

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

1977-1978

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

La jurisprudence du tribunal de travail de Dalar en matière de licenciement abusif de 1960 à 1970

Mémoire présenté par

Papa Oumar SAKHO

AVRIL 1978

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION

ET DE MAGISTRATURE

MEMOIRE DE FIN DE SCOLARITE

THEME .:

LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DE TRAVAIL DE DAKAR EN MATIERE DE LICENCIEMENT

ABUSIF DE 1960 A 1970

OUMAR

PAPA OUMAR SAKHO

DIVISION JUDICIAIRE

AVRIL 1978

-1-

M E M O I R E

THEME :

LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DE TRAVAIL DE DAKAR

EN MATIERE

DE LICENCIEMENT ABUSIF DE 1960 à 1970

Papa Oumar SAKHO

Division Judiciaire

E N A M

AVRIL 1978

S O M M A I R E

Bibliographie

I. - Ouvrages Généraux

Planiol = Traité de droit civil TII

Josserand = De l'esprit des Droits - Théories dites de l'abus
des Droits T I

Ripert = La règle morale dans les obligations civiles 2è Edition

Brun et Gralland = Droit du TRAVAIL

G.H. Camerlynck = Le contrat de TRAVAIL

Gonidec et Kirsch : Traité théorique et pratique du droit du Travail
des Territoires d'Outre-Mer

Kirsch = LE DROIT DU TRAVAIL AFRICAIN T I

Le Droit Sénégalais du Travail et son interprétation jurispruden-
tielle = CCI 1970

II Recueils Revues et Périodiques

Recueil Pénant

Travail et Profession d'Outre-Mer

Afrique Industrie 1971

Revue Sénégalaise de Droit

III Chroniques articles et notes

Rouast = La rupture abusive du contrat de Travail D.H. 1928 page 5

NOTE sur la rupture abusive du contrat de Travail dans le T O M

DS 1957 page 23

Rougevin Bavielle : les licenciements motivés par une réorga-
nisation intérieure ou une diminution d'activité : RSD N° 2 page 87.

IV - Législation

Code du Travail des Territoires d'Outre-Mer (1952)

Code du Travail du Sénégal (1961).

P L A N
I N T R O D U C T I O N

PREMIERE PARTIE

Le critérium du Licenciement abusif

A/ Le licenciement non abusif : Les motifs légitimes

- a) Réorganisation économique et technique de l'entreprise
- b) La faute professionnelle ou l'inaptitude du travailleur
- c) La discipline de l'entreprise.

B/ Le licenciement abusif : application de la notion d'abus du droit.

- a) La notion d'abus du droit
- b) Diverses formes de l'abus du droit
- c) Cas de licenciement pour des motifs abusifs.

DEUXIEME PARTIE

La preuve et la sanction du licenciement abusif.

A/ La preuve du caractère abusif du licenciement

- a) La jurisprudence sous la conception civiliste du code du Travail de 1952
 - 1) Principe : le fardeau de la preuve incombe au Travailleur
 - 2) Applications jurisprudentielles
- b) La jurisprudence sous la conception protectrice du code du Travail de 1961

- 1) Principe : La charge de la preuve incombe
à l'employeur
- 2) Applications jurisprudentielles

B/ La sanction du caractère abusif

- a) L'indemnité de rupture
- b) Evaluation de l'indemnité de rupture

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

Parmi les contrats, le contrat de travail est, à n'en pas douter, le plus répandu. Cependant, malgré l'usage considérable qui en est fait, il ne semble pas, primitivement, avoir retenu l'attention du législateur. Il fut à peine étudié.

Notamment les rédacteurs du Code Civil ne se sont pas souciés de déterminer à quelles conditions les parties pourraient y mettre fin. Chacune d'elles serait-elle en droit de s'affranchir des obligations que le contrat met à sa charge, par sa seule volonté ? Ou, au contraire, un accord de volonté serait-il nécessaire pour l'extinction de ce contrat, comme pour sa conclusion ? Ces questions ont été laissées sans réponse, le Code Civil s'étant contenté de décider dans l'article 1780 qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée.

Si en matière de contrat de Travail à durée déterminée, la solution s'impose d'elle-même, chaque partie ne pouvant rompre le contrat avant la date prévue pour son expiration dès lors que celle-ci, fixée par un accord de volonté, ne peut être modifiée que par un nouvel accord de volonté, en matière de contrat conclu pour une durée indéterminée, au contraire, le problème reste délicat à résoudre. Cependant l'article 1780 prohibant les engagements à vie, on admit que le contrat de travail peut être rompu par la seule volonté de l'une des parties. En effet exiger le consentement des deux parties eut été violer l'article 1780 puisqu'il aurait suffi que l'une des parties refusât de donner son accord pour mettre fin au contrat pour que celui-ci ne pût jamais être résilié.

C'était d'ailleurs la seule interprétation, la seule conclusion logique si on sait que le Code Civil, dans son ensemble

n'était que la consécration du libéralisme économique, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de l'individualisme philosophique, c'est-à-dire donc d'un ensemble de données exclusives de toute limitation de la liberté. On croyait alors que la liberté ne pouvait qu'engendrer le bien. L'histoire donna un cruel démenti à ses illusions.

Les excès et les abus dont l'employeur se rendit auteur, les maux que connurent le salarié démontrèrent de manière dramatique que le mythe contractuel, prenant sa source dans le postulat philosophique de deux volontés souveraines et égales n'était qu'une simple vue fort erronée de l'esprit : "le dialogue n'intervient pas entre deux" "bons pères de famille" conçus in abstracto et discutant sur un pied d'égalité, mais entre un travailleur économiquement faible disposant de son seul salaire et ne pouvant attendre au lendemain, et un patron mieux armé par son instruction, ses capitaux et son autorité sociale.

Sous la pression de nouveaux facteurs juridiques, économiques et sociaux, une évolution se dessina dans le sens d'une réglementation du contrat de travail en vue de la protection du travailleur. On admit que la liberté contractuelle n'entraînait pas nécessairement des solutions justes, "qu'entre le faible et le fort, le pauvre et le riche c'est la liberté qui tue, c'est la loi qui affranchit". Progressivement le contrat de travail sera vidé de son contenu par des textes multiples marqués du signe impératif de l'ordre public qui le feront échapper dans une large mesure au principe de l'autonomie de la volonté.

C'est ainsi que la loi Française du 27 Décembre 1890 consacra la jurisprudence qui reconnaissait qu'une faute pouvait être

commise par l'employeur dans l'exercice du droit de licenciement même lorsque la formalité du préavis avait été remplie en disposant que "la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages intérêts" Elle confirmait en outre le droit de contrôle dont la jurisprudence avait pris l'initiative et fixait des règles concernant l'évaluation de la réparation.

Cette loi, bien qu'elle ne définit pas le contenu de l'abus du droit, suscita de grands espoirs dans les milieux ouvriers. En effet on pensa qu'elle était intervenue pour faire prévaloir la jurisprudence selon laquelle le patron devait être condamné à des dommages intérêts s'il ne faisait pas la preuve d'un motif de renvoi justifié. Mais la Cour de Cassation décida que l'indemnité pour renvoi injustifié restait soumise à la condition préalable de la preuve d'une faute du patron, la charge de cette preuve incombant à l'ouvrier.

C'est pour combattre cette position que fut élaborée la loi du 19 juillet 1928. Désormais l'article 23 livre 1 du Code du Travail Français stipule, après avoir repris la distinction entre l'indemnité pour rupture abusive et l'indemnité pour brusque rupture "que ...le Tribunal, pour apprécier s'il y a abus pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture; le jugement devra, en tout cas mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat..." Ainsi, en exigeant que le motif du licenciement soit mentionné dans le jugement, la loi oblige le juge à inviter le patron qui aura renvoyé le travailleur à s'expliquer. Il ne fait dès lors plus de doute qu'il appartient au patron de dire pourquoi il a licencié le travailleur et non à l'ouvrier de rechercher pourquoi il a été congédié.

Par ailleurs le nouvel article 23 donne mission au juge d'apprécier s'il y a abus. Mais en omettant de dire expressément qui devra en fournir la preuve, il ne réussit pas à éliminer toute controverse à cet égard. A-t-on simplement voulu renverser le fardeau de la preuve ou a-t-on voulu choisir une voie moyenne entre celle qui imposait au patron la preuve de son juste motif et celle qui exigeait du salarié la preuve du licenciement abusif ? La doctrine fut partagée ; la jurisprudence hésitante, aura au moins eu le mérite d'élaborer une théorie nouvelle du licenciement affranchie des principes civilistes traditionnels de liberté et de réciprocité.

.....(voir page 8 bis)

Il faudra attendre le Code du Travail des Territoires d'Outre-Mer. Ce code promulgué le 15 Décembre 1952 trouvait sa source dans une loi votée par le parlement. En celà, il constituait une nouveauté. Il reste qu'il n'était qu'une "pâle copie" du Code métropolitain.

Le système adopté par ce code à propos de la résiliation du contrat de travail et, partant du licenciement est posé par les articles 38 et 42 particulièrement qui reprennent dans ses grandes lignes l'article 23 livre 1er du Code Français.

L'article 38 décide que le contrat de travail à durée indéterminée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties en subordonnant cette possibilité de résiliation à la délivrance d'un préavis par la partie qui en prend l'initiative. Cet article prévoit en outre la confirmation par écrit du licenciement à la demande des travailleurs. Mais amputé du membre de phrase qui faisait obligation à l'employeur d'indiquer le motif du licenciement, et ainsi de faire la preuve du motif de la rupture, il ne rendait pas compte de l'intérêt de la lettre de confirmation.

.../...

Tels sont, rapidement étudiés, les principes qui se retrouvent à la base de l'organisation technique du droit de rupture et, singulièrement, du licenciement abusif.

Ces principes vont inspirer le droit africain du travail. L'évolution du droit social en Afrique reste, dans ces grandes lignes semblable à celle comme en France. Pendant longtemps le travailleur africain fut asservi. A peine supprimé, légalement du moins, l'esclavage fut remplacé par son succédané, le travail forcé.

Ne pouvant se défendre collectivement, le droit syndical n'apparaissant qu'en 1937, les travailleurs, soumis à une double dépendance politique et sociale méconnurent la liberté du travail. Mais avec le développement des cultures d'exportation, du réseau de communication et d'un commerce devenant de plus en plus important et exigeant une main d'oeuvre plus considérable, la puissance coloniale élaborait, sous l'influence des organisations internationales, les premiers textes sous forme de décrets prévoyant des mesures de protection. Il s'agissait surtout d'inciter la main-d'oeuvre à signer des contrats de travail et par ce moyen fournir les entreprises en travailleurs apparemment libres. Cependant les travailleurs eux-mêmes se méfiaient d'un contrat qui les liait pour un certain temps à l'employeur. En effet, l'abandon de travail, même provoqué par les excès alors fréquents de l'employeur était sévèrement puni.

Mais peu à peu des changements s'opérèrent. Devenus citoyens français, les africains jouissent à ce titre des droits et libertés prévus par la constitution de 1946. Toutefois s'il y eut des revendications sociales et si le climat politique y était favorable, celles-ci ne portèrent jamais sur l'exigence de l'application en Afrique du code de travail métropolitain.

L'article 42 pose le principe du licenciement abusif tout en se gardant comme la loi française de définir le critérium de l'abus. La règle du droit commun relative à l'administration de la preuve semble être affirmée. C'est au travailleur qui se prétend victime d'un licenciement abusif qu'il incomberait de prouver l'abus du droit de licenciement de l'employeur. Cependant obligation est faite au juge d'effectuer une enquête sur les causes et circonstances du licenciement et d'indiquer dans son jugement le motif allégué par l'employeur. Enfin, et c'est là une originalité, l'alinéa 2 du même article ajoute que "les licenciements effectués sans motifs légitimes...sont abusifs" allégeant ainsi la tâche du salarié dans l'établissement de la preuve de l'abus.

Il faut toutefois souligner que l'article 42, s'agissant du fardeau de la preuve, a connu la même controverse que celle soulevée à l'occasion de l'application de l'article 23 du Code Français. Qui de l'employeur ou du travailleur doit prouver la légitimité ou l'illégitimité du motif du licenciement ? Les termes de l'article 42 ne permettent pas de répondre avec certitude à cette question.

