REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE

1977-1978

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

La protection des délégués du personnel en droit sénégalais du travail

Mémoire présenté par

OUSMANE SANE

REPUBLIQUE DU SENEGAL

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

LA PROTECTION DES DELEGUES DU PERSONNEL EN DROIT SENEGALAIS DU TRAVAIL

Mémoire présenté et soutenu par

OUSMANE SANE

3em Annee Judiciaire 1978-1979

AVANT PROPOS

Cette étude dont le sujet est intitulé "La protection des délégués du personnel en droit Sénégalais du Travail" sera effectuée autant que faire se peut, en référence à la jurisprudence Sénégalaise.

Cependant eu égard d'une part au fait que le droit Sénégalais du Travail est dans sa presque totalité, comme dans la plupart des autres branches du droit, soit une reprise pure et simple des dispositions du droit positif Français, soit une codification de la jurisprudence Française, d'autre part à l'état jeune de notre droit, vous conviendrez qu'on ne saurait faire une telle étude sans faire appel au droit Français et à la jurisprudence découlant de l'application de ce droit.

B I B L I O G R A P H I E

G. H. CAMERLYNCK : Traité de Droit du Travail : Le Contrat de Travail : 1968.

M. COHEN : Le Statut des Délégués du Personnel et des Membres des Comités d'Entreprise : 1968.

H. SINAY : Un Tournant du Droit du Travail : Les Arrêts PERRIER - D.S. 1974 Chr - XL.

G. H. CAMERLYNCK : Le Nouveau Statut Protecteur des Délégués du Personnel et des Membres des Comités d'Entreprise J.C.P. 1958 - I - 1482.

M. COHEN : Aspects Actuels du Statut Protecteur des Délégués et des Membres des Comités d'Entreprise R.D.S. 1975 N° 7 - Page 412 et suivants.

- Le Droit du Travail Sénégalais et son interprétation Jurisprudentielle 1977 édité par la Chambre de Commerce de Dakar.

- La Revue Sénégalaise de Droit : Spécial N° 12 - 1973.

A mes Parents,

A ma tante bien aimée Mme SONKO née Bintou FAYE dont l'estime et l'attention sont profondément partagées.

A celle dont l'amour me gouverne.

A tous ceux dont les conseils et les encouragements m'incitent à l'éffort.

JE DEDIE CE MEMOIRE

P L A N

REMIERE PARTIE _ Les DISPOSITIONS PROTECTRICES

CHAPITRE PREMIER. Etendue de la protection.

SECTION 1. Bénéficiaires de la protection spéciale

&1) - les délégués du personnel en cours de mandant

&2) - les candidats aux fonctions de délégués

&3) - les élus dont le mandat est expiré.

CHAPITRE 2. Le Domaine d'application de la procédure spéciale

SECTION 1. Conditions d'application de la procédure

&1) - Une rupture due à l'initiative de l'employeur

&2) - Peu importe la forme individuelle ou collective

&3) - Exclusion de cas de fermeture de l'entreprise

&4) - Le licenciement d'un délégué du personnel.

SECTION 2. Prélude au licenciement

&1) - La mise à pied

A) Conditions de la mise à pied

B) Les effets de la mise à pied

&2) - Les autres actes juridiques susceptibles de géner le mandat du délégué.

DEUXIEME PARTIE - LE REGIME JURIDIQUE DE LA PROCEDURE SPECIALE

CHAPITRE PREMIER. La procédure

SECTION I. Le caractère préalable et nécessaire de la demande.

&1) - Le principe du caractère préalable

&2)) Les conséquences du principe

&3) - La demande d'autorisation

SECTION 2. Les voies de recours : l'exclusion du recours judiciaire.

&1) - Le principe

&2) - La portée du principe

CHAPITRE 2. Les effets du licenciement non autorisé

SECTION 1. Sanctions civiles

&1) - L'illégalité du licenciement

A. - Principe

B. - Conséquences

&2) - La réintégration dans l'emploi

SECTION 2. Sanctions pénales

INTRODUCTION

Au sein de l'entreprise, le délégué du personnel occupe une position particulière. En effet, il est d'une part, un travailleur ordinaire et en tant que tel est soumis à l'autorité de l'employeur, mais d'autre part, il est investi de fonctions sociales en tant qu'il est auxiliaire de l'Inspec du Travail et de la Sécurité Sociale et des Syndicats. GONIDEC et KIRSH n'écrivaient-ils pas dans leur ouvrage "Le Droit du Travail d'Outre-Mer*" les délégués du personnel "exercent en fait une véritable fonction publiqu dans la mesure où ils collaborent avec l'Inspecteur du Travail". A la même référence, se trouve la formule selon laquelle les délégués du personnel s les "yeux et les oreilles de l'Inspecteur du Travail dans l'entreprise".

Ce second aspect de sa fonction le met souvent en butte à l'hostilit de l'employeur. D'où la nécessité de le protéger contre les menaces qui pès sur lui. Cette protection ne devant pas se faire contre l'entreprise, le problème est donc de satisfaire deux exigences contradictoires : assurer l protection du mandat du délégué du personnel tout en faisant respecter les règles générales de la protection.

Par suite, la protection du délégué du personnel ne doit pas aboutir une impunité de fait, le but des mesures de protection étant tout simplemer d'empêcher l'employeur de gêner ou de mettre fin à l'exercice des fonction de délégué du personnel sous prétexte d'user de sa faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée.

C'est pourquoi, le législateur sénégalais, s'inspirant de la législat française, après avoir posé dans l'alinéa premier de l'article 188 du Code Travail le principe que "l'autorisation de l'Inspecteur du Travail est req avant tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé par l'employeur son représentant" en atténue la portée en disposant dans paragraphe deuxièr du même article que "toutefois en cas de faute lourde, l'employeur peut pro cer immédiatement la mise à pied de l'intéressé en attendant la décision définitive. Le contentieux né de cette décision étant donc administratif, j relève donc de la Cour Suprême qui, au Sénégal, est juge de l'Administratic Mais pendant longtemps les tribunaux judiciaires, écartés par le législateu avaient néanmoins admis que subsiste la faculté de résolution judiciaire su la base des dispositions de l'article 105 du Code des Obligations Civiles e Commerciales.

.../....

Depuis la loi N° 77-17 du 22 Février 1977 (J.O.R.S du 4 Avril 1977 page 368), il semble qu'un point final ait été mis à cette faculté de résolution judiciaire. S'inspirant de la jurisprudence française des Arrêts PERRIER du 21 Juin 1974* qui a décidé de rétablir l'intention du législateur français dans sa pureté initiale, le dégislateur sénégalais en a tiré les conséquences et a décidé de confier le règlement de ces conflits exclusivement à une procédure spéciale de nature administrative.

Certains auteurs telle que Hélène SINAY ont eu des mots quelque peu durs pour cette jurisprudence qualifiée de "torpillage des lois protectrices des délégués du personnel". D'autre, plus juridiquement ont parlé de "fraude à la loi". Il faut cependant admettre qu'elle tourne une loi spéciale d'ordr publique de protection au préjudice non seulement du salarié intéressé mais aussi de l'ensemble des travailleurs dont ce salarié est le représentant, réduisant ainsi un conflit de nature collective à un collectif de nature individuelle.

Si la protection des délégués du personnel s'analyse essentiellement comme relative à celle des élus en cours de mandat, le législateur n'a nullement entendu limiter cette protection à la période d'exercice du mandat. En effet, cette protection légale est également réservée aux candidats à la fonction de délégué du personnel et aux élus dont le mandat est expiré.

Pour les premiers, leur protection est rendue nécessaire par le fait q à partir du moment où leur candidature est révélée à l'employeur, la tentati de congédiement prend naissance.

Pour les seconds, le fondement de la protection réside dans le souci du législateur de tempérer, du moins provisoirement, un éventuel "esprit de revanche" de l'employeur contre un salarié qui, récemment encore, bénéficiai d'une solide protection légale.

* . Cass. Soc. 21-6-1974-D.1974-593 ; JCP 17.801

* Hélène SINAY : . Un Tournant du Droit du Travail : Les Arrêts PERRIER : D.S 74 Chr-XL.

.../....

En adoptant la solution nouvelle, tout le litige est confié à un seul homme : l'Inspecteur du Travail. Ce dernier rend un arbibrage social car le litige à régler est beaucoup plus social que juridique ; qui peut mieux le régler que l'Inspecteur du Travail qui connaît personnellement les parties cause et tous les rouages de l'entreprise. Par ailleurs, on dit que l'Inspe teur du Travail "a une particulière perméabilité aux problèmes sociaux de l'entreprise car lorsqu'il y a conflit, il en est immédiatement informé et est imprégné à chaud de ses données. Bien différente est la position du Magistrat qui n'a pas de telles possibilités d'approche, d'entrée effective dans l'entreprise, qui n'a plus les mêmes moyens sur le plan probatoire".

L'intervention aussi bien de l'Inspecteur du Travail que celle du Magistrat à des degrés différents ont pour but essentiel la stabilité de l'institution du délégué du personnel. Le problème est de savoir si la stab té du délégué du personnel est compatible avec la conception civiliste de l liberté absolue de résiliation unilatérale des Contrats de Travail ?

