, pour chaque année de présence accomplie dans l'entreprise, par un pourcentage déterminé du salaire global mensuel moyen des douze (12) derniers mois d'activité qui ont précédé la date de licenciement. Cette indemnité de licenciement est de nature non imposable. L'ancienneté d'un travailleur dans une entreprise correspond à la durée totale de présence dans l'entreprise[70]. Lorsque le travailleur a fait l'objet de plusieurs embauches dans la même entreprise et que les départs ont été motivés par une compression de personnel ou une suppression de poste, la CCNI prévoit en son article 30 qu'il est fait sommation de toutes les périodes d'activités pour déterminer l'ancienneté[71]. Les suspensions de contrat dues à des absences pour cause de maladies et d'accidents professionnels ou non, la durée du congé augmentée des délais de route et d'attente y afférents, la grève ou le lock-out, la mise à pied du délégué du personnel, la période de détention préventive, sont pris en compte pour le calcul de l'ancienneté du salarié.

[69] V. art L.62 al. 5 du code du travail

[70] Arrêt N°30 DU 25 JUILLET 2018, A B C c / ONOMO HOTEL : attendu pour débouter M. A B C de sa demande en paiement d'indemnité de licenciement la cour d'Appel a énoncé ce qui suit : « Considérant que pour solliciter la confirmation du jugement attaqué sur le point de l'indemnité de licenciement, A B C s'est prévalu d'une présence de 2 ans 5 mois au sein de la société ; Que toutefois, même si le licenciement a été déclaré abusif, il ne peut être contesté que l'indemnité de licenciement qui n'est concevable que dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée ne pouvait être appréciée que pour la période du 1er septembre 2012 au 06 mars 2013, période durant laquelle les parties exécutaient un contrat à durée indéterminée ». Qu'en d'autres termes, le juge d'appel considère que l'indemnité de licenciement ne pouvait être réclamée que pour la période où les parties exécutaient un contrat de travail à durée indéterminée ; Qu'il en tire comme conséquence que M. A B C n'a pas accompli la période de référence ouvrant droit à l'indemnité de licenciement ; Qu'en se déterminant ainsi, le juge d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. Qu'en effet, l'article 30 de la CCNI dispose très clairement : « en cas de licenciement par l'employeur, le travailleur ayant accompli dans l'entreprise une durée de service au moins égale à la période de référence ouvrant droit de jouissance au congé telle que fixée par la réglementation en vigueur, a droit à une indemnité de licenciement distincte du préavis […] dans le décompte effectué sur les bases indiquées ci-dessus, il doit être tenu compte des fractions d'année ». Que cet article soit clair et ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'ancienneté servant de base de calcul de l'indemnité de licenciement puisque c'est la totalité du temps de présence dans l'entreprise qui est prise en compte. De plus, l'article 44 de la CCNI prévoit « qu'on entend par ancienneté le temps pendant lequel le travailleur a été occupé de façon continue pour le compte de l'entreprise quel qu'ait été le lieu d'emploi ». Qu'en l'espèce, aucune des parties n'a contesté que M. A B C a exercé ses activités de façon continue du 21 octobre 2010 au 06 mars 2013. Qu'en décidant de ne pas prendre en compte la période antérieure au 1er septembre 2012 alors que les articles 30 et 44 ne font aucune distinction entre le CDD et le CDI en ce qui concerne le calcul du temps de présence dans l'entreprise, la cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision. https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURSUPREME-20180725-30 consulté le 27 décembre 2020 à 14h27mn.

[71] B. DIAKHATE ; A.F. DIAKHOUMPA ; B. SOUMARE, *Droit appliqué du travail guide pratique du responsable du personnel*, C.R.E.D.A.T, p.102

Le salaire moyen mensuel des douze (12) derniers mois d'activité est obtenu à partir du salaire global augmenté des prestations ayant un caractère de salaire, à l'exclusion de celles présentant le caractère d'un remboursement de frais. L'article 30 de la CCNI détermine le montant de l'indemnité comme suit : pour chacune des cinq (5) premières années, 25% du salaire moyen mensuel des douze (12) derniers mois d'activité ; pour chacune des cinq (5) années suivantes, 30% du salaire moyen mensuel ; pour chacune des années au-delà de la 10ième année, 40% du salaire ci-dessus défini.

En France en revanche, la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008[72] portant modernisation du marché du travail a modifié les dispositions relatives à l'indemnité minimale de rupture due à tout salarié licencié, sauf faute grave ou faute lourde. C'est donc l'indemnité légale de licenciement qui s'applique et non l'indemnité prévue par la convention collective (position confirmée par les tribunaux par un arrêt du 29 juin 2011). L'indemnité légale de licenciement est due dès un (1) an d'ancienneté, sauf faute grave ou lourde et ne peut être inférieure à un cinquième (1/5) de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix (10) ans d'ancienneté. Les fractions d'années incomplètes entrent également en ligne de compte.

Le salaire de référence à prendre en compte pour le calcul de cette indemnité est : soit 1/12ième de la rémunération brute (salaire, primes, gratifications, etc.) des douze (12) derniers mois qui précèdent la notification du licenciement. Soit 1/3 des trois derniers mois qui précèdent la notification du licenciement. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion. Les indemnités, qui correspondent à des remboursements de frais engagés (indemnité de déplacement ou de repas, par exemple), ne sont pas prises en compte. Si le salaire de l'année ou des 3 derniers mois est nettement inférieur au salaire habituel, c'est ce dernier qu'il faut retenir (le salaire habituel est celui que le salarié aurait perçu en temps normal, en dehors, par exemple, d'une absence maladie non indemnisée en totalité). L'indemnité légale n'est pas soumise aux cotisations sociales.

S'agissant de l'indemnité de préavis, l'employeur tout comme le travailleur, peut se dégager de l'obligation d'observer le préavis en versant une indemnité en lieu et place, dite indemnité

[72] V. La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF n°0148 du 26 juin 2008

compensatrice de préavis. Elle est égale au salaire et avantages de toute nature, à l'exclusion des remboursements de frais et calculée au prorata du temps de préavis. Elle est égale à un mois de salaire brut pour les travailleurs non-cadres et à trois mois de salaire brut pour les cadres et assimilés. Cette indemnité de préavis est de nature imposable.

L'employeur qui veut aussi se séparer du salarié qui doit partir en congé, doit le lui notifier quinze (15) jours avant son départ, sous peine de lui payer le double de l'indemnité due.

Concernant l'indemnité compensatrice de congés, elle est payée au travailleur en compensation de la non-jouissance du droit au congé du fait de la rupture des relations de travail. Elle est également de nature imposable.

Le salarié, en plus de ces indemnités dont il a droit, peut aussi se voir verser des dommages et intérêts.

B- LE PAIEMENT DE DOMMAGES-INTERETS

L'inobservation des conditions de forme du licenciement peut amener l'employeur à verser des dommages et intérêts au salarié. Cela peut être le cas si le licenciement du travailleur survient sans l'observation de la formalité de la notification écrite ou de l'indication du motif de licenciement.

Ce versement de dommages et intérêts peut aussi provenir d'un licenciement motivé par les opinions du salarié, son activité syndicale, son appartenance ou non à un syndicat donné déterminé etc. Le code du travail donne droit à tout salarié victime d'un licenciement abusif de demander des dommages et intérêts pour la réparation du préjudice subi, et comme mentionné précédemment, ce caractère abusif du licenciement peut provenir des deux cas précités. Notons toutefois que la détermination du caractère abusif relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Et en cas de contestation, la preuve de l'existence d'un motif légitime incombe à l'employeur.

Et l'article L. 56 dispose en sus, que la juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture du contrat. Mais l'enquête peut ne pas se faire si le juge trouve des éléments dans les faits pour fonder sa décision. Cela est illustré par l'arrêt n°2 de la cour de cassation du 23 Novembre 2005 opposant DAKARNAVE S.A et Seydina

Oumar LEYE[73] dans lequel le juge a rejeté le troisième moyen, au motif que l'enquête prévue par l'article L.56 visé au moyen n'a pas un caractère obligatoire et que les juges du fond peuvent l'écarter s'ils trouvent dans les faits et les pièces du dossier de la cause assez d'éléments pour fonder leur conviction.

Le montant des dommages et intérêts est fixé compte tenu de tous les éléments qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé notamment de l'ancienneté des services, de l'âge du salarié, de la nature des services engagés, des droits acquis à quelque titre que ce soit, de la difficulté à retrouver un emploi comparable, de l'atteinte portée au statut social du travailleur…la fixation du montant des dommages et intérêts doit être motivé[74] .

En droit français, la fixation du montant des dommages et intérêts est fixé par un barème dit barème Macron. Ce barème fixe non seulement un plancher minimum mais également un montant maximum. Ainsi, en cas de contentieux, le juge ne peut pas condamner à verser des dommages et intérêts d'un montant supérieur à celui fixé dans le barème Macron. L'application de ce barème Macron permet d'avoir une visibilité concernant le montant des dommages et intérêts à verser au salarié licencié si le juge estime que c'est abusif.

Le paiement de dommages et intérêts ne se confondent pas ni avec l'indemnité de préavis, ni avec l'indemnité de licenciement éventuellement prévue par le contrat ou la convention collective.

En somme, nous pouvons au sortir de ce chapitre conclure, en précisant que le licenciement est la forme de départ la plus douloureuse et aussi celle qui présente le plus de risque de contentieux. C'est la raison pour laquelle, le législateur organise dans le code du travail, une procédure de licenciement rigoureuse que l'employeur doit respecter avant de licencier le salarié, afin de protéger ce dernier.

En ce qui concerne la protection apportée durant le processus de licenciement, l'employeur est dans l'obligation de respecter la procédure de notification, l'indication de motif et le respect d'un délai de préavis. Pour ce qui est des délégués du personnel, l'employeur doit obligatoirement demander l'autorisation de l'Inspecteur du Travail et de la Sécurité sociale avant tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé. Il est aussi tenu d'informer les délégués

[73] Cour de cassation, arrêt n°2 du 23 Novembre 2005, DAKARNAVE S.A c/ Seydina Oumar LEYE, consulté sur le site https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURDECASSATION-20051123-022005, le 27 décembre 2020 à 18h 51mn

[74] Cour suprême, arrêt n° 33 du 12 mai 2010, Ousmane CISS c/ Société SOSENCO

du personnel, et notamment celui ou ceux dont il envisage le licenciement, de la date du dépôt de la demande d'autorisation de licenciement. Toutefois, en cas de faute lourde, l'employeur peut prononcer immédiatement la mise à pied de l'intéressé en attendant la décision définitive de l'Inspecteur et de la Sécurité sociale. S'agissant des travailleurs frappés d'incapacité on note aussi une protection rigoureuse permettant d'éviter ou de retarder le licenciement. En outre, en cas de difficulté économique ou d'une réorganisation intérieure de l'entreprise, l'employeur peut effectuer un licenciement pour motif économique tout en respectant aussi, la procédure exigée par le législateur. En sus, le législateur toujours dans cette mouvance de protection de la partie la plus faible du contrat de travail a mis en place le paiement d'indemnités, de dommages et intérêts mais aussi des obligations contractuelles sur la tête de l'employeur après la rupture définitive du contrat de travail.

Mais, ce qu'il faut relever toutefois, c'est que la protection traditionnellement garantie aux travailleurs, tend aujourd'hui vers une fragilisation, un assouplissement.

CHAPITRE II : LA PROTECTION DU SALARIÉ : UNE RÉALITÉ FRAGILISÉE

Partie davantage privilégiée au détriment de celle du salarié, certains employeurs ne sont que très peu soucieux du sort de leurs employés, rendant ainsi l'avenir de ces derniers très précaire. La vulnérabilité du salarié se caractérise, d'une part, par son manque d'épanouissement lors de l'exercice de sa fonction de travailleur au sein de l'entreprise et, d'autre part, par l'insuffisance de sa protection vis-à-vis de son employeur. Cette protection est fragilisée par une tendance évolutive du droit du travail (Section 1) et par une insuffisance des sanctions à l'égard de l'employeur lors des licenciements (Section 2).