C'est parfaitement conscient de ces lacunes que le législateur sénégalais votera la loi du 15 juin 1961 portant Code du Travail du Sénégal. Rénovées ou innovées, toutes les techniques, toutes les règles juridiques dégagées par le Code se trouvent dans les différents Codes cités ou alors y étaient déjà en germe. Il serait vain de le regretter, il est même consolant qu'il en aille ainsi. Cependant le législateur sénégalais osera franchir un pas dans le sens d'une plus grande protection du travailleur en posant le principe du renversement du fardeau de la preuve.

L'article 47 alinéa 1 de ce code stipule que "le contrat de travail à durée indéterminée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties" C'est donc le principe de la résiliation par volonté unilatérale qui est affirmé. Sous le titre "Dispositions communes ou particulières" l'article 51 sanctionne l'usage abusif de ce principe en disposant que "toute rupture abusive du contrat peut donner lieu à des dommages-intérêts" et l'alinéa 3 du même article déclare que "En cas de constatation, la preuve de l'existence d'un motif légitime incombe à l'employeur".

Tels sont donc, sommairement énumérés, les principaux textes qui régissent le droit de résiliation de l'employeur.

Ces explications n'ont pas un simple intérêt de curiosité historique, elles ont eu pour but de rappeler les idées générales, et leurs sources qui ont présidé à la construction d'une jurisprudence en matière de licenciement abusif. Le thème que nous avons à traiter, "la jurisprudence du tribunal de Travail en matière de licenciement abusif de 1960 à 1970" nous y conviait. Cette jurisprudence du Tribunal de Dakar ne s'est pas formée ex nihilo ; elle a vu le jour sous l'empire de deux Codes du Travail, celui de 1952 et celui de 1961 dont elle traduit les principes. Et dans la mesure où ces codes se réfèrent à d'autres textes de lois, il nous a paru nécessaire, pour une meilleure approche de notre sujet, de remonter à ces sources premières qui les ont inspirés.

Ceci dit, il reste à préciser que nos développements concerneront principalement le contrat de travail à durée indéterminée. En effet le principe fondamental du droit de résiliation unilatérale doit être considéré comme inhérent à la nature même de

.../...

ce contrat. Au sens technique précis du terme, il ne saurait y avoir de licenciement abusif s'agissant du contrat de travail à durée déterminée. Si avant terme, l'employeur rompt unilatéralement le contrat, une telle rupture illicite, fautive dans son principe, n'est pas à proprement parler abusive. Notre sujet nous conduit nécessairement à nous poser certaines questions : Que faut-il entendre par licenciement abusif ? A qui incombe la preuve de l'abus ? Quelle est sa sanction ?

Devant le silence du législateur qui s'est abstenu d'élaborer une théorie de l'abus de droit et par conséquent, du licenciement abusif, il conviendra, dans une première partie de rechercher dans l'oeuvre de jurisprudence du Tribunal de travail, le critérium du licenciement abusif ; après quoi, nous étudierons dans une deuxième partie la preuve et la sanction du licenciement abusif.

PREMIERE PARTIE

Le critérium du licenciement abusif X

Ni le législateur français, ni à sa suite le législateur sénégalais n'ont donné une définition du licenciement abusif, ce dernier s'étant contenté de décider dans l'article 51 alinéa 1 du Code du Travail que "toute rupture abusive du contrat peut donner lieu à des dommages-intérêts" et dans l'alinéa 2 du même article "les licenciements effectués sans motifs légitimes...sont abusifs". Ainsi si l'employeur peut rompre le contrat de Travail de sa seule volonté comme le prévoit l'article 47 de ce Code, il y a cependant licenciement abusif entraînant des dommages-intérêts si la rupture du contrat du fait de l'employeur ne repose pas sur des motifs légitimes.

Mais alors qu'est-ce-que le motif légitime ? Une définition précise de cette notion permettrait certainement de délimiter celle du licenciement abusif. C'est donc par ce détour que nous essayerons de cerner le domaine du licenciement abusif. Ce sera l'objet du premier volet de cette partie.

A/ Le licenciement non abusif : les motifs légitimes

La loi a encore gardé le silence sur ce point, s'en remettant à l'esprit d'équité du juge à qui elle laisse le pouvoir souverain de déterminer les signes du licenciement légitime. C'est dire, en d'autres termes que la tâche incombera à la juridiction sociale de fournir les critères de la légitimité du licenciement.

En général les motifs pour lesquels la jurisprudence estime que le patron a licencié son employé à bon droit gravitent tous autour de cette idée que l'employeur doit rester maître de l'organisation et du fonctionnement de son entreprise et qu'il peut procéder à toutes sortes de modifications, réorganisation, suppression d'emploi ou sanctions dans l'intérêt de l'entreprise. Le motif du licenciement légitime peut par conséquent se rattacher essentiellement aux trois points suivants :

- L'organisation économique et technique de l'entreprise
- la faute professionnelle ou l'inaptitude du travailleur
- la discipline de l'entreprise.

Nous allons étudier ces divers éléments à travers la jurisprudence du Tribunal de Travail de Dakar.

a) L'organisation économique et technique de l'entreprise

Sous ce vocable on entend généralement la compression de personnel pour fin de chantier, suppression d'emploi, réorganisation de services ou en raison de la situation économique et financière.

La jurisprudence reconnaît à l'employeur, la souveraineté de son entreprise afin de lui permettre de prendre toutes mesures nécessaires à la bonne marche de son affaire. Il bénéficie ainsi, étant seul responsable du risque assumé, du pouvoir discrétionnaire de réorganiser ou de modifier son entreprise en fonction de la conjoncture économique, de la fermer ou de réduire son effectif.

C'est là un principe établi qui trouve son origine dans l'arrêt de la Cour de Cassation française qui affirmait que "employeur étant seul juge du fait de savoir si à raison des circonstances économiques, il doit continuer l'exploitation de son usine dans les mêmes conditions que par le passé ou si, au contraire, il convient d'en assurer le fonctionnement sur de nouvelles bases, le renvoi d'un employé n'est pas abusif lorsqu'il est dû à une réorganisation de l'entreprise"¹. Et quelques années plus tard, renforçant cet arrêt, la même Cour déclarait "qu'aucune disposition légale ne fait obligation à l'employeur de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de l'emploi, pourvu qu'il observe à l'égard de ceux qu'il emploie les règles édictées par le Code du Travail"².

Donc toutes les fois que l'exige l'intérêt de l'entreprise, le juge permet à l'employeur de prendre toutes les mesures d'ordre intérieur, même si celles-ci ont pour conséquence la rupture du contrat de travail. Le licenciement collectif ou individuel, est légitime dès l'instant où les prescriptions de l'article 47 prévoyant l'ordre à respecter "compte tenu des charges de famille, de l'ancienneté et des qualités professionnelles" n'ont pas été violées.

C'est ainsi que le Tribunal de Dakar a déclaré légitime le licenciement prononcé pour :

1) La compression de personnel

...Dès lors que le travailleur n'a pas été remplacé dans l'emploi qu'il occupait⁽³⁾ ;

...Lorsque la compression est la conséquence de la disparition des emplois tenus au sein d'un établissement qui cesse son activité.

.../...

Le tribunal précise qu'il ne saurait être exigé de l'employeur qu'il envisage la possibilité de maintenir le travailleur licencié pour ce motif que dans le cas où la compression est nécessitée par une réduction d'activité(4) ;

... Lorsque à la suite d'une fusion d'entreprises un travailleur se voit confier plusieurs fonctions et que cette réorganisation amène un licenciement (5). En l'espèce le chef magasinier N... a été licencié et remplacé par l'employé D... qui apparaît au registre d'employeur sous la qualification de magasinier et qui selon les renseignements recueillis au cours des débats avait rempli effectivement, outre les fonctions de magasinier, celles de commis chargé de la tenue des comptes-clients. Ainsi, après la fusion D... remplissait cumulativement les fonctions de magasinier et de commis qu'il tenait précédemment.

On pourrait penser que cette décision est en contradiction avec celle du 28 novembre précitée. Il n'en est rien cependant puisque N... a été remplacé par un travailleur de la même entreprise et non par un nouveau employé d'une part et d'autre part les fonctions mêmes de chef magasinier ne se justifiaient plus dans cette entreprise aux dimensions assez réduites.

Par ailleurs, si comme le prévoit l'article 47, le licenciement du travailleur pour compression de personnel est subordonné à un certain ordre et à une comparaison avec les travailleurs de la même catégorie, il faut encore que dans l'entreprise il y ait des travailleurs de la même catégorie que ce travailleur. A défaut, le licenciement reste légitime (6). +

De même au travailleur qui soutenait que son licenciement n'a pas été soumis au visa des délégués du Personnel et qu'en conséquence, il est illégitime, le tribunal a déclaré, faisant application de l'article 51 al 2 que ce texte prévoit que c'est l'illégitimité et non l'inobservation des formes qui donne, au licenciement son caractère abusif et qu'ainsi l'inobservation du paragraphe 8 de l'article 47 qui dispose qu'en vue de recueillir leurs suggestions, l'employeur doit informer les délégués du personnel des mesures qu'il a l'intention de prendre " n'a pas pour conséquence d'enlever au licenciement pour son caractère légitime(7).

La même solution a été retenue dans l'espèce suivante : le salarié invoquant les dispositions de l'article 47 alinéa 8 d'une part, reprochait d'autre à son employeur en vertu de l'alinéa 9 du même article prévoyant l'ordre des licenciements, le fait, de l'avoir licencié alors qu'étant le plus ancien et d'une valeur professionnelle indiscutable, il aurait dû être licencié le dernier. Le motif tiré de la compression de personnel n'étant pas contesté, le tribunal affirma que l'employeur apprécie souverainement les aptitudes que présentent ses employés pour les emplois maintenus.

(1) - Civ 2 Juin 1937 S 1938 I 22

(2) -

(3) - 28 Novembre 1966 TPOM 1968 N°237, page 5251

(4) - 9 Janvier 1967 TPOM 1968 N°235, page 5206

(5) - 26 Février 1968 TPOM 1969 N°255, page 5645

(6) - 29 Avril 1968 TPOM N°265, page 5867

(7) - 12 Mai 1964 TPOM 1964 N°151, page 3349

S'agissant de la non consultation des délégués du Personnel, il fut établi que certes ceux-ci ont été informés par écrit de la décision du licenciement presque en même temps que cette décision était prise, mais aussi qu'ils avaient été mis au courant, verbalement plus de trois mois auparavant de la nécessité de procéder à une compression de personnel. Si donc par extraordinaire les délégués du personnel n'ont pas présenté à l'employeur leurs suggestions, il reste qu'ils ont été mis à même de les présenter. Dès lors, les règles de forme ayant été respectées, la carence exclusive des délégués n'entache en rien le licenciement intervenu (8).

2) La réorganisation de l'entreprise ou cessation d'activité.(9)

Le fait pour un employeur de confier le gardiennage à une société et de licencier tous ces gardiens constitue une réorganisation partielle de l'entreprise dont l'opportunité est laissée à l'appréciation de l'employeur (10).

Le désarmement d'un navire rend le licenciement légitime(11) de même que celui prononcé pour cessation d'activité à condition que l'activité de l'entreprise, même sous une autre forme, ne continue pas (12) ; ou pour fin de chantier, particulièrement dans les industries de bâtiments et de travaux publics (13).

(8) - 25 Mai 1964 TPOM 1964 N°150, page 3327

(9) - 26 Février 1968 précité

(10)- 7 Février 1966 TPOM 1966 N°191, page 4229

(11)- 16 Janvier 1969 TPOM 1969 N°264, page 5843

(12)- 15 Novembre 1965 TPOM N°186, page 4123

(13)- 23 Juillet 1963 TPOM 1963 N°135

Et si en principe le délégué du personnel ne peut être licencié sans autorisation de l'inspection du travail, cette autorisation n'est pas nécessaire lorsque le chantier auquel appartient le travailleur est terminé et que tous les travailleurs sont licenciés. En effet la protection des délégués du personnel a pour but essentiel de leur permettre de défendre les travailleurs dont ils sont les représentants et dès lors qu'il n'y a plus de travailleurs, le délégué du personnel n'a plus d'attribution (14) et n'est plus protégé.

3) La mauvaise situation financière sans que d'ailleurs on puisse reprocher à l'employeur sa mauvaise gestion dès lors qu'il n'est pas établi que cette mauvaise gestion avait pour but de se débarrasser des travailleurs(15).