Le législateur ne le pense pas puisqu'il édicte en faveur des délégués du personnel, des candidats et des anciens élus des mesures de protection contre les licenciements dérogatoires du droit commun : c'est la raison pour laquelle notre première partie sera consacrée aux dispositions protectrices des délégués du personnel.

L'étrange situation des délégués du personnel qui sont à la fois soum au pouvoir disciplinaire de l'employeur et les ambassadeurs du personnel fa d'eux une catégorie particulière de salariés dont il nous faudra préciser l régime juridique de la protection dont ils bénéficient : ce sera l'objet de notre seconde partie.

* cf. H. SINAY précite.

PREMIERE PARTIE : LES DISPOSITIONS PROTECTRICES

Dans le cadre du capitalisme autoritaire, le travailleur était à l'égard de l'entreprise, dans une situation de pure sujétion : il a mis sa force de travail à la disposition de l'employeur, celui-ci en disposait librement et n'était tenu qu'au paiement du salaire. D'autre part, les relations entre employeur et salarié, fondées sur le contrat, sont purement individuelles : les salariés ne forment pas au sein de l'entreprise une collectivité. Contre cet état de chose, la nécessité s'est fait sentir de procéder à une limitation du caractère absolu du pouvoir patronal en permettant au personnel de s'organiser en une collectivité susceptible de s'exprimer. L'institution répondant à ces problèmes est le délégué du personnel, toute démocratie, les agents ont besoin d'une marge de liberté pour exercer leurs droits. C'est dans ce sens que le législateur a entendu accorder au délégué du personnel une protection particulière. Cette protection particulière dont, nous examinerons l'étendue et le domaine d'application, est donc la transposition du régime représentatif du domaine politique à l'entreprise.

CHAPITRE PREMIER : ETENDUE DE LA PROTECTION

La nécessité d'une protection particulière des délégués du personnel a été ressentie de tous temps. L'ensemble de la doctrine souligne en effet que les délégués du personnel sont exposés aux sanctions de l'employeur plus que tous les autres salariés. D'une part, parce qu'ils présentent en permanence des réclamations à la Direction et déposent au besoin des plaintes la concernant auprès de l'Inspection du Travail et d'autre part, parce qu'ils sont, en règle générale, des militants syndicalistes appelés à s'opposer, parfois violemment, à leurs employeurs, en particulier au cours des grèves.

L'expérience a maintes fois prouvé que les chefs d'entreprise peuvent juger intempestif le zèle des représentants du personnel dans l'accomplissement de leur mission et chercher à se débarasser d'eux.

Le simple fonctionnement des institutions représentatives est donc impossible en fait sans mesures destinées à éviter les congédiements des élus du personnel. C'est la raison pour laquelle l'article 188 du Code Sénégalais du Travail, après avoir posé dans son alinéa premier le principe de l'autorisation préalable de l'Inspecteur du travail avant tout licenciement d'un délégué du personnel, étend dans son troisième paragraphe, cette protection a des salariés bien déterminés.

.../...

SECTION 1 - LES BENEFICIAIRES DE LA PROTECTION SPECIALE

Les bénéficiaires de la procédure spéciale sont, aux termes de l'article 188 du Code du Travail :

- Les délégués du personnel en cours de mandat
- Les candidats aux fonctions de délégué du personnel
- Les élus dont le mandat est expiré.

PARAGRAPHE 1 - LES DELEGUES EN COURS DE MANDAT

Les délégués du personnel ne bénéficient de la procédure d'autorisation préalable que s'ils ont effectivement cette qualité :

En effet, leur protection ne se conçoit que dans la mesure où leur qualité est justifiée par l'existence de travailleurs. Si le personnel est licencié dans sa totalité, la qualité de délégué du personnel n'existe pas et sa protection n'a plus sa raison d'être. C'est le cas notamment, lorsque le licenciement du personnel dans sa totalité intervient à l'occasion de la cessation de l'activité de l'entreprise (1).

Toutefois, il a été jugé que lorsque la convention collective applicable prévoit expressement la nécessité d'une autorisation de l'Inspecteur du Travail même en cas de licenciement collectif, le défaut d'autorisation rend le licenciement abusif. (2)

C'est ainsi que lorsqu'un salarié revendique la protection légale attachée au statut des élus du personnel, les juges ne peuvent pas refuser de rechercher si effectivement l'intéressé a la qualité de délégué dont il se prévaut.

Selon la jurisprudence, cette qualité peut faire défaut par exemple si les élections des délégués du personnel ont été annulées par décision judiciaire ou par accord devant l'Inspection du Travail et le Tribunal du Travail de Dakar a estimé que dans ce cas, "les candidats élus sont réputés n'avoir jamais été délégués du personnel et ne bénéficient pas de la protection de l'article 188 du Code du Travail". (3)

(1) Trib. Trav. DKR - 11.7.1966 - TPOM N° 217 P. 4818 du 2.9.1967
(2) Trib. Trav. DKR - 10.7.1962 - TPOM N° 111 P. 2466 du 16.1.1963
(3) Trib. Trav. DKR - 25.5.1965 - TPOM N° 111 P. 2466 du 16.1.1963

PARAGRAPHE 2 - CANDIDATS AUX FONCTIONS DE DELEGUE DU PERSONNEL

Ils bénéficient également de la protection édictée par l'article 188. Malheureusement, le législateur a entendu limiter la protection des candidat à la seule période préélectorale en reprenant purement et simplement une clause de style qui figure dans de nombreuses conventions collectives protégeant les candidats "pendant la période comprise entre la date de remise des listes au chef d'entreprise et celle de scrutin". Cette limitation de la protection, telle qu'elle est conçue et posée par le législateur appelle quelques remarques de notre part :

La première est qu'elle n'a en définitive aucune portée pratique. En effet, le décrêt N° 67-1360 du 9 Décembre 1967 (J.O.R.S N° 3932 du 25.12.196 fixant les conditions et les modalités de désignation des délégués du personnel dans les entreprises dit que " ... les listes ainsi établies sont déposé auprès du chef d'établissement quatre jours au moins avant la date du scrutin ..." ; ce qui signifie que les candidats dont la liste serait déposé à la limite de la date fixée par le décrêt ne seraient protégés que pendant ces quatre jours.

La seconde remarque qui découle de la première est que cette disposit légale ne protège pas en fait les candidats. En effet si le chef d'établissement avait quelque raison de vouloir se débarasser d'un candidat non élu qui s'était montré quelque peu trop zélé pendant la campagne électorale, il ne l ferait sûrement pas en ce moment-là et pourrait attendre le lendemain du scrutin pour matérialiser son intention, sans avoir à solliciter l'autorisat de l'Inspecteur du Travail.

En outre, les candidats qui auraient eu connaissance du caractère limité de la protection que leur a accordé la loi seraient psychologiquement contraints d'adopter pendant la campagne électorale une attitude qui pourrai gravement compromettre les intérêts des travailleurs dont ils posthulent la défense, ayant à l'esprit qu'en cas de non-élection, ils redeviendraient, dè le lendemain du scrutin, des salariés ordinaires, sans protection particuliè et par conséquence exposés à la "revanche", de l'employeur.

C'est la raison pour laquelle, nos suggestions en ce qui concerne cet aspect de la protection aux candidats aux fonctions de délégué du personnel, iront dans le sens des textes actuellement en vigueur en France aux termes desquels "les candidats non élus restent protégés jusqu'à l'expiration du délai de trois mois après les élections" car après tout, ces candidats non élus, peuvent être considérés dans une certaine mesure, comme se trouvant de la même situation que les délégués du personnel dont le mandat est expiré.

PARAGRAPHE 3 - LES ELUS DONT LE MANDAT EST EXPIRE

Les élus dont le mandat est expiré bénéficient également de la protection légale. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, avant l'ordonnance française de 1959 dont le législateur sénégalais s'est largement inspi les délégués du personnel pouvaient être licenciés sans formalités spéciales à la fin de leur mandat si celui-ci n'était pas renouvelé. C'est ainsi que, faisant une stricte application des dispositions de cette ordonnance, la chambre sociale de la cour de cassation française refusait toute prorogatior tacite du mandat du délégué du personnel. (1)

Cette solution était lourde de conséquences pour les délégués car elle favorisait les manoeuvres déloyales de l'employeur qui pouvait ainsi licienc un élu dès la fin de son mandat pour une faute ancienne qui n'avait pas été sanctionné en cours de mandat. C'est pourquoi, à l'instar des dispositions d' l'ordonnance française de 1959, le législateur sénégalais a entendu la protection spéciale "aux délégués du personnel pendant la période comprise entre l' fin de leur mandat et l'expiration des trois mois suivant le nouveau scrutin"

Mais il se peut qu'à la fin du mandat, l'employeur n'organise pas de nouvelles élections. La question est donc de savoir si le délégué dont le mandat est expiré est protégé par les dispositions spéciales s'il redevient u salarié ordinaire et auquel cas les salariés se trouveraient sans représenta et se trouveraient ainsi à la merci du chef d'entreprise.