SECTION I : UNE PROTECTION FRAGILISÉE PAR LES NOUVELLES TENDANCES DU DROIT DU TRAVAIL

En droit du travail, la protection des salariés a muté concomitamment avec l'évolution des tendances actuelles de la société salariale. Le salarié qui était la pierre angulaire de l'objectivité de ladite protection, constitue aujourd'hui une partie lésée en ce sens qu'il est de moins en moins protégé face au licenciement. Cela est la résultante de la tendance actuelle qui est marquée par la protection de l'entreprise (Paragraphe 1). Cette tendance évolutive démontre une difficulté d'avoir un équilibre entre les intérêts du travailleur et ceux de l'entreprise (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : UNE TENDANCE CONTEMPORAINE MARQUÉE PAR LA PROTECTION DE L'ENTREPRISE

Le droit du travail classique s'était édifié à partir de la réalité de l'entreprise physique de production et de son salariat. La tendance contemporaine à l'extériorisation de la production modifie de plus en plus le contexte du travail[75]. Depuis quelques années, il s'est en effet développé une théorie que l'on appelle la flexibilité de l'emploi, qui est venue refouler l'orientation partisane du droit du travail. Le postulat de cette théorie est empreint d'une

[75] P. VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *Les Cahiers de droit*, Volume 52, numéro 2, juin 2011, p. 135-166.

certaine évidence. C'est l'entreprise qui génère l'emploi. Il n'y a pas d'emploi sans entreprise. Par conséquent, tout ce qui affecte celle-ci impacte nécessairement le salarié. Dès lors, il y a lieu de protéger l'entreprise si on veut préserver les emplois. Par voie de conséquence, il y a lieu d'inverser la démarche en mettant l'accent désormais sur la protection de l'entreprise, en la rendant performante pour qu'elle puisse concourir et concurrencer les autres entreprises de même dimension. Et pour se faire, il faudrait nécessairement commencer par alléger ses charges, et le droit du travail fait partie de ces charges parce qu'il contient des règles marquées d'un profond formalisme qui constituent autant de contraintes pour l'entreprise, et qui plus est, sont de nature à inhiber ses actions. Il faut alors flexibiliser, c'est-à-dire assouplir les règles du droit du travail. Et à partir de ce moment, on assistera à la flexibilisation de certaines règles, particulièrement celles relatives au licenciement (A), surtout avec l'entrée en vigueur du nouveau code du travail de 1997. Cette flexibilisation marquée par l'épanouissement de l'entreprise constitue un élément qui déprotège le travailleur dans la mesure qu'il est difficile d'allier protection du salarié et protection de l'entreprise (B).

A- LA FLEXIBILISATION DE CERTAINES REGLES DU LICENCIEMENT

En instituant une procédure à tout licenciement, par l'exigence d'un préavis, d'une notification comportant un motif légitime de licenciement, le législateur a accordé des garanties fondamentales aux salariés. En effet, le fait pour le salarié de pouvoir connaître les motifs du licenciement envisagé, d'avoir la possibilité de les discuter, amène l'employeur à réfléchir avant de prendre sa décision. Certes, toutes ces mesures mises en place constituent une protection pour le salarié qui risque de perdre son travail, sa principale source de revenus, mais on note de plus en plus un assouplissement des règles relatives au licenciement surtout avec l'entrée en vigueur du nouveau code du travail de 1997.

D'emblée, le licenciement d'un salarié ne respectant pas certaines règles était considéré comme un licenciement abusif. En effet, la jurisprudence considérait que la violation des règles de forme donnait au licenciement un caractère abusif, illégitime. C'est à ce titre qu'est rendu l'arrêt de la cour de cassation du 25 novembre 1998. Dans cette affaire, la Cour de cassation du Sénégal avait nettement approuvé la décision d'une Cour d'appel qui déclarait un licenciement abusif uniquement pour non-respect de la formalité de la notification écrite[76]. Il existait alors une protection des travailleurs contre le licenciement injustifié. Cependant, l'innovation majeure

[76] Cass. Soc. 25 novembre 1998, M. Wade c/ A. NDIAYE, Bulletin des arrêts de la cour de cassation du Sénégal, chambre sociale, année judiciaire 1198/1999, p.18.

apportée par le Code de 1997 est l'assouplissement des règles du licenciement, plus exactement la sanction des règles de forme. En effet, désormais, lorsque l'employeur ne procède pas à une notification écrite, ou lorsqu'il omet d'indiquer le motif du licenciement, la loi décide que la violation de ces conditions de forme ne donne pas de caractère abusif au licenciement. C'est en ce sens que l'article L. 51 stipule que « *si le licenciement d'un travailleur survient sans observation de la formalité de la notification écrite ou de l'indication d'un motif, ce licenciement irrégulier en la forme ne peut être considéré comme abusif* ».

Le texte de l'article L. 51 sanctionne désormais le licenciement par une simple irrégularité formelle mais légitime la rupture dès lors que l'employeur pourra alléguer un motif légitime, même s'il n'a pas respecté les formalités de rupture du contrat de travail. Le législateur a pris le parti de sacrifier les intérêts des travailleurs pour un besoin de flexibilité exprimé par les employeurs. En effet, l'ancien code du travail de 1961 était plus sévère pour l'employeur qui violait les formalités lors de la rupture du contrat. Les exigences formelles retenues par ce code étaient les mêmes que celles du nouveau code du travail de 1997, mais la sanction était beaucoup plus rigoureuse avant cette date[77]. Le nouveau texte laisse à l'employeur la possibilité de développer les reproches faites au salarié devant le juge. Le fond du licenciement n'est plus lié au respect des formalités de rupture. A travers cette segmentation du fond et de la forme, il est permis à l'employeur, irrespectueux des formalités de rupture, de s'en tirer à bon compte. En effet, s'il arrive à convaincre de l'existence d'un motif légitime, le licenciement sera déclaré comme justifié. Le « *lot de consolation* » du salarié sera de demander la réparation du préjudice subi avec la violation des formalités de rupture.

Toutefois, l'alinéa 2 de l'article L.51 semble donner au juge un pouvoir d'appréciation dans l'octroi ou non d'une indemnité pour non-respect des règles de forme. En effet, il dispose que « *le tribunal peut néanmoins accorder au travailleur une indemnité pour sanctionner l'inobservation des règles de forme* ». L'utilisation du verbe « *pouvoir* » en droit indique qu'il s'agit d'une faculté[78]. Et aucune indication n'est donnée par la loi concernant les conditions d'octroi d'indemnités au salarié par le juge. Ainsi, on peut dès lors dire que l'on est passé d'un licenciement réputé abusif de manière irréfragable à une simple présomption qui peut être renversée par l'employeur laissant ainsi le salarié avec des indemnités en fonction de la qualification de la faute retenue par le juge.

[77] M. GAYE, « les formalités contractuelles en droit sénégalais du travail », p. 119.
[78] *Ibidem*, p. 120.

Un tel renversement est choquant pour le salarié. A la douleur de perdre son emploi, on y ajoute l'ignorance, la perplexité, quant au motif de la rupture. On pourra l'informer verbalement de la rupture de son contrat sans lui en préciser la raison. S'il voudrait la connaitre, il lui appartiendrait de contester devant le juge sans être en mesure d'apprécier ses chances de succès, alors que gardant le motif dans sa manche, l'employeur se donne le malin plaisir de le relever tout en se glorifiant d'avoir violé la loi[79].

En droit français, il était en principe constamment réaffirmé par la Cour de Cassation que la lettre de licenciement fixait les limites du litige. Et en application de ce principe, l'employeur ne pouvait invoquer de nouveaux griefs postérieurement à la notification de la lettre de licenciement**.** En d'autres termes, le juge ne pouvait examiner les motifs non énoncés dans la lettre de la lettre de licenciement.

En outre, le défaut d'énonciation d'un motif précis équivalait à une absence de motif, privant le licenciement de cause réelle et sérieuse. Ainsi, l'employeur était contraint d'énoncer des faits concrets, précis, matériellement vérifiables et d'éviter des motifs généraux, vagues et subjectifs. Le salarié devait être en mesure de connaître très précisément les faits reprochés dès la notification du licenciement. Un licenciement juridiquement fondé était cependant susceptible d'être invalidé du fait de la mauvaise rédaction de la lettre. Mais avec l'ordonnance du 22 septembre 2017 et le Décret du 15 décembre 2017, la lettre de licenciement peut être précisée après sa notification. En effet**,** la lettre de licenciement peut être précisée par l'employeur postérieurement à sa notification au salarié. (Article L.1235-2 du Code du travail). Cette possibilité est ouverte à tous les licenciements. Contrairement au projet initial, l'article dispose que l'employeur peut préciser et non pas compléter la motivation de la lettre de licenciement[80]. Et si le salarié veut connaitre les motifs de son licenciement, il a quinze (15) jours pour le faire et l'employeur aussi a le même délai s'il veut répondre. On constate alors un réel bouleversement des règles du licenciement. Comment peut-on justifier le fait que si un salarié veut connaitre les motifs de sa rupture de contrat, se serait à lui de le demander, si ce n'est pas mentionné par l'employeur ? Certes, il ne faut pas excessivement protéger le salarié, mais il y a un minimum à respecter. En plus, la sanction de cette imprécision est seulement le versement d'indemnités qui ne peut être supérieur à un mois de salaire.

[79] *Ibidem.*
[80] M.L. ARBEZ-NICOLAS, *licenciement : assouplissement des règles*, in bloc des avocats, consulté sur le site https://consultation.avocat.fr/blog/marie-laure-arbez-nicolas/article-23194-licenciement-assouplissement-des-regles.html, le 05 Janvier 2021 à 01h 44mn.

En outre, le régime d'indemnisation prévu notamment aux articles L.51 et L.56 du Code du travail s'avère complexe et parfois injuste du fait des critères retenus. D'une part, l'accomplissement de la procédure n'est jamais demandé ni ordonné. Si l'on considérait que la procédure est indispensable, il faudrait décider que le licenciement, non précédé d'une procédure régulière, est nul et la solution devrait être la même quelle que soit l'ancienneté du salarié et quel que soit l'effectif de l'entreprise. Dans la mesure où la solution de la nullité n'est pas actuellement envisagée par le législateur, le plus simple est de s'en tenir à l'indemnisation. D'autre part, le régime de celle-ci est incohérent puisque le salarié relevant du régime de l'article L.56 du Code du travail peut actuellement recevoir une indemnité non plafonnée et donc supérieure à un mois de salaire, alors que le salarié, plus ancien et appartenant à une entreprise plus importante ne pourra prétendre qu'à un mois de salaire maximum.

En plus, s'agissant du licenciement pour motif économique dans notre droit social, le législateur a pendant longtemps essayé de limiter le recours par l'employeur au licenciement économique. C'est dans cette perspective qu'il avait mise en place un mécanisme d'autorisation préalable auquel était soumis l'employeur avant tout licenciement économique. En effet, l'employeur devait demander à l'inspecteur de travail l'autorisation de licencier pour motif économique. Cette procédure jugée trop longue et par ailleurs trop protectrice à l'égard des travailleurs, constituait pour le patronat un obstacle au développement économique, et par conséquent à l'investissement. C'est à la suite de ce constat que des suggestions émanant du milieu patronal et des institutions financières internationales, et allant dans le sens de la révision de la procédure en vue d'une plus grande flexibilité, furent émises[81]. Ainsi, cette procédure protectrice a été abrogée par le Code de 1997 qui facilite davantage le licenciement pour motif économique. Désormais, on n'a plus besoin d'une autorisation administrative préalable. L'inspecteur du travail n'a plus un droit de veto, il s'agit maintenant que d'une simple consultation dans la mesure où la décision finale revient au chef d'entreprise. L'objectif recherché était de créer un environnement attractif pour les investisseurs, afin de faciliter la création de nouveaux emplois.