La légitimité de ce motif est également établie lorsque le licenciement intervient à la suite d'une baisse de production incontestable du commerce de l'employeur(16)

b) La faute professionnelle ou l'inaptitude du travailleur.

C'est toujours la formule devenue de style, selon laquelle le chef d'entreprise, responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge de son organisation et du point de savoir si un collaborateur s'acquiesce à son entière satisfaction des fonctions qui lui sont confiées, qui inspire la jurisprudence.

Est considéré comme légitime tout licenciement dont

-
- (14) - 25 Mai 1964 TPOM 1964, n°150, page 3327
(15) - 21 Février 1968 TPOM 1969 N°262, page 5796
(16) - 8 Janvier 1960 Delzard Jean c/ Foesser inédit

la cause est liée à :

1) L'inaptitude physique du travailleur. Il en est ainsi lorsqu'il est établi par un certificat médical que le travailleur est inapte physiquement à remplir son emploi (17) ;

...lorsqu'à la suite d'un accident de travail ayant entraîné l'amputation de son bras, le travailleur qui s'est vu confier par l'employeur les fonctions de gardien, manifeste à diverses reprises son incapacité d'assurer ses nouvelles fonctions (18).

...lorsque le travailleur omet de signaler comme le lui impose la Convention Collective, son absence pour maladie, car il n'est plus protégé par la suspension du contrat généralement admise en matière de maladie(19).

2) L'inaptitude professionnelle qui peut se manifester sous divers aspects.

L'insuffisance professionnelle dès lors qu'il est établi que le travailleur a mal géré le magasin qui lui est confié(20), qu'il commet de nombreuses erreurs de calcul nécessitant un contrôle constant de la part de ses chefs dans ses fonctions consistant de faire des prévisions de réapprovisionnement du stock de carburant et à passer des commandes en conséquence (21), ou des erreurs consis-

.../...

(17) - 29 Novembre 1966 TPOM 1968 N°236, page 5229

(18) - 19 Février 1968 TPOM 1969 N°249, page 5511 : 1 Juin 1962
TPOM 1963 N°112, page 2501

(19) - 18 Décembre 1967 TPOM 1968 N°247, page 5468

(20) - 6 Novembre 1967 TPOM 1969 N°256, page 5666

(21) - 3 Juillet 1967 TPOM 1969 N°248, page 5489

tant à imputer à tort au compte d'un client le montant des achats effectués par un autre et à reporter de façon inexacte sur le livre comptable le montant de la facture calculé sur les facturiers (22).

La mauvaise manière de servir constatée par des avertissements répétés(23). Cette notion est entendue dans un sens très large. C'est ainsi qu'un travailleur a été licencié pour avoir fait preuve d'une attitude jugé insolente à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques : il n'avait pas salué à son arrivée le sous-Directeur de l'entreprise. Certes il faisait l'objet de deux avertissements pour refus de travail, mais ce ne sont pas ces motifs qui ont servi réellement de base à son licenciement (24).

Le rendement insuffisant (25).

Nous ne citerons que ces exemples il en existe d'autres cependant, tels les motifs basés sur la négligence du travailleur ou son manque de conscience professionnelle(26). Dans cette affaire l'employeur reprochait au travailleur titulaire d'un diplôme universitaire, son manque d'assiduité et de soin, des erreurs fréquentes, des imprécisions dans la rédaction des documents qui lui était demandée et un travail de faible qualité ; le salarié devait être surveillé en permanence en raison de l'impossibilité de lui faire confiance même pour les tâches matérielles les plus élémentaires.

.../...

(22) - 28 Avril 1969 TPOM 1970 N°285, page 6307

(23) - 2 Février 1963 TPOM 1964 N°143, page 3174

(24) - 25 Mars 1968 TPOM 1969 N°266, page 5884

(25) - 23 Juillet 1963 TPOM 1964 N°136, page 3022

(26) - 29 Novembre 1966 TPOM 1968 N°234, page 5182

C/ DISCIPLINE DE L'ENTREPRISE

Les décisions prises par le chef d'entreprise dans le cadre du pouvoir réglementaire et du pouvoir de direction seraient sans portée si elles ne pouvaient contraindre les destinataires à s'y soumettre par la menace de sanctions appropriées et comme le fait remarquer Paul DURAND "La vie d'un corps social serait compromise si l'autorité responsable ne pouvait sanctionner les règles du groupe".

C'est pourquoi une jurisprudence constante du tribunal de travail reconnaît au chef d'entreprise un pouvoir disciplinaire inhérent à sa qualité de chef et légitime tout licenciement dès l'instant que les motifs avancés pour sanctionner le salarié sont tirés de la marche de l'entreprise.

Rentrent dans cette catégorie

1° Le refus de travail

Un travailleur ne peut refuser de remplacer un autre travailleur en congé, même si ce remplacement correspond à des fonctions inférieures; cette mesure entrant dans le cadre de l'exercice normal des prérogatives du chef d'entreprise. (27) En l'espèce l'employeur, afin de suppléer à l'emploi momentanément vacant d'un planton en congé pour une durée de 15 jours avait invité le demandeur à assurer ce service durant ce délai celui-ci, bien qu'ayant accepté le principe du remplacement, refusa d'accomplir les tâches incombant à un planton. Il commet ainsi une faute grave.

Encourt le même sort le travailleur qui refuse d'exécuter malgré plusieurs avertissements, une tâche rentrant dans le cadre normal de ces fonctions(28), une telle attitude constituant une faute lourde (29).

.../...

(27) - 4 Décembre 1967 TPOM 1967 N°238, page 5273

(28) - 27 Février 1964 TPOM 1964 N°148, page 3284

(29) - 13 Juillet 1963 TPOM 1964 n°133, page 2952

2° Les absences répétées et injustifiées constituent également une faute lourde de nature à légitimer le licenciement(30)

3° Le refus d'accepter l'horaire légal

En refusant de se conformer à l'horaire de travail établi par l'employeur qui a respecté la réglementation en vigueur sur la durée du travail, le travailleur se soustrait à la discipline que lui impose le code du travail (31).

4° Le refus de signer la communication d'une note de service

Viola les règles de discipline de l'entreprise et par conséquent rend le licenciement légitime. Le travailleur qui refuse d'apposer sur une note de service sa signature qui n'aurait eu pour conséquence que d'assurer l'employeur que le travailleur avait pris connaissance de cette note (32).

Il en est de même de l'employé qui refuse de recevoir un avertissement. A cet égard le tribunal estime qu'admettre la possibilité pour un travailleur de refuser de recevoir les avertissements décernés par son employeur serait nier la réciprocité des obligations synallagmatiques découlant de l'exécution du contrat de travail (33).

5° Le fait d'exercer des violences sur la personne de son employeur sans qu'il soit établi que ces violences ont été occasionnées par une défense légitime, constitue une faute lourde et un motif légitime de rupture du contrat(34). Mais cette faute lourde devient une faute grave ^{seulement} légitimant toujours cependant le licenciement lorsqu'il est établi que c'est l'employeur lui-même qui a de manière caractérisée provoqué le travailleur (35)

.../...

-
- (30) - 17 Juin 1966 TPOM 1968 N°238, page 5272
(31) - 18 Décembre 1967 TPOM 1968 N°243, page 5379
(32) - 3 Juillet 1967 TPOM 1969 N°254, page 5621
(33) - 9 Mai 1966 TPOM 1968 N°236, page 5230
(34) - 14 Avril 1964 TPOM 1964 N°148, page 3284
(35) - 9 Janvier 1964 TPOM 1964 N°149, page 3302

6° Les menaces envers un supérieur hiérarchique(36)

7° L'état d'ébriété

C'est ainsi qu'a été déclaré légitime le licenciement intervenu dans les circonstances suivantes : au cours d'une fausse manoeuvre à l'aide d'un véhicule de son employeur un salarié a gravement endommagé le réacteur d'un avion de ligne dont il était chargé de surveiller l'avitaillement ; l'analyse sanguine relative au prélèvement effectué sur lui quelques heures après l'accident révéla que le sang du demandeur renfermait à ce moment 2,87 grs d'alcool par litre, taux pour lequel conclut l'expert 95% des individus sont en état d'ivresse (37).

8° Prolongation d'absence autorisée (38)

9° Le faux commis par le travailleur en vue de dissimuler un manquant (39).

10° Les vols ou détournements au préjudice de l'employeur(40). Mais si ces faits constituent des fautes lourdes, la valeur des objets emportés peut en atténuer la gravité. Ainsi ne constitue pas une faute lourde le fait pour un employé, chef cuisinier d'un mess d'avoir été surpris au moment où il quittait son service avec dans les mains trois pommes et un pain de beurre de 250 grs (41).

.../...

(36) - 17 Novembre 1961 TPOM 1962 N° 104, page 2291

(37) - 23 Mars 1964 TPOM 1964 N°155, page 3397

(38) - 9 Mars 1964 TPOM 1964 N°145, page 3174

(39) - 30 Mars 1963 TPOM 1963 N°126, page 2795

(40) - 13 Juillet 1963 Feunant N°703 et 704, page 585, 19 janvier 1965 TPOM n°175, page 3880 et 21 Février 1966 TPOM n°196 p.4342.

(41) - 14 Avril 1964 TPOM N°154, page 6420

11° Ces infractions peuvent donner lieu à un autre motif : la perte de confiance. Si l'employeur a des raisons de suspecter l'honnêteté du travailleur, il peut ^{légitimement} le licencier(42). Ce motif peut être retenu même en cas d'absence d'éléments frauduleux ou de non réunion de tous les éléments constitutifs d'une infraction sanctionnée par un classement sans suite ou d'une décision de relaxe au bénéfice du doute. Un fait matériel à lui seul peut constituer une faute civile justifiant la perte de confiance(43).

Tels sont donc les motifs pour lesquels le tribunal du travail a estimé que le licenciement du travailleur est légitime. Il en existe d'autres encore, mais notre intention était seulement de relever ceux qui nous paraissaient les plus fréquents au regard de la jurisprudence. Généralement ils constituent soit une faute simple (refus d'accepter l'horaire de travail, rendement insuffisant) soit une faute grave (refus de recevoir un avertissement) soit une faute lourde (détournement ou vol au préjudice de l'employeur, refus par le travailleur d'exécuter un travail rentrant dans le cadre normal de ses attributions, ébriété). Dans tous les cas elles nuisent au bon fonctionnement de l'entreprise, rendant intolérable le maintien des liens contractuels ou alors, par le fait intentionnellement dolosif ou inexcusable du travailleur(44) causent un tel préjudice à l'entreprise qu'elles justifient la cessation immédiate des rapports de travail. Leur appréciation incombe au juge qui tiendra compte des circonstances de fait et de lieu, de la situation du travailleur et de sa responsabilité dans l'exécution du travail(45).

Quid lorsque le fait de l'employé qui a servi de prétexte ou de motif au licenciement est insignifiant constituant une faute bénigne ? Il existe alors une disproportion entre la faute et la sanction prononcée sous forme de licenciement. Le tribunal de travail a jugé qu'une telle faute ne justifie pas la rupture(46). Mais un ar-

rêt récent de la Cour Suprême traduisant les principes du droit civil donne une solution moins protectrice en décidant que toute faute, quelque soit son degré de gravité peut constituer un motif légitime de licenciement de l'employé (47).

Au total, nous pourrions dès à présent tirer un critère définitif du licenciement légitime, et par là-même a contrario du licenciement abusif ; le premier serait celui qui répond à l'intérêt de l'entreprise qu'il s'agisse de préoccupations d'ordre économique ou technique dans la gestion, ou de fautes individuelles commises par le salarié, qui compromettent sa bonne marche de le second se caractérisant par l'absence de l'intérêt professionnel. Nous n'avancerions que d'un pas cependant.

En effet le seul critère tiré de l'intérêt de l'entreprise ne semble pas déterminant. Un exemple le démontre. Il ne fait pas de doute que l'entreprise a intérêt à se priver d'un travailleur malade au point de ne pouvoir assurer son travail. Or l'article 57 alinéa 3 dispose que "le contrat de travail est suspendu pendant la durée de l'absence du travailleur en cas de maladie dûment constatée par un médecin agréé, durée limitée à six mois". Ainsi quelque puisse être l'impact, sur les intérêts de l'entreprise, de l'absence dû à la maladie du travailleur l'employeur qui, au mépris de cette disposition licencierait le travailleur en invoquant sa maladie, commettrait un licenciement abusif.