(1) Cass. Soc 24.2.1955 Bull P. 130 - Dr. Soc. 1955-429

(1) Cass. Soc 7.2.1958 Bull P. 161

.../...

Il semble que la chambre sociale de la Cour d'Appel ait opté pour seconde hypothèse dans la mesure où elle a infirmé un jugement du Tribunal du Travail de Dakar qui avait décidé que les délégués du personnel dont le mandat n'est pas renouvelé bénéficient de la protection spéciale tant que l'employeur n'organise pas de nouvelles élections comme la loi lui fait obligatoire. (1)

CHAPITRE DEUXIEME : DOMAINE D'APPLICATION DE LA PROCEDURE SPECIALE

Aux termes des dispositions de l'article 188 du Code du Travail, l'autorisation de l'Inspecteur du Travail est requise avant "tout licenciement d'un délégué du personnel". L'application de la procédure spéciale, si elle a pour but de protéger les élus du personnel, est néanmoins soumise à certaines conditions.

SECTION 1 - CONDITIONS D'APPLICATION DE LA PROCEDURE SPECIALE

Il y aura licenciement au sens des dispositions précitées :

- si l'initiative de la mesure prise est bien le fait de l'employeur.
- dès l'instant où elle se traduit par une rupture ou une suspension prolongée, quels que soient le qualificatif donné et sa forme individuelle ou collective.
- à l'exclusion toutefois de la fermeture de l'entreprise.
- et s'il s'agit enfin du licenciement d'un délégué du personnel.

PARAGRAPHE 1 - UNE RUPTURE DUE A L'INITIATIVE DE L'EMPLOYEUR

Le mot "licenciement" qui figure dans les dispositions de l'article 188 évoque une rupture du contrat due à l'initiative juridique de l'employeur. Comme l'observe justement M. CAMERLYNCK : "le problème de la détermination de l'auteur de la rupture n'est pas propre à l'hypothèse d'un délégué du personnel mais il revêt en la matière une importance particulière, par suite de la responsabilité civile ou pénale qu'encourt le chef d'entreprise. (2)

C'est ainsi que si le délégué est l'auteur de la rupture du contrat de travail, les garanties légales lui sont inapplicables et il a même été jugé que dans ce cas, l'autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail est inutile, la rupture du contrat de travail étant de son fait. (3)

(1) Université Dakar c/ Lamine COLY

(2) J.C.P 1959-I-1482 - CAMERLYNCK

(3) Trib. Trav. DAK - 15.6.1963 - TPOM N° 138 du 16.3.1964

.../...

En l'absence de congé régulier par lequel l'employeur prend sans conteste possible l'initiative juridique de la rupture, il est parfois délicat d'en déterminer l'auteur, chacune des deux parties, soucieuse d'en éviter la responsabilité, s'efforce d'y acculer l'autre.

Il appartiendra au juge du fond de rechercher de qui la rupture est en réalité le fait ; il est amené dans cette recherche à se préoccuper plus du comportement des parties et des circonstances que d'un critère formel ou apparent. Ainsi en cas de modification de l'une des conditions du contrat de travail par la volonté unilatérale de l'employeur, le refus du délégué du personnel d'y soustraire n'en laisse pas moins à l'employeur la responsabilité de la rupture. C'est la raison pour laquelle en cas de mutation, celle-ci doit être motivée sinon elle est considérée par la jurisprudence comme la volonté de l'employeur d'empêcher le délégué d'exercer ses fonctions. (1)

PARAGRAPHE 2 - PEU IMPORTE LA FORME INDIVIDUELLE OU COLLECTIVE DU LICENCIEMENT

Les dispositions de l'article 188 visent tout licenciement sans faire aucune distinction suivant son caractère individuel ou collectif. Un employeur ne saurait donc englober un élu du personnel dans un licenciement collectif sans procéder à la demande préalable d'autorisation. L'intérêt d'absence d'exception pour les licenciements collectifs est certains : d'une part comme l'observe un auteur, "l'expérience a malheureusement prouvé que certains employeurs n'hésiteraient pas à licencier des dizaines de travailleurs qu'ils réembaucheraient souvent quelques semaines après pour atteindre surtout des représentants du personnel auxquels ils n'avaient aucune faute professionnelle à reprocher" ; d'autre part, parce que les licenciements collectifs sont motivés en règle générale par des raisons économiques, ce qui ne permettait pas à l'employeur d'invoquer la faute lourde pour demander le licenciement.

(1) Trib. Trav. DKR 31.5.1961 - TPOM N° 85 de 1961 - p. 1881

PARAGRAPHE 3 - EXCLUSION DU CAS DE FERMETURE DE L'ENTREPRISE

Faisant exception aux règles adoptées en cas de licenciement collecti la jurisprudence décide que les prescriptions de l'article 188 étant édicté pour garantir l'exercice effectif du mandat du délégué, ne peuvent recevoir application lorsque la fermeture de l'établissement entraîne la disparition des fonctions de délégué du personnel.

C'est dans cette optique que le tribunal du travail de Dakar avait estimé que la protection des délégués du personnel ne se conçoit que dans l mesure où sa qualité est justifiée par l'existence de travailleurs" et que par suite "si le personnel est licencié en totalité, la qualité de délégué du personnel n'existe plus et sa protection n'a plus sa raison d'être" (1)

Le Tribunal de Dakar reprenait ainsi les termes d'un arrêt de la cham sociale de la cour de cassation française dont l'espèce évoquait le cas fréquent de la fermeture définitive pour fin de travaux d'un chantier, d'un entreprise de bâtiments. (2)

Mais le jugement précité du Tribunal de Dakar, si logique qu'elle ait paraître, appelle quelques observations de notre part :

L'arrêt de 1951 de la juridiction française avait été motivé par le f que délégué du personnel était élu sur la base d'un chantier et que par voi de conséquence, la fin des travaux du chantier entraîne avec elle celle du mandat du délégué. Mais cette hypothèse rare désormais. En effet, l'évoluti de la technique de l'industrie du bâtiment s'accompagne d'une plus grande stabilité des emplois et les délégués du personnel sont souvent élus non pa sur la base d'un chantier, mais sur celle de l'établissement. C'est ainsi c 1961, donc bien avant le jugement précité du Tribunal de Dakar, la chambre sociale de la même

Cela signifie pour nous que si l'intéressé est un délégué du personne les dispositions protectrices lui seront applicables.

Toutefois lorsque la convention collective applicable prévoit expressément la nécessité d'une autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail même en cas de licenciement collectif, le défaut d'autorisation rend le licenciement abusif. (1)

Mais il n'en sera pas de même en cas de fermeture partielle ou provisoire. Lorsque la fermeture de l'entreprise n'est pas définitive, l'institution représentative du personnel ne disparaît pas, les règles protectrices restent applicables aux délégués.

PARAGRAPHE 4 - LE LICENCIEMENT D'UN DELEGUE DU PERSONNEL

Trois catégories de salariés bénéficient de la protection spéciale des délégués du personnel : les élus en cours de mandat, les candidats et les anciens élus.

1 - Les élus en cours de mandat : Ils bénéficient de la procédure d'autorisation préalable s'ils ont effectivement la qualité de délégué du personnel. Peu importe à cet égard qu'il s'agisse d'un élu titulaire ou suppléant, bien que l'article 188 ne le dise pas expressement.

2 - Quant aux candidats, le législateur a étendu cette protection pendant la période comprise entre la date des remises des listes au chef d'établissement et celle du scrutin. Le licenciement intervenu pendant cette période sans l'autorisation de l'Inspection du Travail est abusif. (2)

3 - Les anciens élus : leur protection s'étend pendant la période comprise entre la fin de leur mandat et l'expiration de 3 mois suivant le nouveau scrutin. Mais si les élections de délégué du personnel ont été annulées par décision de justice ou par accord devant l'Inspecteur du Travail, les candidats élus sont réputés n'avoir jamais été délégués et ne bénéficient pas de la protection de l'article 188. Leur licenciement ne donne pas lieu à la nécessité de l'autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail. (3)

(1) Trib. Trav. Dakar 10.7.1962 - TPOM N° 111 p. 2466 du 16.1.1963
(2) Trib. Trav. Dakar 22.7.1971 - TPOM N° 330 du 16.7.1972 p. 7306
(3) Trib. Trav. Dakar 25.7.1965 - TPOM N° 174 du 16 Octobre 1965 p. 3860

.../....

SECTION 2 - PRELUDES AU LICENCIEMENT

Aux termes du paragraphe II de l'Article 188 du Code du Travail, l'employeur peut mettre à pied le délégué du personnel en cas de faute lourde. Cette faculté reconnue à l'employeur montre que le législateur n'a p entendu soustraire le délégué du personnel au pouvoir disciplinaire mais seu ment restreindre l'étendue de ce pouvoir et surtout se donner le moyen de contrôler son exercice.

A la lecture de l'article 188, on peut tirer les conséquences suivante le principe étant la demande d'autorisation préalable sans mise à pied, il peut pour justifier celle-ci de circonstances particulièrement graves.