Le recours par les employeurs au licenciement en se prévalant d'un prétendu motif économique, a amené les syndicats de travailleurs, au moment de l'adoption de la réforme du code du travail, à manifester vivement contre celle-ci. En réalité, qu'on se trouve à gauche ou à droite de l'échiquier social, ces craintes étaient justifiées. Aujourd'hui, on ne peut pas dire que cette

[81] H-J. TAGUM FOMBENO « Plaidoyer pour des règles particulières en matière de licenciement pour motif économique dans le futur acte uniforme relatif au droit du travail », www.ohada.com, p. 10.

mesure a empêché la montée du chômage, ni que sa suppression a eu un effet notable sur le nombre de licenciés. Dans les faits, le chômage s'est au contraire accentué[82].

La nullité du licenciement dont la conséquence légale était la réintégration du salarié a disparu. Le licenciement pour motif économique peut être prononcé a priori en toute circonstance, sans aucune conséquence immédiate suffisamment dissuasive. Le seul risque est une éventuelle condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts. Sans le vouloir, le législateur sénégalais a aménagé ainsi les conditions d'une application abusive de la loi.

En somme, il existe aujourd'hui une procédure brève et souple sans aucune contrainte particulière pour l'employeur. Les entreprises sont libres de procéder à des compressions d'effectif à la seule condition d'en informer l'Inspecteur du travail qui peut, le cas échéant, exercer ses « bons offices » en vue de trouver des mesures de substitution aux licenciements envisagés. Et la loi n'a prévu aucune sanction en cas d'irrespect de la nouvelle procédure[83].

Dès lors, il est temps de rétablir la procédure d'autorisation administrative préalable en limitant sa durée car il est nécessaire de permettre à l'inspecteur du travail d'avoir un certain droit dans la procédure afin de protéger le salarié.

En somme, compte tenu de tout ce qui précède, on peut retenir qu'il est difficile de trouver un compromis entre la protection du salarié et la protection de l'entreprise.

B- LE DIFFICILE COMPROMIS ENTRE PROTECTION DU SALARIE ET PROTECTION DE L'ENTREPRISE

Le droit du travail a pendant longtemps été présenté, analysé et enseigné comme étant un droit protecteur. C'est en effet un droit partisan parce que l'essentiel de ses règles sont orientées vers la protection des salariés. C'est aussi parce que ces derniers sont réputés faibles. En effet, le contrat de travail est un contrat de dépendance par excellence. La finalité première, historiquement déterminante du droit du travail est la protection des salariés contre toutes les formes d'exploitation dont ils peuvent être objet. Qu'il suffise de relever la consécration progressive en droit positif de la maxime *« le doute profite au salarié »*, en matière de droit

[82] BIT, Rapport sur les tendances de l'emploi en 2003, janvier 2003, Genève. ; S. MBAYE, *Afrique francophone : Autopsie d'une désintégration*, in Jeune Afrique Economique du 14 au 18 janvier 1998. Adde, Le Monde diplomatique, septembre 1995, p. 12. ; CMT, Impact de la globalisation sur les normes internationales du travail, Colloque international du 8octobre 1996 ; voir aussi les derniers rapports de la Confédération Internationale des Syndicats Libres et de la Confédération Mondiale des Travailleurs sur les droits syndicaux

[83] I.Y. Ndiaye, « Droit du travail sénégalais et transfert de normes » *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, publié en 2005, p.172

disciplinaire, d'égalité de rémunérations entre femmes et hommes, ou encore de droit du licenciement[84].

Avec la consécration de la théorie de la flexibilité de l'emploi par le code du travail de 1997, qui dans l'exposé des motifs résulte qu'il faut assurer l'épanouissement de l'entreprise en libéralisant le droit du travail et en essayant de ne pas déprotéger les travailleurs, on peut dire que c'est un équilibre bien difficile entre ce qui est économiquement possible et ce qui est socialement souhaitable. D'une part, l'employeur aura toujours pour objectif de faire prospérer son entreprise, de se détacher de toutes les règles contraignantes, surtout de celles en rapport avec le licenciement, très encadrée. D'autre part, le salarié, lui, tout ce qui l'importe c'est de pouvoir s'épanouir davantage dans l'entreprise, de bénéficier d'une plus grande protection. Par conséquent, trouver un équilibre entre ces deux objectifs s'avère difficile, voire impossible.

De surcroit, il faut reconnaître que bien souvent, l'économique prend le pas sur le social. C'est en ce sens que dans les années 50, G. Lyon-Caen relève qu'« *il y a deux exigences en sens contraire qui s'exercent dans l'élaboration du droit du travail : l'exigence sociale, celle du respect humain du travailleur, et l'exigence économique, celle de la rentabilité des entreprises* ». Certains auteurs ont estimé, dans les années 80, que le droit du travail réalisait un équilibre instable[85]. Instabilité due au fait que : constant que la procédure de licenciement était trop lourde et n'incitait pas les employeurs à embaucher facilement de peur d'être trop contraints de garder leurs salariés, même en cas de difficultés économiques. Ensuite, le contexte économique amène les employeurs à ajuster plus régulièrement leur masse salariale. Ils doivent donc pouvoir licencier de manière plus souple : limiter les délais de la procédure, supprimer la lourdeur des procédures même pour les « petits » licenciements.

La protection du salarié est de plus en plus fragilisée par l'assouplissement des règles. Cette déprotection n'est pas seulement relative au licenciement, le législateur a donné davantage de droit aux employeurs pour donner suite à leurs contestations, ils ont de plus en plus de marge de manœuvre, de liberté. Le licenciement est désormais certes encadré mais avec souplesse. On peut par exemple prendre le cas de certains pays du monde ou l'employeur peut aujourd'hui procéder à des licenciements pour motifs économiques pour la sauvegarde de leur compétitive, non pas pour sauvegarder l'entreprise. Cette illustration est le cas de certains pays de l'union

[84] D. BA, *La protection des salaries par le droit du travail : entre contrainte et flexibilité,* consulté sur le site https://blogavocat.fr/space/daouda.ba/content/la-protection-des-salaries-par-le-droit-du-travail---entre-contrainte-et-flexibilite._c44cb6c6-f592-4501-a254-97c0727ea2bc, le 02 janvier 2021 à 00h 34mn.

[85] Dans la 19ème édition du précis Dalloz de Droit du travail (1988), G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot observent que « le droit du travail ne « protège » pas ; il réalise un équilibre instable. En période de crise, il avantage plutôt l'entreprise, source d'emplois » n° 31.

européenne. Mais, l'observation des législations étrangères révèle que la France est le seul pays de l'Union européenne dans lequel les entreprises n'ont pas l'autorisation de licencier pour améliorer leur compétitivité. Plus précisément, comme le souligne François Taquet « les autres pays de l'Union européenne donnent la possibilité de procéder à des licenciements à titre préventif en cas de nécessité pour l'entreprise. Le droit français ne permet pas une telle situation[86] ».

En outre, ce constat de la flexibilité est aujourd'hui à l'origine de la libéralisation du droit du travail en général et du droit du licenciement en particulier. Cette libéralisation est aujourd'hui d'actualité en France avec le projet de loi Macron qui simplifie les « petits licenciements » de deux (2) à neuf (9) salariés dans les entreprises de plus de cinquante (50) salariés et ceux dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire. Il n'y aura plus en France, d'obligation de formation, d'adaptation et de reclassement au niveau du groupe, mais seulement « dans l'entreprise ». Le projet Macron permet le licenciement sans retour et sans indemnités des salariés pour lesquels le tribunal administratif aurait annulé la décision d'homologation du plan de licenciement. En clair, si la décision de l'administration a été cassée pour « *insuffisance de motivation* », la loi prévoit que le jugement du tribunal administratif ne modifie pas la « *validité du licenciement* » et donc *« ne donne pas lieu au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur* »[87].

En somme, le droit du travail organise les rapports sociaux au sein de l'entreprise. Son objet est donc le travail dépendant. C'est en cela que ce droit prend parti en faveur du salarié. Il est donc un droit partisan, en ce sens qu'il est élaboré essentiellement à destination du salarié. Le droit du travail est, pour l'essentiel, un droit de protection du salarié en raison de son état de subordination. Cette protection consiste à assurer au salarié une sécurité de l'emploi et des conditions de travail ainsi qu'une participation à l'élaboration et à l'application du droit du travail.

Mais aujourd'hui, le droit du travail s'oriente également vers la protection de l'entreprise. Beaucoup de ses règles assurent la performance, la croissance, la compétitivité de l'entreprise en allégeant ou en assouplissant ses charges grâce à la notion de flexibilité. Ces deux orientations du droit social à savoir la protection du salarié mais aussi de l'emploi, constituent

[86] P. CAHUC, S. CARCILLO, « Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises ? » *in Revue économique*, 2007/6, Vol. 58, pages p. 1222

[87] G. FILOCHE, « La loi Macron va-t-elle accélérer la libéralisation du droit du travail ? », consulté sur le site http://www.humanite.fr, le 09 décembre 2020 à 10h 05mn.

deux choses dont on ne peut trouver le bon équilibre, le juste milieu, il y aura toujours une partie qui verra ses intérêts être lésés, et malheureusement c'est le cas actuellement du salarié, raison pour laquelle il est nécessaire de renforcer les régimes du droit du licenciement

PARAGRAPHE II : UNE NÉCESSITÉ ACTUELLE DE RENFORCEMENT DES RÉGIMES DU DROIT DU LICENCIEMENT

Loin de ne pas se soucier des difficultés économiques, le salarié subit des dommages liés au licenciement, de quelque nature que cela puisse être (perte de son emploi, difficulté de retrouver un travail, précarité de sa vie sans moyen de subsistance). Parallèlement, il est aussi noté des difficultés inhérentes à l'insuffisance de sa protection vis-à-vis de son employeur, qui, se sentant en défaveur lors de licenciements réputés abusifs, n'hésiterait en aucun cas à défendre un motif économique, ainsi pour contrecarrer cela, il serait nécessaire de redéfinir la notion de difficulté économique (A) et de renforcer les mesures d'accompagnements (B).

A- LA REDEFINITION DES DIFFICULTES ECONOMIQUES

Bien qu'il existe une protection spéciale qui entoure le licenciement pour motif économique, il s'avère qu'elle comporte tout de même certaines limites. En effet, malgré les mesures prises par le législateur pour protéger le salarié par l'élaboration d'une procédure, force est de constater que la loi ne participe pas à la définition des motifs légitimes de licenciement économique. La notion de « difficulté économique » telle qu'elle résulte du code du travail s'avère floue.

Le code ne dit pas ce qu'est une difficulté économique, pourtant une définition de cette notion ou tout au moins une restriction des hypothèses de difficultés économiques est indispensable. Cette notion est tout aussi large que confuse et peut être appréciée différemment selon le camp où l'on se situe. Il n'est pas inutile de rappeler que les réformes issues des programmes d'ajustements structurels ont conforté les chefs d'entreprise dans leur position de gérant de la politique de l'emploi au sein de l'entreprise. A cet égard, il faut éviter qu'ils ne s'appuient sur cette plénitude pour légitimer des licenciements en l'absence de « difficulté économique ». Même s'il est évident qu'on ne peut invoquer une difficulté économique pour masquer une autre cause de licenciement, notamment un licenciement reposant sur un motif personnel, il reste que le problème demeure entier. Certains auteurs ont essayé de voir dans la difficulté économique la réduction de l'activité économique de l'entreprise par une baisse de fonctionnement de l'appareil de production ou de distribution par suite d'une baisse des commandes, l'inadaptation des moyens de production ou de raréfaction des matières. La délimitation aurait permis de limiter les licenciements déguisés ou restreindre les prérogatives de l'employeur en ce sens.