.../...

(42) - 11 Janvier 1965 TPOM 183, page 4052 et 15 Janvier 1968 TPOM 254, p.5619.

(43) - 31 Octobre 1969 TPOM N°308, p.6808 et 20 Avril 1964 TPOM 1964, p.3375.

(44) - 16 Avril 1963 TPOM 1963 N°132, p.2930

(45) - 5 Décembre 1967 TPOM 1967 n°224, p.4961

(46) - 20 Août 1962 TPOM 1963 N°111

(47) - 26 Juin 1974 TPOM 1975 N°407, 466.

D'autre part la plupart des auteurs qui se réfèrent presque exclusivement à ^{la notion d'} l'intérêt de l'entreprise se targuent souvent de la célèbre décision du tribunal d'Etampes concernant l'affaire des établissements Brinon(48). Mais cette décision qui a jugé fautive la mauvaise gestion de l'entreprise pour accorder des dommages-intérêts à un employé, a été vivement critiqué en ce qu'implicitement elle affirmait que l'employeur répondait de sa gestion devant son personnel; car, comme le note G.H. Camerlinck, si ^{la} jurisprudence se réfère à la notion d'intérêt de l'entreprise elle n'a aucunement pas entendu consacrer l'existence d'une entité d'entreprise intégrant ses membres, se situant au-delà de leurs intérêts particuliers et dont le chef se verrait confier un pouvoir placé sous le signe fonctionnel, et donc sanctionné en cas de détournement. Dans bien des arrêts d'ailleurs la cour de cassation abandonne toute allusion à cette notion pour ne parler que de l'intérêt du chef d'entreprise.

Et c'est fort de cette conception que le tribunal de Dakar, écartant la solution du tribunal d'Etampes ne déclare abusif le licenciement intervenu à la suite de la mauvaise gestion que s'il est établi qu'il s'est agi d'un procédé utilisé par l'employeur pour se débarrasser de ces travailleurs(49).

En définitive la seule unité conférée à la notion de licenciement abusif résultera de la notion plus large de faute. L'exercice par l'employeur de son droit de licencié peut être source de responsabilité lorsqu'il en use autrement que ne le ferait un bon père de famille, ^{semblablement titulaire d'un droit} lorsqu'il ne fait pas preuve d'une diligence moyenne et d'un comportement normal. Ainsi s'explique que l'abus puisse découler aussi bien d'un motif légitime que des conditions objectives de l'exercice de ce droit.

.../...

(48) - 24 Juin 1954 GAZ. Palais 1954. 2.65

(49) - décision déjà citée.

En dehors donc des diverses hypothèses ou la rupture du contrat intervient soit comme une sanction de l'inexécution de ses obligations par l'une des parties, soit comme une nécessité de la bonne marche de l'entreprise, le renvoi a toute chance d'être arbitraire, non fondé sur un intérêt sérieux et partant abusif. Et si le juge lui reconnaît les caractères d'un abus de droit, il doit condamner la partie congédiant à verser une indemnité pour couvrir le préjudice résultant de la rupture et subi par la partie congédiée.

Quelles sont les formes que peuvent revêtir ^{cet} l'abus du droit ou autrement dit, quand y aura-t-il une faute commise par le patron dans l'exercice de son droit de rupture. La réponse à cette question nous conduit à exposer la théorie de l'abus du droit pour ensuite étudier ses formes en classant sous différentes rubriques, et sans prétendre qu'elles soient exhaustives les cas d'abus retenus par la jurisprudence du tribunal de Dakar.

X / LE LICENCIEMENT ABUSIF : APPLICATION DE LA NOTION D'ABUS DU DROIT

De l'étude historique des textes législatifs que nous avons faite, ^{dans la partie introductive} / il résulte que dans le contrat de travail à durée indéterminée chacune des parties peut se délier de ces engagements en signifiant à l'autre son intention de mettre fin au contrat. C'est ce que nous avons appelé le droit de rupture unilatérale du contrat. Alors que les contrats synallagmatiques prennent fin soit par l'expiration d'un terme convenu d'avance soit par le commun consentement des parties engagées, qui ne trouvant plus d'intérêt à l'exécution du contrat, décident de rompre le lien contractuel qui les unissait, dans le contrat de travail à durée indéterminée au contraire, et à raison du caractère de ce contrat qui oblige les parties à des prestations successives et permanentes, chacune des parties a le

.../...

droit de donner congé à l'autre à n'importe quel moment, à condition d'observer les clauses et conditions du contrat relatives à ce droit de congédiement.

Mais ce droit n'est pas exorbitant du droit commun des contrats, car chacune des parties est sensée avoir accepté tacitement, dès lors de la conclusion du contrat, le terme que choisira son cocontractant pour mettre fin aux effets de ce contrat.

Ce droit on l'a vu est consacré par les différents Codes du travail rendus applicables au Sénégal : " le contrat de travail à durée indéterminée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties ". Mais ces textes prévoient tous que la rupture abusive du contrat peut donner lieu à des dommages et intérêts."

Ces dispositions semblent donc se contredire. De deux choses l'une, en effet : ou bien chaque partie a le droit de mettre fin au contrat et elle ne saurait être passible d'aucune indemnité pour avoir exercé son droit ; ou bien l'exercice de ce droit est soumis à certaines conditions hors desquelles la résiliation devient fautive et ouvre un droit à indemnité. La loi n'ayant rien précisé quant aux conditions et aux circonstances dans lesquelles la rupture unilatérale du contrat peut normalement avoir lieu, nous allons rechercher comment concilier ces diverses dispositions et le sens que l'on doit donner à ces mots : " rupture abusive " dès lors que nous considérons que les dispositions de l'article 51, alinéa 2 qui déclarent abusifs " les licenciements sans motifs légitimes ou motivés par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou sa non appartenance à un syndicat " sont loin d'en rendre compte totalement.

Selon une ancienne théorie, quiconque a le "droit" d'accomplir un acte déterminé, ne peut pas être en faute pour l'avoir accompli. Les individus, en effet ont le libre usage de leurs droits

et les actes qu'ils accomplissent en conformité avec ces droits ne sauraient leurs faire encourir aucune responsabilité; inversement, s'ils faisaient des actes contraires au droit, des actes illicites, ils commettraient une faute engageant leur responsabilité.(49)

Il ne semble pas que le Code du travail ait voulu s'en tenir à ces principes. Il admet que le patron puisse commettre une faute en renvoyant son employé et/ qu'il puisse être condamné à la réparation du dommage causé à l'employé par la perte de sa situation. Mais, comme le contrat de travail à durée indéterminée peut toujours cesser par la volonté "libre" d'un contractant, si le patron est condamné c'est qu'il a congédié sans en avoir le droit.

Force est donc de rechercher une explication à cette apparente contradiction ailleurs que dans la théorie ancienne précitée; nous la trouverons dans la théorie de l'usage abusif du droit.

1/2 * Lien d'abusif.
7/10
+ 29 → 35

/ A - LA NOTION D'ABUS DU DROIT.

Remarquons tout de suite que la responsabilité suppose une opposition, un conflit de deux droits et qu'elle est engagée dès que le titulaire de l'un de ces droits commet un acte qui lui est défendu en dépassant les limites de son droit. Cette idée n'est d'ailleurs que la consécration de l'opinion vulgaire qui met dans le même sac l'acte générateur de la responsabilité et l'acte accompli sans droit (50), car la question de savoir si l'on est responsable des conséquences d'un acte déterminé, revient à se demander si l'on avait le droit de faire cet acte.

.../...

(49) - Planiol et Ripert : traité de droit civil t 2 N° 870

(50) - Porcheront : la notion d'abus du droit;



En effet celui qui use de son droit fait un acte licite et l'on ne saurait parler d'usage abusif d'un droit. Ce sont des termes contradictoires : " le droit cesse où l'abus commence " et il ne saurait y avoir abus d'un droit quelconque, pour la raison qu'un acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit (51). Aussi bien, quand on parle d'usage abusif d'un droit on s'exprime mal; en réalité le droit est dépassé et il y a un acte accompli sans droit. Un examen approfondi de nos droits le montre car on s'aperçoit alors qu'ils ne sont pas absolus; que la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à diverses conditions.

Le problème qui se pose alors est de savoir quelle est la limite de nos droits. Il faut trouver un critérium permettant de reconnaître que l'on a épuisé son droit et que l'on ne saurait aller plus loin sans violer le droit d'autrui et encourir une responsabilité pécuniaire.

On peut distinguer deux hypothèses où la responsabilité peut être engagée :

I/ le titulaire d'un droit a agi sans droit : il a commis un acte objectivement injuste, un acte illégal devant être sanctionné, abstraction faite de tout dommage effectivement subi. Ce serait le cas d'un employeur congédiant un employé sans observer les règles de forme du congédiement (52). La résiliation n'est pas simplement abusive, elle est contraire au droit, que ce droit résulte de l'usage ou de la convention des parties, et la responsabilité du patron est engagée à l'égard de son employé.

.../...

(51) Plagnol traité de droit civil t 2 n°8070

(52) 13 Juillet 1963 TPOM 1964 n°135,2997 N°309, 6840.

2/ Le titulaire du droit a **agi** dans les limites formelles de son droit; son acte semble irréprochable et cependant il revêt un caractère illicite, parce que "la volonté dont il émane se trouve en contradiction avec le vœu du législateur et l'esprit de l'institution"

La société, en effet, a le droit de nous demander compte de l'usage que nous faisons des droits qui nous sont conférés et d'exercer un contrôle sur les mobiles de nos actes afin d'éviter que nous ne nous servions de nos droits pour des faits autre que ceux en vue desquels ils ont été institués. Et c'est là le domaine propre de la théorie de l'abus du droit. En faussant l'esprit dans lequel un droit a été institué, son titulaire ne l'exerce plus, il en abuse, c'est-à-dire qu'il a dépassé la limite de son droit et qu'il agit sans droit, bien que, considérés objectivement, ses actes aient encore une apparence juridique.

La notion abus du droit ainsi définie est donc toute subjective : elle se déduit des mobiles qui ont déterminé le titulaire d'un droit à l'exercer, mobiles qui par hypothèse, sont contraires à la finalité de ce droit, donc illégitimes. (53)

Cela nous fait penser au droit administratif. La même différence, entre les actes issus d'un excès de pouvoir et ceux entachés d'un détournement de pouvoir se retrouve dans le droit privé des contrats, entre l'acte accompli sans droit et l'acte fait dans un but autre que celui de la loi. Le recours pour excès de pouvoir proprement dit, en effet, est celui qu'exerce un particulier atteint dans ses intérêts par une décision exécutoire pour faire constater par le juge administratif ce qu'est, en une matière déterminée, le droit objectif, positif et la non concordance de la décision le lésant

.../...

(53) - Jossierand : de l'esprit des droits t I page 174

avec ce droit objectif positif, tandis que le recours fondé sur un détournement de pouvoir suppose qu'un agent administratif a usé de ses pouvoirs en se conformant à la lettre de la loi, mais en poursuivant un but autre que celui pour lequel ses pouvoirs lui ont été attribués. Ce serait le cas d'une autorité administrative qui suspendrait un agent pour satisfaire une rancune personnelle.

Le droit civil pose les mêmes principes : celui qui agit sans droit lèse les intérêts d'autrui. Il excède ces pouvoirs légaux, il doit réparation; quant à l'individu qui semble agir légalement mais qui, au fond, se sert de son droit pour une fin autre que celle voulue du législateur, celui-ci détourne son droit de sa fonction sociale normale, il commet une faute subjective il abuse de son droit.

La notion d'abus du droit se dégage ainsi très nettement. Elle constitue un des éléments de la notion de responsabilité civile. Dans l'exercice de nos droits, diverses catégories de faits peuvent se produire entraînant notre responsabilité: ceux d'abord qui dépassent le contenu de notre droit et deviennent des actes de libertés licites ou illicites suivant le cas ; ceux qui rentrent ^{dans} le contenu de notre droit mais s'exercent aux risques et périls du titulaire; ceux enfin qui objectivement licites sont néanmoins contraires au droit " par le caractère antisocial de leur but intentionnel "

Ce sont ces derniers faits qu'il convient de qualifier d'actes abusifs.