La nature de cette mise à pied est à distinguer de la mise à pied "ordinaire" de droit commun qui est l'ordre donné à un salarié, par son empl yeur, en vertu de son pouvoir disciplinaire, de suspendre l'exécution de son travail. Le contrat de travail de l'intéressé se trouve suspendu temporairem par la volonté de l'employeur avec privation correspondante de salaires.

En règle générale, la mise à pied de droit commun est prononcée à titi de sanction disciplinaire à la suite d'une faute commise par le salarié. Ell n'est pas prévue par aucun texte légal ou règlementaire, mais figure général ment dans les règlements intérieurs d'entreprise et quelquefois dans les conventions collectives.

Cependant, la légalité de la mise à pied a été reconnu par la jurispru dence française. En effet, la Cour de Cassation Française juge d'une manière constante que la mesure de mise à pied est inhérente au pouvoir disciplinair de l'employeur, lequel à la faculté en l'absence de dispositions restrictive d'un règlement intérieur, d'en faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire. Ce pouvoir disciplinaire permet à l'employeur d'in ger une mise à pied ordinaire de quelques jours à un délégué du personnel à titre de sanction sans perspective de licenciement sous contrôle de l'autori judiciaire, comme à tout salarié. (1)

(1) Droit Social - 1964 - 80

.../....

La mise à pied visée au statut des délégués du personnel est d'une autre nature. Ce n'est pas une sanction par elle-même, bien qu'elle soit prévue en cas de faute lourde, mais une mesure d'attente précédant la sanction plus grave que sera le licenciement.

La majeure partie des congédiements de D du P étant prononcée pour faute lourde, cette mise à pied dont nous allons étudier les conditions et les effets est très fréquente. (A)

PARAGRAPHE 1 - LA MISE A PIED DE L'ARTICLE 188

Cette véritable mesure de sûreté, prélude du licenciement et sans laquelle on porterait une sérieuse atteinte à l'autorité, consiste à exclure provisoirement le salarié de l'entreprise sans que le contrat de travail se trouve rompu.

A) - Les conditions de la mise à pied

Il résulte du texte de l'article 188 que la mise à pied est soumise à trois conditions de légalité :

- l'existence d'une faute grave
- un caractère provisoire
- une demande d'autorisation de licenciement.

1) - La nécessité de l'existence d'une faute grave

Comme l'a fort bien remarqué M. COHEN dans sa thèse "le Statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise (1), "en disposant que l'employeur peut mettre à pied le représentant du personnel en cas de faute lourde, le législateur se refère à deux notions nullement définies par la loi : La mise à pied terme cavalièrement utilisé pour désigner la suspension disciplinaire, se trouve pour la première fois dans un texte légal à l'occasion de la procédure spéciale de licenciement des délégués du personnel".

(1) M. COHEN : Statut des Délégués du Personnel et des Membres des Comités d'Entreprise - P. 562.

.../....

En second lieu, la faute lourde évoquée dans certains texte, n'a jamais fait l'objet d'une définition légale. L'Inspecteur du Travail appréciera donc souverainement, le caractère lourd de la faute alléguée par l'employeur, celui-ci étant tenu, conformément aux règles de droit commun, d'apporter la double preuve de la réalité de la faute et de son caractère lourd.

C'est ainsi que la jurisprudence a consacré ce principe et a estimé (le délégué du personnel jouissant dans son emploi de certaines garanties d(stabilité du fait de la protection qui lui est accordée, il est nécessaire que les faits qui lui sont reprochés soient suffisamment accablants et nettement établis. (1)

La rédaction même du texte de l'article 188 indique nettement que le procédé normal de licenciement est une demande d'autorisation sans mise à pied, celle-ci n'est citée qu'en incidence après les mots "toutefois en ca de faute lourde ....". La mise à pied devrait donc avoir un caractère exceptionnel, de même que la faute lourde qui la motive, bien que dans la pratique, elle tende à précéder tous les licenciements des délégués du personnel. Cette pratique est facilitée par le fait que le contrôle admini: tratif de la légitimité de la mise à pied n'est qu'un contrôle à postérior: Il s'en suit que la faculté donnée à l'employeur est en fait celle d'une m: à pied non pas en cas de faute lourde mais en cas d'allégation de faute lourde sans le contrôle de l'Inspecteur du Travail. La notion de faute lou: a fait l'objet d'une jurisprudence nuancée en droit du travail. Elle est caractérisée par l'absence d'uniformité.

2) - <u>Le Caractère Temporaire de la Mise à Pied</u>

La mise à pied étant une mesure d'attente, elle a un caractère essen tiellement provisoire. Elle ne peut durer que jusqu'à la décision de l'Inspecteur du Travail qui, comme le stipule les nouvelles disposi ions d l'Article 188, "devra rendre sa décision dans les 15 jours suivant le dépô de la demande d'autorisation de licenciement au bureau de l'Inspection du ressort. Le défaut de réponse valant autorisation sauf dans le cas d'exper où ledit délai est porté à un mois".

(1) Trib. Trav. DKR 23.3.1962 - TPOM N° 111 - P. 247 du 11.6.1962.

.../...

Notons là une amélioration apportée par l'article 188, nouveau par rapport à l'ancien : désormais un délai de réponse est imposé à l'Inspecteu du Travail. Cette abréviation de la durée de la mise à pied se comprend aisément : lorsque l'employeur a prononcé la mise à pied d'un délégué, celu ci ne perçoit plus aucun salaire et son sort demeure incertain jusqu'à l'issue de la réponse de l'Inspecteur du Travail. Cette incertitude l'incit ra à ne pas chercher d'autre emploi.

En revanche, cette incertitude qui joue également contre l'employeur fait que ce dernier n'est pas certain de ne pas être obligé de réintégrer l travailleur d'une part, et en second lieu, ce qui est assez grave, de n'êtr pas exposé à lui payer l'intégralité des salaires qui auront couru pendant la période de mise à pied.

3) - Une demande d'autorisation de licenciement

Il résulte de son caractère de mesure d'attente que la mise à pied de l'article 188, contrairement à la mise à pied prononcée à titre de sanctior n'est licite qu'à la condition d'être accompagnée d'une demande régulière d'autorisation de licenciement à l'Inspecteur du Travail. D'ailleurs, la chambre criminelle de la cour de cassation a précisé que "la loi a établi u concordance entre la mise à pied et le licenciement". (1)

En fait puisque la mise à pied doit obligatoirement prendre fin à la décision de l'Inspecteur du Travail, elle ne peut être prononcée qu'à la condition d'engager la procédure qui doit aboutir à cette décision. Une mis à pied non accompagnée de la demande d'autorisation est donc illicite.

B) - Les Effets de la Mise à Pied

La mise à pied prend obligatoirement fin lors de la décision de l'Ins teur du Travail même si un recours hierarchique ou contentieux a été formé contre ladite décision en raison de l'absence du caractère suspensif de ces recours. La décision de l'Inspecteur du Travail peut évidemment être annulé ou réformée par le Tribunal Administratif ou le Ministre, mais il n'en deme pas moins qu'elle met fin à la période légale d'attente. Si l'Inspecteur ac de l'autorisation, la mise à pied se trouve légalement justifiée, sous rése de l'appréciation du Ministre ou du Juge de l'excès de pouvoir. Dans le cas contraire, elle est privée de tout effet. Il convient néanmoins d'examiner conséquences de la mise à pied jusqu'à la décision de l'Inspecteur du Trava et le refus d'autorisation de l'Inspecteur.

(1) Cass. Crim. 24 Mars 1955 Bull P. 317 N° 178 ; D. 1955-501
JCP 1956 - 9443 note Brèthe de la Gressaye.

1) - Conséquences de la Mise à Pied sur le Contrat de Travail

Appliquant à la mise à pied de l'article 188 les principes qui régissent la mise à pied disciplinaire, la plupart des auteurs considèrent que le contrat de travail est suspendu pendant la mise à pied d'attente.

Evoquant ce posthulat, M. Le Conseiller PATIN, dans l'affaire JUVES (1 a par contre observé que la loi ne dit rien de tel. "Bien au contraire dit-i il résulte des termes mêmes, comme de l'esprit de la loi, que la mise à pied n'est qu'une simple mesure disciplinaire qui ne touche pas aux droits des parties et établit seulement à titre provisoire une situation de fait. Ce n'est pas le contrat de travail qui est suspendu, mais seulement pour un cou délai et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la domande de licenciement, le fait même du travail".

On pourrait noter en faveur de la thèse de M. PATIN, que la suspension du contrat de travail suppose ordinairement la garantie de conservation de l'emploi pendant son cours et la reprise du travail à la fin de la suspensi tandis que la mise à pied de l'article 188 est tout au contraire le prélude un licenciement. La jurisprudence applique cependant à la mise à pied de l'article 188 toutes les conséquences de la suspension du contrat de travai En tant que salarié, le représentant du personnel ne peut donc pénétrer dan l'entreprise pour travailler. Il se trouve privé de son salaire pendant la période où il ne fournit aucun travail sauf indemnisation après décision administrative. Par contre, l'intéressé reste électeur et éligible aux élec tions des représentants du personnel et peut s'engager dans une autre entre prise à la condition expresse que ce soit à titre provisoire. Il conserve e outre ses droits aux diverses prestations sociales.