On peut comprendre que c'est dans le but de préserver l'entreprise qui est la source de revenus du salarié, mais délimiter cette notion de difficulté économique, non pas de sens large comme c'est le cas, mais avec des indicateurs précis, serait un moyen de protéger le salarié.

Certes, il ne faut pas exiger que l'entreprise soit proche du dépôt de bilan ni que sa situation financière soit irrémédiable pour la considérer être en difficulté économique, mais les difficultés mises en avant doivent être importantes et durables. Il ne faut pas que l'entreprise puisse escompter une reprise d'activité rapide et que sa situation financière lui permette d'assurer la charge représentée par le salarié. Le licenciement pour motif économique ne doit pas être un simple outil de gestion des ressources humaines, il doit découler de véritables difficultés économiques. Ces difficultés doivent se traduire dans les comptes de l'entreprise, ou être en passe d'y apparaître rapidement, par exemple une baisse considérable du chiffre d'affaires, déficit d'exploitation croissant dont l'importance n'est pas contestée, etc. Sous ce rapport, nous estimons que l'appréciation des difficultés économiques doit s'effectuer à partir d'une batterie d'indicateurs objectifs permettant d'évaluer les performances de l'entreprise sur le moyen terme. Parmi ces indicateurs, on peut retenir les résultats (bénéfices consolidés dans le cas des groupes) et le chiffre d'affaires de l'entreprise. Ce travail d'évaluation pourrait être effectué par un expert-comptable désigné d'un commun accord par l'employeur et l'inspecteur du travail.

Le code du travail a également admis comme licenciement pour motif économique, tout licenciement individuel ou collectif effectué par un employeur et motivé par « *une réorganisation interne* » de l'entreprise. Cette réorganisation se ramène le plus souvent à toute suppression ou transformation d'emplois consécutifs à une rationalisation de l'organigramme des emplois ou à des mutations technologiques. Ainsi, la réorganisation de l'entreprise peut avoir des causes externes, par exemple, la nécessaire adaptation aux fluctuations du marché peut entraîner une restructuration interne de l'entreprise. Elle peut avoir aussi des causes internes : fusion, reconversion de l'entreprise dans une autre activité, etc. Dans tous les cas, la pratique a démontré que les causes de réorganisation interne de l'entreprise étaient diverses. Toutefois, pour éviter que ce motif soit invoqué dans des hypothèses où la mesure est destinée, en réalité, à évincer un salarié ou dans des hypothèses où la réorganisation n'a aucune raison d'être sur le plan économique, il est souhaitable de l'encadrer. Ainsi, on peut admettre qu'une réorganisation interne qui doit être nécessitée par une rationalisation de l'organigramme des emplois ou par des mutations technologiques ne peut constituer un motif économique que si elle est destinée à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

Cet état de choses amène certains employeurs dans la pratique, à contourner les textes pour prononcer des licenciements irréguliers qui ne les exposent qu'à payer un (1) mois de salaire au titre des dommages et intérêts au salarié.

En outre, l'autre limite notée concerne la priorité de réembauchage. En effet, la priorité d'embauche reconnue au salarié est subjective en ce sens qu'il n'y a aucune structure de contrôle de la suite, l'employeur pouvant à loisir recruter qui il veut en modifiant le profil pour le poste disponible. Enfin, la recherche effrénée dans un contexte de globalisation de l'économie pousse certaines entreprises à des restructurations dont la finalité est de mettre en chômage des centaines de travailleurs malgré les bons résultats[88].

En somme, on peut dire que malgré la volonté du législateur de protéger les intérêts du salarié, élément moteur de la croissance des entreprises, certaines de ses œuvres détruisent ce pourquoi la protection est si rigoureusement instituée. Une bonne délimitation de la notion de difficultés économiques comme c'est le cas en France avec la du 8 août 2016 qui a tenté de clarifier la définition du licenciement économique, et un bon suivi des mécanismes de protection mis en place, sont nécessaires pour permettre aux travailleurs de pouvoir bénéficier d'une protection sans faille.

B- LA NECESSITE DE RENFORCER LES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT

Le salarié licencié doit bénéficier de mesures d'accompagnement efficaces. En effet, des mesures de protection doivent être mises en place afin de le protéger et de lui permettre de faire face à cette épreuve difficile dont il est confronté. C'est d'ailleurs l'objectif d'un *« plan social »*. Il s'agit d'un ensemble organisé de mesures alternatives au licenciement, des mesures de reclassement et d'indemnisations, toutes orientées vers un double but : limiter le nombre des licenciements et limiter l'ampleur des conséquences. A cet égard, le code du travail a prévu des mesures d'accompagnement mais qui sont de faible portée.

Il s'agit en amont des mesures de reclassement, du respect de la procédure notamment celle relative au délai de préavis, de la recherche d'autres alternatives au licenciement etc., et en aval,

[88] B. I. DEYA, *La protection du salarié dans l'avant-projet de l'acte uniforme OHADA portant droit du* travail , DESS juriste conseil d'entreprise, Université de Douala, 2006, consulté sur le site https://www.memoireonline.com/08/09/2524/m_la-protection-du-salarie-dans-lavant-projet-dacte-uniforme-ohada-portant-droit-du-travail0.html#:~:text=%C3%A9tude%20est%20circonscrite.-,L'avant%20projet%20d'acte%20uniforme%20OHADA%20portant%20Droit%20du,existant%20dans%20les%20Etats%20membres.&text=Il%20est%20%C3%A9galement%20question%20du,les%20accords%20collectifs%20de%20travail. Consulté le 05 Janvier 2021 à 21h 46mn.

des indemnités compensatrices de préavis dans le cas où il n'a pas été effectué, des indemnités de licenciement, de la priorité de réembauchage, des dommages et intérêts attribués. Le législateur a ajouté à ces indemnités une indemnité spéciale égale à un (1) mois de salaire brut non imposable. On se demande ce que cette faible indemnité peut apporter à un travailleur qui perd son emploi, surtout dans ce contexte de crise généralisée.

Malgré toutes ces mesures, l'on constate qu'elles sont largement insuffisantes. En effet, s'agissant du reclassement, certes le législateur en fait une obligation, mais quelle serait la sanction en cas d'irrespect ? Et comment peut-on justifier, qu'en cas de rupture pour motif économique, la forme de rupture la plus douloureuse parce que n'étant aucunement la faute du salarié, qu'on ne fasse pas obligation à l'employeur d'avoir l'autorisation de l'inspecteur du travail, et que même avec toute cette procédure mise en place passant par la consultation des délégués et ainsi de suite, que la dernière décision revienne au chef d'entreprise ? Ne serons-nous pas tentés de dire que tout cela n'est qu'un faux semblant s'agissant de la protection actuellement accordée au salarié ?

Ces mesures d'accompagnement sociales ne sont pas efficaces, car elles ne tiennent pas compte de l'avis du travailleur. Il convient de prévoir une procédure de négociation collective, de mesures subsidiaires au licenciement en garantissant le droit, pour chaque travailleur, de choisir entre la mesure subsidiaire et le licenciement.

De surcroit, en cas de licenciement pour motif économique, promettre un futur emploi au travailleur si la situation s'améliore, c'est le berner et profiter de son désarroi. En effet, c'est un faux espoir car cela suppose que l'entreprise ait retrouvé sa vitalité économique, ce qui est difficilement imaginable en moins de deux ans, si les difficultés économiques étaient véritables.

Le licenciement ne doit pas être transformé en psychodrame pour le travailleur. Il doit être un moment privilégié où le travailleur, sous la conduite d'un expert, fait le tour de ses réalisations personnelles, des savoirs qu'il a mis en œuvre, des connaissances qu'il a acquises tout au long de sa vie professionnelle et personnelle, grâce à des méthodes d'analyse fonctionnelle adaptées, d'étude de carrière et de compétences.

A cet égard, il faut encourager fortement la mobilité géographique et professionnelle, et avancer des fonds à celui qui décide de créer son propre emploi. A cet effet, il faut augmenter significativement les indemnités de licenciements. Au lieu d'une indemnité spéciale limitée à un mois de salaire brut non imposable comme cela se fait au Sénégal, on peut verser au salarié

une indemnité spéciale égale à douze (12) mois. Il ne s'agit pas là de dépenses mais de véritables investissements productifs sur les autres théâtres économiques que le marché de l'emploi. Aussi, pour faciliter cette recherche de solutions alternatives, il faut donner aux travailleurs et à leurs représentants la possibilité de connaître la situation financière et économique de leur entreprise. Il n'y a rien de secret dans ces comptes. Mieux, il ne s'agit pas d'entrer dans la vie privée des chefs d'entreprise même s'il n'est pas inutile de voir comment des fortunes se construisent sur le dos des travailleurs. Il faut exiger des entreprises qu'elles fournissent toute l'information économique et financière utile aux salariés. Ils doivent avoir accès, notamment, à l'information sur le groupe dont fait partie l'entreprise, à la comptabilité analytique permettant de suivre les résultats par établissement et types d'activités.

Les formations professionnelles doivent être encouragées au sein des entreprises pour permettre aux salariés d'être polyvalents.

En outre, il importe de prévoir une procédure de contrôle a posteriori du non-remplacement des travailleurs licenciés. La durée de contrôle devra être déterminée en fonction du délai de la priorité de réembauchage des travailleurs licenciés.

En définitive, il faut noter qu'il y a quelques années, comme conditionnalité et conséquence des plans d'ajustement structurels, les codes du travail africains subissaient une révision profonde dans le sens de la déprotection. Cette révision avait comme postulats : l'appel à l'investissement, la non-compétitivité des coûts du travail et l'obstacle majeure à l'investissement que constituait la stricte protection juridique des relations professionnelles. La particularité de cette révision, c'est d'avoir remis en cause certaines garanties fondamentales dont bénéficiait le salarié contre les abus éventuels de l'employeur. La recherche de la diminution des coûts salariaux a conduit les entreprises à réduire au maximum le nombre de salariés permanents qui constituent le « noyau dur » de l'entreprise et bénéficient de tous les avantages de la convention collective et de l'accord d'établissement. Il s'est alors considérablement développé un recours à des emplois temporaires dont les titulaires ne bénéficient ni de l'ensemble des avantages accordés aux travailleurs permanents ni de la garantie d'emploi. Le recours aux stages, aux contrats à durée déterminée et au travail saisonnier s'est accru. Le salarié qui était autrefois en sécurité parce que protégé par les garanties fondamentales, se voit aujourd'hui très menacé par suite des diverses mutations de la relation employeur-employé. L'employeur fait ainsi fi des sanctions à son encontre, car très infimes et insuffisantes, eu égard aux préjudices que subit le salarié.

SECTION II : L'INSUFFISANCE DES SANCTIONS DU LICENCIEMENT

Très protecteur lorsqu'il s'agit d'encadrer les formalités de rupture du contrat de travail, le législateur sénégalais l'est moins quand il s'agit de sanctionner leur violation. En effet, à part le licenciement des délégués du personnel, tous les autres licenciements considérés comme ayant un caractère abusif, ne sont sanctionnés que par le versement de dommages et intérêts à la victime par l'employeur. On remarque dès lors, une absence de prévision de nullité (paragraphe 1). En sus, l'autre problème, c'est qu'en droit sénégalais du travail, on note une absence du contrôle par les juges de la proportionnalité de la sanction émise par l'employeur par rapport à la faute commise par le salarié (paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : L'ABSENCE DE PREVISION DE LA NULLITE POUR CERTAINS TYPES DE LICENCIEMENT

Selon le Code du travail, tout licenciement basé sur des critères inhérents à la personne du salarié (B) ainsi qu'aux droits et libertés fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution (A), devrait donner suite à des sanctions. Toutefois, en droit sénégalais, on note que ces dernières sont insuffisantes parce que juste limitées au versement de dommages et intérêts.