Mais quelles sont les différentes formes que l'abus du droit ainsi entendu peut revêtir ?

b) Diverses formes de l'abus du droit :
Faute de texte donc, la jurisprudence a dû esquisser une théorie de l'abus du

droit dans le cadre général de l'idée de faute. Et la faute juridique c'est le manquement, la violation d'une obligation préexistante de faire ou de ne pas faire. Mais dans l'abus du droit c'est bien plus une faute morale que l'on réprime qu'une faute juridique, puisque le titulaire du droit est supposé avoir agi juridiquement. Ainsi comme l'a dit Ripert, la satisfaction de devoir moral domine l'exercice des droits et si le juge n'a pas une claire conception du devoir moral il sera incapable de juger s'il y a abus (54).

Pour que la question de l'abus du droit se pose seule il faut que le contractant se tenant dans les limites précises du contrat, en épuise les prérogatives. Uniquement pour porter préjudice à l'autre partie.

Agissant ainsi le créancier a dépassé le droit précis qu'il tenait du contrat, il a agi de mauvaise foi : l'acte est illécite : il y a abus du droit - Telle paraît-être la thèse de la jurisprudence.

En fait, les droits nés d'un contrat sont presque toujours soigneusement déterminés dans leur contenu et limités dans leur exercice (Ripert). Il y aura abus dès que l'exercice de ce droit ne présentera aucun intérêt pour celui qui l'exerce. Dans la résiliation du contrat de travail, c'est l'exercice d'un droit contractuel, puisque cette résiliation par la volonté d'un seul, a été acceptée à l'avance par les deux parties mais cet exercice est dominé par la règle morale que l'on ne peut rompre le contrat dans la pensée de porter préjudice à autrui.

.../...

(54) - Ripert - la règle morale dans les obligations civiles
n° 101 page 182.

C'est en partant de ce principe, pensons nous que la jurisprudence voit des exercices abusifs de droits, soit quand ils sont exercés sans intérêt sérieux (55), soit quand ils sont exercés avec mauvaise foi et dans l'intention de nuire (56).

1°) Le défaut d'intérêt constitue presque toujours le signe de mauvaise foi. Si rationnellement, on peut concevoir un acte accompli sans intérêt, si minime soit il, pratiquement il est à peu près impossible de rencontrer de tels actes - un acte accompli sans intérêt, sans motifs, serait l'acte d'un fou. Mais il peut se faire qu'il y ait disproportion entre l'intérêt poursuivi et le dommage que va faire naître pour autrui l'exercice de notre droit. Et c'est dans ce sens que l'on peut parler d'abus du droit pour défaut d'intérêt, car il est une manifestation de la mauvaise foi (57).

2°) L'intention de nuire colore nos actes d'un caractère abusif. "Il est contraire à la Règle morale d'exercer un droit aussi étendu soit-il, pour le seul plaisir de nuire à son prochain. Le droit ne saurait le tolérer car il ne peut ignorer cette Règle morale, et il se doit de la sanctionner"(58); l'acte exercé avec l'intention de nuire est illicite parce que contraire au but poursuivi par la législation ou par les parties contractantes.

Si nous voulions à notre tour, essayer d'apprécier les applications jurisprudentielles de la Théorie de l'abus du droit nous dirions avec Demogue que la notion "d'abus du droit est assez voisine de la fraude. Toutes deux sont des notions subjectives. Elles visent des actes juridiques aussi bien que des faits matériels. Mais il est cependant dans les usages d'employer ces termes dans des cas différents. La fraude vise plus nettement des actes contraires au

.../...

(55) - 28 Août 1962 - TPCOM 1963 n°113, page 2511

(56) - 6 Juillet 1964 - TPCOM n°164, page 3642

(57) - 24 Octobre 1969 - TPCOM 1970 n°283, page 62-73

(58) - BORIS STASCK citant Ripert - Droit civil n°307, page 131

droit;" tandis que l'abus du droit s'applique aux actes qui ont une apparence juridique.

En définitive, nous pouvons résumer en disant que le législateur nous a donné des droits pour un but social déterminé; exercer ces droits avec malice ou mauvaise foi ce n'est pas les exercer normalement.

Depuis la loi française du 27 Décembre 1890 qui a disposé que la rupture du contrat de travail pouvait donner lieu à une indemnité il ne fait plus de doute que l'exercice du droit de résiliation ad nutum n'est plus libre. Il appartient à la jurisprudence d'en tracer les limites en recherchant dans quel but ce droit de résiliation unilatérale a été reconnu aux parties liées par un contrat de travail.

Ce droit n'existe qu'à seule fin d'éviter les engagements perpétuels. Il peut être exercé également contre la partie qui n'honore pas ses engagements contractuels, mais alors il ne sera dû aucune indemnité à cette partie, du chef de la Résiliation, puisqu'elle ne constitue que l'exercice normal d'un droit.

Certains auteurs ont pensé cependant que le fait même du licenciement, étant une sorte de risque professionnel, obligerait l'employeur à verser une indemnité à l'ouvrier licencié indépendamment de toute idée de faute à la charge de l'employeur. La jurisprudence n'a pas admis cette opinion et ne reconnaît le droit à indemnité pour la partie licenciée que comme une sanction d'une faute du patron.

En quoi consistera cette faute ? Il semble impossible de tracer des règles absolues. La solution variera nécessairement avec chaque espèce. Il faudra examiner de près les circonstances. C'est ce nous nous proposons de faire en analysant les décisions rendues par le Tribunal de Travail de Dakar.

.../...

C) Cas de licenciement pour des motifs abusifs.

Notre intention n'est pas de nous livrer à une étude exhaustive de la Jurisprudence en matière de licenciement abusif. Nous nous bornerons à relever quelques exemples.

1°) Le licenciement consécutif à un détournement de pouvoir.

Il faut entendre par ces termes tous les licenciements motivés par le souci de l'employeur d'éluider ses obligations légales ou contractuelles. La faute sanctionnée est celle qui consiste à détourner un droit de son objet normal. Il en sera ainsi lorsque l'employeur renvoie le travailleur qui lui demandait la révision du contrat de travail contenant les clauses en violation des Règles les plus impératives de la législation sociale notamment en ce qui concerne la durée du travail hebdomadaire, le paiement de la prime d'ancienneté et l'indemnité compensatrice de congés payés(59); lorsque le licenciement intervient à la suite du refus du travailleur de participer à un vote organisé par l'employeur pour le cumul des congés payés sur deux ans alors que les travailleurs avaient droit aux congés payés annuels (60); ou à la suite de la revendication de l'employé tendant à obtenir une augmentation de salaire et appuyée par le syndicat auquel appartient le salarié (61) ou d'une réclamation de reclassement présentée par le salarié (62).

...Lorsque l'employeur déclare pour justifier le congédiement que le travailleur ne lui donnait pas satisfaction mais que l'enquête ordonnée par le tribunal fait ressortir que le renvoi est consécutif à une réclamation relative au salaire(63); ou effectué à la suite d'un jugement reclassant le travailleur et lui accordant un rappel de salaire (64).

.../...

(59)- 3 Juillet 1963 TPOM 1964 n°138, page 30 - 63
(60)- 4 Août 1960 TPOM 1961 n°67, page 1475
(61)- 29 Février 1960 TPOM 1960 n°53, page 1168
(62)- 4 Janvier 1960 TPOM 1960 n°58, page
(63)- 13 Janvier 1961 TPOM 1961 n°75, page 1654
(64)- 11 Avril 1961 TPOM 1962 n°92, page 2025

...Lorsque le patron renvoie le travailleur qui, se prévalant des stipulations contractuelles prévoyant l'exécution du contrat dans un lieu déterminé, refuse d'accepter des modifications unilatérales que rien ne justifie et destinées à affecter le travailleur dans un autre pays (65).

Ainsi chaque fois que l'employeur licencie un employé parce que celui-ci a voulu lui faire respecter une loi, une convention ou une clause réglementant le travail, ce licenciement est abusif.

2°) Le licenciement intervenu sans observation des formes. Si en principe, le contrat de travail peut être rompu à tout moment la Rupture doit se faire sous certaines formes. Ce terme peut s'entendre dans son sens courant. Il en est ainsi en cas de renvoi incorrect revêtant par exemple un caractère brusque, hâtif ou intempestif révélant l'intention de nuire (66).

Mais généralement la forme s'entend ^{par} des procédures particulières, conventionnelles ou légales destinées à garantir les droits du salarié.

C'est ainsi qu'en matière de licenciement individuel ou collectif motivé par une diminution de l'activité de l'établissement ou une réorganisation intérieure, l'article 47 alinéas 7, 8 et 9 prévoit une procédure spéciale dont la méconnaissance par l'employeur rend abusif le licenciement.

Agit donc avec une légèreté blâmable en violant l'article 47 l'employeur, qui sans consulter les délégués du personnel, licencie à la suite d'une réorganisation intérieure, un travail-

.../...

(65) - 8 Janvier 1960, Jean Guérin C/ETS Nordon AOF : inédit

(66) - 4 Février 1960 TPOM 1967 préciter; 6 Juillet 1964
TPOM 1965 n°164 page 3642.

leur bénéficiant de douze années d'ancienneté, alors que celui ci pouvait être facilement recasé dans l'entreprise étant donné sa qualification générale (67). La consultation des délégués du personnel doit être effectuée préalablement au licenciement. Si elle est concomitante à la décision de licenciement, il n'y a plus à proprement parler de consultation puisque ceux-ci ne seraient plus à même de fournir utilement des suggestions sur les mesures envisagées. Le licenciement est alors abusif (68). Cette décision du tribunal est d'ailleurs confirmée par de nombreux arrêts de la Cour d'Appel (69).

Il en est de même si l'employeur n'a pas respecté l'ensemble de la procédure d'ordre dans le licenciement(70) notamment si en cas de compression de personnel le travailleur est licencié sans que l'employeur ait eu à comparer sa situation avec celle des autres employés présentant la même qualification afin de déterminer sur quel employé devant d'abord porter la compression dédidiée(71); ou si la comparaison ayant été faite le choix opéré par l'employeur ne se justifie pas (72).

Soulignons qu'il appartient à l'employeur de prouver que le licenciement a été effectué conformément à l'article 47 (73) ... Est également abusif le licenciement d'un délégué du personnel sans l'autorisation nécessaire et préalable de l'inspecteur du

.../...

(67) - 13 Juillet 1963 TPOM n°135, page 2997-22 Décembre 1967
TPOM n°245, page 5494

(68) - 19 Juin 1967 TPOM n°233, page 5163

(69) - CA 7 Février 1968 - TPOM n°261, page 5779

(70) - 4 Novembre 1970-TPOM n°237, page 5250

(71) -25 Avril 1966 TPOM 1968, page 5208

(72) -13 Mai 1968 TPOM n°270, page 5979

(73) - 3 Décembre 1970 TPOM 1971 n°309, page 6840

travail(74). Cette autorisation n'est pas cependant exigée de l'employeur lorsqu'il s'agit d'un licenciement collectif(75) sauf si une convention collective la prévoit expressément(76). Il serait d'ailleurs souhaitable que la jurisprudence s'oriente dans cette voie en décidant que l'autorisation de l'inspecteur du travail est obligatoire dans tous les cas dès lors qu'il s'agit d'un ~~représentant~~ du personnel, afin de lui assurer une meilleure protection et de prévenir toute ruse du patron. Mais quid lorsque l'autorisation de l'inspecteur n'est demandée qu'après le licenciement ? La Cour d'Appel décide qu'elle n'efface nullement le caractère abusif du licenciement(77). Semblablement sera déclaré abusif le renvoi d'un travailleur lié à l'employeur par un contrat à l'essai qui au préalable n'a pas été autorisé par l'Office de la Main d'Oeuvre(78). En l'espèce, le travailleur avait été engagé pour une période d'essai d'un mois et demi à l'issue duquel il devait être définitivement engagé. Quelques jours après son engagement l'employeur adressa une demande d'autorisation au Directeur des Services de la Main d'Oeuvre qui refusa d'accorder son autorisation au motif que celle-ci étant prévue préalablement à tout engagement, l'employeur avait violé les dispositions de la loi du 19 juillet 1965. Le patron se trouva alors dans l'obligation de licencier l'employé. Le licenciement devenait par là même abusif puisque s'agissant d'un contrat à l'essai il n'était motivé par une incapacité professionnelle ou une inaptitude du travailleur, seuls motifs susceptibles de légitimer un tel congédiement.