(1) Cass. Crim. 24.3.1955 - D.1955 - P. 501

.../...

2) - Conséquences de la Mise à Pied sur l'Exercice des Fonctions

La mise à pied a-t-elle pour effet de suspendre le mandat électif de délégué du personnel ?

Il a été observé que le représentant du personnel tient ce mandat non de l'employeur mais de ses camarades par leur suffrage. Il faut en outre remarquer que la loi ne prévoit que des causes de cessation et non de suspension de mandat. Sans répondre nettement à la question des effets de la mise sur le mandat, la chambre criminelle de la cour de cassation a cependant jug que la mise à pied du délégué du personnel, décidée par l'employeur sous sa responsabilité et en raison d'une faute jugée par lui lourde pour provoquer un licenciement privé temporairement le travailleur qui en est l'objet aussi bien des avantages de son contrat de travail que tout droit de s'immiscer da le fonctionnement de l'entreprise au titre de délégué du personnel. (1)

Cette jurisprudence est fondée sur le caractère temporaire de la mise à pied. En légitimant l'interdiction de pénétrer dans l'entreprise, elle prohibe pratiquement tout exercice de fonctions pendant la mise à pied.

Mr ROUAST a montré en effet qu'il est impossible à un délégué d'exerce ses fonctions sans pénétrer sur les lieux. (2)

La rédaction actuelle de l'article 188 du Code du Travail ne résoud pa le problème et la jurisprudence ultérieure pourra certainement y apporter de éclaircissements qui, à notre avis, ne pourront qu'aller dans le sens des solutions dégagées par la jurisprudence française.

(1) Cass. Crim. 24.3.1955, JUNES, Bull - P. 317

(2) Note Sous Cass. Soc 20.2.1958 - D.58 - P. 421.

.../....

PARAGRAPHE 2 - LES AUTRES ACTES JURIDIQUES SUSCEPTIBLES DE GENER LE MANDAT DU DELEGUE

Le législateur sénégalais n'a pas prévu certains actes juridiques qui peuvent gêner le mandat du délégué ; il s'agit notamment de la mutation, du déclassement ou de la rétrogradation.

L'employeur à qui la loi reconnaît le pouvoir de muter son personnel d'un établissement à un autre dans la même spécialité et qui sait longtemps à l'avance qu'il doit fermer un établissement, peut muter dans cet établissement tous les travailleurs dont il veut se séparer. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a estimé que "la mutation ou la rétrogradation du salarié sans le consentement de ce dernier équivant à une rupture du contrat de travail.

Dès lors que l'intéressé bénéficie de la protection légale des représentants du personnel, la jurisprudence considère que la mutation doit être précédée obligatoirement de l'accord de l'Inspecteur du Travail. La mutation autorisée ou acceptée fait perdre tout mandat électif, mais la mutation du délégué du personnel non autorisée entraîne les mêmes conséquences civiles que le licenciement irrégulier et en outre un délit passible de sanctions correctionnelles.

DEUXIEME PARTIE : LE REGIME JURIDIQUE DE LA PROTECTION SPECIALE DES DELEGUES DU PERSONNEL

Le législateur, en mettant en place des dispositions protectrices des délégués du personnel, cherche d'abord des garanties efficaces et dérogeant au droit commun à travers une procédure particulière dont l'inobservation entraîne des sanctions tant civiles que pénales.

CHAPITRE PREMIER - LA PROCEDURE LEGALE DE LICENCIEMENT DES ELUS DU DU PERSONNEL

Le principe retenu par le législateur est l'interdiction de tout licenciement qui ne recevrait pas l'autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail.

SECTION 1 - LE CARACTERE PREALABLE DE LA DEMANDE

PARAGRAPHE 1 - LE PRINCIPE DU CARACTERE PREALABLE

C'est au stade où le licenciement est envisagé par l'employeur que celui-ci doit soumettre son projet à l'autorisation de l'Inspecteur du Trav En effet, l'article 188 en son paragraphe 1 alinéa 1 édicte que "l'autoris de l'Inspecteur du Travail du ressort est requise avant tout licenciement d délégué du personnel envisagé par l'employeur ou son représentant". Le mot "envisagé" dénote bien le caractère préalable de la demande. Par ailleurs n seulement l'autorisation, lorsqu'elle est accordée doit être préalable au licenciement, mais encore la demande d'autorisation doit être elle-même préalable à fortiori.

En revanche, l'employeur peut en cas de faute lourde, mettre à pied l délégué du personnel intéressé avant toute demande d'autorisation jusqu'à l'accord de l'Inspecteur du Travail. Il s'ensuit que les sanctions civiles ou pénales pour défaut de demande préalable au licenciement dépendront dans bien des cas de la preuve de l'existence d'un licenciement et non seulement d'une mise à pied, laquelle encore une fois ne fait que suspendre le contra de travail.

Cependant, il faut remarquer que la distinction est délicate à opérer. C'est ainsi que dans le cas d'un délégué du personnel qui avait reçu une "lettre de licenciement" le 30 Juin, alors que l'autorisation de l'Inspecteur du Travail datait du 29 Juillet avec effet au 1er Août, la Cour de Cassation Française approuve "la mise à pied immédiate" le 30 Juin, transformant ainsi le licenciement en mise à pied, au motif que malgré la cessation de travail, l'employeur avait versé le salaire jusqu'au 1er Août. (1)

PARAGRAPHE 2 - LES CONSEQUENCES DU PRINCIPE

A - Absence d'effet de la régularisation tardive

Si la demande et l'autorisation ont été préalables à la mesure de congédiement effectif, celui-ci est régulier. Par contre, le licenciement est assimilé à un licenciement non autorisé si la demande adressée à l'Inspecteur du Travail a succédé au prononcé du congédiement. Il a été qu l'autorisation donnée à postériori par l'Inspecteur du Travail n'efface pa le caractère fautif du licenciement, (2) mais celui-ci devient régulier en la forme et à la date de l'autorisation. (3)

L'employeur ne saurait suspendre les effets d'un congédiement effectivement prononcé pour engager la procédure d'autorisation.

B - Incidence du préavis sur la régularité de la procédure

Quelle est l'incidence du préavis de licenciement ou délai-congé sur l'application des formalités préalables et sur la régularité de la procédure suivie lorsque le contrat de travail du représentant du personnel est à durée indéterminée, cas le plus fréquent ?

Faut-il prendre en considération, dans les diverses hypothèses, la date du début du préavis ou celle de son expiration ?

(1) Cass. Soc. 29 Mai 1962 Bull P. 393 N° 489

(2) C.A 15.11.1969 TPOM N° 103 P. 2377

(3) Trib. Trav. DKR 15.1.1961 TPOM N° 71 P. 1573 du 16.4.1961

.../...

Ce délicat problème a fait l'objet de controverses. Le droit du travail reconnaît à l'employeur le droit de se libérer de l'obligation de respecter le préavis en versant au salarié une indemnité égale à celle prévue en cas de brusque rupture.

Le salarié ainsi congédié avec dispense de préavis voit son contrat de travail rompu le jour de la cessation du travail. Que se passe-t-il s'il est délégué du personnel et si les formalités ne sont accomplies qu'au cours du préavis ?

La Cour de Cassation (1) a estimé que "l'assentiment du comité d'entreprise exigé par la loi devait être antérieur à la date même à laquelle la Société avait fixé la rupture du contrat de travail et que sa survenance avant l'expiration du délai de préavis n'était pas de nature à effacer l'irrégularité dont cette rupture s'était trouvée entachée à sa date".

Le Sénégal ne connaissant pas l'institution du comité d'entreprise, si cette solution était acceptée par la jurisprudence sénégalaise, ce serait donc "l'assentiment de l'Inspecteur du Travail qui devrait être antérieur à la date de rupture.

PARAGRAPHE 3 - LA DEMANDE D'AUTORISATION A L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

A - La Saisine de l'Inspecteur

Une demande doit être adressée à l'Inspecteur du Travail. Cette demande doit être préalable au licenciement de sorte que si l'Inspecteur constate que l'employeur a effectivement congédié le délégué intéressé, il pourrait refuser de donner une réponse tardive.

(1) Cass. Soc. 9.7.1962

Certaines conventions collectives prévoient parfois une procédure de conciliation avant la saisine de l'Inspecteur. Certes, l'Inspecteur n'est pas lié à toute clause de ce genre, mais la multiplication de telles clauses est à encourager. L'Inspecteur compétent est celui dont dépend l'établissement où travaille le délégué protégé par la loi. Les textes n'ont pas fixé de forme impérative de la demande. Celle-ci peut donc, selon un jugement du Tribunal du Travail de Dakar, être verbale ou écrit et qu'en conséquence elle peut se déduire implicitement de certains faits, notamment de la communication à l'Inspecteur de la liste des travailleurs à licencier dans laquelle figure un délégué du personnel et pour laquelle l'Inspecteur n'a soulevé aucune objection. Mais il semble que l'employeur doit présenter une demande expresse d'autorisation de licenciement. Une fois cette demande entre ses mains, l'Inspecteur du Travail peut ouvrir une enquête.