A- LES LICENCIEMENTS VIOLANT LES PRINCIPES GARANTIS PAR LA CONSTITUTION

Les libertés fondamentales sont garanties par la constitution sénégalaise. En effet, elles ont une valeur constitutionnelle et le préambule de la Constitution sénégalaise lui donne une assise fondamentale. Elles sont garanties, au sommet de la hiérarchie des normes, par l'article 8 de la Constitution sénégalaise[89]. Sur le plan international, les libertés du salarié citoyen libre sont garanties par la Convention universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 et les Conventions adoptées par l'OIT relatives aux libertés fondamentales et ratifiées par le

[89] La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs. Ces libertés et droits sont notamment : les libertés civiles et politiques : liberté d'opinion, liberté d'expression, liberté de la presse, liberté d'association, liberté de réunion, liberté de déplacement, liberté de manifestation, les libertés culturelles, les libertés religieuses, les libertés philosophiques, les libertés syndicales, la liberté d'entreprendre, le droit à l'éducation, le droit de savoir lire et écrire, le droit de propriété, le droit au travail, le droit à la santé, le droit à un environnement sain, le droit à l'information plurielle.

Sénégal. En sus, l'article 19 de la nouvelle CCNI dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire fondée sur la race […] l'activité syndicale, l'appartenance à une religion, une confrérie ou une secte, l'opinion politique et l'ascendance nationale […]. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés. L'article 6 du projet d'acte Uniforme de l'OHADA portant droit du travail abonde également dans le même sens[90]. En France, les libertés fondamentales sont celles qui découlent des textes fondamentaux tels que la Constitution du 4 octobre 1958, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 3 septembre 1953, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. Toutes les libertés individuelles ne sont pas qualifiées de libertés fondamentales. C'est le juge qui, par son pouvoir d'appréciation, déterminera celles qui pourront être ainsi qualifiées. Ont été ainsi qualifiées des libertés fondamentales, la liberté d'expression, la liberté syndicale, la liberté religieuse, le droit de retrait du salarié[91]. L'employeur ne peut par conséquent licencier un salarié sur la base de ces considérations. Et d'ailleurs même l'article L.29 du code du travail sénégalais va dans ce sens[92]. On voit nettement que les libertés fondamentales sont protégées par la loi et particulièrement par le droit social, notamment en cas de licenciement. Cependant, c'est la sanction en cas de non-respect de ces principes par l'employeur qui est souple. En effet, en droit sénégalais, la sanction en cas de licenciement basé sur l'appartenance syndicale, religieuse, l'opinion politique… c'est juste le paiement de dommages et intérêts. Le code du travail dispose dans l'alinéa 2 de l'article L. 29 que « *toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents sera considérée comme abusive et donnera lieu à des dommages-intérêts* ». On considère que cette sanction n'est pas favorable au salarié licencié par

[90] V. art 6 *« Toute discrimination en matière d'emploi et des conditions de travail, fondée notamment sur la race, l'ethnie, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'appartenance syndicale, l'ascendance nationale, est interdite. Est interdite toute discrimination contre un travailleur atteint d'un handicap ou d'une maladie grave, notamment le VIH/Sida, mais présentant des aptitudes pour occuper un emploi* ».

[91] M.F. XAVIER, *La nullité du licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale*, publié le 20 décembre 2013, consulté sur le site https://www.eurojuris.fr/categories/discipline-et-licenciement-7900/articles/la-nullite-du-licenciement-prononce-en-violation-dune-liberte-fondamentale-1184.html le 07 Janvier 2021 à 23h 06mn

[92] Il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauche, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement

ces considérations. Pourquoi ne pas mettre en place la nullité d'un tel licenciement ? Certes, les intérêts de l'entreprise doivent être protégés mais cette tendance de flexibilité des règles du droit du travail ne doit pas trop impacter sur la protection du salarié, surtout s'il est victime d'un licenciement discriminatoire.

L'orientation actuelle du droit du travail vers la recherche de la compétitivité des entreprises, justifie certaines restrictions apportées au statut du salarié. Tout en reconnaissant au salarié la liberté du travail, la liberté syndicale ou encore la liberté de grève, le droit du travail réduit en même temps l'assiette et la consistance des attributs de sa citoyenneté qui ne peuvent éclore dans un rapport caractérisé par une subordination légitimée par le contrat de travail. En effet, l'exercice des libertés du salarié peut porter atteinte à la compétitivité de l'entreprise. Le salarié ne doit être tenu d'aucune considération d'ordre politique, syndical ou religieux pouvant porter préjudice à l'entreprise.

En réalité, la pratique religieuse, l'exercice des libertés d'expression ou d'opinion, peuvent impacter la croissance économique de l'entreprise ou encore sa position dans le marché de la concurrence. Ainsi, pour éviter tout abus de la part du salarié qui risque de porter atteinte à la crédibilité et à la perte de croissance de l'entreprise, le droit du travail aménage des restrictions aux droits et libertés fondamentaux de ce dernier afin de préserver la compétitivité. À cet effet, la doctrine voit dans ces restrictions le diktat de l'économie sur les droits fondamentaux de la personnalité[93].

Même si le Code du travail garantit la liberté d'expression des salariés en prévoyant que : « […] *les opinions que les travailleurs, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement»,* et également, que l'obligation de respecter la liberté religieuse du salarié demeure le principe au sein de l'entreprise en application de l'article 24 de la Constitution sénégalaise qui dispose que *« la liberté de conscience, les libertés et les pratiques religieuses ou cultuelles, la profession d'éducateur religieux sont garanties à tous sous réserve de l'ordre public* » la sanction qui l'accompagne comme souligné dans nos précédents développements, n'est pas efficace. Prenons en exemple le cas du délégué syndical, en cas de licenciement lié à sa fonction la seule sanction qui pèse sur l'employeur, ce n'est pas de le réintégrer, mais

[93] S.N. DIAGNE, « Le dédoublement de la personnalité du salarié : réflexion sur l'articulation de la liberté citoyenne et de la subordination salariale », *AFRILEX*, publié en Janvier 2020, p. 9

seulement de lui octroyer une certaine somme comme dommage et intérêts. C'est un triste sort, une maigre consolation.

L'idéal serait de rendre nul ce licenciement, et d'appliquer les dispositions de la nouvelle CCNI qui dans l'alinéa in fine de l'article 19 dispose que tout licenciement discriminatoire est nul de plein droit.

En droit français, d'ailleurs, la sanction de cette violation est la nullité. En effet, le fondement de la nullité du licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale est l'arrêt Clavaud rendu par la chambre sociale de la cour de cassation le 28 avril 1988 (n°87-41804) qui a posé pour la première fois le principe de la nullité. Il s'agissait du licenciement d'un salarié prononcé à la suite de la publication dans un journal, de ses déclarations à un journaliste sur ses conditions de travail. L'employeur qui se vit reprocher d'avoir violé la liberté d'expression du salarié, fut condamné sous astreinte à poursuivre l'exécution du contrat de travail de celui-ci.

Grosso modo, on peut retenir qu'en droit sénégalais, l'absence de prévision de la nullité comme sanction d'un licenciement discriminatoire, déprotège le salarié, dans la mesure où il va perdre définitivement son travail, sa source première de revenus. Également, les dommages et intérêts donnés pour la réparation de son préjudice ne sont pas significatifs, et cela peut même encourager les employeurs à procéder à ce type de licenciement s'ils ne partagent pas les mêmes convictions religieuses ou politiques avec le salarié, ou si celui-ci les gêne du fait de son activité syndicale. Relevons que même pour avoir droit à la réparation, l'employé doit porter son action devant la justice, ce qui constituera une procédure longue et coûteuse, raison pour laquelle le plus souvent il n'intente pas d'actions en justice. Et un employeur pourrait en abuser sans rien risquer en retour.

En plus de l'absence de prévision de la nullité en cas de licenciements violant certains principes fondamentaux, c'est aussi le cas pour les licenciements basés sur les caractéristiques physiques du salarié.

B- LES LICENCIEMENTS LIES A LA PERSONNE DU SALARIE

Erigée au principe général du droit, l'exigence de la non-discrimination est au cœur de toutes les politiques publiques. C'est pourquoi, aucune forme de discrimination n'est tolérée. Une discrimination est constituée par la prise en compte d'un critère illicite afin d'arrêter une

décision, une règle[94]. La loi et le code du travail interdisent, en plus du licenciement fondé sur les croyances religieuse, politique et syndicale, l'appartenance à une confrérie ou une secte, un licenciement basé sur l'état de santé, la race, la couleur, l'âge, le sexe, l'ethnie, le handicap, la grossesse, la situation de famille, l'état de santé, le statut sérologique. Autrement dit, l'employeur ne peut se baser sur ces critères pour rompre le contrat de travail qu'il a avec un salarié. Cette interdiction entre dans le champ de protection accordée au salarié, d'autant plus que ces éléments relèvent des droits et libertés fondamentaux garanties par la constitution.

On note deux sortes de discrimination, la discrimination directe et celle indirecte.

S'agissant de la discrimination directe, elle concerne un traitement moins favorable réel ou potentiel d'une personne par rapport à une autre dans une situation comparable, et basé sur des critères protégés. Cette discrimination ne peut être justifiée sur la base des dispositions de la loi, et l'évaluation se fera par le juge qui examinera si la personne qui s'estime discriminée est traitée de façon défavorable ou non par rapport à une autre.

La discrimination indirecte quant à elle, concerne la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entrainer, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés.

En outre, un licenciement découlant du harcèlement subit par un salarié doit être considéré comme nul. En effet, il arrive que à la suite de tentatives à connotation sexuelle de la part de l'employeur et au refus du salarié, que ce dernier soit licencié. Ce licenciement est abusif et devrait être considéré normalement comme nul. Mais, comme on a eu à le soulever, en droit social sénégalais, la sanction contre un licenciement discriminatoire est juste le versement de dommages et intérêts. Ce qui de notre point de vue est un paradoxe par rapport au caractère protecteur du droit du travail à l'égard du salarié. En plus, pour pouvoir prétendre à ses indemnités, le salarié devra justifier qu'il a bel et bien était victime d'un harcèlement, preuve difficile à démontrer.

Notons que le harcèlement peut aussi être moral, et c'est d'ailleurs ce qui est le plus difficile à prouver. Le harcèlement moral ou harcèlement psychologique est une conduite abusive qui par des gestes, paroles, comportements, attitudes répétées ou systématiques, dégradent les

[94] D. TOUNKARA, « Réflexion sur la sanction disciplinaire en droit malien du travail », *Revue Africaine de sciences politiques et sociales*, n°21, 2019, p.15.

conditions de travail d'un salarié pouvant même conduire au licenciement. Il a des conséquences néfastes car il peut porter atteinte aux droits et à la dignité, et plus généralement aux conditions de vie du salarié. Il impacte sur la santé physique et mentale de la personne : peur d'aller au travail, insomnie, troubles anxieux, irritabilité, perte d'appétit et/ou de poids. La définition du harcèlement en droit français est donnée par l'article 1152-1 du code du travail[95]. L'article 21 de la nouvelle CCNI promeut un monde du travail exempt de violence et de harcèlement[96].