3°) Le licenciement intervenu à la suite de la maladie ou de la grossesse.

Certains événements qui pourraient servir normalement de juste motif de rupture au contrat du travail, sont écartés par la loi et la jurisprudence. On cherche ainsi à garantir leur travail et leur emploi à certaines catégories de personnes dans des circonstances où elles perdraient leur situation si l'employeur usait de son droit de résiliation. En cas de survenance de ces événements le contrat de travail n'est pas rompu; il se trouve seulement suspendu. Parmi les cas prévus pour cette suspension figurent la maladie du travailleur et la grossesse TTD (31 Janvier 1966 TPOM 1967 n°213).

C'est ainsi que le licenciement a été jugé abusif dans l'espèce suivante : une employée souffrante de troubles imputables à un début de grossesse avait remis à son employeur un certificat médical lui prescrivant un repos de quelques jours au terme desquels, se trouvant toujours malade le médecin traitant l'adressa pour un examen à un spécialiste qui ne put la consulter que trois jours après. Il ne lui délivra cependant un certificat de prolongation de maladie qu'elle
....(voir page 39 bis)

fit parvenir à son employeur le lendemain; et ce même jour ce dernier l'avisait par lettre qu'il la considérait comme dé-

.../40

-
- (74) - 25 Mai 1964 TPOM 1964 n°15.0, page 3327
 - (75) - 25 Mai 1964 précité
 - (76) - 10 Juillet 1962 n°111, page 2466
 - (77) - CA 15 Novembre 1961 TPOM n°108, page 2397
 - (78) - 26 Novembre 1965 TPOM 1970 n°187, page 4137

missionnaire pour n'avoir pas repris son travail à la fin du premier repos. La décision de l'employeur revêtait les caractères de la légèreté blâmable dès lors qu'il fut établi que l'employée avait bien respecté les délais prévus par la Convention Collective et dans les limites desquelles l'employeur doit être avisé de la maladie(79).

De la même manière, a été déclaré abusif le renvoi allégué du travailleur motivé non par une compression de personnel/mais par une courte maladie du travailleur(80). De même le renvoi d'une femme en état de grossesse souffrant de maux de dent, et qui avait sollicité de son employeur, ^{seconde} une/autorisation d'absence pour se rendre chez le dentiste sur l'ordre de celui-ci(81)

4. Le motif inexact. +3

Contrairement à la jurisprudence française et plus précisément celle de la Cour de Cassation qui persiste à casser les décisions des juges du fond ayant fondé, exclusivement, la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement abusif sur l'inexactitude du motif allégué estimant que le motif inexact à lui seul ne saurait présenter les caractères d'une faute constitutive de l'abus de droit (82). Le tribunal de travail sanctionne / ^{tout} congédiement reposant sur un motif inexact ou fallacieux.

-- Rentre dans cette catégorie le licenciement d'un employé à qui l'employeur reproche son insuffisance professionnelle, sa mauvaise manière de servir, une contravention aux instructions données alors que l'enquête ordonnée par le tribunal laissa paraître l'inexactitude et l'inconsistance de ces motifs(83) ;

... Le licenciement fondé sur la baisse de rendement du travailleur alors que les documents comptables et le tableau d'activité du congédié établissent que le travail de ce dernier n'a jamais cessé d'être des plus rentables pour l'entreprise(84);

.../...

(79) - 7 Janvier 1960 TPOM 1960 n°56, page 1238

(80) - 22 Décembre 1967 TPOM 1969, page 54 93 n°248

(81) - 24 Octobre 1969 TPOM 1970 n°283, page 6270

(82) - SOC -3 Avril 1939 GP 1939,2,103 et 8 Décembre 1960 JCP 1961 IV, 5

(83) - 7 Mars 1962 TPOM 1963 n°112, page 2485

(84) - 10 Mars 1960 TPOM 1970 n°273, p°64

...Le licenciement motivé par le départ de l'employeur en destination d'un autre pays qui^{ne} se révéla être qu'un prétexte fallacieux(85), sera assimilé au motif inexact d'absence de motif dès lors que l'employeur se montre incapable de rapporter la preuve de ses allégations(86). Il en est de même du motif erroné lorsque par exemple les faits reprochés au travailleur ne lui sont pas imputables (87), du motif injustifié ou arbitraire lorsque l'employeur cède à un mouvement d'humeur et licencie son employé (88) ou lorsque la faute reprochée au travailleur est insignifiante, encore que sur ce point la Cour Suprême adopte une position contraire(cf. décision déjà citée), ou lorsque le congédiement intervient à la suite d'une action intentée par le travailleur devant la juridiction sociale pour faire valoir ses droits alors même que celle-ci n'a pas encore rendu de décision (89).

5 -Le licenciement motivé par la mauvaise exécution d'une tâche n'entrant pas dans les attributions du travailleur(90) ou le refus du travailleur d'effectuer une telle tâche à l'heure de cessation de son travail (91).

6 -Le licenciement intervenu à la suite d'un déclassement du travailleur qui se voit rétrogradé à une catégorie inférieure sans que l'employeur puisse en rapporter la légitimité constitue une rupture du contrat juridiquement assimilable à un renvoi abusif(92).

.../...

-
- (85) - 27 Janvier 1969 TPOM 1970 n°273, page 6022
(86) - 23 Avril 1963 TPOM 1963 n°128, page 2845
(87) - 13 Janvier 1969 TPOM 1969 n°267, page 5906 et
13 Janvier 1961 TPOM 1961 n° 75, page 1654
(88) - 4 Janvier 1960 inédit NDA. c/L.A.K.
(89) - 6 Juillet 1964 TPOM 1965 n°164, page 3642
(90) - 2 Décembre 1968 TPOM 1968 n°238, page 5273
(91) - 14 Mars 1960 TPOM 1960 n° 55, page 1214
(92) - 7 Août 1964 TPOM 1965 n°169, page 3749

7 -Le licenciement intervenu après une promesse de l'employeur faisant croire à une situation stable. Ainsi, l'employeur qui, pendant une période de baisse saisonnière, suspend le contrat de travail avec l'accord du travailleur mais avec la promesse de le reprendre à la fin de cette période, commet un abus du droit de licenciement si, à l'expiration de la période prévue, il ne reprend pas le travailleur à son service (93).

8 - Le licenciement du travailleur sous la pression des délégués du personnel.

Si l'employeur est tenu en cas de compression de personnel, de consulter les délégués du personnel, il n'est pas obligé de suivre leurs suggestions et s'il licencie systématiquement les employés-étrangers sous la pression des délégués sans se soucier des règles posées par l'article 47 du Code du Travail, le licenciement est abusif(94). En l'espèce les représentants du personnel avaient contraint l'employeur de licencier ^{purement} et simplement les employés d'origine étrangère avant même d'envisager celui des nationaux sénégalais. En cédant à la réclamation illégale des délégués, l'employeur faisait preuve d'un manque d'autorité et d'opportunité avec les notions de responsabilité découlant de sa qualité.

Nous voyons au terme de cette première partie qui nous a conduit à préciser la notion de licenciement légitime pour mieux délimiter le domaine du licenciement abusif, combien le concept même de motif abusif est délicat à appliquer dès que l'on entre dans les faits.

.../...

(93) - 29 Février 1960 TPOM 1960, page 1496

(94) - 9 Mars 1964 TPOM 1964, page 3399

Le rôle du juge est des plus ingrats. Il doit rechercher non seulement si les motifs sont justes, mais encore si le motif officiellement donné n'en masque pas d'autres moins avouables, car dans certains cas, on l'a vu, le motif invoqué est faux.

Pour que le motif de renvoi ne soit pas abusif, il faut qu'il soit juste et véridique. Il appartient à la sagacité du magistrat d'en découvrir le caractère abusif et mensonger pour pouvoir le sanctionner et, par conséquent, cette matière tient toute dans une question de preuve.

Nous avons ainsi introduit la deuxième partie de cette étude.

DEUXIEME PARTIE : LA PREUVE ET LA SANCTION DU LICENCIEMENT ABUSIF.

A/ La Preuve du caractère abusif du licenciement

Posséder un droit à une indemnité lorsque l'on est victime d'un congé donné d'une manière abusive, c'est posséder un droit illusoire si l'on ne peut démontrer en justice le caractère abusif de ce licenciement. Il est donc d'une importance capitale de savoir à qui incombe la charge de la preuve est-ce à l'employé licencié de prouver que l'employeur a abusé de son droit de libre rupture du contrat ; ou n'est-ce pas plutôt à la partie congédiant à justifier l'usage qu'elle a fait de son droit de résiliation unilatérale ?

Selon les principes généraux et selon le droit commun des contrats, quiconque use d'un droit est supposé agir dans les limites de ce droit ; car " à moins de présumer la folie ou la malhonnêteté des hommes, il faut bien reconnaître que l'exercice légitime du droit constitue la règle". La faute ne se présume pas ; à celui qui se prétend lésé par l'exercice abusif d'un droit de prouver la faute du titulaire du droit. C'est donc à l'ouvrier demandeur à prouver la faute qu'il reproche au patron.

Cependant cette règle n'a pas été admise comme telle par le droit social. Elle a fait l'objet de vives controverses doctrinales et de décisions jurisprudentielles différentes les unes des autres. Le législateur dût souvent intervenir pour adopter des positions nuancées, imprécises voire équivoques. Nous avons fait état de tout cela dans notre partie introductive. Il nous suffit maintenant d'étudier la jurisprudence du Tribunal de Travail telle qu'elle a évolué sous l'empire des codes du Travail de 1952 et 1961 s'agissant du problème de la charge de la preuve.

a/ La Jurisprudence sous la conception civiliste du
Code du Travail de 1952

I - Le fardeau de la preuve pèse sur l'ouvrier

L'article 42 de ce code dispose que "....
la juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les
causes et les circonstances de la rupture du contrat.....Le juge-
ment devra mentionner expressément le motif allégué par la partie
qui aura rompu le contrat"

Il résulte de ce texte que deux éléments de preuve
doivent être fournis devant le Tribunal pour obtenir une condamna-
tion à une indemnité;

- La preuve du motif de la rupture: " le jugement
devra mentionner le motif allégué par la partie qui aura rompu le
contrat ". Il faudra donc que le juge recherche ce motif. Il n'ap-
partient pas à l'ouvrier de le faire, l'obligation ou le juge se
trouve de mentionner ce motif ne peut être satisfaite que si le patron
l'indique.

- La preuve du caractère abusif: c'est ici que des
questions se sont soulevées pour savoir à qui incombe la charge de
cette preuve. Selon les uns la loi, en rappelant au Magistrat qu'il
doit se livrer à une enquête pour constater le caractère légitime ou
abusif du motif du congé, veut implicitement que le patron justifie
son acte et prouve la légitimité du renvoi de l'employé. C'est au pa-
tron que l'enquête s'adresse puisqu'il s'agit, de qualifier un acte du
patron et non un acte de l'ouvrier. Ainsi en définitive, c'est bien
sur le patron que repose la charge de prouver qu'il n'a^{pas} commis d'abus.
Ce fut la solution initiale du Tribunal de Travail.

Selon les autres, au contraire, le fait que le Magistrat devra enquêter sur les circonstances de la rupture, ne signifie pas que la loi ait voulu déplacer le fardeau de la preuve et rien, dans son texte, ne permet de ^{le}supposer. Il ne fait pas de doute que l'employeur doit indiquer le motif du licenciement, mais il appartient au salarié de faire la preuve du caractère illégitime du renvoi. Plusieurs raisons conduisent à cette solution. Tout d'abord en se référant au texte originaire de l'article 38, on s'aperçoit que le législateur a voulu désormais alléguer les obligations de l'employeur en ne l'obligeant plus qu'à indiquer le motif du licenciement. D'autre part aucune allusion n'est faite dans l'article 42 à une obligation qui pèserait sur l'employeur, d'établir la légitimité du motif. Cet article veut seulement que le juge mentionne expressément le motif allégué par l'employeur. Enfin a-t-on pensé l'alinéa premier de l'article 42 apporte la preuve décisive que l'employeur n'est tenu à aucune obligation de preuve. Si en effet la loi prévoit que "la juridiction compétente constate l'abus par une enquête..." (quelle serait l'utilité de cette enquête et pourquoi serait-elle ordonnée dès l'instant où l'obligation de preuve pesait déjà sur l'employeur ? L'article 42 a voulu faciliter la preuve de l'abus en permettant, en imposant au juge d'apporter son concours à la victime, concours qui ne se comprend qu'autant que le fardeau de la preuve pèse sur le salarié.