B - L'enquête Contradictoire

La loi donne à l'Inspecteur du Travail la faculté d'ouvrir une enquête contradictoire préalablement à une décision de sa part. L'enquête contradictoire nécessite obligatoirement l'audition privée de l'intéressé accompagné s'il le désire d'un représentant de son syndicat d'une part, et de l'employeur d'autre part.

Sauf prolongation motivée par une expertise ordonnée par l'Inspecteur du Travail et dont il est donné avis aux parties la durée de l'enquêt ne peut excéder 15 jours.

C - La Réponse de l'Inspecteur du Travail

L' Inspecteur du Travail doit dans tous les cas prendre sa décision au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, compte-tenu en particulier de la situation de fait ou des pratiques pouvant exister dans l'entreprise à l'égard de l'ensemble du personnel. Ce n'est en effet que par la connaissance de tels éléments qu'il pourra apprécier, comme la loi lui en donne le pouvoir, si les mesures envisagées sont susceptibles ou no d'être considérées comme revêtant un caractère discriminatoire à l'enconti des travailleurs protégés.

(1) Trib. Trav. DKR 26.4.71 TPOM N° 345 du 16.3.1973 P. 7640.

1) - Les Pouvoirs d'Appréciation

L'appréciation dont fait état l'Inspecteur du Travail est une appréciation souveraine. Elle n'est limitée

- ni par le motif de la demande de licenciement
- ni par les dispositions du règlement intérieur d'entreprise.

Le rôle de l'Inspecteur du Travail est ici très différent de celui que lui attribue la législation relative au contrôle de l'emploi. L'Inspecteur ne se borne pas à intervenir lorsque le motif invoqué pour justifier le licenciement est d'ordre économique et ne dissimule pas une raison moins avouable. Mais dans l'hypothèse d'une faute reprochée au délégué du personnel, il a le "pouvoir d'apprécier si la demande présentée par l'employeur est motivée par des faits d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement".

La doctrine a parfois critiqué le pouvoir d'appréciation discrétionnaire d'un fonctionnaire administratif, en motif qu'une difficulté d'ordre juridique ne peut être tranchée par des Inspecteurs qui "ne possèdent ni la formation, ni le statut, ni la liberté des juges". (1)

Mais M. BLAISE a fait justement remarquer que le licenciement d'un délégué du personnel n'est pas uniquement un problème d'ordre juridique. C'est avant tout un conflit social au sein de l'entreprise à apaiser avant qu'il ne dégenère en conflit collectif avec toutes les graves conséquences qui en résultent.

"Le nombre des différends relatifs au licenciement des représentants du personnel réglés définitivement par l'intervention des Inspecteurs du Travail dépasse largement, dit-il, celui-ci relatif aux litiges du même genre soumis aux tribunaux judiciaires". (2)

(1) Paul DURAND : les problèmes posés par le Statut des Délégués du Personnel R.D.S 1950

(2) J. BLAISE : le contrôle des embauches et des licenciements, thèse RENNES 1967 P. 241.

../...

Il est par ailleurs certain que l'Inspecteur du Travail n'est ni un juge, ni un expert, ni un médiateur. Mais il ne faut pas s'attacher aux aspects formels de ses attributions. En pratique, il intervient très souvent comme médiateur bien plus que comme un agent verbalisateur et obtient parfois de l'employeur qu'il revienne sur sa décision de licenciement.

D'autre part, il est non moins certain que les magistrats professionnels sont mieux outillés qu'un fonctionnaire sur le plan juridique, mais ils sont par contre moins près des réalités sociales que les Inspecteurs du Travail, et ce, malgré toutes les imperfections de l'Inspecteur du Travail.

Enfin, il est évident que l'intervention rapide de l'Inspecteur du Travail après enquête contradictoire, répond mieux au souci de protection préventive du législateur que la consécration de l'irréparable par les tribunaux judiciaires.

2) - Les Formes de la Réponse

Si dans le passé certains Inspecteurs s'étaient abstenus de prendre une décision, aux termes des dispositions légales actuelles, l'Inspecteur est tenu de répondre. Le délai dont il dispose est de 15 jours et s'il est prolongé, l'Inspecteur doit en "donner avis aux parties". Le défaut de réponse dans ce délai vaut autorisation sauf dans le cas d'expertise où ledit délai est porté à 1 mois.

C'est là une disposition qui n'est pas conforme à la valeur donnée au silence par le droit administratif qui l'assimile à une décision implicite de rejet. Ce défaut de conformité s'explique dans la mesure où les deux matières n'ont pas le même objet et ne poursuivent pas le même but.

Par ailleurs, la loi impose à présent l'Inspecteur du Travail à motiver sa décision. C'est là une amélioration de la procédure qui permettra un meilleur contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Ce dernier pourra même contrôler l'opportuinité de la décision et non se limiter à un seul contrôle de la légalité et de la conformité, donc à un contrôle minimum.

.../...

SECTION 2 - LES VOIES DE RECOURS CONTRE LA DECISION ADMINISTRATIVE L'EXCLUSION DE TOUT RECOURS JUDICIAIRE

PARAGRAPHE 1 - LE PRINCIPE

Suivant l'opinion d'un auteur, la procédure spéciale qui doit être suivie pour le licenciement d'un délégué du personnel, constitue une exception portée au principe de la faculté pour l'employeur de rompre unilatéralement et à tout moment le contrat de travail à durée indéterminée, l'autorité compétente pour autoriser le licenciement étant l'Inspecteur du Travail à qui appartient de ce fait la décision de congédiement.

Mais cette interprétation peut être discutée : il n'y a pas dérogation ou principe de la résiliation unilatérale mais simplement restriction dans son exécution. L'initiative de la rupture appartient toujours à l'employeur ; c'est donc lui l'auteur de la rupture. Celle-ci doit seulement être autorisée par l'Inspecteur du Travail. En cas de refus, le délégué mis à pied pour faute lourde, ne se trouve pas automatiquement rétabli dans ses droits si l'employeur ne procède pas à sa réintégration. Le contrat est rompu, la rupture devenant simplement abusive et ouvrant droit à une action en dommages-intérêts.

Telle était la position de la jurisprudence sénégalaise qui était fermement établie sur les possibilités qui s'offrent à l'employeur de mettre fin au lien contractuel l'unissant au délégué du personnel.

Il est à noter que si la jurisprudence française en la matière appliquant les textes similaires a été longtemps semblable à la jurisprudence sénégalaise, un considérable revirement s'est produit. Dans un arrêt du 21.6.1974 (1), la Cour de Cassation statuant en chambres mixtes pour mettre fin à une contrariété de décision entre la chambre criminelle et la chambre sociale de cette cour, a jugé que la procédure exceptionnelle de licenciement instaurée par le législateur dans un but de protection du délégué du personnel, constituait une procédure exorbitante du droit commun interdisant à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail.

(1) Précité

Ainsi le recours à l'action en résiliation judiciaire du contrat de travail devant la juridiction ou l'action devant cette juridiction pour faire légitimer le renvoi basé sur une faute professionnelle deviennent impossibles.

Tout licenciement prononcé par l'employeur en dehors du respect de la procédure exceptionnelle instaurée, n'est plus abusif mais illégal et doit donc être considéré comme nul et non avenu. Il constitue en outre un délit d'entrave à l'exercice des fonctions de délégué du personnel.

L'article 188 nouveau de la loi N° 77-17 du 22.2.1977 (1) a codifié cette jurisprudence ; d'ailleu's l'exposé des motifs a intégralement épousé cette jurisprudence car en effet, nous remarquons que dans sa rédaction finale, l'article 188 nous dit que la "décision définitive" est celle de l'Inspecteur du Travail et que"la décision de l'Inspecteur du Travail accordant ou refusant l'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel n'est susceptible d'aucun recours autre que le recours hierarchique devant le Ministre du Travail ..."

La volonté du législateur étant donc que l'autorité judiciaire ne s'immisce pas dans le règlement des conflits surgissant entre l'employeur et le personnel protégé, la loi a confié le règlement de tels conflits à une procédure spéciale de nature administrative.

Désormais, la demande d'autorisation à l'Inspecteur du Travail n'est susceptible que d'un recours hierarchique auprès du Ministre du Travail et en raison du caractère administratif de la décision, du recours contentieux administratif que nous allons aborder tour à tour avant de voir ensuite la portée du principe ainsi dégagé.

(1) Précité.

.../...

A - LE RECOURS HIERARCHIQUE DEVANT LE MINISTRE DU TRAVAIL

Un recours hierarchique peut tout d'abord, par application des principes généraux du droit administratif, contre la décision de refus d'autorisation de licenciement émanant de l'Inspecteur du Travail, ceci dans le délai de 15 jours. Le Ministre doit examiner au fond la réclamation au vu de l'ensemble des documents produits et un tel contrôle peut porter sur l'opportunité même du licenciement.

L'autorité hierarchique exercera donc à la fois un contrôle de fond et de forme et cela dans le délai de 30 jours.