De surcroit, l'orientation sexuelle est un critère illicite de discrimination. En effet, l'employeur ne peut se baser sur l'orientation sexuelle de son employé pour le licencier. Le code du travail sénégalais ne fait aucunement mention de l'orientation sexuelle, et ce n'est d'ailleurs pas le seul. On peut prendre l'exemple du droit malien. Cette situation n'est d'ailleurs point surprenante. En effet, le législateur malien fait rarement cas de l'orientation sexuelle d'une personne. Tout au plus, la seule référence ou occurrence à l'homosexualité dans l'ordonnancement Juridique interne du Mali se trouve dans le Code des personnes et de la Famille. En effet, le législateur y fait allusion en des termes, non pas positifs, mais en édictant une interdiction[97]. L'absence de référence à l'orientation sexuelle n'est point un motif pour légitimer un licenciement basé sur cela. En effet, que ce soit le droit sénégalais ou le droit malien, ils ont ratifié des conventions qui dès lors font partie de leur ordonnancement juridique. Et ces conventions font défense à toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En effet, deux conventions internationales peuvent être mobilisées pour faire échec à toute sanction disciplinaire fondée sur l'orientation sexuelle d'un salarié. La première est la Charte africaine des droits de l'homme et de peuples, dont l'article 2 dispose que « *toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute situation* ». Quand bien même ce texte ne pose pas de façon *expressis verbis* l'orientation sexuelle comme critère prohibé en matière de sanction disciplinaire, il n'en

[95] Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.
[96] Les parties signataires de la présente convention s'engagent à promouvoir et réaliser le droit de toute personne à un monde du travail exempt de violence et de harcèlement, en adoptant une approche inclusive, intégrée tenant compte des objectifs du travail décent, du respect des principes et droits fondamentaux au travail et des considérations de genre, pour prévenir et éliminer toute forme de violence et de harcèlement au travail.
[97] D.TOUNKARA, *op. cit*, p.15.

demeure pas moins que compte tenu de sa texture ouverte, en raison de l'emploi de l'adverbe « notamment », on peut affirmer que l'orientation sexuelle constitue bel et bien un critère illicite en droit du travail. Formulé en des termes quasi identiques que l'article 2 de la Charte africaine des Droits de l'homme et des peuples, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits Civils et politiques proscrit également toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle[98].

Malgré toutes ces dispositions, malheur est de constater que la sanction ne va pas de pair avec toutes ces mesures protectrices accordées au salarié. Le versement de dommages et intérêts n'est véritablement pas la bonne sanction en cas de licenciement pour motif discriminatoire. Le législateur sénégalais doit mettre en place une sanction plus lourde et beaucoup plus avantageux pour le salarié victime. En plus du versement des dommages et intérêts, ce licenciement doit être considérer comme nul, et par conséquent le salarié réintégré. Et si l'employeur rend difficile cette réintégration, il devra être frappé par d'autres sanctions, et pourquoi pas même des sanctions pénales.

Retenons que le législateur a mis en place une panoplie de mesures pour interdire tout licenciement basé sur la race, le sexe, la religion, la couleur, la langue, l'ethnie, le harcèlement et j'en passe, mais ce qui est déplorable, c'est la sanction qui se limite en droit sénégalais qu'au versement de dommages et intérêts du fait que ce licenciement est considéré comme abusif. Le licenciement fondé sur les caractéristiques du salarié et violant les principes garantis par la constitution doivent être sanctionnés par la nullité afin d'apporter une protection efficace au salarié. L'autre élément qui fragilise la protection de l'employé est l'absence de contrôle de la proportionnalité des sanctions du chef d'entreprise.

PARAGRAPHE II : L'ABSENCE DE CONTROLE DE LA PROPORTIONNALITE DE LA SANCTION DECIDEE PAR L'EMPLOYEUR

Le respect d'un formalisme précis, doit nécessairement accompagner toute sanction prononcée à l'égard du salarié. Par le fait, les fautes commises devraient être étudiées au cas par cas afin de déterminer les sanctions applicables, proportionnelles aux fautes. En droit sénégalais, on note un refus du contrôle de proportionnalité, entre la faute du salarié et la décision de licenciement prise par l'employeur (A), justifié par l'absence de réglementation expresse, mais qui, au regard de la CCNI est bien possible (B).

[98] *ibidem*

A- LE REFUS DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Le contrôle de proportionnalité de la faute du salarié et de la décision de licenciement prise par l'employeur, permet d'avoir une sanction adéquate au fait commis. Le respect de ce principe s'avère être fondamental sur le plan de la préservation des droits du salarié, et surtout contre l'abus de pouvoir de l'employeur. Il s'agit d'une limite au pouvoir de l'employeur de tout premier ordre. Elle protège le salarié contre l'éventuel arbitraire de l'employeur. On pourrait parler du droit pour le salarié à une juste sanction. Les agissements du salarié sont répréhensibles certes, mais il ne s'agit pas pour autant de le détruire pour ce qu'il a fait. Il faut rétablir un juste équilibre, entre le tort créé et la compensation que le salarié doit produire[99]. Les juridictions sénégalaises contrôlent-elles la proportionnalité de la faute du salarié par rapport à la décision de l'employeur concernant le licenciement ? C'est une question qui, de notre point de vue, est très importante car l'absence de proportionnalité entre la faute de l'employé et la décision de l'employeur, peut être un élément qui entraverait la protection accordée au salarié par le droit social. Pour en avoir une idée, l'étude de la jurisprudence nous sera d'une grande aide.

En principe, il revient au juge d'apprécier la légitimité du motif du licenciement disciplinaire et partant de là, voir si la faute invoquée par l'employeur est suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat. Ce contrôle de légalité que fait le juge ne pose pas de problème, l'interrogation se situe au niveau du contrôle de proportionnalité. On note un refus du contrôle de proportionnalité entre la faute du salarié et la décision de licenciement prise par l'employeur. En effet, le refus du contrôle de proportionnalité n'est pas un principe, toutefois, la position dominante de la jurisprudence est le refus du contrôle de proportionnalité en cas de contentieux relatif à un licenciement. A titre d'exemple, on peut citer le jugement n°30 rendu par le tribunal du travail de Dakar, le 26 Juin 2011. Dans cette affaire, un employé avait été licencié par son employeur qui lui reprochait de s'être absenté sans justification. Pour déclarer le licenciement légitime, le tribunal avait constaté que sieur LO s'était absenté durant le mois d'Août, et n'avait pas donné suite à la demande d'explication qui lui avait été servie. Dès l'entame de son raisonnement, le tribunal avait rappelé le principe du refus de tout contrôle de proportionnalité en ces termes : « *Attendu qu'en droit sénégalais du travail, tout fait, si minime soit-il, dès lors qu'il est qualifié de faute, rend le licenciement légitime* »[100]. Cet attendu a été à peu près repris

[99] S. BOUCHE, *Droits et libertés du salarie comme limites au pouvoir disciplinaire de l'employeur en droit français et en droit italien,* consulté sur le site https://www.juripole.fr/memoires/compare/Stephane_Bouche/partie2.html, le 10 Janvier 2021 à 11h 59mn.
[100] C.B. NDONGO, « le juge sénégalais face au contrôle de proportionnalité de la sanction a la faute du salarié », *Revue semestriel de UMS,* Dakar, n° janvier/ juin 2017, p. 114

par la cour suprême dans l'arrêt n°20 du 31 juillet 2012, AXA Assurances SN C/ Ndeye Khady Gueye : « *Attendu que pour déclarer abusif le licenciement de Ndeye Khady GUEYE et lui allouer différentes sommes à titre d'indemnité de préavis et de licenciement et de dommages et intérêts , la cour d'appel a retenu qu'elle s'est absentée du 18 au 28 Avril 2000 et n'a produit un certificat médical que le 27 Avril 2000, soit un retard de deux jours et demi ; (...) que sous ce rapport, la qualification de faute lourde donnée aux faits apparait comme largement disproportionnée et ne peut servir de justification au licenciement, étant entendu que, contrairement à l'avis de AXA, toutes les fautes ne peuvent légitimer un licenciement ; qu'en statuant ainsi alors que toute faute constitue un motif légitime de licenciement , la cour d'appel a violé les textes susvisés*[101] ». A travers cette décision la cour suprême a légitimé le licenciement et a aussi exclu tout contrôle de proportionnalité. Comment peut-on expliquer le fait qu'un salarié soit licencié par une simple faute, alors qu'il pouvait être puni soit par une mise à pied, soit un avertissement ? Et le plus choquant, c'est le fait que par une simple faute, l'employeur peut licencier un salarié modèle et ayant une certaine ancienneté sans prendre en compte ces éléments. Tout ceci démontre que la protection du salarié n'est plus aussi encadrée qu'auparavant.

Toutefois, il faut remarquer qu'il y a une partie de la jurisprudence sénégalaise qui exerce ce contrôle de proportionnalité, et c'est le cas de certaines juridictions du fond eu égard à certaines décisions rendues par les juridictions inférieures telle que le jugement n° 140/07 du 08 Février 2017, Médoune YALLY et Mme SENE Fatou NGOM. Dans cette espèce, le Crédit International avait licencié le sieur YALLY et la Dame NGOM. Il reprochait ainsi au premier d'avoir perçu une indemnité de la dame SENE sans autorisation ou mandat alors que le stage de cette dernière avait été arrêté le mois précédent. Le crédit international reprochait à Mme SENE une altercation avec l'un de ses collègues devant des clients et à l'heure du service, d'avoir à la suite de la notification de la rupture de son contrat, violemment réagit en tambourinant rageusement la porte du directeur général qu'elle devait rencontrer, et d'avoir proférer des injures jusqu'à agresser physiquement le responsable du contrôle interne. Le tribunal avait rejeté le grief de tapage et de l'agression physique au motif que ces faits étaient intervenus après la rupture du contrat de Mme YALLY. Le tribunal avait rejeté le grief de l'altercation et a statué en ces termes : « que s'agissant du second grief, il est établi que la Dame SENE, ayant reconnu avoir effectivement eu une altercation avec un de ses collègues aux heures

[101] *Cour suprême*, arrêt n°20 du 31 juillet 2012, AXA Assurances C/ Ndeye Khady GUEYE, C.B. NDONGO *op cit* p. 115

de travail dans la matinée du 20 janvier 2014 ; que cependant, si le fait de se disputer avec son collègue de travail aux heures de travail est constitutif d'une faute, il reste que la sanction suprême de licenciement infligée à la demanderesse pour ce fait est excessive au regard de la faute commise ; qu'en effet, ce fait isolé commis par un travailleur, totalisant un année (1) an dix (10) mois d'ancienneté et n'ayant jamais fait l'objet de reproche ne peut suffire à caractériser un manquement rendant impossible son maintien dans l'entreprise. Qu'en réalité, la faute reprochée à la demanderesse ne se trouve pas dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec la sanction que constitue la perte de son emploi »[102].

Ces décisions de justice rendues par les juridictions de fond, vont dans le sens de protéger les intérêts du salarié face au pouvoir discrétionnaire de l'employeur. L'on peut dès lors se poser la question de savoir pourquoi l'autre partie de la jurisprudence refuse de contrôler la proportionnalité des sanctions relatives au licenciement. A cette interrogation on peut se référer sur les propos de M. Cheikh Bass NDONGO qui selon lui, les juges se basent sur les dispositions de l'article 16 de la CCNI pour refuser de contrôler la proportionnalité de la sanction de l'employeur[103], et selon lui, c'est un justificatif discutable, dans la mesure où à travers cette disposition on peut retenir que rien ne justifie ce refus de contrôle.

Le droit du travail, par même son caractère protecteur du salarié, justifie que le contrôle de la proportionnalité soit fait pour contrecarrer une décision arbitraire de l'employeur.

Si certains juges du fond procèdent à ce contrôle de proportionnalité, alors que les juges de droit ne reconnaissent pas ce principe, cela pose un problème dans notre ordonnancement juridique. Et de notre point de vue, en se basant sur les dispositions de la CCNI, le juge sénégalais est dans la légalité de contrôler la sanction émanant de l'employeur.