Tel a été l'avis de la Cour de Cassation qui a estimé que le Code de Travail de 1952 n'a apporté que des modifications de détail sur l'administration de la preuve et qu'elle n'a pas entendu renverser le fardeau de cette preuve(95). Elle tranchait ainsi un différend qui opposait le Tribunal de Dakar et celui d'Abidjan, le premier penchant pour le renversement de la preuve, le second pour la preuve à la charge du travailleur. Le Tribunal de Dakar, après cet arrêt dût donc se rallier à la conception civiliste de l'Administra-

.../...

tion de la preuve consacrée par le principe général de l'article 1382 du Code Civil sur la responsabilité délictuelle.

2) applications jurisprudentielles. Les quelques décisions que nous rapportons ici nous ont été fournies au Greffe du Tribunal de Travail. Il nous a été impossible d'en trouver dans les recueils que nous citions habituellement, du moins pour la période qui nous concerne, c'est-à-dire à l'année 1960 à l'année 1961. Il s'agira donc seulement d'obéir à un souci d'illustrer le développement ci-dessus.

La règle que le fardeau de la preuve incombe à celui qui a subi le licenciement est donc affirmé. Ainsi a été débouté de sa demande l'employé qui, après avoir été invité par un jugement avant dire droit à prouver par titres ou par témoins les circonstances abusives de son licenciement ne s'est pas présenté au jour fixé pour l'audience ni fait représenté (96). En l'espèce l'employeur soutenait avoir licencié le salarié par suite de l'indiscipline qu'il mettait dans son travail et qui rendait incompatible son maintien dans l'entreprise avec une bonne organisation des services.

Il en est de même de l'employé qui s'est présenté à l'enquête ordonnée par le Tribunal mais n'a pu produire ni témoins, ni titres (97) ; de celui qui prétend que son patron n'a pas respecté l'ordre des licenciements décidés pour compression de personnel à la suite d'une baisse d'activité sans pouvoir établir la preuve de ses prétentions (98).

.../...

(95) - 12 Décembre 1958 R. Pénant 1959, page 147

(96) - 12 Janvier 1960 NGOM Samba C/SASIF inédit

(97) - 4 Janvier 1960 Amadou DIENG et consorts C/C.F.A. inédit

(98) - 8 Janvier 1960 Delzard Jean C/Fosser inédit
12 Janvier 1960 DIALLO C/S.C.T. inédit.

Ces quelques exemples montrent que l'ouvrier se trouve presque toujours dans l'impossibilité de faire la preuve de l'abus - c'est pourquoi dans bien des cas des enquêtes sont ordonnées par des jugements avant dire-droit (99). Sans doute, après une audition contradictoire des témoins, généralement la preuve de la légitimité ou de l'illégitimité du motif sera faite. Mais si l'enquête n'apporte aucune lumière, si les témoins se sont contredits ou s'ils ^{n'ont} pu apporter aucun élément d'appréciation nouveau, le juge présupera que l'employeur a usé normalement de son droit de rupture et que faute par l'ouvrier d'avoir pu prouver l'abus du droit, il le débouterà de sa demande d'indemnité.

Si, après avoir analysé l'article 42 et ces quelques décisions, on voulait apporter un point de vue, ce serait plutôt pour soutenir la thèse de la Cour de Cassation et ^{la} Jurisprudence du Tribunal qui en est résultée. X

Il ne semble pas en effet que l'article 42 ait voulu obliger l'auteur de la rupture à faire la preuve de l'usage légitime de son droit. Le droit de résiliation unilatérale est reconnu à toutes ces parties et l'exercice normal des droits doit se présumer. Mettre la preuve du motif légitime à la charge du titulaire du droit, reviendrait à ériger l'abus à l'état de présomption, ce qui en l'état où se trouvaient les textes, serait contraire au droit. Il semble donc difficile d'obliger le patron à légitimer l'exercice de son droit de rupture unilatérale.

Il reste cependant à reconnaître que, la charge de la preuve paraît écrasante pour l'employé. Bien souvent il a échoué dans sa demande faute de pouvoir prouver l'abus du droit dont la victime, faute de pouvoir sonder la conscience de l'employeur. C'est pourquoi une modification des règles de la preuve de la rupture abusive du contrat de travail fut souhaitée pour une meilleure protection du

travailleur. Le législateur sénégalais réalisera ce souhait.

b/ La Jurisprudence sous la conception protectrice du Code
du Travail de 1961

1. - Principe : La charge de la preuve incombe à l'employeur

L'article 51 alinéa premier de ce code stipule que "la juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture du contrat". Le troisième alinéa du même article décide "qu'en cas de contestation, la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement incombe à l'employeur". Enfin l'alinéa 4 fait obligation de la mention expresse dans le jugement du motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat.

Ainsi donc c'est ^{un} bouleversement complet qu'opère le législateur dans les règles de la preuve en reversant la charge de celle-ci. Désormais l'auteur du congé, pour échapper à la demande pour abus devra établir la légitimité de l'initiative prise par lui de rompre le contrat. Il n'appartient plus au demandeur de faire la preuve du bien fondé et de la légitimité de ses prétentions.

2. Applications jurisprudentielles.

C'est ce principe qu'applique le tribunal en décidant que lorsque l'employeur, admis à prouver les circonstances de la rupture du contrat, ne fait entendre aucun témoin et n'apporte aucun élément nouveau à la cause pouvant établir la preuve qu'il a licencié pour un motif légitime au sens du code du travail, le licenciement présente un caractère abusif (99). Il en va de même pour le licenciement

.../...

Inversement il a été jugé que s'il ressortait de l'enquête diligente par le tribunal qu'**au** motif légitime du licenciement est venu s'ajouter au second motif non légitime tenant au désir de l'employeur de se débarrasser sans délai d'un travailleur qui avait exprimé calmement un point de vue qui n'avait pas plu à l'employeur et relatif à un vote en contradiction avec les droits des employés, le licenciement intervenu dans ces conditions était abusif (105).

Mais si l'employeur peut abandonner le motif initialement allégué pour invoquer un autre motif, quelle est alors la portée de l'article 47 alinéa 4 qui prévoit que le motif du licenciement doit figurer dans la notification écrite délivrée par l'employeur ?

En d'autres termes l'absence de notification écrite ou plus précisément l'absence de motif du licenciement dans la notification peut elle rendre le licenciement abusif ? Le tribunal de travail penche pour l'affirmative. Il estime que le respect de l'article 47 exige que la partie qui prend l'initiative de la rupture délivre à la partie congédiée une notification écrite mentionnant le motif du licenciement. A défaut le renvoi est considéré comme abusif.

La Cour d'appel, au contraire, adopte une position tout à fait opposée (106). Elle déclare que l'article 47 est précisément prévu pour tenter de clarifier des situations où se pose la question de savoir s'il y a eu ou non résiliation du contrat, et qui en est l'auteur. Il s'agit d'un simple procédé de preuve sans caractère absolu, sans effet sur le fond du droit et laissant aux

.../...

(105) - 4 Août 1960 TPOM 1961 n°67, page 1475

(106) - CA. 6 Décembre 1967 TPOM 1969 n°249, page 5490.

parties la possibilité de faire librement, par tous moyens la démonstration des causes réelles de la résiliation.

L'absence de notification ou l'absence de motif sur celle-ci ne saurait faire présumer l'abus ou la légitimité du licenciement. Au total ces quelques décisions montrent de façon claire que la jurisprudence, à la suite de la loi, entend libérer la partie congédiée de toute preuve. Elle oblige l'employeur, sur une simple contestation de ce dernier, à prouver la réalité du motif légitime du licenciement et l'obligation qui pèse sur le patron n'est écartée que dans quelques rares cas qui constituent des exceptions. Il en est ainsi lorsque la rupture intervient à la suite d'une mise à pied du travailleur. Si l'article 51 alinéa 3 prévoit que la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement incombe à l'employeur, il ^{n'en} est pas de même pour les autres sanctions découlant du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il appartient au travailleur qui invoque un abus de droit de la part de son employeur dans l'exercice du pouvoir disciplinaire, de rapporter la preuve que la sanction prise contre lui est abusive. Si donc le travailleur prend prétexte d'une mesure disciplinaire pour rompre le contrat, il doit rapporter la preuve de l'abus car il n'est plus protégé par la loi; à défaut le licenciement qui en résulterait serait légitime (106).

Une autre exception est constituée par le contrat à l'essai. Ce contrat peut être rompu à tout moment par volonté unilatérale. Le code du travail de 1952 prévoyait que ses articles 38

.../...

à 48 qui visaient le préavis et la rupture abusive ne s'appliquaient pas à ce contrat, sauf convention contraire. Il en résultait que le contrat à l'essai pouvait être résilié sans préavis et sans que l'une des parties puisse prétendre à indemnité. Ces dispositions n'ont pas été entièrement reprises par le code du travail de 1961 qui prévoit **seulement** dans l'article 46 que le contrat à l'essai peut à tout moment cesser sans préavis par décision unilatérale des parties. Or l'article 51 de ce même code posant en termes généraux le principe que toute rupture abusive du contrat peut donner lieu à des dommages-intérêts, on ne saurait en conclure que l'engagement à l'essai est exclusif de cet article. Ayant affirmé ce principe la Cour Suprême écarte le renversement de la charge de la preuve dans ce contrat en déclarant qu'il n'appartient pas à l'employeur de rapporter la preuve de l'abus, le fardeau de celle-ci incombant à l'employeur (107)

Hormis ces cas qui paraissent bien isolés au regard de la jurisprudence, la règle demeure donc que la carence de l'employeur à prouver l'existence d'un motif légitime rend et suffit à rendre le renvoi abusif. C'est pourquoi on a pu dire que le travailleur sénégalais est mieux protégé que son homologue français. Ce dernier, en effet, non seulement supporte la charge de la preuve mais aussi doit en général prouver l'inexactitude du motif invoqué, ensuite le véritable motif qui n'a pas été invoqué et enfin établir le caractère abusif de ce motif. Et dans tous les cas le législateur sénégalais donne au tribunal l'initiative en matière d'adminis-

.../...

tration de la preuve en l'obligeant de faire, sur les circonstances et les causes de la rupture, une enquête au cours de laquelle il pourra provoquer les explications de l'employeur, les apprécier pour en déceler les faits constitutifs d'abus.

Cependant on peut se poser une question : l'article 51 apporte-t-il ^{réellement} une modification importante dans le mode de preuve tel que posé par le code de 1952 ? Une réponse affirmative s'impose si l'on tient compte uniquement du fait que le renversement de la preuve est formellement déclaré. Mais dans le fond, la modification, si elle existe, ne semble pas considérable. En effet, le tribunal du travail, en présence d'une demande en dommages-intérêts pour licenciement abusif, ordonnait généralement par des jugements avant-dire droit, une enquête sur les causes et circonstances de la rupture du contrat. Or cette enquête obligeait par là-même l'employeur à justifier le motif qui a servi de base au licenciement, en s'adonnant à cette tâche l'employeur était conduit à avancer l'existence d'un motif et avait intérêt à prouver la légitimité de ce motif.

D'autre part, de nombreux cas font apparaître que même lorsque le motif du licenciement est légitime, les circonstances qui entourent la Rupture ou la forme de la Rupture peuvent rendre le licenciement abusif. Or dans tous ces cas, c'est le travailleur ou leur demandeur en dommages-intérêts qui a intérêt à prouver que ces circonstances existent, à les rapporter pour permettre au tribunal de constater l'abus. S'il ne porte pas ces circonstances à la connais-

sance du tribunal. Celui-ci ne pourra s'en tenir qu'aux déclarations de l'employeur.

Il faut donc en conclure que si la loi a entendu intervertir la charge de la preuve il peut fort bien arriver que le travailleur ait à prouver que l'employeur a abusé de son droit de rupture. Il faut néanmoins penser qu'un grand pas a été franchi dans le sens de la protection du salarié. Il n'a plus le monopole du fardeau de la preuve il n'a plus à souder la conscience de l'employeur. Ce dernier conserve toujours son droit de résiliation unilatérale mais si contradictoire que cela puisse paraître il est présumé dans l'exercice de droit avoir agi sans droit c'est à dire **clairement**. La tâche lui incombe d'en rapporter la preuve contraire, de prouver qu'il a usé de son droit en se fondant sur un motif légitime. En s'y dérochant, il encourt des sanctions. Celles-ci vont constituer l'objet du dernier volet de notre étude.