La doctrine sous la plume de M. Paul DURAND a porté un jugement sévère sur l'étendue des pouvoirs ainsi reconnus au Ministre, "homme politique sensible aux interventions partisans, rendant une décision non motivée, à la suite d'une procédure unilatérale et qui n'offre au justiciable aucune garantie". (1)

1 - Qui peut exercer le recours ?

La loi offre la voie du recours hierarchique d'une part au salarié, d'autre part à l'employeur ; ce qui nous paraît logique puisque le salarié est directement intéressé à son licenciement et que l'employeur est l'auteur de la demande qui fait l'objet de la décision de l'Inspecteur du Travail.

Le texte de l'article 188 ne nous paraît pas limitatif. Cependant, puisqu'il s'inspire des principes du droit administratif. Rien ne s'oppose dès lors à ce que des tiers puissent exercer un recours hierarchique contre la décision de l'Inspecteur du Travail si celui-ci leur fait grief. Il peut en être ainsi des syndicats professionnels puisque l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent comprend la protection légale des représentants du personnel.

En ce qui concerne les formes et les recours, aucune forme spéciale n'est exigée pour le recours hierarchique. Le Ministre n'est tenu à aucune procédure spéciale pour instruire le recours.

(1) Paul DURAND, Article Dr. Soc. 1952-653

.../...

Par ailleurs, le recours hierarchique n'a aucun effet suspensif. La décision de l'Inspecteur du Travail est donc exécutoire. Enfin le Ministre doit confirmer ou infirmer la décision de l'Inspecteur du Travail.

Reste cependant à déterminer dans quels cas la décision de l'Inspecteur du Travail crée ou ne crée pas de droits au sens du droit administratif.

2 - Droits acquis et contrôle hierarchique

Dans une note de jurisprudence (1), le Professeur WALLINE a proposé le système suivant : - l'autorisation de licenciement crée des droits au profit de l'employeur ; le refus d'autorisation n'en crée pas au profit du délégué.

On ne peut qu'approuver M. WALLINE lorsqu'il rejette l'hypothèse selon laquelle "la décision de l'Inspecteur du Travail ne ferait acquérir de droits à personne et notamment à l'employeur. Il est exact que l'employeur qui a reçu une autorisation de l'Inspecteur du Travail acquiert le droit de congédier le délégué sans risquer de poursuites pour illégalité. Par contre, M. WALLINE estime qu'un refus d'autorisation ne saurait conférer de droits à personne, même pas à un tiers, si pressant que puisse être l'intérêt que présente pour celle-ci un tel refus.

Mais les situations du droit administratif traditionnel peuvent-elles se comparer avec celles qui naissent des aspects administratifs du droit du travail ? Toute l'originalité du système légal protégeant les délégués du personnel réside précisément dans le refus d'autorisation de l'Inspecteur du Travail.

Nous l'avons dit, le refus d'autorisation fait naître au profit du délégué des droits : annulation rétroactive de la mise à pied, droit au salaire, à la réintégration, au libre exercice des fonctions, à la rééligibilité etc ....
Pourquoi dès lors refuser au délégué des droits acquis que l'on reconnait à l'employeur ?

(1) Arrêt GEOFFROY Rev. DR. Public 1960-132

.../...

M. WALLINE s'appuie en la matière sur l'arrêt QUERALT (1) : celui-ci déclare que le contrôle ministériel peut porter sur l'opportunité de la décision "dès lors que celle-ci n'a pas créé de droits au profit des délégués intéressés". On pourrait certes considérer que cette expression signifie que la décision de refus de l'Inspecteur ne confère jamais aucun droit acquis au salarié. Mais les mots "dès lors que" ne signifient-ils pas plutôt que, dans l'espèce, les délégués n'avaient pas acquis de droits ?

Mr WALLINE souligne que dans l'hypothèse visée par l'arrêt QUERALT, l'ouvrier reste, en attendant la décision du Ministre dans son emploi à l'usine. Mais qu'en sera-t-il dans les autres cas ?

Il n'est pas certains que l'absence de droits évoqués par le Conseil d'Etat ait, en ce qui concerne les délégués, une portée absolue. L'arrêt GEOFFROY que commente M. WALLINE énonce les conséquences des cas où la décision de l'Inspecteur crée ou ne crée de droits sans jamais préciser que le refus d'autorisation entraîne automatiquement absence de droits.

Par ailleurs, l'annulation d'un congédiement d'agent public est toujours considéré comme un acte créateur de droits par le haut tribunal administratif (2). Ne pourrait-il jamais être de même en cas de refus d'autorisation de licenciement par l'Inspecteur du Travail ?

Le système le plus logique nous paraît être le suivant : la décision de l'Inspecteur du Travail, telle qu'elle soit, peut créer ou ne pas créer de droits au sens entendu en matière de contrôle hierarchique tant au profit du délégué que de l'employeur. C'est là une question d'espèce éventuellement appréciée par la juridiction administrative.

(1) CE 30.6.1950 - QUERALT REC P. 413.

(2) CE 13.4.1956 - MANACH RPDA 1956 - P. 164.

.../....

B - LE RECOURS CONTENTIEUX

La décision de l'Inspecteur du Travail ou celle du Ministre sur recours hierarchique, peut faire l'objet, conformément aux règles du droit administratif, d'un recours pour excès de pouvoir. Ce recours est porté devant la 2° section de la Cour Suprême. L'intérêt pour agir est apprécié largement en matière de recours pour excès de pouvoir. On admettra par conséquent que l'employeur, le salarié ou une organisation syndicale puissent introduire la requête.

Le recours doit être formé dans le délai de 2 mois suivant la notification de la décision de l'Inspecteur du Travail ou du Ministre ; si la décision de ce dernier est une décision de rejet, le délai de 30 jours ayant suivi le recours hierarchique auprès du Ministre.

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas suspensif ; la décision administrative reste applicable.

En ce qui concerne les pouvoirs du juge, de l'excès de pouvoir, il pourra annuler la décision administrative en cas :

- d'incompétence (par exemple si l'Inspecteur du Travail qui a pris la décision critiquée n'est pas celui dont dépend l'établissement où travaille le délégué) ;

- de vice de forme (par exemple si l'Inspecteur du Travail n'a pas respecté les règles de l'enquête contradictoire ou a donné une réponse équivoque) ;

- de violation de la loi ;

Mais le cas le plus fréquent sera l'inexactitude matérielle des fait ayant servi de base à la décision de l'Inspecteur du Travail ou du Minist Le juge vérifie l'exactitude des faits retenus ; exactitude qu'il ne faut pas confondre avec appréciation des faits. En effet, il était de jurisprudence constante que le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ne peut exercer en la matière qu'un contrôle de dégalité. L'appréciation de l'Inspecteur ne pouvant jamais être discutée au contentieux quant à son opportunité.

.../....

PARAGRAPHE 2 - LA PORTEE DU PRINCIPE

Du mécanisme nouveau, découlent deux inconvénients majeurs : d'une part le principe du double degré de juridiction est faussé et d'autre part contrairement au système français, on a oublié d'instituer un contentieux de l'indemnité.

A - DEFAUT DU PRINCIPE DU DOUBLE DEGRE DE JURIDICTION

La plupart des affaires portées devant la justice sont jugées deux fois en vertu du principe du double degré de juridiction. En s'inspirant du système judiciaire français, le système judiciaire sénégalais est fondé sur le principe du double degré de juridiction ; c'est-à-dire qu'il est permis au plaideur de faire appel des décisions rendues en premier ressort et dont ils ne sont pas satisfaits. L'appel étant en principe une garantie de bonne justice car d'abord il permet aux plaideurs de faire examiner à nouveau leur affaire par une juridiction composée de juges plus nombreux, plus anciens et donc en principe plus qualifiés et plus expérimentés ; ensuite l'existence même de l'appel oblige les premiers juges à étudier les affaires avec plus de conscience et d'attention.

En France, tout ceci a été respecté par la réforme ; en effet après le recours hierarchique, il y a le recours devant le tribunal administratif et enfin le Conseil d'Etat qui est saisi, en appel.

Au Sénégal, il n'en a rien été. Après le recours hierarchique, l'affaire est portée directement devant la deuxième section de la Cour Suprême jugeant en recours pour excès de pouvoir, de sorte que cette section devient une juridiction unique. C'est là une lacune qui justifie l'opinion de certains auteurs hostiles à la suppression des recours judiciaires en vertu de l'article 105 du Code des Obligations Civiles et Commerciales quand ils parlent de déni de justice.

B - L'ABSENCE DU CONTENTIEUX DE L'INDEMNITE

En France, l'employeur ou le représentant du personnel qui estime avoir subi un préjudice découlant directement de la décision de l'Inspecteur du Travail ou du Ministre peut réclamer devant le tribunal administratif une indemnité à l'administration en vue d'obtenir la réparation de ce préjudice.

.../....

Cette demande peut accompagner un recours pour excès de pouvoir ou se substituer à lui. Elle peut aussi faire suite à une annulation prononcée sur recours pour excès de pouvoir.