[102] T.T.H.C. Dakar, n° 140/07 du 08 Février 2017, Médoune YALLY et Mme SENE Fatou NGOM, C.B. NDONGO *op cit*, p.110. L'auteur a aussi dans le même document donné l'exemple du jugement n°185 du 22 Février 2017, Mamadou DIALLO C/ La société Philip Morris Manufacturing Sénégal, dans lequel le juge retient que « quand bien même le sieur NDAO a reconnu dans sa correspondance du 11 septembre 2015, avoir omis d'assurer le suivi du stock, il n'est pas avéré que son acte revêt une certaine gravité rendant indispensable son licenciement au regard surtout de ses qualités professionnelles longtemps saluées par la défenderesse principale qui n'a du reste pas justifié le préjudice excipé »

[103] « L'article 16 de la CCNI qui prévoit des sanctions disciplinaires applicables au personnel laisse toute latitude à l'employeur d'infliger au travailleur la sanction qu'il juge la plus appropriée et la jurisprudence considère que toute faute du travailleur quel que soit le degré de gravité, constitue un motif légitime de licenciement dès lors que les faits imputés au travailleurs sont établis et sont bien constitutifs d'une faute», Cass, 16 septembre 1996, TPOM, n°870, P. 187,cité par C. B. NDONGO, *op cit*, p. 116.

B- LA POSSIBILITE DE CE CONTROLE AU REGARD DE LA CCNI

Rappelons qu'en droit français, ce principe est fondamental et que les employeurs doivent le respecter. Quelle que soit la sanction choisie, elle doit être proportionnée à la faute commise. En effet, aux termes de l'article L.122-43 du Code du travail, les faits reprochés au salarié doivent être de nature à légitimer la sanction. Elle ne saurait être injustifiée ou disproportionnée à la faute commise. L'article sous-entend que la sanction ne doit pas être une sanction interdite d'une part, et qu'elle doit être proportionnée à la gravité de la faute. Par conséquent, l'employeur devra s'efforcer de respecter ces conditions dans le choix de la sanction qu'il choisira d'infliger à son salarié. L'article 2106 du Code civil abonde dans le même sens en posant le principe de la proportionnalité comme élément inhérent au pouvoir disciplinaire de l'employeur, qui doit prononcer une sanction en s'assurant qu'il existe une juste proportionnalité entre la sanction et l'infraction.

Prenant l'exemple d'un pays voisin, notamment le Mali, on peut dire que ce principe est désormais appliqué par les juges en cas de contentieux relatif au licenciement. Toutefois, notons que c'est pour donner suite à vives contestations. En effet, suivant le principe de l'employeur seul juge, énoncé par *« l'arrêt des Sabots* » de la cour de cassation française le 14 février 1866[104], les juridictions maliennes de même que les juridictions congolaises ont refusé d'appliquer le principe de la proportionnalité. Mais, à la suite de critiques, les juridictions maliennes ont changé de position. Certes, il n'y a que très peu de décisions rendues en ce sens comme par exemple le jugement n°67 du 15 février 2015 rendu par le tribunal du travail de Kayes. Dans les faits, une salariée, femme de chambre d'un hôtel, a dérobé un pâté dans le réfrigérateur de la chambre d'un client. Constatant la disparition de son dû, le client informa la direction de l'hôtel. Entendue, la salariée reconnut les faits et les justifia par le fait qu'elle

[104] Civ.14févr.1866 : « Vu les articles 1134 et 1152 du code civil ; Attendu que le jugement attaqué constate que les demandeurs ont fait afficher à la porte de leurs Ateliers un règlement faisant défense à leurs ouvriers d'entrer dans les dits ateliers avec des sabots, sous peine d'une amende de 10francs ;
Que la femme Julliard, admise comme ouvrière dans la fabrique des demandeurs, a adhéré à ce règlement et qu'elle y a contrevenu ; Attendu que, sans dénier que ce règlement eût un caractère conventionnel et obligatoire pour la Femme Julliard, le jugement attaqué a néanmoins réduit la somme de 50 centimes l'amende stipulée à titre de dommages-intérêts, sur le fondement que cette amende est d'une exagération évidente, et qu'aux termes de l'article 1231 du code Napoléon, le juge peut modifier la peine lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ; Mais attendu qu'aux termes des articles 1134 et 1152 du code Napoléon, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être Alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ; Que, d'autre part,l'article1231du même code devenait sans application à l'espèce, où il est constaté Que non seulement la femme Julliard n'a pas exécuté en partie l'obligation principale, mais qu'elle y a Contrevenu pour la totalité ;d'où il suit qu'en jugeant comme il l'a fait, le jugement attaqué a faussement appliqué ledit article 1231,et, par suite, violé les articles ci-dessus visés : Par ces motifs, Casse ». Cité par D. TOUNKARA, *op cit,* p. 33

n'avait pas mangé la veille et, que prise de vertiges, elle n'a eu, selon ses dires, la vie sauve qu'en dégustant le fameux pâté. Aussitôt, son employeur entama une procédure disciplinaire à son encontre afin de la licencier. Saisie aux fins d'émettre un avis sur ledit licenciement, la direction régionale du travail de Kayes indiqua à l'employeur que la sanction était disproportionnée. Au soutien de son avis, elle s'appuyait sur un certain nombre d'éléments : l'état de service exemplaire de la salariée (appréciée par ses supérieurs et collègues), son ancienneté (dix ans), l'absence de sanctions disciplinaires antérieures. Passant outre l'avis de l'inspecteur du travail, l'employeur licencia la salariée. Celle-ci contesta cette mesure devant le Tribunal du travail de Kayes. Il appartenait donc à cette juridiction d'apprécier, s'il n'y avait pas distorsion entre la sanction et la faute. Opérant donc ce contrôle de proportionnalité, le tribunal a déclaré injustifié, le licenciement de la salariée, au motif que l'employeur avait d'autres solutions de substitution, d'autres alternatives dans la hiérarchie des sanctions, telles que le blâme, la mise à pied. Il opère donc que le licenciement ne doit être qu'une mesure ultime[105]. On remarque que le principe du contrôle fait son bout de chemin dans la législation malienne.

Pour revenir au droit social sénégalais, comme on a eu à le souligner dans les développements précédents, les juges de droit ne procèdent pas à un contrôle de proportionnalité, ce qui signifie que ce n'est pas reconnu par le droit sénégalais, car aucun texte ne le dit expressément. Mais si on fait une interprétation de certaines dispositions ratifiées par l'Etat du Sénégal, par conséquent faisant naturellement partie de notre ordonnancement juridique, on peut relever que ce contrôle est bel et bien possible et reconnu.

En se joignant au point de vu de M. Cheikh Bass NDONGO[106], on pourrait dire qu'une interprétation de l'article 16 de la CCNI permet le contrôle de proportionnalité. Selon l'auteur, il est difficile de comprendre que la CCNI ait prévu toute une gamme de sanctions tout en permettant à l'employeur de licencier le travailleur à chaque fois qu'une faute est commise. Ce qui est logique dans la mesure où des sanctions autre que le licenciement, ont été prévues telles que la réprimande, l'avertissement, la mise à pied, et que le rôle du droit social et son caractère protecteur des intérêts du travailleur mettent tout en œuvre pour lui éviter le licenciement. Il va plus loin dans ses réflexions en invoquant l'article 101 du code des obligations civiles et commerciales aux termes duquel, en l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes

[105] Ibidem, p. 38
[106] C.B. NDONGO, *op.cit,* p .115

les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donne à l'obligation d'après sa nature, pour monter que le juge fait souvent appel à l'équité pour modérer ce que les textes ont parfois d'excessif ou lorsqu'ils ne prévoient rien. Ainsi, les juges peuvent se baser sur l'équité pour procéder à ce contrôle.

En plus, si toute faute justifiait un licenciement, l'employeur pourrait ne pas prendre en compte les autres sanctions, ce qui serait abusif dans le sens où un retard, même aussi insignifiant qu'il soit, pourrait justifier un licenciement.

Dans l'ordonnancement juridique du Sénégal, on remarque que ce contrôle de proportionnalité est fait par les juridictions administratives depuis l'année 1993, et pour nous en convaincre, prenons l'exemple de l'arrêt n°40 du 20 décembre 2001[107]. Il serait alors important que les juridictions civiles emboitent le pas pour effectuer ce contrôle, et même le législateur sénégalais, dans un but de protéger les intérêts des salariés, de conformer le droit social pour instaurer une égalité entre les fonctionnaires et les salariés, doit rendre obligatoire ce contrôle.

En somme, on peut dire que la protection du salarié est de nos jours de plus en plus fragilisée, du fait de certains licenciements violant les droits et liberté fondamentaux, alors que la seule sanction prise par le législateur social est juste le paiement de dommages et intérêts. Et à la suite cela, on note que la majorité de la jurisprudence refuse de contrôler la proportionnalité de la sanction de licencier prise par l'employeur, et que même si une infime partie le fait, la cour suprême ne le reconnait toujours pas. Tout ceci constitue des éléments fragilisant la protection du salarié dans le droit du licenciement.

[107] C.E, arrêt n° 40 du 20 décembre 2001, Yaya Moustapha SOW C/ Etat du Sénégal

CONCLUSION

En droit sénégalais, le code du travail issu de la loi n° 97-17 du 1er décembre 1997, est la principale source du droit du travail. Il est le fruit d'une longue maturation. Il a été précédé par deux autres codes tels que le code colonial du 15 décembre 1952 portant Code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du ministère de la France d'Outre-Mer, et le code promulgué aux lendemains de l'indépendance, le 15 juin 1961[108].

Le premier a jeté quelques bases élémentaires du droit du travail telles que le principe de non-discrimination, l'interdiction du travail forcé, la réglementation du contrat de travail et de la convention collective, les conditions de travail, ainsi que la mise en place d'une procédure rapide et gratuite du règlement des litiges de travail[109].

Le second s'est largement inspiré du premier, tout en se caractérisant par une omniprésence du nouvel Etat au niveau économique, et social qui laissait peu de place aux autres partenaires sociaux. Jusqu'au début des années quatre-vingt, le code de 1961 n'a pas subi de modification, celles-ci seront rendues nécessaires par l'ampleur de la crise économique[110].

De plus, l'apparition des premiers plans d'ajustement structurel et la globalisation demande une plus grande flexibilité dans la gestion des droits des travailleurs et une libéralisation des normes de travail[111]. Le nouveau code du travail encadre la procédure de licenciement, qu'il soit économique ou personnel, afin de protéger le salarié confronté à ce licenciement. Cette protection commence même dès la naissance de la décision de l'employeur de rompre sa relation de travail avec son employé. D'abord, par l'obligation d'avoir un motif légitime, par le respect d'une notification, par le bénéfice d'un délai de préavis pour le salarié, par l'exigence du respect d'une procédure spéciale concernant le licenciement des délégués du personnel, des salariés frappés d'incapacité, des femmes salariées en couche etc. Ensuite, après la rupture définitive du contrat, le législateur a mis sur la tête de l'employeur des obligations légales qu'il

[108] Profil national de droit du travail : le Sénégal, https://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_158865/lang--fr/index.htm, consulté le 13 janvier 2021 à 16H40mn
[109] *Ibidem*
[110] *Ibidem*
[111] *Ibidem*

se doit de respecter, et enfin, les conséquences indemnitaires viennent pour renforcer la protection donnée au salarié licencié.

Mais au terme de cette étude, force est de constater, à l'heure du bilan, que la procédure est aujourd'hui assouplie par une libéralisation du droit du licenciement. Cet assouplissement des différentes formes du licenciement au détriment du salarié incite à réfléchir sur la nécessité de redéfinir le domaine du licenciement pour motif économique, de redynamiser les plans sociaux, d'exiger des juges, le contrôle de proportionnalité en cas de contentieux relatif au licenciement, mais aussi de mettre en place la nullité comme sanction à la violation des règles encadrant le licenciement.