B/ LA SANCTION DU LICENCIEMENT ABUSIF

S'il est reconnu par les tribunaux que le patron n'avait pas le droit de rompre le contrat du travail, quelle va être la sanction de cet abus du droit de rupture ? Il semblerait logique, puisqu'en l'occurrence la partie congédiant n'avait pas le droit de mettre fin à ses engagements, que les obligations liant les parties en cause soient maintenues et que le contrat continue à produire ses effets.

On ne saurait cependant obliger un employeur à garder un ouvrier dont il ne veut pas, ni obliger un employé à rester au service d'un patron qui ne lui plaît plus. Il s'agit, ici, d'une obligation de faire, obligation de rester au service de l'employeur ou obligation de garder l'employé; or l'article 6 du Code des Obligations civiles et commerciales, s'inspirant de l'article 1142 du Code Civil prévoit que l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Prenons l'hypothèse la plus fréquente : le renvoi de l'employé par le patron ; si le renvoi est reconnu abusif le patron reste débiteur de l'ouvrier : il ne peut ^{pas}/se délier de l'obligation de le garder. S'il ne veut pas exécuter son obligation, cette inexécution ouvre un droit pour le salarié à une compensation pécuniaire : des dommages-intérêts.

a) L'indemnité de rupture

Pour fixer le montant de cette indemnité le tribunal se base sur le préjudice subi par la victime de la résiliation.

L'alinéa 5 de l'article 51 du Code du Travail énumère ainsi les éléments dont on doit tenir compte : "le montant des dommages-intérêts est fixé compte tenu, en général de tous les éléments qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé et notamment...lorsque la responsabilité incombe à l'employeur, des usages de la nature des services engagés de l'ancienneté des services, de l'âge du travailleur et des droits acquis à quelque titre que ce soit.

Cet alinéa de la loi de 1961, qui reproduit la loi de 1952 vient juste avant celui où elle déclare que ces dommages-intérêts ne se confondent ni avec l'indemnité de préavis ni avec l'indemnité de licenciement éventuellement prévue par le contrat ou la convention collective.

Il est donc certain que l'alinéa 5 n'a en vue que l'indemnité de rupture abusive. Celle-ci se distingue en effet de l'indemnité de préavis due en cas d'inobservation du délai de congé et dont le montant correspond à la rémunération et aux accessoires de toute nature auxquels le travailleur aurait en droit s'il avait effectivement travaillé et d'autre part de l'indemnité de licenciement destinée à récompenser l'ancienneté et la fidélité du travailleur et qui correspond généralement à un pourcentage fixé par les conventions collectives. Elle n'est pas prévue par la loi.

Si l'employeur a non seulement rompu abusivement le contrat mais encore n'a pas observé le délai de préavis, l'em-

ployé pourra cumuler les trois indemnités chacune correspondant à un préjudice d'une nature particulière. Mais si l'employeur tout en ayant prononcé un licenciement régulier en la forme et en dehors de toutes circonstances entraînant le paiement de l'indemnité de licenciement, a été guidé par des motifs abusifs seule l'indemnité de rupture abusive sera due à l'employé.

L'indemnité due pour licenciement abusif se distingue donc des autres indemnités. Tandis que celles ci sont accordées même en l'absence de préjudice et sur une base forfaitaire, celle-là est subordonnée à l'existence d'un préjudice et se modèlera sur le préjudice effectif qu'elle est destinée à réparer. Les règles ordinaires de la responsabilité civile lui sont donc applicables.

b. Evaluation du préjudice.

La sanction du licenciement abusif consiste dans des dommages-intérêts alloués à l'employé lésé, mais encore faut-il que le préjudice existe, le seul caractère abusif du licenciement n'entraîne pas nécessairement l'octroi de dommages-intérêts. Le salarié doit apporter la preuve d'un préjudice réel. A défaut il ne lui sera accordé que des dommages-intérêts de principe qui généralement se réduisent au franc symbolique(109).

Cette réparation de principe est d'ailleurs écartée lorsque la faute commise par l'employeur ne consiste que dans une irrégularité purement formelle. C'est ce que décide le Tribunal en déclarant que le défaut de consultation des délégués du personnel n'entraîne de préjudice à l'égard du travailleur que s'il est de

nature à vicier dans son fond la décision de licenciement (110).
La preuve d'un préjudice est par conséquent exigée même pour le délégué du personnel abusivement licencié (111).

Lorsqu'il y a préjudice le tribunal estime souverainement le montant des dommages-intérêts à attribuer au travailleur. Cette évaluation est faite compte tenu de tous les éléments qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé et notamment des habitudes professionnelles de la nature des services engagés, de l'ancienneté des services et de l'âge du travailleur, étant entendu que ces dommages-intérêts ne se confondent ni avec l'indemnité des licenciements ni avec l'indemnité de préavis c'est là une jurisprudence constante confirmée par la Cour d'Appel(112) c'est ainsi que la faute commise par l'une des parties constitue un élément déterminant dans la fixation des dommages-intérêts et particulièrement celle commise par l'employé (113). Dans cette espèce (113) le tribunal a estimé que lorsque certaines règles de forme doivent être respectées avant qu'il soit procédé au licenciement et qu'elles ne l'ont pas été le licenciement est abusif, néanmoins si le licenciement est motivé par une faute lourde de l'employé la responsabilité de l'employeur se trouve atténuée et on aboutit à un partage de responsabilité.

.../...

-
- (109) - 7 Juin 1966 TPOM 1967 n°212, page 4699
et 7 Juin 1966 TPOM n°214 de 1967, page 4741
(110) - 21 Janvier 1966 TPOM n°195 de 1966, page 4325
(111) - CA 25 Mars 1964 TPOM 1965 n°158, page 3517
(112) - CA 6 Février 1974 TPOM 1975 n°388, page 49
(113) - 24 Juillet 1964, TPOM 1965 n°157, page 3438 et 21 Février 1968 TPOM 1969 n°269, page 5963

La situation du salarié au moment du licenciement sa discipline, sa conduite avant la rupture et les difficultés qu'il éprouvera à trouver une autre place peuvent aussi venir augmenter ou diminuer le préjudice subi par l'ouvrier (114).

On pourrait donc conclure en disant que les dommages-intérêts ne sont accordés que si, à la suite d'un licenciement abusif l'employé apporte la preuve d'un préjudice en d'autres termes il faut un licenciement abusif et un préjudice qui en résulte.

Toutefois il faut noter que le tribunal du travail n'a pas toujours fait application de cette règle. En effet, il a été jugé qu'en refusant de répondre aux demandes d'explication sur ses nombreuses absences l'employé se rend coupable d'un refus d'obéissance lequel constitue un manquement grave à ses obligations contractuelles, et portant un motif légitime de licenciement. Pourtant ceci étant posé l'employeur fut condamné à payer des dommages-intérêts au salarié : attendu cependant, que l'employé licencié était un cadre ayant déjà occupé les plus importantes fonctions dans les divers secteurs de l'Etat qu'au surplus au moment de son licenciement il avait à sa charge une nombreuse famille dont des enfants que sa bienveillante sollicitude lui avait fait héberger. Que dès lors le licenciement dont il a été l'objet encore qu'il soit légitime n'a pas manqué de l'atteindre dans son honorabilité et dans son moral, d'où il suit qu'en lui allouant au titre de la réparation de ce préjudice le franc symbolique, le tribunal a fait une saine appréciation du litige(115).

.../...

(114) - 23 Janvier 1970 TPOM 1971 n°319, page 7057

(115) - 23 Janvier 1970 TPOM 1971 n°309, page 6837

Ce jugement comporte une contradiction. Ses dommages-intérêts sont la sanction d'un abus du droit de résiliation. Dès lors il est paradoxal de dire que l'employeur n'a commis aucun abus pour ensuite le condamner. Ou bien le licenciement est abusif et il donne lieu à des dommages-intérêts fondés sur le préjudice subi par le travailleur ou bien le licenciement est légitime et ces dommages-intérêts n'ont pas à être alloués. Pour assurer la réparation du préjudice l'action en paiement de dommages-intérêts est soumise à la prescription de droit commun. En effet l'article 125 du code du travail dispose en matière de prescription que l'action des travailleurs en paiement de salaire se prescrit par 1 an, celle en fourniture de prestations en nature et éventuellement de leur remboursement par 2 ans. Il ne prévoit pas l'action en paiement de dommages-intérêts. Il faut en conclure que celle-ci se prescrit donc par 10 ans(116).

Par ailleurs le jugement accordant des dommages-intérêts peut être assorti d'exécution provisoire. L'article 224 alinéa 1 disposant que "le jugement peut ordonner l'exécution immédiate nonobstant opposition ou appel et par provision avec dispense de caution jusqu'à une somme qui sera fixée par décret," on ne pourrait aucunement faire résulter de ce texte que l'exécution provisoire doit être accordée exclusivement en matière de salaire. Si donc le travailleur licencié réunit toutes conditions requises l'exécution provisoire sera ordonnée nonobstant appel et sans constitution de garantie(117).

.../...

(116) - 17 Avril 1967 TPOM 1968 n°241, page 5340

(117) - 3 Décembre 1970 TPOM 1971 n°309, page 6840

CONCLUSION GENERALE

En définitive, l'étude de la jurisprudence du tribunal de travail nous a permis de préciser la notion de motif légitime et celle de l'abus du droit qui toutes les deux sont complémentaires. En détablissant que l'employeur a rompu le contrat de travail sans motif légitime, on admet du même coup qu'il a abusé de son droit, qu'il a effectué un licenciement abusif, et inversement. Et dans cette démarche, le critère qui sert à juger si un licenciement est abusif ou non, trouve sa source soit dans la violation d'une règle légale ou conventionnelle, soit dans l'absence de grief ou de motif légitime, le grief étant un reproche adressé au travailleur, le motif s'entendant de la raison subjective ayant poussé l'employeur à agir.

Si nous voulons donc proposer une définition, nous dirions qu'est abusif tout licenciement.

-Violant ou visant à faire échec à une règle légale ou conventionnelle, de forme ou de fond édictée dans l'intérêt et la protection du travailleur.

-Ou intervenu sans qu'il soit justifié par la faute ou l'incapacité physique ou professionnelle du travailleur.

Cette définition assez large qui se dégage de la jurisprudence du tribunal, montre que celle-ci, quant à ses tendances, marque incontestablement un effort en vue de consolider le contrat de travail, de fixer l'employé dans l'entreprise, de le protéger contre les résiliations brusques et imméritées. Bien que les obligations établies soient le plus souvent réciproques, c'est en fait l'employeur qui pourra le plus difficilement s'en affranchir.

Cette difficulté est d'autant plus grande que l'employeur doit supporter le fardeau de la preuve. Et dire que l'employeur qui rompt le contrat de travail qui est défendeur dans l'action d'indemnité doit prouver qu'il n'a pas commis de faute, c'est établir contre lui une véritable présomption de faute.

Ceci paraîtrait inconciliable avec l'article 41 al.1 du code du travail qui reconnaît à chacune des parties le droit de faire cesser le contrat par sa seule volonté. On ne peut en effet, avoir le droit de rompre un contrat et être présumé fautif quand

.../...

on exerce ce droit. D'ailleurs une présomption est toujours une dérogation aux principes essentiels de la responsabilité et de la preuve, elle ne se présume pas.

Mais on peut répondre que les décisions jurisprudentielles que nous avons étudiées et d'une manière générale la jurisprudence sociale à la suite des dispositions du code du Travail constituent dans leur ensemble, une dérogation aux principes de droit commun.

D'autre part, il est certes vrai que le législateur ne porte pas explicitement de présomption de faute en déclarant sans équivoque qu'en cas de contestation, la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement incombe à l'employeur il semble avoir fait de la prose sans le savoir.

En tout cas ce sont les techniques les règles habituellement utilisées lorsque la présomption de faute est édictée, que le tribunal de travail applique en matière de licenciement. Et à cet égard, particulièrement, il préside à une jurisprudence de protection ouvrière.