Au Sénégal, rien de tout cela n'a également été prévu, ce qui pose un grand problème. En effet, si le juge de l'excès de pouvoir déclare illégal le congédiement du délégué par l'employeur, vers qui pourra se tourner le salarié pour demander des dommages-intérêts ?
En toute logique, ce sera le Tribunal du Travail qu'il saisira et il y aura là donc un recours inévitable vers les tribunaux judiciaires. Par ailleurs, la jurisprudence décide la réintégration du délégué licencié illégalement sinon l'employeur s'exposerait au paiement de dommages-intérêts. Au cas où l'employeur ne réintègre pas le délégué, le salarié ne pourrait saisir que le Tribunal du Travail pour manquement à l'obligation de faire. Là encore, nous voyons que l'issue finale semble être inévitablement le recours aux tribunaux judiciaires. Nous pouvons dès lors dire que le législateur, en voulant faire des conflits entre élus du personnel et employeur, des conflits de nature exclusive et administrative n'a pas tout à fait atteint son but.

CHAPITRE II - LES EFFETS DU LICENCIEMENT NON AUTORISE

Aux licenciements qui ont été prononcés sans aucune demande d'autorisation à l'Inspecteur du Travail et aux licenciements maintenus malgré le refus de l'Inspecteur, il y a lieu d'assimiler les licenciements intervenus à la suite d'une procédure irrégulière.

Dans tous les cas, le licenciement est considéré comme irrégulier et il convient à présent d'en examiner les conséquences civiles et les conséquences pénales.

.../...

SECTION 1 - LES SANCTIONS CIVILES

PARAGRAPHE 1 - L'ILLEGALITE DU LICENCIEMENT

A - LE PRINCIPE

Auparavant, la jurisprudence avait constamment affirmé la nullité des licenciements des représentants du personnel prononcés au mépris des dispositions protectrices. Et depuis la suppression du recours judiciaire, cette jurisprudence a été consacrée par le nouvel article 188 qui parle de nullité.

Ainsi, le licenciement décidé sans que soient respectées les formalités prévues par la loi n'est susceptible de produire aucun effet à quelque date que ce soit. Le paragraphe 3 de l'article 188 nouveau est clair : "le licenciement qui serait prononcé par l'employeur sans l'autorisation préalable de l'Inspecteur du Travail est nul et de nul effet".

Le licenciement étant nul du seul fait de l'inobservation des formalités prescrites, l'Inspecteur du Travail se bornera à le constater sans avoir à tenir compte de la faute grave commise par ailleurs par le délégué, ni donc à rechercher par le moyen d'une enquête ou d'une expertise le bien fondé des griefs que l'employeur invoque contre le salarié congédié

B - CONSEQUENCE : DISTINCTION ENTRE ABUS DE DROIT ET NULLETE

La conséquence juridique de la nulleté du congé est l'absence d'effet de celui-ci sur l'existence du contrat de travail du représentant du personnel. La résiliation unilatérale du contrat de travail étant nulle, le contrat ne se trouve pas rompu.

.../...

Il importe à cet égard de souligner la différence entre un licenciement nul et un licenciement abusif. Lorsque le licenciement d'un simple salarié est déclaré abusif par les juges du fond, ceux-ci ne mettent pas en cause la faculté de résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur. Ils considèrent toutefois que celui-ci a abusé de son droit par suite de sa légèreté blâmable et de son intention de nuire. Le contrat se trouve rompu bien que le licenciement soit abusif. Le salarié ne fait donc plus partie du personnel à la date de la cessation du travail et ne peut plus se prévaloir de cette qualité pour exercer ses droits au sein de l'entreprise. Son préjudice est seulement réparé par une allocation de dommages-intérêts. Il en est tout autrement en cas de licenciement nul en raison du non respect des formalités protectrices. L'employeur ne peut pas abuser d'un droit de résiliation unilatérale qu'il ne possède pas puisqu'il y a des dispositions protectrices qui le lui otent.

Cette distinction entre licenciement nul et licenciement abusif est essentielle puisqu'elle se trouve à la base du système de protection établi par le législateur.

Les règles du droit commun de la responsabilité civile ne sont pas applicables en cas de licenciement nul : le salarié n'a pas à prouver la légèreté blâmable de l'employeur, il lui suffit d'alléguer que les autorisations requises n'ont pas été obtenues, à charge pour l'employeur de démontrer le contraire.

L'absence de rupture du contrat de travail a également des conséquences spécifiques que nous avons déjà démontrées. Ce maintien du contrat du travail contre la volonté de l'employeur heurte évidemment les conceptions civilistes traditionnelles éloignées du caractère original du droit du travail. Ainsi,si le contrat de travail n'est pas rompu, le statu quo ante ne devrait-il pas être maintenu ? Cela nous amène au problème de la réintégration dans l'emploi.

PARAGRAPHE 2 - LA REINTEGRATION DANS L'EMPLOI

La conséquence logique du maintien du contrat de travail par suite de la nullité du licenciement devrait être la reconnaissance expresse du droit à la réintégration dans l'emploi. Et pourtant le législateur sénégalais ne l'a pas expressement souligné dans son article 188.

Cependant, la jurisprudence a reconnu que lorsque l'Inspecteur du Travail a refusé l'autorisation de licenciement, l'employeur devra s'incliner devant cette décision et si le délégué a fait l'objet d'une mise à pied pour faute lourde, le réintégrer dans son emploi, et d'ailleurs elle estime qu'il appartient à l'employeur de procéder à cette réintégration et que le délégué du personnel mis à pied n'a pas à demander de reprendre son emploi. C'est pour l'employeur un devoir ou une obligation active.

C'est ainsi que faisant droit à la demande d'un délégué du personnel, le Tribunal du Travail de Dakar (1) a imposé sous astreinte la réintégration du délégué licencié.

Si l'employeur ne donne pas suite à son obligation de réintégrer le délégué dans son emploi, il y a licenciement abusif, générateur de dommages et intérêts pour le délégué. (2).

La doctrine contemporaine est unanime à considérer que la réintégration dans l'emploi est logiquement nécessaire si la résiliation du contrat est nulle et qu'elle constituerait une meilleure indemnisation que le versement de dommages et intérêts. (3)

SECTION 2 - LES SANCTIONS PENALES

Les infractions aux dispositions relatives à la protection des représentants du personnel sont assorties de sanctions pénales : il s'agit essentiellement du délit d'entrave ou à la libre désignation des représentants du personnel.

(1) Trib. Trav. DKR 8.8.1974 TPOM N° 411 du 2.2.76 P. 65

(2) C.A 25.3.1964 TPOM N° 158 du 2.2.1965 P. 3517

(3) BRUN & GALLAND, Droit du Trav. III P. 116 ; G.H. CAMERLYNCK JCP 1959 Précité ; Paul DURAND, Traité Dr. du Trav. T. III 904 BLAISE, Thèse précitée.

La jurisprudence antérieure estimait que le délit d'entrave était constitué dès le refus d'autorisation de l'Inspecteur du Travail. Bien plus, elle décidait également que le délit d'entrave était établi alors que le licenciement était intervenu sans recours antérieur aux formalités protectrices. Mais le seul recours à l'article 105 du Code des Obligations Civiles et Commerciales n'avait pas encore été considéré en soi comme un délit.

Depuis les arrêts PERRIER du 21 Juin 1974 en France, la Cour Suprême Française estime désormais que la seule mise en jeu de l'article 1184 du Code Civile constitue le délit d'entrave parce que l'élèment matériel est constitué par le fait même que l'employeur n'a pas recouru à la procédure spéciale administrative instituée au profit du personnel protégé et de l'ensemble des travailleurs qu'il représente et a ainsi violé le statut d'ordre public de protection instauré par la loi qui lui interdit d'employer d'autres moyens pour envisager la rupture du contrat de travail des délégués du personnel.

L'élèment légal est constitué par l'entrave au fonctionnement régulier des organismes représentatifs car le législateur a voulu assurer la sécurité du personnel protégé et par suite toute mesure y touchant constitue nécessairement une entrave au fonctionnement régulier. Dans le prolongement de ce raisonnement, toute action en résolution judiciaire est de nature à effectuer l'exercice du mandat de représentant en attentant à son autorité et en perturbant ses relations avec la direction et constitue ainsi le délit d'entrave. Au Sénégal, avec les nouvelles dispositions de l'article 188, la jurisprudence sera sûrement amenée à se prononcer dans ce sens, car, comme l'affirme Mme H. SINAY (1), "le phénomène de rejet dudit article s'est enfin réalisé ! ce qui rendra à l'avenir infiniment plus efficace, l'obligation de réintégration après décision négative de l'Inspecteur du Travail".

(1) H. SINAY : Un Tournant du Dr. du Trav. précité.

.../...

Mais il faut noter que l'obligation de réintégrer naît à la date de refus d'autorisation ou dans le cas contraire à la date d'effet du jugement ordonnant la réintégration ou constatant simplement la nullité du licenciement. Ce n'est que postérieurement à la naissance de l'obligation de réintégrer que peut être constater l'inexécution ; dans le cas où cette obligation résulte d'un jugement, ce n'est qu'après signification de celui-ci qu'il peut y avoir inexécution.

Cette précision est importante car la jurisprudence a souvent tendance à confondre le licenciement illégal et l'inexécution de l'obligation de réintégrer qui ne peut que lui être postérieure.