Ces différentes raisons nous poussent à fonder un espoir sur le futur Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail, qui contient certes des imperfections car une procédure spéciale de licenciement des délégués syndicaux n'a pas été reconnue, et en cas de licenciement fondé sur l'exercice d'un droit syndical ou l'appartenance à un syndicat, la seule sanction c'est l'octroi par le juge de dommages et intérêts au salarié victime. Toutefois, nous croyons en tout état de cause que cet avant-projet une fois qu'il aura abouti, sera porteur d'un grand espoir, et il ne devra pas néanmoins oublier de prendre en compte les nouvelles réalités économiques, mais aussi et surtout, les aspirations des travailleurs qui représentent un facteur indispensable.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

- CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, Association Henry Capitant, Quadrige/ PUF, 1987, Paris, p.930.
- DIAKHATE (B.) ; DIAKHOUMPA (A.F.) ; SOUMARE (B.), *Droit appliqué du travail : guide pratique du responsable du personnel*, C.R.E.D.A.T, 1990.
- FLICHY (H.), *Licenciement*, Delmas, 9eme édition, 2003, p 237
- KANTE (A.), Droit *social Sénégalais*, L'Harmattan Sénégal, 2017, p. 339.
- LEMESLE (R.), *Le droit du travail en Afrique Francophone*, EDICEF, 1989, p.287
- LYON-CAEN, (G.) PELISSIER (J.) et A. SUPIOT (A.), *Droit du travail*, Dalloz, 22éd. 2004, p. 1353.
- NDIAYE (P. M.), *La sauvegarde de la liberté du travail et le droit sénégalais*, EDJA, 2 éd. 2015, p. 157.
- PHOBA MVIOKI (J.M), *Droit congolais du travail*, Harmattan RDC, 2015, p.302.
- SAYEGH (J.I.), *Droit du travail Sénégalais*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p.732.
- TAGUM FOMBENO (H.J.), *Droit du travail sénégalais*, Harmattan-Sénégal, 2017, p.506.

II. ARTICLES

- CAHUC (P.), CARCILLO (S.), « Que peut-on attendre de l'interdiction de licencier pour améliorer la compétitivité des entreprises ? » *in Revue économique* 2007/6 (Vol. 58), pages 1221 à 1245
- CORREA (J.L.), « L'éclairage sur un acte uniforme toujours attendu : l'acte uniforme relatif au droit du travail », *Nouvelles annales Africaines*, 2013, p.40.
- GAYE (M.), « Les formalités contractuelles en droit sénégalais du travail » *Annales Africaines*, volume 1, Avril 2015, p. 99-127
- MBOUP (E.H.M.), « le licenciement des salariés protégés en droit sénégalais : le cas des délégués du personnel », *Nouvelles annales Africaines* n°1/2O1O, p.207-230.

- NDIAYE (I.Y.), « Droit du travail sénégalais et transfert de normes » *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, publié en 2005, p.165- 176
- NDONGO (C.B.), « le juge sénégalais face au contrôle de proportionnalité de la sanction a la faute du salarié », *Revue semestriel de UMS*, Dakar, n° janvier/ juin 2017, p. 109-120
- TOUNKARA (D.), « Réflexion sur la sanction disciplinaire en droit malien du travail », Revue africaine de science politique et sociale, n° 21, 2019, p. 46
- VERGE (P), « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *Les Cahiers de droit*, Volume 52, numéro 2, juin 2011, p. 135-166.
- WAQUET (P.), « Le nouveau code du travail et le droit du licenciement », *AJDA*, 2008, p. 866

III. THESES ET MEMOIRES

- DEYA (B. I.), La *protection du salarié dans l'avant-projet de l'acte uniforme OHADA portant droit du* travail, DESS juriste conseil d'entreprise, Université de Douala, 2006.
- NDOYE (N), *le licenciement pour motif personnel en France et au Sénégal (étude de droit comparé)*, Thèse, Université de Strasbourg /France, 2012, p. 571.
- NYATCHOUMOU (E. N.), *La protection des droits de l'enfant dans les conflits armés internes en Afrique centrale : cas du Burundi*, Université catholique de l'Afrique Centrale - Master droits de l'homme et action humanitaire.
- SIGNORETTO (C.), *Licenciements et rupture conventionnelle : analyse et évaluation empirique des comportements des employeurs*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2013, p 333.

IV. RAPPORTS ET COLLOQUES

- Impact de la globalisation sur les normes internationales du travail, Colloque international du 8octobre 1996.
- Rapport du BIT sur les tendances mondiales de l'emploi, janvier 2003, Genève.

V. TEXTES JURIDIQUES

Textes internationaux

- *Convention* internationale du travail *n° 158* concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur adoptée le 22 juin *1982* à Genève.
- *Recommandation n°119 sur la cessation de la relation de travail à* l'initiative de *l'employeur, 1963.*

Texte communautaire

- Projet d'acte uniforme OHADA sur le droit du travail du 02 Octobre 2010.

Textes nationaux

- Code du travail d'Outre-mer Journal Officiel du Samedi 02 Février 1952
- Convention collective nationale interprofessionnelle du Sénégal conclue le 27 mai 1982
- Loi du 15 décembre 1952 portant code du travail des Territoires d'Outre-Mer, J.O. Afrique-Occidentale Française (AOF), 27 décembre 1952.
- Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires d'outre-mer des terres australes et antarctiques françaises, J.O. n° 298 du 15-12-1952.
- Loi n°63-62 du 10 juillet 1963 portant parties générale du Code des obligations civiles et commerciales
- Décret n° 70/185 du 20 février 1970 déterminant les conditions et la durée de préavis pour les professions et branches d'activités non encore régies par les conventions collectives, JO du 9 mars 1970.
- Loi n° 97-17 du 1 décembre 1997 portant code du travail, J.O. n° 5776 du 13-12-1997.
- La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF n° 0148 du 26 juin 2008
- Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême du Sénégal.

VI. WEBOGRAPHIE

- ARBEZ-NICOLAS (M.L.), *licenciement : assouplissement des règles*, in bloc des avocats, consulté sur le site https://consultation.avocat.fr/blog/marie-laure-arbez-nicolas/article-23194-licenciement-assouplissement-des-regles.html, le 05 Janvier 2021 à 01h44mn.
- BA (D), *La protection des salaries par le droit du travail : entre contrainte et flexibilité,* consulté sur le site https://blogavocat.fr/space/daouda.ba/content/la-protection-des-salaries-par-

le-droit-du-travail-entre-contrainte-et-flexibilite._c44cb6c6-f592-4501-a254-97c0727ea2bc, le 02 janvier 2021 à 00h34mn.

- BOUCHE (S.), *Droits et libertés du salarie comme limites au pouvoir disciplinaire de l'employeur en droit français et en droit italien*, consulté sur le site https://www.juripole.fr/memoires/compare/Stephane_Bouche/partie2.html, le 10 Janvier 2021 à 11h 59mn.
- DIAGNE (S.N.) « Le dédoublement de la personnalité du salarié : réflexion sur l'articulation de la liberté citoyenne et de la subordination salariale », *AFRILEX*, publié en Janvier 2020, http://afrilex.ubordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/SIDY_NAR_DIAGNE_Le_dedoublement_de_la_personnalite_du_salarie-_SND.pdf, le 05 Janvier 2021 à 11h00mn.
- FILOCHE (G.), *« La li Macron va-t-elle accélérer la libéralisation du droit du travail ?* », consulté sur le site http://www.humanite.fr, le 09 décembre 2020 à 1Oh05mn.
- KEBE (M.), *Le licenciement en droit social sénégalais: considérations pratiques et procédurales*, consulté sur le site, https:// www.jeuneafrique.com/emploi-formation/547079/senegal-5-etapes-a-respecter-pour-le-licenciement-economique, le 20 décembre 2020 à 22h33mn.
- TAGUM FOMBENO (H-J.) « *Plaidoyer pour des règles particulières en matière de licenciement pour motif économique dans le futur acte uniforme relatif au droit du travail »*, www.ohada.com, p.10, consulté le 19 septembre 2020 à 21h20mn.

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT ..... *I*

DEDICACE ..... *II*

REMERCIEMENTS ..... *III*

SIGLES ET ABREVIATIONS ..... *IV*

SOMMAIRE ..... *VII*

INTRODUCTION *1*

CHAPITRE I : LA PROTECTION DU SALARIÉ : UNE RÉALITÉ DANS LE DROIT DU LICENCIEMENT **7**

SECTION I : UNE PROTECTION GARANTIE DURANT LE PROCESSUS DE LICENCIEMENT PAR L'ÉTABLISSEMENT DE RÈGLES PROTECTRICES 7

PARAGRAPHE I : LES RÈGLES COMMUNES DE PROTECTION 7

A- L'EXIGENCE D'UN MOTIF LEGITIME DE LICENCIEMENT 7

B- L 'EXIGENCE D'UNE NOTIFICATION ASSORTIE D'UN DELAI DE PREAVIS 12

PARAGRAPHE II : LES REGLES PARTICULIERES DE PROTECTION 18

A- LES REGLES PROTECTRICES EN CAS DE LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL 18

B- LES REGLES PROTECTRICES EN CAS DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE 22

SECTION II : UNE PROTECTION CONTINUE DU SALARIE APRES LE PRONONCE DU LICENCIEMENT 25

PARAGRAPHE I : LA MISE EN PLACE D'OBLIGATION A L'EGARD DE L'EMPLOYEUR 26

A- LES OBLIGATIONS COMMUNES A TOUTES LES RUPTURES 26

B- L'OBLIGATION SPECIFIQUE AU LICENCIEMENT ECONOMIQUE 28

PARAGRAPHE II : LES CONSEQUENCES INDEMNITAIRES DU LICENCIEMENT 31

A- LE PAIEMENT D'INDEMNITES 31

B- LE PAIEMENT DE DOMMAGES-INTERETS 34

CHAPITRE II : LA PROTECTION DU SALARIÉ : UNE RÉALITÉ FRAGILISÉE **37**

SECTION I : UNE PROTECTION FRAGILISÉE PAR LES NOUVELLES TENDANCES DU DROIT DU TRAVAIL 37

PARAGRAPHE I : UNE TENDANCE CONTEMPORAINE MARQUÉE PAR LA PROTECTION DE L'ENTREPRISE 37

A- LA FLEXIBILISATION DE CERTAINES REGLES DU LICENCIEMENT 38

B- LE DIFFICILE COMPROMIS ENTRE PROTECTION DU SALARIE ET PROTECTION DE L'ENTREPRISE 42

PARAGRAPHE II : UNE NÉCESSITÉ ACTUELLE DE RENFORCEMENT DES RÉGIMES DU DROIT DU LICENCIEMENT 45

A- LA REDEFINITION DES DIFFICULTES ECONOMIQUES 45

B- NECESSITE DE RENFORCEMENT DES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT 47

SECTION II : L'INSUFFISANCE DES SANCTIONS DU LICENCIEMENT 50

PARAGRAPHE I : L'ABSENCE DE PREVISION DE LA NULLITE POUR CERTAINS TYPES DE LICENCIEMENT 50

A- LES LICENCIEMENTS VIOLANT LES PRINCIPES GARANTIS PAR LA CONSTITUTION 50

B- LES LICENCIEMENTS LIES A LA PERSONNE DU SALARIE 53

PARAGRAPHE II : L'ABSENCE DE CONTROLE DE LA PROPORTIONNALITE DE LA SANCTION DECIDEE PAR L'EMPLOYEUR 56

A- LE REFUS DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE 57
B- LA POSSIBILITE DE CE CONTROLE AU REGARD DE LA CCNI..... 60

CONCLUSION ***.....63***

BIBLIOGRAPHIE ***.....65***

TABLE DES MATIERES ***.....69***